

Sygn. akt: KIO 1097/14
KIO 1104/14

WYROK
z dnia 23 czerwca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 16 czerwca 2014 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 30 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Netia S.A. z siedzibą przy ulicy Poleczki13, 02-822 Warszawa (adres do doręczeń: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa) (pełnomocnik) i Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1097/14)
- B. w dniu 30 maja 2014 r. przez wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marynarskiej 15, 02-674 Warszawa (sygn. akt KIO 1104/14)

w postępowaniu prowadzonym przez Operator Gazociągów Przemysłowych „Gaz- System” S.A z siedzibą w Warszawie przy ulicy Mszczonowskiej 4, 02-337 Warszawa

przy udziale:

A. (sygn. akt KIO 1097/14) wykonawców:

- GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marynarskiej 15, 02-674 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 1097/14) po stronie Zamawiającego,
- Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 1097/14) po stronie Zamawiającego.

B. (sygn. akt KIO 1104/14) wykonawcy:

- wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Netia S.A. z siedzibą przy ulicy Poleczki13, 02-822 Warszawa (adres do doręczeń: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa) (pełnomocnik) i Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 1104/14) po stronie Odwołującego,
- Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 1104/14) po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1.

- A) Oddala odwołanie** wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Netia S.A. z siedzibą przy ulicy Poleczki13, 02-822 Warszawa (adres do doręczeń: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa) (pełnomocnik) i Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1097/14).
- B) Oddala odwołanie** wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marynarskiej 15, 02-674 Warszawa (sygn. akt KIO 1104/14).

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Netia S.A. z siedzibą przy ulicy Poleczki13, 02-822 Warszawa (adres do doręczeń: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa) (pełnomocnik) i Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1097/14) oraz wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marynarskiej 15, 02-674 Warszawa (sygn. akt KIO 1104/14) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Netia S.A. z siedzibą przy ulicy Poleczki13, 02-822 Warszawa (adres do doręczeń: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa) (pełnomocnik) i Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1097/14) oraz wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marynarskiej 15, 02-674 Warszawa (sygn. akt KIO 1104/14) tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Netia S.A. z siedzibą przy ulicy Poleczki 13, 02-822 Warszawa (adres do doręczeń: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa) (pełnomocnik) i Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1097/14) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) na rzecz Zamawiającego Operatora Gazociągów Przemysłowych „Gaz- System” S.A z siedzibą w Warszawie przy ulicy Mszczonowskiej 4, 02-337 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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:

Sygn. akt: KIO 1097/14
KIO 1104/14

UZASADNIENIE

Zamawiający Operator Gazociągów Przemysłowych „Gaz- System” S.A z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w przedmiocie *świadczenie usług transmisji w wydzielonej sieci prywatnej WAN dla Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A.* opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 12 luty 2014 roku pod numerem 2014/S 033-054439.

20 maja 2014 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując, że do realizacji zamówienia wybrał wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

A. Sygn. akt KIO 1097/14

Odwołującym, działającym na podstawie art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) złożył odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania odrzucenia ofert niezgodnych ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert niezgodnych z SIWZ złożonych przez wykonawców Orange Polska S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o.,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Orange Polska S.A. pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 7 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji w trakcie oceny złożonych ofert.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert wykonawców Orange Polska S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. a także o nakazanie powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy ma zarówno interes w uzyskaniu

zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, którego oferta została sklasyfikowana na trzeciej pozycji. Jednak oferty wyżej sklasyfikowane - wykonawców Orange Polska S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. winny zostać odrzucone, a wykonawcy wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia ofert odebrało Odwołującemu możliwość zamarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co godzi w interesy Odwołującego.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Zarzut niezgodności ofert Orange Polska S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. z SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę na niezgodność treści ofert Orange Polska S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w postępowaniu przewidział tzw. prawo opcji (część przedmiotu zamówienia, której udzielenie będzie uzależnione od woli Zamawiającego). Zarazem zgodnie z treścią punktu 1 w rozdziale XVII SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny) zamawiający wymagał, by cena za prawo opcji określone w § 1 ust. 6 projektu umowy nie zawierała się w cenie za przedmiot Zamówienia (wykonawca był zobowiązany do odrębnego wycenienia tych świadczeń w składanej ofercie): *Cena za prawo opcji określone w § 1 ust. 6 projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ nie może zawierać się w cenie za przedmiot Zamówienia.*

Wykonawcy konkurowali w ramach kryteriów oceny ofert wysokością łączną ceny za zamówienie podstawowe oraz za świadczenia opcjonalne. Zamawiający miał prawo, wobec takiego sposobu określania treści oferty, przeciwdziałać sytuacji, gdy świadczenie opcjonalne zostałyby faktycznie dodane do ceny podstawowej. Niweczyłoby to bowiem sens odrębnego ustanawiania świadczenia opcjonalnego (dodatkowego), a zamawiającego narażało na konieczność co najmniej częściowego poniesienia w cenie podstawowej wydatków które mają charakter jedynie fakultatywny (*Na możliwość manipulowania wynagrodzeniem za zamówienie podstawowe i opcjonalne wskazywano przykładowo w wyroku KIO 1168/13 (zamawiający nie ustanowił w treści SIWZ odpowiedniego zakazu)*). Zamówienie podstawowe obejmuje lokalizacje obecnie istniejące (czyli na dzień składania ofert doprowadzona jest do nich infrastruktura telekomunikacyjna), natomiast lokalizacje objęte prawem opcji w znacznej mierze są to przewidywane dopiero miejsca doprowadzenia infrastruktury telekomunikacyjnej (zamawiający w miejsce adresów podaje jedynie współrzędne geograficzne). Zatem co do generalnej zasady lokalizacje opcjonalne nie mogą

generować znacząco niższych kosztów uruchomienia i wykonywania usług niż lokalizacje podstawowe. Należy dodać, iż deklarowanego przez wykonawców wynagrodzenie obejmować miało wszelkie koszty uruchomienia oraz wykonywania usług telekomunikacyjnych dla wskazanych lokalizacji i płatne było w równych, miesięcznych ratach przez cały okres trwania umowy. W postępowaniu zostały złożone trzy oferty (budżet Zamawiającego 10 495 935.15 zł):

wykonawca	zamówienie podstawowe	opcja	suma
Netia S.A. Exatel S.A.	4.588.065,00	1.211.858,14	5.799.914,14
GTS Poland Sp. z o.o.	2.799.108,00	453.755,77	3.251.863,77
Orange Polska S.A.	2.401.309,08	336.903,00	2.738.212,18

Udział lokalizacji podstawowych i opcjonalnych w ramach opisu przedmiotu zamówienia oraz w ramach deklarowanego przez wykonawców wynagrodzenia wygląda następująco:

	zamówienie podstawowe	zamówienie opcjonalne
liczba lokalizacji	66	19
procentowo liczba lokalizacji	77,65%	22,35%
Netia S.A. Exatel S.A.	79,10%	20,90%
GTS Poland Sp. z o.o.	86,05%	13,95%
Orange Polska S.A.	87,69%	12,31%

Tym samym średnia cena za port - porównując zamówienia podstawowe i prawo opcji - kształtuje się następująco:

	zamówienie podstawowe	zamówienie opcjonalne
Netia S.A. Exatel S.A.	1400	1932
GTS Poland Sp. z o.o.	854	722
Orange Polska S.A.	733	537

Natomiast proporcja uśrednione wynagrodzenie wykonawcy dla jednej lokalizacji kształtuje się następująco:

	zamówienie podstawowe	zamówienie opcjonalne
Netia S.A. Exatel S.A.	100%	101%
GTS Poland Sp. z o.o.	100%	61%
Orange Polska S.A.	100%	53%

Odwołujący wskazał, że wartość wynagrodzenia dla łączy opcjonalnych w ofertach GTS Poland Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. stanowi

jedynie około połowy wartości wynagrodzenia dla łączy podstawowych. W ocenie Odwołującego nie jest możliwym by wartość wynagrodzenia dla lokalizacji nowych (wymagających co do zasady poniesienia pełnych kosztów stworzenia nowej infrastruktury telekomunikacyjnej) mogła stanowić jedynie połowę kosztów wykonywania usług w lokalizacjach już posiadających infrastrukturę telekomunikacyjną. Powyższe zestawienie wyraźnie wskazuje na to, iż w ofertach wykonawców GTS Poland Sp. z o.o. oraz Orange Polska S.A. zawyżono wartość spodziewanego wynagrodzenia dla lokalizacji podstawowych, kosztem lokalizacji opcjonalnych. Biorąc pod uwagę treść punktu 1 w rozdziale XVII SIWZ (zakaz uwzględniania ceny za prawo opcji w cenie za podstawowy przedmiot zamówienia) mamy do czynienia z niezgodnością ofert tych wykonawców z treścią SIWZ. Taka okoliczność winna skutkować odrzuceniem obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia*). Obaj wykonawcy, czy to wskutek niedopatrzania czy też świadomego działania, nie zastosowali się do wymagań zamieszczonych w dokumentacji przetargowej. Jak dodaje się w piśmiennictwie, niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ (*Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2013*). Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania Zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (*Wyrok KIO z 22 stycznia 2013 roku, sygn. akt KIO 20/13*). Należy wyraźnie zaznaczyć, iż w toku badania i oceny ofert Zamawiający nie może odstąpić od badania zgodności treści ofert z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem: *specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jest to rozwiązanie, jakie wskazuje art. 701 § 3 K.c., zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu* (*Wyrok KIO z dnia 28 maja 2010 roku, sygn. akt KIO 868/10*). Rażącem naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest pominięcie badania i wyjaśnienia niezgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego. *Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający*

oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez Specyfikacji. Prowadzi to do wniosku, iż w wyniku akceptacji przez wykonawców postanowień Specyfikacji obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny na podstawie sformułowanych w Specyfikacji żądań. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień Specyfikacji jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp. (Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2010 roku, sygn. akt KIO 430/10). Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie dawała wyraz przekonaniu, iż przerzucanie przez wykonawcę kosztów wykonywania świadczeń pomiędzy wyodrębnionymi częściami przedmiotu zamówienia może być w określonych okolicznościach podstawą do odrzucenia oferty. Przykładowo - poza niezgodnością oferty z treścią SIWZ - zwrócić należy uwagę na zaniżanie wartości poszczególnych świadczeń w celu uzyskania lepszej oceny w ramach kryteriów oceny ofert (odwołujący, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia – Wyrok KIO z dnia 26 września 2012 roku, sygn. akt KIO 1934/12). W postępowaniu choć niezastosowanie się do wymagań SIWZ nie tworzyło przewagi wykonawcy w zakresie kryteriów oceny ofert, to jednak sama niezgodność oferty ze specyfikacją przesądza o konieczności jej odrzucenia. Zamawiający ma prawo ustanawiać ograniczenia w zakresie sposobu kształtowania wynagrodzenia wykonawcy, a skoro postanowienia takie nie zostały przez wykonawców zakwestionowane (przykładowo poprzez skorzystanie ze środków odwoławczych) to mają one charakter wiążący. W orzecznictwie KIO można znaleźć potwierdzenie słuszności powyższej tezy, także w odniesieniu do świadczeń na usługi telekomunikacyjne: Według ustaleń Izby, potwierdzonych również oświadczeniami na rozprawie, bezsporna jest niezgodność oferty odwołującego z specyfikacją w przedmiotowej sprawie w aspekcie wyceny relacji szkieletowych w obszarze D. Powyższa dana stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego, który określił, że wynagrodzenie za relacje szkieletowe stanowić będzie nie więcej niż 10% łącznego wynagrodzenia. Wobec przedstawienia przez odwołującego nieprawidłowej wyceny relacji szkieletowych (z przekroczeniem 10% łącznego wynagrodzenia) nie można mówić jedynie o formalnym wymiarze ww. niezgodności, gdyż oferta zawiera błędy w zakresie materialnym. W ocenie Izby wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę odwołującego (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliuguje konieczność jej odrzucenia (...) (Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 roku, sygn. akt KIO 2866/12).

Na przykładzie oferty wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. obecnie wykonującego świadczenia dla Gaz System - wykonawca ten deklaruje, iż w lokalizacjach które już istnieją i nie wymagają poniesienia żadnych nakładów lub te nakłady są niewielkie, cena oferty jest niemalże dwukrotnie wyższa niż dla lokalizacji jeszcze nieistniejących (cena za łącze). W sposób niebudzący wątpliwości widać, iż mamy do czynienia z oczywistą niezgodnością ofert z jednoznaczną treścią SIWZ. W naszej ocenie Zamawiający - nawet jeśli byłoby to zasadne z ekonomicznego punktu widzenia - nie może uznać wybranych elementów SIWZ za nieobowiązujące lub też niemające znaczenia dla badania i oceny ofert. Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia wybiera ofertę najtańszą, najbardziej korzystną w rozumieniu wcześniej określonych kryteriów oceny ofert. Jednak Zamawiający wybierając ofertę najkorzystniejszą winien wybrać ją jedynie spośród ofert zgodnych z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zamawiający nie może pominąć niezgodności ofert Orange Polska S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. z s.i.w.z. nawet jeśli miałby interes w takim rozstrzygnięciu postępowania, nie może także Zamawiający unieważnić niniejszego postępowania ze względu na skutek tych błędów dla budżetu Zamawiającego. Jak wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w podobnych przypadkach: *Z ekonomicznego punktu widzenia zrozumiałe jest, że Zamawiający preferuje wybór tańszej oferty, nawet poprzez powtórzenie przetargu, jednak w wypadku zamówień publicznych zasadą jest - oprócz przypadków określonych w art. 93 ust. 1 oraz art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - że zamawiający nie może zakończyć postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej (według definicji zawartej w art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych) i musi wybrać taką ofertę spośród złożonych i niepodlesaiacych odrzuceniu, nawet jeśli nie jest to oferta realnie najlepsza. W niniejszym przypadku Izba podziela zdanie Odwołującego, że Zamawiający wykorzystał wskazane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby uchylić się od podpisania z nim umowy, której nie uważał dla siebie za korzystną (Wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r. sygn. akt: KIO 1023/11, Zeszyty Orzecznicze UZP nr 9).*

Zarzut wadliwości oferty Orange Polska **S.A.** (zaświadczenie z banku).

Odwołujący wskazał naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał spełniania warunku w zakresie posiadanych środków finansowych lub też

zdolności kredytowej. W treści przedłożonej na stronie 69 oferty (opinia banku) znalazło się zapewnienie, iż „na dzień 28/01/2014 Klient ORANGE POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA może ubiegać się o finansowanie w kwocie do PLN 50.000.000,00”. Należy zauważyć, iż sam zwrot o możliwości ubiegania się o finansowanie nie przesądza o posiadania przez wykonawcę wymaganych środków finansowych lub też zdolności kredytowej. Jak zauważa się w orzecznictwie zamówień publicznych: *opinia bankowa zawierająca sformułowanie, iż firma odwołującego "posiada płynność finansową i może ubiegać się o kredyt obrotowy w wysokości 2,0 mln złotych na warunkach przewidzianych w Instrukcji Kredytowej Banku po spełnieniu wszelkich wymogów związanych z jego udzieleniem" nie potwierdza jednoznacznie, iż odwołujący posiada zdolność kredytową w wysokości wymaganej przez zamawiającego. Potwierdza ona jedynie możliwość ubiegania się o kredyt pod bliżej niesprecyzowanymi warunkami, związanymi z jego udzieleniem i zabezpieczeniem. Nie zawiera natomiast oceny - do której jedynie bank prowadzący rachunek jest upoważniony - czy dany podmiot posiada zdolność kredytową* (Wyrok ZA z 2006-07-24 UZP/ZO/O-2110/06 www.uzp.gov.pl). W ocenie Odwołującego wykonawca Orange Polska S.A. nie wykazał należyście spełniania warunku udziału w postępowaniu.

B. Sygn. akt KIO 1104/14

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Orange”) pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- art. 90 ust. 2 ustawy przez uznanie, że oferta złożona przez Orange nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Orange,

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez Orange, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest Wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została zakwalifikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta złożona przez Orange powinna zostać odrzucona, a za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego. Ponadto, objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Rażąco niska cena w ofercie złożonej przez Orange.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie uznania ceny zaoferowanej przez Orange za cenę rażąco niską, pomimo, że jest ona ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, które Orange musi ponieść przy przygotowaniu do świadczenia usługi jak i świadcząc samą usługę, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Zgodnie natomiast z przepisem art. 89 ust. 4 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, iż *„Dla ustalenia faktu wystąpienia ceny rażąco niskiej konieczne jest zdefiniowanie tego typu pojęcia. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisów odnoszących tego typu cenę w stosunku do wartości 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 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 niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane 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.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1562/11). Cena rażąco niska to także taka, która nie pokryje kosztów które dany wykonawca musi ponieść w związku z realizacją zamówienia.

Orange nie świadczyła dotychczas dla Zamawiającego usług objętych przedmiotem zamówienia, a jednocześnie oświadczyła w formularzu ofertowym, że wykona przedmiot zamówienia samodzielnie. Oznacza to, iż Orange będzie musiała ponieść znaczne koszty związane z przygotowaniem do świadczenia usług, takie jak zapewnienie odpowiedniej infrastruktury i zestawienie łączy w lokalizacjach Zamawiającego. Wybudowana infrastruktura techniczna może być wykorzystywana wyłącznie na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, a zatem koszty jej realizacji w całości obciążają budżet tego projektu. Wobec tego koszty te powinny zostać uwzględnione w cenie zaoferowanej za realizację przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez Orange cena 3 368 001,74 zł brutto (przed poprawieniem omyłki rachunkowej 3 368 008,53 zł brutto) nie uwzględnia wszystkich kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, gdyż nie uwzględnia wspomnianych kosztów inwestycyjnych. Przygotowując ofertę dla Zamawiającego, GTS Poland przeprowadziła weryfikację warunków technicznych kierując do Orange, na podstawie *Oferty Ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończenia łączy, odcinków niebędących zakończeniem łączy i łączy end-to-end (RLLO)*, szereg zapytań dotyczących konkretnych lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia. Zgodnie z pkt I ppkt 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia, przedmiot zamówienia obejmuje w sumie 65 lokalizacji (7 Głównych Oddziałów oraz 58 innych jednostek terenowych). Odwołujący dokonał u Orange weryfikacji warunków technicznych dla wybranych losowo 12 z tych lokalizacji. Uzyskane od Orange odpowiedzi

jednoznacznie wskazują, że Wykonawca ten dla wspomnianych 12 lokalizacji nie dysponuje infrastrukturą techniczną umożliwiającą świadczenie usług na wymaganym przez Zamawiającego poziomie i koniecznym jest przeprowadzenie odpowiednich inwestycji takich jak np. wybudowanie kabla napowietrznego, wybudowanie rurociągu i wciągnięcie kabla czy też wybudowanie kabla w istniejącej lokalizacji. Dla każdej z tych inwestycji w udzielonych odpowiedziach wskazano koszt ich wykonania, który przedstawia się następująco (numerację lokalizacji przyjęto z tabeli nr 1 Zestawienie lokalizacji i wybranych wymagań, OPZ):

- lokalizacja nr 11 węzeł Lasów - konieczne jest wybudowanie ok. 200 m rurociągu doziemnie w tym ok. 5 m pod drogą wciągnięcie kabla, zakończenie głowicą i wykonanie instalacji. Wymagany projekt i uzgodnienia. Szacunkowe określenie kosztów: 13 238 zł,

- lokalizacja nr 64 Zgierz, ul. Piątkowska 83e - konieczne jest wybudowanie ok. 110 m kabla w istniejącej lokalizacji, ok. 60 m doziemnie. Wymagany projekt i uzgodnienia. Szacunkowe określenie kosztów: 7 619 zł,

- lokalizacja nr 52 Lubaczów Tłocznia Gazu; 37-600 Lubaczów – konieczne jest wybudowanie ok. 3000 m kabla przelewowego napowietrznie i rozbudowanie sieci wewnętrznej w lokalizacji klienta. Szacunkowe określenie kosztów: 23 488 zł,

- lokalizacja nr 4 Olszanica, Tłocznia Gazu "Krzywa"; 59-517 Olszanica - konieczne jest wybudowanie ok. 7 m kabla doziemnie, szafy dostępowej oraz zakupienie i zainstalowanie siłowni, baterii, półek i ODF-u. Szacunkowe określenie kosztów: 588 400 zł,

- lokalizacja nr 22 Krobia, ul. Kobylińska 64; 63-840 Krobia - konieczne jest wybudowanie ok. 600 kabla rozdzielczego doziemnie w ternie mieszanym, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 21 802 zł,

- lokalizacja nr 25 Zębowo, ul. Miłostowska 16; 64-310 Zębowo - konieczne jest wybudowanie 1280 m kabla doziemnie i wykonanie przecisków pod drogą asfaltową, podwieszenie ok. 850m przyłącza, wciągnięcie ok. 7300 m kabla światłowodowego w rurociąg i ok. 200m w kanalizację oraz zakupienie i zainstalowanie półki UMUX 1200 i kart z okablowaniem, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 453 800 zł,

- lokalizacja nr 24 Kotowo, Granowo; 62-066 Kotowo - konieczne jest wybudowanie ok 2 km kabla doziemnie oraz zakupienie i zainstalowanie półki UMUX wraz z kartami i

okablowaniem, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 159 648 zł,

- lokalizacja nr 38 SP Cieszyn, ul. Gajowa; 43-400 Cieszyn - konieczne jest wybudowanie urządzeń teletransmisyjnych ok. 850 m kabla doziemnie i ok. 250 m. napowietrznego oraz rozbudowanie szafy i zainstalowanie półki HDSL z kartą, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 267 456 zł,

- lokalizacja nr 46 Świdnik, Al. 1000-lecia 8; 21-040 Świdnik - konieczne jest wybudowanie ok. 850 m kanalizacji, ok. 230 m kabla doziemnie oraz wykonanie dwóch przewiertów przed drogą, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 32 500 zł,

- lokalizacja nr 49 Strachocina; 38-507 Jurowce, k/Sanoka - konieczne jest wybudowanie szafy ONU, ok. 1,5 m kabla rozdzielczego i zakończenie słupem kablowym oraz 45 m przyłącza, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 214 541 zł,

- lokalizacja nr 53 Maćkowice Tłocznia Gazu; 37-313 Maćkowice – konieczne jest zakupienie i zainstalowania urządzenia Minirack z kartą i okablowaniem oraz wybudowanie ok. 50 m. kabla. Szacunkowe określenie kosztów 8 500 zł,

- lokalizacja nr 65 SP Orlen Draganie - konieczne jest wybudowanie ok. 3000 m kabla doziemnie, wykonanie 3 przecisków pod drogą asfaltową i 12 pod wjazdami utwardzonymi oraz doposażenie węzła w obudowę Mkinirack i kartę z okablowaniem, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 136 820 zł.

Tym samym, zgodnie z przekazanymi Odwołującemu wynikami sprawdzenia warunków technicznych jedynie dla 12 lokalizacji Zamawiającego Orange będzie musiała ponieść koszty inwestycyjne na poziomie 1 927 812 zł, co stanowi ok. 57 % ceny oferty Orange. Pozostała kwota tj. 1 440 196,50 zł jest kwotą niewystarczającą na pokrycie kosztów przygotowania do świadczenia usług dla pozostałych 53 lokalizacji wraz z prawem opcji oraz samego świadczenia usług przez okres trwania umowy, czyli przez okres 36 miesięcy.

Podobnie analiza kosztów, które Orange musi ponieść dla zestawienia łączy opcjonalnych pokazuje, iż cena rozpatrywana łącznie z ceną za opcję nie pokryje kosztów. Z analizy tej wynika, iż koszty Orange dla wybranych lokalizacji wyniosą:

- lokalizacja nr 11 (tabela nr 2) Węzeł Turaszówka, ul. Klonowa, 38-400 Krosno - konieczne jest zakupienie i zainstalowanie kart wraz z okablowaniem oraz wybudowanie ok 20 m kabla napowietrznego. Szacunkowe określenie kosztów: 1 950 zł,
- lokalizacja nr 19 (tabela nr 2) Rembelszczyzna, SP Bobrowniki - konieczne jest wybudowanie ok. 1,6 km kabla rozdzielczego doziemnie. Szacunkowe określenie kosztów: 523 541 zł,
- lokalizacja nr 8 Zakłady Azotowe Puławy - konieczne jest wybudowanie szafy ONU, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 500 000 zł,
- lokalizacja nr 10 SRP Sędziszów, ul. Księżomost 43 39-120 Sędziszów - konieczne jest wybudowanie 2,2 km kabla rozdzielczego w istniejącej lokalizacji oraz 200 m kabla wraz z kanalizacją, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 33 208zł,
- lokalizacja nr 12, Węzeł Warzyce ul. Bieszczadzka; 38-200 Jasło - konieczne jest wybudowanie szafy ONU, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 500 000 zł,
- lokalizacja nr 13, Mogiła, ul. Ptaszyckiego - konieczne jest podwieszenie ok. 400 m oraz wybudowanie ok 600 w istniejącej i nowej lokalizacji, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 19 255,
- lokalizacja nr 18, RG, Nowe Tłoki - konieczne jest zakupienie i zainstalowanie półki i kart z okablowaniem, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 25 000 zł,
- lokalizacja nr 17, Poznań, Głogowska 412 - konieczne jest wybudowanie 850 m kabla rozdzielczego w kanalizacji, 45 m doziemnie w ternie mieszanym oraz zakupienie i zainstalowanie kart wraz z okablowaniem, co wiąże się z poniesieniem przez Orange wysokich nakładów inwestycyjnych: 29 382 zł.

Co daje koszty za wybrane łącza w prawie opcji na poziomie: : 1 632 336 zł - czyli przewyższa wartość opcji jaką Orange podało w swojej ofercie ponad 3 krotnie. Zatem suma kosztów koniecznych do poniesienia przez Orange dla 20 lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ przekracza cenę oferty Orange. W świetle przedstawionych powyżej okoliczności, bezspornym jest, iż cena zaoferowana przez Orange jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Po uwzględnieniu szeregu przedstawionych

powyżej obiektywnych i koniecznych do poniesienia przez tego Wykonawcę kosztów bezspornym jest, że ich poziom świadczy o tym, iż cena zaoferowana przez Orange nie obejmuje realizacji całości przedmiotu zamówienia. Tym samym, oferta złożona przez tego wykonawcę winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Zarzut dotyczący oceny przez Zamawiającego, iż złożone przez Orange wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W dniu 23 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał Orange do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dnia 30 kwietnia 2014 r. Orange wniosła odwołanie na tę czynność Zamawiającego wskazując m.in., że wezwanie odnosi się do danych i informacji wykraczających poza treść złożonych ofert. Ponadto Wykonawca, zarzucił Zamawiającemu, że przedmiotowe wezwanie obejmuje również żądanie przedstawienia dokumentów nie wymaganych w treści ogłoszenia oraz SIWZ, przy jednoczesnym braku wystosowania analogicznego wezwania do pozostałych wykonawców. Zarzucił również Zamawiającemu, że żąda złożenia wyjaśnień, które swoim zakresem wykraczają poza ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nadto są niejednoznaczne i wybiórcze. W związku z powyższymi zarzutami Orange wniosło o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu z dnia 23 kwietnia w całości. W wyniku rozpoznania przedmiotowego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza dnia 15 maja 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 865/14 wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Orange do złożenia wyjaśnień z dnia 23 kwietnia 2014 r. w zakresie żądania przedłożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego (pkt 1 sentencji wyroku). W uzasadnieniu przywołanego wyroku w zakresie zarzutów oddalonych, Izba jednoznacznie stwierdziła, że *„nie można odmówić Zamawiającemu prawa do żądania złożenia wyjaśnień w toku czynności oceny ofert. Pomimo sposobu sporządzenia wezwania możliwe było ustalenie, iż dotyczy ono w zasadniczej części wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, a udzielone wyjaśnienia w zakresie w jakim dotyczą kalkulacji ceny mogą być podstawą oceny oferty Odwołującego. ”*

Stanowczego podkreślenia wymaga, że Izba unieważniła czynność wezwania Orange do złożenia wyjaśnień z dnia 23 kwietnia 2014 r. jedynie w zakresie żądania przedłożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego. W pozostałym zakresie tj. w zakresie wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Izba utrzymała wezwania w mocy. Wobec tego, ocena

wyjaśnień złożonych przez Orange powinna być dokonywana pod kątem uczynienia przez tego wykonawcę zadość treści wezwania i powinna obejmować m.in. analizę czy Orange udzieliło odpowiedzi na wszystkie sformułowane przez Zamawiającego pytania i wskazano wymagane przez niego czynniki. Wyjaśnienia ceny przedstawione przez Orange zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (i nie zostały udostępnione Odwołującemu), tym samym nie miał on możliwości zapoznania się z ich treścią i odniesienia się do wskazanych w nich czynników. Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący wnosi o weryfikację tych wyjaśnień przez Krajową Izbę Odwoławczą pod kątem ich wyczerpującego charakteru i tego czy zawierają odpowiedzi na pytania Zamawiającego nie zakwestionowane przez KIO w ww. wyroku, a co za tym idzie czy wyjaśnienia o których mowa w art. 90 ust. 1 w ogóle zostały złożone.

Zamawiający przedstawił swoje wymagania, co do treści wyjaśnień. W takiej sytuacji, jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca, choć nie musi ograniczać się jedynie do czynników wskazanych przez Zamawiającego, ma obowiązek odpowiedzi na kwestie zaznaczone przez Zamawiającego w wezwaniu i jest zobowiązany do wyczerpania zakresu informacji określonego przez Zamawiającego. Tak m.in.:

- *Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2011 r., sygn. akt KIO 358/11: „Powyższe pismo, pomimo, iż stanowi odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień, faktycznie nie przedstawia żadnych konkretnych okoliczności uzasadniających przyjęty w kosztorysach poziom cen wykonania przepompowni. Odwołujący nie załączył do ww. pisma żadnych dowodów, które przedstawiałyby uzasadnienie do twierdzenia, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny, umożliwiający wykonanie zamówienia za cenę oferty. Pismo nie zawiera odpowiedzi na konkretne pytania zamawiającego przedstawione w wezwaniu, a zatem nie może być uznane za przedstawiające wyjaśnienia, że cena oferty skalkulowana w oparciu o tak niskie koszty istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie jest ceną rażąco niską.”*
- *Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-04-22, KIO 716/13: „Ponadto - co zasługuje na szczególną uwagę - Przystępujący Astaldi w wyjaśnieniach w punktach Ad. 19 i 20 stwierdzeniem, że "pytanie wykracza poza zakres wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i rażąco niskiej ceny, a wkracza w zakres wstępnej kwalifikacji, którą konsorcjum Astaldi przeszło z wynikiem pozytywnym, spełniając*

wszystkie postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, co sam Zamawiający potwierdził zapraszając nas do składania ofert, to należy uznać, że nie jest ono uprawnione. Wykonawcy na etapie postępowania do złożenia oferty nie mieli obowiązku precyzowania tak szczegółowych informacji i sporządzania harmonogramu (...)” uchylił się od udzielenia Zamawiającemu odpowiedzi na pytania dotyczące potencjału sprzętowego oraz kadrowego, co tym bardziej uzasadnia podstawę do odrzucenia niniejszej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby - nie można w tym względzie zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego Astaldi, że Zamawiający nie był uprawniony do pytania wykonawcy o mobilizację sprzętową oraz kadrową.”

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-07-29, KIO/UZP 1479/10, KIO/UZP 1489/10: „Odnosząc się do kluczowej dla rozstrzygnięcia podnoszonego przez odwołującego się zarzutu kwestii, tj. czy złożone przez Mostostal Warszawa S.A. w piśmie z dnia 28.05.2010 r. wyjaśnienia odpowiadają żądaniu zamawiającego wynikającemu z pisma z dnia 26.05.2010 r. skład orzekający Izby stwierdza, że wezwany wykonawca żądaniu temu nie sprostał. Bez wątplenia z treści wezwania wynikają dwie powinności wykonawcy. Po pierwsze jest to obowiązek polegający na złożeniu "szczegółowej kalkulacji ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu uwzględniającej wszystkie elementy cenotwórcze" i po drugie obowiązek wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np. oszczędność metody wykonania (...) i inne”

O ile pismo Mostostal Warszawa S.A. z dnia 28.05.2010 r. można ocenić z punktu widzenia drugiego ze wskazanych obowiązków, o tyle w żaden sposób nie jest możliwa taka ocena pod kątem pierwszego ze wskazanych obowiązków, ponieważ żadnej (szczegółowej bądź nie) kalkulacji ceny ofertowej Mostostal Warszawa S.A. w swoim piśmie nie zawarł.

Stanowi to wystarczającą podstawę do uznania, że Mostostal Warszawa S.A. w odpowiedzi na wezwania zamawiającego nie złożył żadnych wyjaśnień w odniesieniu do jednego z żądań zamawiającego, co tym samym czyni całość złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień niepełnymi i niekompletnymi.”

W takim przypadku, nie budzi wątpliwości, iż Orange była zobowiązana do udzielenia odpowiedzi zgodnie z żądaniem Zamawiającego, czego jeżeli zaniechała, to złożona przez

niego oferta powinna zostać odrzucona podstawie art. 90 ust. 3 ustawy.

Czyn nieuczciwej konkurencji.

W świetle przedstawionych powyżej uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Orange stanowczego podkreślenia wymaga, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. Nr 47, poz. 211), tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r. (Dz.U. Nr 153, poz. 1503), czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż zaoferowanie przez Orange rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. *Przedstawione stanowisko Odwołującego potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in.: Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.*

Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy:

- *Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07: „Niewątpliwie w procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców, jednocześnie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej. ”*
- *Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-3740/05: „Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. ”*

Złożenie oferty przez Orange, w której zaoferowano ceny dumpingowe stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji. Tym sam, Zamawiający powinien odrzucić oferty złożone przez tego Wykonawcę także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 1097/14 i KIO 1104/14:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane

ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający.

Izba ustaliła, że w przypadku każdego z odwołań, zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1097/14: wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marynarskiej 15, 02-674 Warszawa oraz wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa.

Izba w sprawie o sygn. akt KIO 1104/14 dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Netia S.A. z siedzibą przy ulicy Poleczki 13, 02-822 Warszawa (adres do doręczeń: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa) (pełnomocnik) i Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie oraz dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa.

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcom 3 czerwca 2014 roku informację o wpłyńięciu odwołań w sprawach sygn. akt KIO 1097/14 oraz KIO 1104/14; po drugie, że zgłoszenia przystąpień wpłynęły w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili

przystąpieniu. Zgłoszenie przystąpień doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Netia S.A. z siedzibą przy ulicy Poleczki 13, 02-822 Warszawa (adres do doręczeń: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa) (pełnomocnik) i Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1097/14):

- (dowód nr 1) zestawienie tabelaryczne kwot wykonania łączny opcjonalnych wraz z dokumentacją stanowiącą oferowanie kwot zestawionych w tabelach (tajemnica przedsiębiorstwa),
- (dowód nr 2) 6 kart zdjęć: satelitarnych – 3 sztuki oraz zdjęcia wybranych lokalizacji – 3 sztuki,
- (dowód nr 3) opracowanie własne – zestawienie tabelaryczne cen za lokalizacje w innych postępowaniach (ceny za lokalizacje wskazane w tabeli, to średnie ceny niezależnie od rodzaju tej lokalizacji),
- (dowód nr 5) pierwsza strona umowy ramowej wraz z załącznikiem nr 5 (1 strona).

Izba dopuściła dowód złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 1097/14) po stronie Zamawiającego:

- (dowód nr 4) opracowanie własne – wskazujące, że wszystkie łącza w ofercie Odwołującego niezależnie od parametrów oraz tego czy istnieją czy dopiero powstaną wycenione zostały tak samo, oraz że łącza w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego zostały wycenione w różny sposób.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marynarskiej 15, 02-674 Warszawa (sygn. akt KIO 1104/14):

- (dowód nr 6) opracowanie własne – zestawienie tabelaryczne (1 strona) oraz załączone odpowiedzi Orange Polska S.A. Domena Hurt do każdej pozycji z tabeli,
- (dowód nr 7) opracowanie własne – zestawienie tabelaryczne (1 strona) oraz załączone odpowiedzi Orange Polska S.A. Domena Hurt do każdej pozycji tabeli,
- (dowód nr 8) mapy satelitarne (9 stron) miejsc wskazanych przez Zamawiającego,
- (dowód nr 9) odpowiedzi Orange Polska S.A. Domena Hurt wskazujące, że na zapytanie o usługę transmisji danych odpowiedź obejmuje wszelkie stosowane przez Orange technologie (3 strony),
- (dowód nr 10) opracowanie własne – zestawienie informacji zawierających odpowiedzi Orange Polska S.A. Domena Hurt (2 strony),
- (dowód nr 11) opracowanie własne – tabela zawierająca zestawienie kosztów dla technologii radiowej i zestawienie zapytań RLLO (tajemnica przedsiębiorstwa),
- (dowód nr 12) wydruk wiadomości email zawierających wycenę (tajemnica przedsiębiorstwa).

Uczestnik postępowania odwoławczego Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa złożył do spraw sygn. akt KIO 1097/14 *Pismo procesowe Przystępującego* oraz do sprawy o sygn. akt KIO 1104/14 *Pismo procesowe Przystępującego*.

Odwołujący wykonawca GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marynarskiej 15, 02-674 Warszawa złożył do sprawy o sygn. akt KIO 1104/14 *Pismo Odwołującego*.

Uczestnik postępowania odwoławczego wykonawca GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marynarskiej 15, 02-674 Warszawa złożył do sprawy o sygn. akt KIO 1097/14 *Pismo Uczestnika Postępowania*.

Zamawiający za pismem z 10 czerwca 2014 roku w dniu 16 czerwca 2014 roku uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu o sygn. akt KIO 1104/14 - Odwołujący wykonawca GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marynarskiej 15, 02-674 Warszawa. Uczestnik postępowania odwoławczego Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 160, 02-326 Warszawa zgłosił sprzeciw.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia*

odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach sygn. akt KIO 1097/14 i KIO 1104/14, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody, uznała, że żadne z odwołań nie podlega uwzględnieniu.

Sygn. akt KIO 1097/14

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy
przez zaniechanie odrzucenia ofert niezgodnych z SIWZ złożonych
przez wykonawców Orange Polska S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o.

Ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – Odwołujący w odwołaniu jak również na rozprawie nie wykazał niezgodności oświadczenia wykonawców (treści złożonych ofert) z SIWZ.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w rozdziale VII SWIZ (dalej: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) *Opis sposobu obliczania ceny* Zamawiający wskazał:

„ 1. Cena ofert stanowić będzie cenę podaną w ofercie za przedmiot Zamówienia określony w §1 ust. 1 projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ. Cena za prawo opcji określone w §1 ust. 6 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ nie może zawierać się w cenie za przedmiot Zamówienia. Kryterium oceny ofert, o którym mowa w rozdziale XVIII ust. 2 lit. a) SIWZ, będzie cena całkowita stanowiąca sumę ceny za przedmiot Zamówienia oraz ceny za prawo opcji.”

W rozdziale XVIII ust. 2 lit. a) SIWZ *Informacje o kryteriach, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty* w ust. 2 Zamawiający wskazał:

„2. Poniżej Zamawiający przedstawia w sposób szczegółowy kryteria oceny ofert i ich znaczenie procentowe:

A. C1 – kryterium „cena całkowita” (stanowiące sumę ceny za przedmiot Zamówienia oraz ceny za prawo opcji) – waga 99% (...)

B. C2 – kryterium „wymagania nieobligatoryjne” – waga 1% (...)

Odwołujący zbudował argumentację w oparciu o porównanie cen za przedmiot zamówienia oraz za opcjonalny przedmiot zamówienia i w konsekwencji wskazywał na przesunięcie środków z przedmiotu opcjonalnego na przedmiot podstawowy. Wskazać należy, że wykazanie różnic pomiędzy ceną za zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne nie powoduje, że koszty związane z realizacją zamówienia opcjonalnego zostały uwzględnione w cenie zamówienia podstawowego. Istotnym jest, że wszystkie lokalizacje objęte prawem opcji są lokalizacjami typu C z jednym łączem głównym 2048 kb/s, nie jest w nich wymagane łącze zapasowe a Zamawiający nie wymagał w SIWZ, że lokalizacje opcjonalne mają zostać wycenione tak samo jak lokalizacje podstawowe dla tego samego typu łącza. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że nie jest możliwym by wartość wynagrodzenia dla lokalizacji nowych mogła stanowi jedynie połowę kosztów wykonania usług w lokalizacjach już posiadających infrastrukturę telekomunikacyjną, bowiem po pierwsze: specyfika lokalizacji podstawowych – na co wskazywał uczestnik postępowania Odwoławczego GTS Poland Sp. z o.o. – polegająca na tym, że Zamawiający dysponuje w nich określoną infrastrukturą telekomunikacyjną to wykonawcy została niejako narzucona technologia świadczenia usług. Tym samym koszt świadczenia usług w ramach lokalizacji podstawowych może być niejednokrotnie wyższy niż koszt świadczenia usług w lokalizacjach, w których decyzję dotyczącą technologii za pomocą której świadczona będzie usługa podejmuje dany wykonawca w oparciu o ukształtowane przez Zamawiającego wymagania a także ryzyko i koszty związane ze świadczeniem usługi; po drugie Odwołujący w powyższym twierdzeniu oparł się na uśrednionym wynagrodzeniu wykonawcy dla jednej lokalizacji. Lokalizacje opcjonalnych (tabela 2) jest 19, co stanowi około 17,5 % wszystkich łączy objętych zamówieniem podstawowym wraz z przewidzianymi łączami zapasowymi (dla 25 lokalizacji podstawowych) oraz zamówieniem opcjonalnym, dodatkowo istotne jest, że 35 łączy głównych i zapasowych zamówienia podstawowego jest łączami o przepływności większej lub dużo większej niż 2048 kb/s. Odrzucenie oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy możliwe jest zatem jedynie, gdy Zamawiający ustali w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz

celu, albowiem zachodzi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż przedmiot zaofferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i te niezgodności dotyczą istotnych elementów (wyrok z 28 lutego 2012 r. sygn. KIO 320/12; KIO 321/12; wyrok z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13). W rozpoznanej sprawie Odwołujący nie wykazał niezgodności pomiędzy ofertami wykonawców Orange Polska S.A. i GTS Poland Sp. z o.o. a SIWZ.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy.* Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* To na Odwołującym ciążył obowiązek dowiedzenia, że twierdzenia zawarte w odwołaniu są zasadne, oraz że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny ofert. Odwołujący przedstawił na rozprawie dowody, które Izba dopuściła w postępowaniu; (dowód nr 1) zestawienie tabelaryczne kwot wykonania łączny opcjonalnych wraz z dokumentacją stanowiącą oferowanie kwot zestawionych w tabelach – w ocenie Izby dowód ten nie potwierdza w żadnym sposób, że oferty złożone przez Orange Polska S.A. i GTS Poland Sp. z o.o. nie są zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ; dokumenty przedstawione przez Odwołującego, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zawierają informację dotyczącą cen wykonania poszczególnych łączny opcjonalnych, jednakże zawartych w dokumentach informacji nie można odnieść do ofert ww. wykonawców; (dowód nr 2) 6 kart zdjęć: satelitarnych – 3 sztuki oraz zdjęcia wybranych lokalizacji – 3 sztuki wskazują jedynie na

stan istniejący, nie stanowią potwierdzenia stanowiska Odwołującego obrazując jedynie stan faktyczny; (dowód nr 3) opracowanie własne – zestawienie tabelaryczne cen za lokalizacje w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w którym to zestawieniu Odwołujący podał ceny za lokalizacje stanowiące średnie ceny niezależnie od rodzaju wskazanej tam lokalizacji co również w ocenie Izby nie potwierdza niezgodności treści złożonych ofert z SIWZ a jedynie obrazuje średnią z uśrednionych cen niezależnie od rodzaju lokalizacji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego bez wskazania dat tych postępowań, rodzajów lokalizacji oraz rozmiaru zamówień, dodatkowo należy również podnieść za uczestnikiem postępowania odwoławczego Orange Polska S.A., co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego na rozprawie, że zestawienie przedstawione przez Odwołującego dotyczy różnych sieci WAN o różnych parametrach co powoduje, że nie jest porównywalne do przedmiotu zamówienia (w szczególności postępowanie prowadzone przez PSG Sp. z o.o. oraz Lasy Państwowe); (dowód nr 5) pierwsza strona umowy ramowej wraz z załącznikiem nr 5 – dowód ten również nie potwierdza niezgodności treści ofert złożonych przez Orange Polska S.A. i GTS Poland Sp. z o.o. ze SIWZ dodatkowo nie wynika z dowodu tego czy przedstawiona umowa jest umową obowiązującą, na jaki okres i kiedy została zawarta, uwzględniając stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie należy również wskazać, że Odwołujący powołując się na ten dowód wskazywał na kwotę 587,70 zł dla łącza o przepływności 1024 kb/s natomiast w ofercie Orange Polska S.A. dla łącza opcjonalnych wykonawca wskazał kwotę 646, 98 zł. W ocenie Izby, dokonawszy oceny powyżej wskazanych dowodów przedstawionych przez Odwołującego wskazać należy, że nie potwierdzają one w żadnej mierze podnoszonych przez Odwołującego zarzutów. Uczestnik postępowania odwoławczego Orange Polska S.A. złożył dowód (dowód nr 4), który Izba dopuściła, opracowanie własne – wskazujące, że wszystkie łącza w ofercie Odwołującego niezależnie od parametrów oraz tego czy istnieją czy dopiero powstaną wycenione zostały tak samo, oraz że łącza w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego zostały wycenione w różny sposób. Jest to dokument, który zawiera w swej treści informacje zawarte w złożonych ofertach. Wskazać należy, że Zamawiający nie określił sposobu wyceny poszczególnych lokalizacji w związku z czym każdy z wykonawców mógł dokonać tego w sposób indywidualny: w ofercie GTS Poland Sp. z o.o. zróżnicowane zostały ceny za lokalizacje podstawowe i opcjonalne typu C, natomiast pozostali wykonawcy zryczałtowali ceny za wszystkie lokalizacje typu C w zamówieniu opcjonalnym. Każdy ze sposobów wyceny poszczególnych lokalizacji był prawidłowy.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert niezgodnych z SIWZ złożonych przez wykonawców Orange Polska S.A. oraz GTS Poland Sp. z o.o. nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy
przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Orange Polska S.A.
pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Izba wskazuje, że zgodnie z celem zawartym w ustawie Prawo zamówień publicznych Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po to aby udzielić zamówienia. Zamawiający winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia, tym samym Zamawiający prowadzi weryfikację wykonawców, której to weryfikacji dokonuje między innymi kontrolując wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego opis sposobu spełnienia zawarty jest w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 7 ustawy) oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (art. 36 ust.1 pkt 5 ustawy). Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12).

Zamawiający w SIWZ w rozdziale IX *Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków* w punkcie 4 wymagał: *O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (...) 4. Potwierdzą posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych).* Następnie w rozdziale X *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu* w punkcie 1 ppkt 12 Zamawiający wymagał: *Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych) wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.*

Orange Polska S.A. załączyło do oferty na stronie 69 Opinię Bankową w której treści zostały zawarte między innymi następujące informacje: *Na dzień 28/01/2014 Klient ORANGE POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA, może ubiegać się o finansowanie w kwocie do PLN*

50.000.000,00; Na dzień 28/01/2014 rachunki Klienta były wolne od zajęć sądowych i administracyjnych.

Izby uznała, że Opinia bankowa złożona przez Orange Polska S.A. potwierdziła spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej. Po pierwsze należy stwierdzić, że zdolność kredytowa nie jest tożsama z przyrzeczeniem udzielenia kredytu, lecz stanowi ocenę, że określony podmiot jest wiarygodnym klientem banku, zdolnym do spłaty przyszłego zobowiązania. Zamawiający nie wymagał (i w świetle przepisów nie mógł wymagać) legitymowania się przez wykonawcę promesą kredytu. Z treści złożonej Opinii bankowej wynika, że Orange Polska S.A. ma możliwość uzyskania kredytu w wymaganej przez Zamawiającego kwocie, bowiem może ubiegać się o finansowanie do kwoty 50.000.000,00 zł. Bank Handlowy w Warszawie S.A. uznał, że wykonawca ten może ubiegać się o finansowanie do kwoty 50.000.000,00 zł czyli wskazał, że takie środki finansowe będzie mógł starać się pozyskać z tego banku. Procedury bankowe zawsze wymagają od kredytobiorcy dopełnienia określonych formalności czy spełnienia warunków na etapie przyznawania kredytu ale dotyczy to sytuacji, w której kredytobiorca chce uzyskać konkretny kredyt. Izby podziela prezentowane w orzecznictwie KIO stanowisko, zgodnie z którym od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wymaga się jedynie dysponowania takim potencjałem finansowym, który potencjalnie umożliwiłby mu i uprawdopodobniał wykonanie danego zamówienia. W przypadku realizacji zamówienia publicznego wybrany wykonawca nie jest bowiem zobowiązany do uzyskania kredytu i nie musi danej inwestycji finansować z takich źródeł. Jego możliwości finansowe bada się pod kątem potencjalnej możliwości wykonania zamówienia, którą można ustalić również na podstawie wstępnej oceny zdolności wykonawcy, dokonanej przez bank, która potwierdza możliwość spłaty kredytu o określonej wysokości. Należy również mieć na uwadze fakt, że informacja wystawiana przez bank bądź spółdzielczą kasę oszczędnościowo – kredytową jest dokumentem, który nie ma określonej przepisami prawa treści ani nazwy, każdorazowo to podmiot go wystawiający decyduje o informacjach w nim zawartych, co oczywiście nie stanowi podstawy do uznawania za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu dokumentów, które nie odnoszą się w swej treści do wymagań prawnych. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Orange Polska S.A. pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym

w szczególności podnoszonej przez Odwołującego zasady zachowania uczciwej konkurencji, Zamawiający nie naruszył art. 7 ustawy.

Sygn. akt KIO 1104/14

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy przez uznanie, że oferta złożona przez Orange Polska S. A. nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Orange Polska S. A.

Ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż *„za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”*. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. *„O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”* (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). *„Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie*

jest możliwe” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). „*Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości*” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku).

Jednakże nie należy zapominać, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *„rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”*. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ukształtował kryteria oceny ofert w sposób następujący:

W rozdziale XVIII ust. 2 lit. a) SIWZ *Informacje o kryteriach, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty* w ust. 2 Zamawiający wskazał:

„2. Poniżej Zamawiający przedstawia w sposób szczegółowy kryteria oceny ofert i ich znaczenie procentowe:

A. C1 – kryterium *„cena całkowita” (stanowiące sumę ceny za przedmiot Zamówienia oraz ceny za prawo opcji) – waga 99% (...)*

B. C2 – kryterium *„wymagania nieobligatoryjne” – waga 1% (...)*”

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w rozdziale VII *Opis sposobu obliczania ceny* Zamawiający wskazał: *„ 1. Cena ofert stanowić będzie cenę podaną w ofercie za przedmiot Zamówienia określony w §1 ust. 1 projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 9*

do SIWZ. Cena za prawo opcji określone w §1 ust. 6 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ nie może zawierać się w cenie za przedmiot Zamówienia. Kryterium oceny ofert, o którym mowa w rozdziale XVIII ust. 2 lit. a) SIWZ, będzie cena całkowita stanowiąca sumę ceny za przedmiot Zamówienia oraz ceny za prawo opcji.”

Zamawiający w Protokole postępowania podał szacunkową wartość zamówienia: 10 487 888,00 zł (2 482 399,11 euro). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 12 900 102,24 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – 3 368 001,74 zł brutto (po poprawie),
- GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 3 999 792,44 zł brutto,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Netia S.A. z siedzibą przy ulicy Poleczki 13, 02-822 Warszawa (adres do doręczeń: ul. Taśmowa 7a, 02-677 Warszawa) (pełnomocnik) i Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie – 7 133 894,39 zł brutto.

Nie istnieją ustalone granice jakie zobowiązują Zamawiającego do uznania, iż zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską, co więcej w zakresie każdego postępowania procentowa wartość odstępstwa danej oferty od oszacowanej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ między innymi terminy w jakich zostały dokonane szacunki zarówno Zamawiającego jak i składającego ofertę, dana sytuacja rynkowa i inne czynniki, tak więc odnoszenie ceny oferowanej do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (porównaj Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt; KIO/UZP 691/08).

Izba uznała czynność Zamawiającego, tj. oceny oferty Orange Polska S.A. oraz wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny złożonych przez tego wykonawcę za prawidłową. Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy umocował Zamawiającego *do wezwania wykonawcy w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę* – tak więc, wezwanie ma służyć ustaleniu czy oferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy wskazać, iż określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w Wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08) dlatego też oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta zawiera rażąco niską

cenę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa na Zamawiającym, natomiast w postępowaniu odwoławczym na wykonawcy kwestionującym prawidłowość oceny Zamawiającego (porównaj: wyrok KIO z 5 października 2012 roku sygn. akt KIO 2005/12). Jeśli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy i nie odrzuca oferty z powodu rażąco niskiej ceny, ciężar dowodu co do zasadności odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, który żąda odrzucenia (tak m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX 230/10), co wynika z podstawowej reguły dotyczącej rozkładu ciężaru dowodu wyrażonej w art. 190 ust. 1 ustawy, w ślad za art. 6 k.c., zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na twierdzącym. Odwołujący winien zatem był wykazać, że zaoferowana przez Orange Polska S.A. w postępowaniu cena jest rażąco niską, czego w ocenie Izby nie dokonał.

Zamawiający pismem z 23 kwietnia 2014 roku zatytułowanym „Wezwanie do wyjaśnienia rzekomo rażącej niskiej ceny” wezwał Orange Polska S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie złożył pismo z 6 maja 2014 roku, które stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Z treści wezwania jakie skierował do Orange Polska S.A. Zamawiający wynika jednoznacznie, że Zamawiający otrzymał wcześniej pismo o treści jaką przesłał do Orange Polska S.A. Wyjaśnienia złożone przez Orange polska S.A. są wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze. W pierwszej kolejności należy wskazać, że wyjaśnienia te zawierają w swej treści odpowiedzi na pytania jakie zostały skierowane do wykonawcy przez Zamawiającego, zawierają również informację o podstawach dokonania wyceny oferty oraz wyjaśnienia potwierdzające, że cena zaoferowana przez Orange Polska S.A. obejmuje całkowity koszt realizacji przedmiotu zamówienia objętego przetargiem. Wyjaśnienia złożone przez Orange Polska S.A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zawierają szerokie argumentacje dotyczącą kosztów realizacji usługi oraz sposobu realizacji usługi. Ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, bowiem nie jest to katalog zamknięty, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulacje ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne dla różnych zamówień oraz będą w szczególności kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, bowiem to właśnie wykonawcy ci będą się do nich odwoływać wyjaśniając ceny zawarte w ofertach. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.*

Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* To na Odwołującym ciążył obowiązek dowiedzenia, że twierdzenia zawarte w odwołaniu są zasadne, oraz że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny ofert . Odwołujący przedstawił na rozprawie dowody, które Izba dopuściła w postępowaniu; (dowód nr 6) zestawienie tabelaryczne oraz załączone odpowiedzi Orange Polska Domena Hurt do każdej pozycji z tabeli złożone przez Odwołującego na okoliczność wykazania, iż Orange Polska nie dysponuje infrastrukturą w lokalizacjach podstawowych i opcjonalnych. Odwołujący wskazał 15 lokalizacji zarówno z obszaru lokalizacji objętych zamówieniem podstawowym jak i zamówieniem opcjonalnym. Izba wskazuje, że w *Piśmie Odwołującego* złożonym w postępowaniu czytamy między innymi, że *praktyka odpowiedzi udzielanych na pytania o weryfikację warunków technicznych, uwzględnia wszystkie alternatywne rozwiązania wykonania usługi.* Odwołujący sam wskazał zatem, że podawanie rozwiązań alternatywnych stanowi praktykę, tym samym nie wynika z tego, że w dokumentach przedstawionych przez Odwołującego wskazane zostały wszystkie możliwe sposoby realizacji usługi w danej lokalizacji. Wskazać również należy, że w dokumentach tych brak jest informacji o przyczynie braku możliwości realizacji usługi w sposób alternatywny do wskazanego, tym samym nie można uznać, że w ogóle nie istnieje inny możliwy sposób realizacji usługi bądź nie można również stwierdzić, że np.: możliwy alternatywny sposób realizacji usługi dla danej lokalizacji nie został wskazy ponieważ w tym zakresie dla danej lokalizacji alternatywny sposób realizacji usługi jest wykorzystywany lub zarezerwowany, na co również wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego Orange Polska S.A. Dokumenty te zawierają informacje i niewątpliwie są dowodami na potwierdzenie tego o czym stanowią, jednakże w

żaden sposób nie potwierdzają faktu niemożliwości realizacji usługi w tych zakresach w alternatywny sposób niewskazany w przedstawionych dokumentach. W zakresie kolejnego z dowodów (dowód nr 7) zawierającego zestawienie tabelaryczne oraz załączone do niego odpowiedzi Orange Polska Domena Hurt wskazujące, że w określonym terminie realizacji usługi nie jest możliwe wykonanie tej infrastruktury przez Orange Polska S.A. - wskazać należy, że nie wynika z dokumentów aby Orange Polska S.A. realizowała usługę dla wskazanych lokalizacji w sposób opisany w tych dokumentach, czyli przy wykorzystaniu rozwiązania technicznego tam wskazanego. Zaznaczyć należy, że Orange Polska S.A. co podnoszone było niejednokrotnie na rozprawie oraz zostało wskazane w dokumentach złożonych przez tego wykonawcę w postępowaniu przed Izbą, nie wyklucza realizacji zamówienia samodzielnie jednocześnie korzystając z infrastruktury innych podmiotów. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, który wskazywał na utożsamienie dzierżawy danej infrastruktury z podwykonawstwem. Zamawiający nie postawił wymogu aby usługa transmisji danych o wymaganej w SIWZ przepustowości była taka sama niezależnie od lokalizacji, technologii czy też tego że jest to lokalizacja objęta zamówieniem podstawowym czy opcjonalnym, co prowadzi do wniosku, że wykonawcy mieli możliwość samodzielnie wybrać sposób realizacji usługi (np. technologia radiowa) co przekłada się na cenę oferty. W zakresie przedstawionych (dowód nr 9) odpowiedzi Orange Polska S.A. Domena Hurt na zapytanie o usługę transmisji danych odpowiedź obejmuje wszelkie stosowane przez Orange technologie oraz (dowód nr 10) zestawienie własne informacji o udzielanych odpowiedziach przez Orange Polska Domena Hurt - zaznaczyć należy, że obejmują one rozwiązania technologiczne, które zgodnie z obowiązującym prawem podmiot obowiązany jest podawać natomiast nie obejmują one innych możliwych technicznie rozwiązań świadczenia usługi (inne technologie), które dopuszczał Zamawiający. Odwołujący złożył również (dowód nr 8) mapy satelitarne miejsc wskazanych przez Zamawiającego na okoliczność wykazania, że posiadanie infrastruktury przez Orange Polska S.A. w danych lokalizacjach jest niewiarygodne w ocenie Izby mapy te wskazują jedynie na stan istniejący, nie stanowią potwierdzenia stanowiska Odwołującego obrazując jedynie stan faktyczny natomiast „niewiarygodność posiadania infrastruktury przez Orange Polska S.A. w danych lokalizacjach” wskazanych na mapach nie wyklucza możliwości stworzenia takiej infrastruktury bądź realizacji usługi przy wykorzystaniu innych technologii lub dzierżawy infrastruktury. Odwołujący złożył (dowody nr 11 i 12) dokumenty - objęte tajemnicą przedsiębiorstwa - wskazując je na okoliczność wykazania kwot jakie Orange Polska S.A. musi przeznaczyć na realizację łączy radiowych w lokalizacjach wybranych przez Zamawiającego, a które nie mają innych warunków realizacji technicznych - dokumenty te zawierają informację ogólne, uśrednione oraz nieprecyzyjne jak również sporządzone

zostały przez Odwołującego w oparciu o informacje, które przy uwzględnieniu rodzaju usługi i towarzyszącego mu rozwoju technologicznego należy uznać za co najmniej częściowo nieaktualne.

Izba wskazuje, że ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców. W tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Orange Polska S.A. złożyła ofertę na kwotę 3 368 001,74 zł brutto natomiast Odwołujący GTS Poland Sp. z o.o. na kwotę 3 999 792,44 zł brutto przy oszacowanej przez Zamawiającego wartość zamówienia na kwotę 10 487 888,00 zł netto.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożenie przez Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji Izba wskazując, że zarzut ten w związku z nieuwzględnieniem zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie Orange Polska S.A. nie potwierdził się.

Izba wskazuje, że to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, że kwestionowana przez niego oferta została założona z ceną rażąco niską (porównaj: wyrok KIO z 5 października 2012 roku sygn. akt KIO 2005/12). Danych okoliczności (oferty złożone z rażąco niskimi cenami) powinna dowieść strona (Odwołujący), która je podnosi i na nie się powołuje, czyli strona, która wystąpienie danych faktów wywodzi a nie im przeczy (porównaj: wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku sygn. akt XIX Ga 3/07).

Uwzględniając powyższe nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oraz naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy przez uznanie, że oferta złożona przez Orange Polska S.A. nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Orange Polska S.A.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 7 ust 1 i 3.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....