

WYROK

z dnia 23 lipca 2012 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012 roku przez **EXATEL Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Netia Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Bankowi Gospodarstwa Krajowego w Warszawie** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Netia Spółka Akcyjna w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EXATEL Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Banku Gospodarstwa Krajowego w Warszawie** na rzecz **EXATEL Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi telekomunikacyjne Wirtualnych Sieci Prywatnych MPLS VPN.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 6 lipca 2012 roku wykonawca EXATEL SA w Warszawie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa;
- 2) art. 90 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wskazując na powyższe odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 1) odrzucenie oferty Netia S.A. ewentualnie wezwanie wykonawcy Netia S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 2) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

W uzasadnieniu wskazał, że w postępowaniu na „Usługi telekomunikacyjne Wirtualnych Sieci Prywatnych MPLS VPN” prowadzonym przez Zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego wpłynęły 2 oferty:

1. Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa za kwotę (cena oferty: 2 191 662,00 zł);

2. EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa (cena oferty: 3 439 080,00 zł);

Szacunkowa wartość zamówienia to ustalona przez Zamawiającego 4 281 920,00 zł (po odjęciu kwoty na jaką oszacowano zamówienia uzupełniające czyli 1 469 306,40 zł, szacunkowa wartość zamówienia podstawowego wynosi 2 812 613,60 zł netto - po dodaniu wartości kwoty podatku VAT 3 459 514,73 zł brutto). Szacunkowa wartość zamówienia została przez zamawiającego ustalona na podstawie cen dotychczasowych świadczonych usług oraz informacji rynkowych. W związku z tym Zamawiający określił kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na 3 460 000,00 zł aby zapewnić możliwość wykonania całego przedmiotu zamówienia należycie.

Cena oferty wykonawcy Netia S.A. 63,3 % kwoty na jaką Zamawiający oszacował wartość zamówienia oraz 63,7 % ceny zaproponowanej przez odwołującego. Mając na uwadze fakt, że szacunkowa wartość zamówienia, kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz wartość następnej w kolejności oferty są zbliżone, Zamawiający powinien powziąć wątpliwość, czy cena oferty Netia S.A. nie jest ceną rażąco niską.

W ocenie odwołującego się ocenę, czy zaproponowane przez Netia S.A. w niniejszym postępowaniu ceny są cenami rażąco niskimi należy oprzeć o przedmiot i specyfikę zamówienia oraz indywidualną zdolność każdego z wykonawców do jego realizacji.

Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę szczególne uwarunkowania realizacji zamówienia zwiększające koszty realizacji usług tj.:

1. Konieczność zestawienia, nie jednej lecz dwóch sieci telekomunikacyjnych VPN MPLS, które powinny być zbudowane w taki sposób, aby do jednej lokalizacji klienta łączya dostępne były zbudowane dwiema niezależnymi drogami,
2. Krótki termin realizacji (28 dni od daty zawarcia umowy),
3. Bardzo wysokie kary za niedotrzymanie warunków umowy w tym za przekroczenie terminu realizacji

Zdaniem odwołującego cena zaoferowana przez wykonawcę Netia S.A. została skalkulowana poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca

Netia SA w Warszawie.

**Izba stwierdziła, że przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny sprawy jest zgodny z ustaleniami dokonanyymi przez Izbę.**

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

Izba stwierdziła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Ze stanowiska zamawiającego wynika, iż w jego ocenie brak było podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w kwestii rażąco niskiej ceny wobec wykonawcy Netia SA. Izba zbadała zatem przesłanki ewentualnego przeprowadzenia takiego postępowania i skonstatowała, iż w przypadku ceny zaoferowanej przez przystępującego istniały podstawy do żądania złożenia przez niego wyjaśnień dotyczących elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny. Zaoferowana cena w sposób znaczny odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i ceny drugiego wykonawcy.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie mogła uwzględnić żądania odwołującego się co do nakazania odrzucenia oferty przystępującego się. W przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaoferowania rażąco niskiej ceny obowiązkiem zamawiającego jest wszczęcie postępowania wyjaśniającego w tym zakresie. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Dalsze czynności zamawiającego powinny wynikać z ustaleń dokonanych na podstawie przeprowadzonego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....