

Sygn. akt: KIO 787/15

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 kwietnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2015 r. przez **wykonawcę K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KAMNET T. K. z siedzibą w Oborze, ul. Szafirowa 19** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Rudna w Rudnej, pl. Zwycięstwa 15**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawy oferty firmy OrNet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie, ul. Odrodzenia 11 oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie jego czynności polegającej na ocenie ofert wykonawców nie podlegających wykluczeniu oraz ofert nie podlegających odrzuceniu, w pozostałym zakresie żądania odwołania oddala,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Rudna w Rudnej, pl. Zwycięstwa 15** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KAMNET T. K. z siedzibą w Oborze, ul. Szafirowa 19** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Rudna w Rudnej, pl. Zwycięstwa 15** na rzecz **wykonawcy K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KAMNET T. K. z siedzibą w Oborze, ul. Szafirowa 19** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostarczenie usług transmisyjnych z węzłów sieci do użytkowników końcowych i jednostek gminy do projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna” zostało wszczęte przez zamawiającego Gmina Rudna z siedzibą w Rudnej, pl. Zwycięstwa 15 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lutego 2015r. za numerem 2015/S 032-054348.

W dniu 7 kwietnia 2015r. zamawiający faksem powiadomił o wynikach postępowaniach, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. wykonawcy OrNet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie, ul. Odrodzenia 11 (dalej wykonawca wybrany), na drugim miejscu sklasyfikowany został wykonawca K. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kamnet K. T. z siedzibą w Oborze, ul. Szafirowa 19. wykonawcy w kryterium pozacenowym otrzymali tę samą liczbę punktów, rywalizując wysokością zaoferowanej ceny.

W dniu 17 kwietnia 2015r. drogą elektroniczną odwołanie wniósł wykonawca K. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kamnet K. T. z siedzibą w Oborze, ul. Szafirowa 19 (dalej odwołujący). Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu złożony przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu bezpośrednio w dniu 17 kwietnia 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 180 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 - ustawy) i art. 91 ust. 1 ustawy tj. dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty wyższej, przy uwzględnieniu faktu, iż oferta odwołującego zgodnie z żądaniem zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy została poprawiona przez wyliczenie ceny jednostkowej za usługę transmisji z węzłów sieci do użytkowników końcowych wraz z organizacją i utrzymaniem BOK - na kwotę -15 153,60 zł., która to cena winna być przez zamawiającego uwzględniona przy ocenianiu ofert wykonawców (tj. cena za jeden miesiąc, nie zaś cena za 64 miesiące, gdyż sam zamawiający przyznał, iż nie jest dokładnie znana ilość miesięcy świadczenia usługi). Oferta odwołującego wynosi 318 225, 60 zł. i jest najkorzystniejsza. Oferta wykonawcy wybranego wynosi 331 941, 97 zł. Oferta odwołującego zawierała omyłkę polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i zamawiający zwrócił się do odwołującego z żądaniem o wyrażenie

zgody na poprawienie oferty w wyżej wskazanym zakresie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy - prawo o zamówieniach publicznych;

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. złożenia przez wykonawcę wybranego oferty zawierającej rażąco niską cenę ze względu na wycenę przez tegoż wykonawcę usługi transmisyjnej z węzłów sieci do użytkowników końcowych wraz z organizacją i utrzymaniem BOK na poziomie poniżej kosztów związanych z wykonywaniem tychże usług, co rodzi wątpliwość co do możliwości wykonania tychże usług przez wykonawcę w należyty sposób;

3) art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy przez jego błędną wykładnię i bezprawne dokonanie w ofercie wykonawcy istotnych zmian w ofercie. Zamawiający działał niezgodnie z prawem i nie powinien stosować do zaistniałej sytuacji art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy dokonując na tej podstawie poprawienia oferty firmy Ornet i samowładczego przeliczenia ceny oferty mnożąc przez 64, co w konsekwencji spowodowało błędne uznanie przez zamawiającego, iż oferta wybrana najniższa;

4) art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy przez zaniechanie wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy wybranego z postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy, tenże posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobą uczestniczącą bezpośrednio w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania (np. polegające na podzieleniu czynności związanych z realizacją projektu na poszczególne postępowania przetargowe) tj. W. B., przez co dopuszczono się czynu nieuczciwej konkurencji.

Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ to oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najniższa, ponadto zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy wybranego jako rażąco niską, ewentualnie wykluczyć go w myśl przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym idzie odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Wniósł o :

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
3. odrzucenie oferty wybranej, jako zawierającej rażąco niską cenę ewentualnie wykluczenie wykonawcy wybranego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia jego czynności polegającej na ocenie ofert wykonawców nie podlegających wykluczeniu oraz ofert nie podlegających odrzuceniu i ponownej ocenie złożonych ofert;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zamawiającego doszło do szeregu uchybień, które w konsekwencji doprowadziły do błędnego uznania, iż oferta wybrana jest najkorzystniejsza.

W pierwszej kolejności zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy wybranego z prowadzonego postępowania przetargowego, pomimo iż zdaniem odwołującego wiedział o powiązaniach wykonawcy wybranego z osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych bezpośrednio z przygotowaniem prowadzonego postępowania przetargowego oraz projektu w ramach, którego doszło do zamówienia. Prezes Zarządu wykonawcy wybranego D. I. ma powiązania z zatrudnionym w Urzędzie Gminy Rudna, menedżerem Projektu W. B. . W myśl przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy z postępowania należy wykluczyć wykonawców, którzy bezpośrednio wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Wymóg ten ma zapewnić wszystkim wykonawcom równe szanse na uzyskanie zamówienia. Uczestnictwo W. B. w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania ma charakter bezpośredni. Sytuacja ta wskazuje na to, że firma OrNet miała dostęp do informacji związanych z realizacją projektu, co budzi zdaniem odwołującego uzasadnione wątpliwości, że została w ten sposób naruszona zasada bezstronności i uczciwej konkurencji. Jednocześnie W. B., miał wpływ na tworzenie oferty wybranej. Ścisłe powiązanie wykonawcy, w osobie D. I. z menedżerem Projektu, W. B., polega na wspólnym zamieszkiwaniu w Raszówce przy ulicy Słonecznej 6 (nieformalny ale faktyczny związek) oraz pracy W. B. w biurze Firmy OrNet w Lubinie przy ulicy Odrodzenia 11 (praca faktycznie świadczona codziennie przez kilka godzin w biurze firmy OrNet), o czym odwołujący podjął informację od osób trzecich. Ponadto pani Prezes Firmy OrNet podobno zamieszkiwała w tym okresie w Raszówce przy ulicy Słonecznej 6, zaś pod tym adresem ma zarejestrowaną swoją działalność gospodarczą Menedżer Projektu W. B. . Projekt, realizowany przez Gminę Rudna, jest współfinansowany ze środków UE i podlega szczególnym przepisom dotyczącym zachowania zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz unikania konfliktu interesów rozumianych jako brak bezstronności i obiektywności. Ponieważ obowiązek taki wynika z zapisów Umowy o dofinansowanie, a jego nie dochowanie może spowodować, że wydatek zostanie uznany za niekwalifikowany i nie podlegający dofinansowaniu. Odwołujący podejrzewa, że w omawianym postępowaniu przetargowym, Prezes firmy OrNet D. I., złożyła nieprawdziwe oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, pisząc, że „Oświadczam, że nie zachodzą żadne przesłanki wykluczenia zawarte w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”. W wyniku czego został naruszony przepis art. 297 § 1 i 2 kk oraz art. 305 § 2 kk, zostały przemilczane istotne okoliczności mające wpływ na uczestnictwo w przetargu, fakt, że Pani Prezes OrNet działała w porozumieniu z Menedżerem Projektu W. B. . Odwołujący podniósł, że wykluczenie wykonawcy skutkuje, że oferta podlega również odrzuceniu, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podał definicję czynu nieuczciwej konkurencji wynikającą z ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał również na przepisy dotyczące zasad finansowania projektów ze środków unijnych.

Ponadto odwołujący podniósł, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy, a w szczególności przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4, albowiem z uwagi na zaistnienie w sprawie przesłanek objętych dyspozycją w/w przepisu, oferta wykonawcy, uznana za najkorzystniejszą, winna być odrzucona, ponieważ zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2013-05-10, sygn. akt KIO 962/13. Podniósł, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia w pkt 3 oferty („usługa transmisyjna z węzłów sieci do użytkowników końcowych wraz z organizacją i utrzymaniem BOK”) pomiędzy dwiema złożonymi ofertami jest rozbieżne w ten sposób, że wynagrodzenie wykonawcy wybranego jest o 100 % niższe niż oferta odwołującego, to jeszcze oferta ta odbiega rażąco od oszacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia, która wynosi 18 942 zł brutto. Rozbieżność jest rażąca i oczywista, a - w ocenie odwołującego - wynika z tego, że wykonawca wybrany nie uwzględnił rzeczywistych i wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że podobnym postępowaniu w Gminie Lubin w 2014, lecz mających obsłużyć tylko 118 punktów w „Szczegółowym zestawieniu kosztów realizacji projektu”, wykonawca wybrany uwzględnił w w/w dokumencie Koszty serwisowania urządzeń sieciowych w kwocie 1845 zł brutto miesięcznie. Chcąc wyliczyć proporcjonalny koszt obsługi 334 punktów w Rudnej, należy zdaniem odwołującego założyć, że obsługa jednego punktu wynosi 15,64 (1845 zł podzielić na 118 beneficjentów) i pomnożyć przez 334 beneficjentów (15,64 zł x 334), co daje łączną kwotę 5 223,76 zł miesięcznie. Przy czym takie koszty utrzymania i serwisu były wyliczone do obsługi urządzeń będących własnością Gminy Lubin, sprzęt posiadał gwarancję w przypadku awarii urządzeń na czas trwania umowy o świadczenie usługi. Cena w Gminie Rudna dodatkowo powinna zawierać koszty wymiany uszkodzonego sprzętu na koszt wykonawcy. Koszty według odwołującego również powiększyć o miesięczne koszty utrzymania biura, w kwocie minimalnej 1 800,00 zł (wynajem pomieszczenia w wysokości 1000 zł, koszty utrzymania CO, woda, telefon, energia 800,00 zł), koszty utrzymania czystości pomieszczeń 500,00 zł. Koszty zatrudnienia pracownika biurowego w Biurze Obsługi Klienta, które ma pracować od 8.00-16.00, min. 2 100,00 zł (wynagrodzenie). Dodatkowo koszty wyposażenia i urządzenia biura jednorazowo w kwocie min. 8000 zł. Zatem łączny wydatek jaki jest konieczny do wykonania przedmiotu zamówienia z pkt 3, to suma powyższych pozycji, która wynosi najmniej 9 624,00 brutto miesięcznie. Odwołujący oświadczył, że nie podał wartości takich jak koszty dojazdu do beneficjenta w razie awarii i nie uwzględnił wszelkich wydatków jakie powstają przy realizacji tego typów zamówień, które wynikają z ukształtowania terenu, warunków atmosferycznych, warunków technicznych czy innych okoliczności, których pojawienie się, zwiększa i nigdy nie pomniejsza kosztów

realizacji zadania. Podana w ofercie wybranej cena nie jest w stanie pokryć niezbędnych wydatków związanych z realizacją zadania. Zamawiający, w ocenie odwołującego, zaniechał przeprowadzenia czynności o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, i nie przeprowadził postępowania mającego wyjaśnić, czy cena jaką zaoferował wykonawca wybrany jest rynkowa. Dla odwołującego ważnym aspektem jest to, że wykonawca wybrany wykonał w 2008 roku, koncepcję budowy szerokopasmowej sieci w Gminie Rudna, co znalazło odzwierciedlenie w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU), stanowiącym załącznik do SIWZ. Budżet konieczny do wykonania zadania został ustalony przez wykonawcę wybranego. Koszty aktywacji usługi w ofercie wykonawcy wybranego oscylują w granicy 324 251 zł., co stanowi 87,91 % budżetu koncepcji z PFU. Natomiast kwestionowana rażąca cena abonamentu miesięcznego za transmisje danych od węda do końcowego BO, to kwota 7689,96, to zaledwie 40% budżetu koncepcji z PFU. W czasie między opracowaniem koncepcji, a postępowaniem przetargowym, koszty realizacji uległy zmianom, ale są wyższe, na przykład koszty zatrudnienia pracownika, ZUS, paliwo, energia. Część sprzętu można zakupić za cenę o kilka procent niższą, co znajduje odniesienie w kosztach aktywacji.

Odwołujący podniósł też, że w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy zamawiający ma obowiązek poprawić złożoną i otwartą ofertę, w której jest oczywista omyłka. Art. 86 zabrania wprowadzania jakichkolwiek poprawek, z wyjątkiem zawartym art. 87. Oferta wykonawcy wybranego nie zawierała żadnej omyłki, została złożona poprawnie, zgodnie z wolą zamawiającego (siwz nie podaje ilości miesięcy). Złożona oferta wykonawcy wybranego została zmieniona przez zamawiającego w ten sposób, że została przemnożona cena znajdująca się w ofercie za 1 miesiąc przez wielokrotność miesięcy, przez którą może być świadczona usługa- takiej liczby nie było podanej w siwz, nie było daty rozpoczęcia świadczenia usługi, była data zakończenia umowy. Ogłoszenie, siwz i wzór Propozycji Umowy są spójne, i dotyczą oferty z wynagrodzenie za jeden miesiąc. Sposób zmiany oferty wybranej jest niezgodny z ustawą. Odwołujący odwołał się do przepisów ustawy wskazując, że z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert, zaś otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących, złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku

badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert. Wskazał, że przepis art. 87 ust 2 ustawy dopuszcza możliwość dokonywania poprawek przez zamawiającego w ofercie: 1) oczywistych omyłek pisarskich, 2) oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający poprawiając ofertę wybraną, która nie zawierała omyłki, zdaniem odwołującego, tak naprawdę poprawił swój błąd w niniejszym postępowaniu. Według odwołującego zamawiający zmienił zasady wyliczenia ceny i sposób porównania złożonych ofert, dostosowując taką zmianę do złożonych ofert. Ponadto, w ocenie odwołującego, poprawianie omyłek w formie oferty grozi złamaniem art. 97 ust. 1 nakazującym przestrzeganie nienaruszalności ofert jako załącznika do protokołu. Istotny dla rozstrzygnięcia sprawy jest, zdaniem odwołującego, również fakt, że zamawiający miał wszelkie dane potrzebne do skorygowania oferty bez ingerencji wykonawcy: wiedział, że wykonawca źle zrozumiał opis rubryki 3, podanej skrótem - Jedn. miary, wpisując liczby planowanych punktów, w których należy aktywować usługę w poz. 1 to jest 34, w poz. 2 to jest 300, w poz. 3 to jest 64. Te wiersze zgodnie ze znaczeniem opisu tabeli nie podlegały wypełnieniu przez wykonawcę i oznaczały tylko jednostkę miary tzn. kpl. - komplet, m-c oznaczało miesiąc. Zamawiający mógł zatem dokonać odpowiedniej korekty i właściwie dokonał dzieląc kwotę w pozycji brutto przez 64, ale nie skorygował cenę w pozycji suma, zgodnie z siwz. Art. 87 ust. 2 pkt 3, który zobowiązuje zamawiającego do poprawienia takich niezgodności z treścią siwz, które po pierwsze mają charakter omyłki, a po drugie - nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowej sprawie pierwsza i druga z przywołanych wyżej przesłanek została spełniona, tj. kwestia istotności omyłek dla treści oferty (KIO 236/12 z dnia 15 lutego 2012 r). Wskazał także na sposób rozumienia oczywistej omyłki pisarskiej w orzecznictwie sądów administracyjnych w tym NSA w wyroku z dnia 16 grudnia 1987 r., SA/Gd 679/87, ONSA 1987, nr 2, poz. 90.

Gdyby zamawiający poprawił ofertę odwołującego się, w której była oczywista omyłka, ponieważ podał w poz. 3 formularza ofertowego (zał. Nr 1 do siwz) cenę za 64 miesiące świadczenie usługi, zgodnie z poz. 2.2.1, 2.2.2 i 2.2.3 siwz, zamiast wynagrodzenia za jeden miesiąc, czego oczekiwał zamawiający, po dokonaniu poprawy powinno zostać wpisane do formularzu w punkcie 3 kwota w wysokości 15 153,60 zł, i podsumowaniu w wysokości 318 225,60 zł. Złożona i odczytana oferta wybranego wynosiła 331 941,97. Wobec czego oferta firmy odwołującego była korzystniejsza i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Po wykonaniu przez zamawiającego nieuprawnionej poprawki oferty wybranej poprzez

wielokrotne przemnożenie wynagrodzenia za jeden miesiąc, zmieniono wynik postępowania, przez co oferta wybrana została przedstawiona jako najniższa. Odwołujący wskazał, że zamawiający dokonał takich zmian (przemnożenia i skreśleń) dopiero po obejrzeniu ofert. Zastosowanie ich jest korzystne dla zamawiającego i jednej z firm, która dopiero po przeliczeniu i zmianie sumy stała się ofertą najtańszą. Wprowadzanie takiej poprawki jest istotną zmianą wprowadzoną po analizie ofert i skutków w tym konkretnym przypadku, jako te, które są dla zamawiającego korzystniejsze. Zasada podania w formularzu ofertowym wielokrotności wynagrodzenia miesięcznego powinna znajdować się w siwz. Zastosowanie zmian po otwarciu ofert jest niedozwolone, bo zamawiający mógłby zmieniać te zasady w zależności jakie wpłynęły oferty i wybrać sposób prezentowania oferty, wybierać sposób, który bardziej mu odpowiada albo jest korzystniejszy, albo faworyzuje jednego z wykonawców. Taki sposób umożliwi kształtowania wyniku przetargu przez zamawiającego jest niedopuszczalny, podobnie jak składanie kilku wariantów ofert. Zadaniem odwołującego w przypadku tego postępowania mogły być złożone różne oferty, które mogły mieć bardzo odmienny sposób kształtowania ceny. Brak precyzyjnych założeń siwz nie może być modyfikowany na etapie oceny odczytanych ofert. W ocenie odwołującego rodzi to pytanie: gdyby nie oczywista omyłka odwołującego, to przez jaką liczbę mnożyłby zamawiający kwoty podane w ofertach, skoro nie uwzględnił tego w siwz. Zamawiający nie dokonał poprawy oczywistej omyłki w Ofercie Odwołującego poprzez wpisanie do formularza ofertowego wynagrodzenia za jeden miesiąc i podsumowania ofert oraz uznanie jej za najkorzystniejszą.

W dniu 17 kwietnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20 kwietnia 2015r. faksem wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego wniesione przez wykonawcę wybranego. Zgłoszenie zawiera odbity za pomocą urządzenia faksującego nieczytelny podpis opatrzony pieczęcią imienną prezesa zarządu. Do faksu nie dołączono odpisu w KRS wykazującego umocowanie prezesa zarządu do samodzielnej reprezentacji wykonawcy wybranego, ani dowodów przekazania kopii tego dokumentu zamawiającemu i odwołującemu. Jednocześnie W piśmie przewodnim wskazano, że złożenie przystąpienia za pośrednictwem e-PUAP nie było możliwe i wnioskowano o przyjęcia zgłoszenia dokonanego faksem. W dniu 22 kwietnia 2015r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie w formie pisemnej. Jednocześnie wpłynęły dwa pisma dotyczące zgłoszenia błędu uniemożliwiającego wysyłkę dokumentów przystąpienia do Service-Desk platformy ePUAP, do których załączono korespondencję elektroniczną ten fakt potwierdzającą.

Wykonawca wybrany wskazał, że jego interes w oddaleniu odwołania polega na tym, że został wyłoniony jako wykonawca w tym postępowaniu. Wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 23 kwietnia 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Co do zarzutu bezprawnego dokonania poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia była usługa polegająca na „Dostarczeniu usług transmisji z węzłów sieci do użytkowników końcowych i jednostek gminy do projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna” w terminie do 31 października 2020 roku. Zgodnie z postanowieniem pkt 18.3 siwz, dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny zamawiający wskazywał, że wykonawca ma złożyć jedną cenę (pkt 18.3), a okres świadczenia usługi określono do dnia 31.10.2020 r. (pkt 8 SIWZ) co oznacza , że oferta wykonawcy winna obejmować wynagrodzenie (będące przedmiotem oceny) za cały okres świadczenia usługi. Dodatkowo zgodnie z zapisami § 8 ust. 1 ppkt. b projektu umowy (załącznik nr 7 do siwz) - zamawiający oczekiwał wskazania wysokości opłaty miesięcznej za świadczenie usługi transmisji z węzłów sieci do użytkowników końcowych oraz organizacji i utrzymania Biura Obsługi Klienta, niezbędnej do rozliczenia miesięcznego (jakie przewiduje zamawiający) w całym okresie zamówienia.

W ofercie złożonej przez odwołującego brakowało elementu ceny świadczenia usługi za 1 miesiąc - niezgodność z zapisem § 8 ust. 1 ppkt .b załącznika nr 7 do siwz.

W ofercie złożonej przez wykonawcy wybranego brakowało elementu ceny świadczenia usługi za cały okres zamówienia - niezgodność z pkt 8 oraz pkt 18.3 siwz .

W związku z tym, że w ramach przedmiotowego postępowania wpłynęły w/w dwie oferty, przy czym każda z nich sformułowana była odmiennie, celem doprowadzenia zapisów tych ofert do zgodnych z wymogami siwz, a przede wszystkim umożliwienia rzetelnego porównania złożonych ofert i równego traktowania wykonawców, zamawiający dokonał na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (bez jakiegokolwiek ingerencji w zaproponowane ceny przez wykonawców) czynności polegających na poprawie dwóch ofert tak aby każda zawierała te same składniki tj. cenę za miesiąc wykonania „usługi transmisyjnej z węzłów sieci do użytkowników końcowych wraz z organizacją i utrzymaniem BOK (§ 8 ust. 1 ppkt .b załącznika nr 7 do siwz) oraz cenę łączną za świadczenie tejże usługi do 31.10.2020 roku (pkt 8 oraz pkt 18.3 siwz). Pismami nr SI 271.B593.UT.3.2015 i nr SI 271.B593.UT.4.2015 z dnia 02.04.2015 r. zamawiający niezwłocznie poinformował wykonawców o dokonaniu w/w poprawek, na co zainteresowani wykonawcy wyrazili zgodę (pisma nr SI 271.B593.UT.3.2015 i nr SI 271.B593.UT.4.2015 z dnia 02.04.2015 r. oraz zgody obu wykonawców zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie).

Zamawiający dokonał oceny ofert (zgodnie z wyliczeniem matematycznym wg wag kryteriów przyjętych w pkt 19 siwz) za całość przedmiotu zamówienia tj. świadczenia usługi polegającej na „Dostarczeniu usług transmisji z węzłów sieci do użytkowników końcowych i jednostek gminy do projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy

Rudna" do 31.10.2020 r. Znaczącym jest, w ocenie zamawiającego, fakt, że cena wykonawcy wybranego za cały przedmiot zamówienia tj. świadczenie usługi do dnia 31.10.2020 r. jest o 456.492,95 zł niższa od ceny zaproponowanej przez odwołującego, a tym samym korzystniejsza dla zamawiającego. Zarzut odwołującego zamawiający uznał za bezpodstawny.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt.4 ustawy), zamawiający podniósł, że w związku z faktem, że przedmiotem zamówienia była usługa polegająca na „Dostarczeniu usług transmisji z węzłów sieci do użytkowników końcowych i jednostek gminy do projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna" w terminie do 31 października 2020 roku, ocenie zamawiającego podlegała cena za całość zamówienia (suma kwot z formularza ofert poz. 1, 2 i z poz.3 - cena całkowita za świadczenie usługi do 31.10.2020 r.) wynikająca ze złożonych ofert tj. 1.272.902,40 zł (oferta nr 1) i 816.409,45 zł (oferta nr 2)

Na podstawie art. 90 ust. 1 zamawiający dokonał porównania procentowego ceny najniższej do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wyliczenie: $1.272.902,40 \text{ zł (oferta nr 1)} + 816.409,45 \text{ zł (oferta nr 2)} = 2.089.311,85 \text{ zł} /: 2 = 1.044.655,93 \text{ zł}$ (średnia arytmetyczna cen).

Cena najniższa (816.409,45 zł) stanowi 78% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert (1.044.655,93 zł) , tym samym jest niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert od 22 %. Oferta z ceną 816.409,45 zł nie podlegała więc odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (jako dowód zamawiający powołał kserokopie formularzy ofertowych stanowiących załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie). W konsekwencji zamawiający uznał zarzut za bezzasadny.

Co do zarzutu nie wykluczenia przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust.2.pkt 1 wykonawcy wybranego, to zamawiający podał, że w dniu 09.04.2015 r. do zamawiającego wpłynęło doniesienie o podejrzeniu nadużycia ze strony wykonawcy wybranego, mogącego skutkować nieuczciwą konkurencją (złożone przez panią E. T. zam. w Oborze przy ul. Szafirowej 19) - kserokopia pisma stanowi załącznik nr 3 do niniejszego pisma).

Zamawiający poinformował, iż opracowanie dokumentacji przetargowych dla zadań realizowanych w ramach projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna" Gmina Rudna powierzyła na podstawie umowy nr SI.272.2.150.2013 z dnia 27.05.2013 r. firmie INTRONIK K. P. z siedzibą przy ul. Sportowej 35, 62-002 Suchy Las, która m.in. opracowywała siwz dotyczący przedmiotowego postępowania przetargowego. Specyfikacja na wykonanie w/w usługi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, została sformułowana tak, aby nie mogła w jakikolwiek sposób ułatwić bądź utrudnić potencjalnym wykonawcom złożenia ofert konkurencyjnych. Przedmiot zamówienia został sformułowany na tyle szeroko, aby w sposób właściwy wyłonić wykonawcę, który dla potrzeb

zamawiającego zrealizuje przedmiotowe zamówienie. Potwierdzeniem powyższego jest kluczowy zapis Specyfikacji w brzmieniu „Dostarczenie usługi transmisji(...) za pomocą sieci radiowej lub kablowej w dowolnej technologii (...), umożliwiającej dostęp komputerów (...) do węzłów sieci zamawiającego (...) (pkt. 2.2.1 , 2.2.2 SIWZ). W ocenie zamawiającego przygotowana przez firmę INTRONIK dokumentacja przetargowa dot. w/w postępowania spełnia w pełni wymagania ustawy odnośnie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jak wynika z informacji przekazanej w dniu 15.04.2015 r przez firmę INTRONIK, projekt specyfikacji opracowany był samodzielnie przez zespół firmy Intronik bez udziału osób trzecich, Menadżer Projektu tj. Pan W. B. nie wchodził w skład zespołu firmy INTRONIK oraz nie definiował zapisów specyfikacji (informacja firmy INTRONIK zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie.).

Zdaniem zamawiającego, informacje zawarte w specyfikacji nawet gdyby były w posiadaniu osób trzecich przed opublikowaniem zamówienia, nie miałyby istotnego wpływu na złożenie oferty i zachowanie konkurencyjności , gdyż przedmiot zamówienia był znany z dokumentów ogólnie dostępnych tj. Programu Funkcjonalno Użytkowego oraz suplementu do tego programu.

Ponadto zamawiający podał, że Menadżer Projektu - Pan W. B., zatrudniony przez Gminę Rudna na podstawie umowy zlecenia, nie uczestniczy w pracach komisji przetargowej.

Wobec powyższego, na podstawie art. 24 ust. 2 ppkt. 1 ustawy, zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia z w/w postępowania przetargowego wykonawcy wybranego, a zarzut odwołującego jest bezpodstawny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, złożonych ofert, informacji o poprawieniu omyłek rachunkowych w ofertach odwołującego i wykonawcy wybranego, zgód wyrażonych przez obu wykonawców na taką poprawę, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, protokołów posiedzeń komisji przetargowej oraz oświadczeń składanych w trybie art. 17 ust. 2 ustawy oraz pisma z dnia 15 kwietnia 2015r. sporządzone przez firmę INTRONIK oraz dowodów złożonych do odwołania i przez odwołującego na rozprawie oraz załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, a także z urzędu z umowy nr DZ/1/03/2015 wraz z załącznikiem nr 1, protokołu odbioru do tej umowy oraz potwierdzenia wykonania przelewu.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że

Zamawiający w pkt. 2.2. siwz opisał przedmiot zamówienia w sposób następujący:

2.2.1 Dostarczenie usługi transmisji z węzłów sieci zamawiającego do jednostek publicznych zamawiającego za pomocą sieci radiowej lub kablowej wykonawcy w dowolnej technologii (zgodnie z tabelą zawierającą wykaz węzłów sieci i jednostek zamawiającego), umożliwiającej dostęp komputerów jednostek do węzłów sieci zamawiającego za pomocą

portu Ethernet 10/100 Mb/s z przepływnością gwarantowaną min. 10 Mb/s symetrycznie w obydwu kierunkach w technologii Ethernet.

2.2.1.1 Komputery jednostek należy podłączyć poprzez porty Ethernet do urządzeń wykonawcy. 2.2.1.2 W przypadku działania siły wyższej wykonawca jest zobowiązany do przywrócenia działania sieci w zakresie zaakceptowanym przez zamawiającego w terminach z nim uzgodnionych.

2.2.1.3 Wykonawca jest zobowiązany do usuwania wszelkich awarii i usterek, które uniemożliwiałyby dostęp do usługi transmisji jednostek zamawiającego, niezależnie od przyczyny ich powstania na swój koszt bez jakichkolwiek kosztów ponoszonych przez zamawiającego w ciągu 24 h od zgłoszenia w dni robocze. Sobota (jeśli nie jest dniem świątecznym) liczona jest jako dzień roboczy.

2.2.1.4 Wykonawca jest zobowiązany do usuwania wszelkich awarii i usterek sieci niezależnie od przyczyny ich powstania w ciągu 7 dni roboczych od zgłoszenia, jeżeli awaria lub usterka nie powoduje, że jednostki zamawiającego nie mogą korzystać z usługi transmisji. Sobota (jeśli nie jest dniem świątecznym) liczona jest jako dzień roboczy.

2.2.1.5 Usługa transmisji musi zapewnić nielimitowany transfer danych oraz nielimitowaną ilość otwartych sesji.

2.2.1.6 Dostępność usługi transmisji na porcie przyłączeniowym na poziomie 99,5%. czasu w ciągu roku.

2.2.1.7 Wykaz węzłów sieci i jednostek zamawiającego (w tym miejscu zamawiający zamieścił tabelę zawierającą wykaz węzłów i jednostek zamawiającego)

2.2.2 Dostarczenie usługi transmisji z węzłów sieci zamawiającego do 300 użytkowników końcowych (beneficjentów ostatecznych – wykaz adresów stanowi załącznik nr 9 do siwz) za pomocą sieci radiowej lub kablowej wykonawcy w dowolnej technologii, umożliwiającej dostęp użytkownika końcowego (beneficjenta) do węzłów sieci (urządzeń aktywnych) zamawiającego za pomocą portu Ethernet z przepływnością gwarantowaną min. 10 Mbit/s symetrycznie w obydwu kierunkach.

2.2.2.1 Komputery beneficjentów ostatecznych należy podłączyć poprzez porty Ethernet.

2.2.2.2 Wykonawca jest zobowiązany do usuwania wszelkich awarii i usterek niezależnie od przyczyny ich powstania na swój koszt bez jakichkolwiek kosztów ponoszonych przez zamawiającego, do końca następnego dnia roboczego od zgłoszenia, jeżeli awaria lub usterka spowoduje, że beneficjent ostateczny nie może korzystać z usługi transmisji. Sobota (jeśli nie jest dniem świątecznym) liczona jest jako dzień roboczy.

2.2.2.3 Wykonawca jest zobowiązany do usuwania wszelkich awarii i usterek sieci niezależnie od przyczyny ich powstania w ciągu 7 dni roboczych od zgłoszenia, jeżeli awaria lub usterka nie powoduje, że beneficjent ostateczny nie może korzystać z usługi transmisji. Sobota (jeśli nie jest dniem świątecznym) liczona jest jako dzień roboczy.

2.2.2.4 W przypadku działania siły wyższej Wykonawca jest zobowiązany do przywrócenia działania sieci w zakresie zaakceptowanym przez zamawiającego w terminach z nim uzgodnionych.

2.2.2.5 Usługa transmisji musi zapewnić nielimitowany transfer danych oraz nielimitowaną ilość otwartych sesji.

2.2.2.6 Dostępność usługi transmisji na porcie przyłączeniowym na poziomie 99,5% czasu w ciągu roku.

2.2.2.7 W trakcie trwania umowy Wykonawca na każde pisemne wezwanie przez zamawiającego w ciągu 30 dni kalendarzowych, jest zobowiązany do uruchomienia usługi transmisji, na swój koszt pod innym wskazanym adresem beneficjenta ostatecznego, zmiana beneficjenta ostatecznego może odbyć się tylko na podstawie Regulaminu Uczestnictwa w projekcie.

2.2.3 Organizacja, utrzymanie Biura Obsługi Klienta (BOK) i obsługę zgłoszeń klientów.

2.2.3.1 Wykonawca w dniu podpisania umowy zobowiązany jest podać imię i nazwisko opiekuna lub inną pomoc techniczną oraz wskazać numer telefonu, poprzez który zamawiający będzie komunikował się 7 dni w tygodniu, 24 godziny na dobę w sprawach awarii, usterek oraz formalnych.

2.2.3.2 Utworzenie Biura Obsługi Klienta (BOK) do dnia aktywacji usługi transmisji zlokalizowanego w miejscowości Rudna, czynnego w dni robocze (z wyjątkiem sobót) w godz. 8.00 – 16.00, posiadającego pomieszczenia o charakterze biurowym dla personelu obsługującego klientów osobiście i telefonicznie. Poza godzinami pracy BOK wykonawca zapewni przyjmowanie zgłoszeń o awariach telefonicznie przy użyciu urządzeń automatycznie rejestrujących zgłoszenie a także całodobowo faksem oraz mailowo. Zgłoszenie przyjęte poza godzinami pracy BOK traktowane będzie jako przyjęte następnego dnia roboczego o godz. 8.00. BOK będzie również dostępny w sprawach formalnych dla zamawiającego.

2.2.3.3 Utworzony BOK będzie obsługiwał Beneficjentów (BO) i zamawiającego również w zakresie przyjmowania zgłoszeń innych awarii niż dotyczących usługi transmisji zawartych w punktach 2.2.1, 2.2.2 a w szczególności zgłoszeń dotyczących komputerów, urządzeń transmisyjnych zlokalizowanych w węzłach sieci, sieci światłowodowej oraz hurtowego dostępu do Internetu.

2.2.3.4 Wykonawca zobowiązany jest:

2.2.3.4.1 w przypadku przyjęcia zgłoszeń serwisowych, które nie dotyczą usługi transmisji danych objętej niniejszym postępowaniem, do przekazania zgłoszenia właściwemu serwisowi oraz odnotowanie daty i godziny przyjęcia zgłoszenia i jego przekazania

2.2.3.4.2 w przypadku gdy treść zgłoszenia serwisowego będzie jednoznacznie wykluczała awarię usługi transmisji danych objętej niniejszym postępowaniem do natychmiastowego przekazania zgłoszenia właściwemu serwisowi.

2.2.3.4.3 w przypadku którym treść zgłoszenia serwisowego nie będzie wykluczała awarii usługi transmisji danych objętej niniejszym postępowaniem w pierwszej kolejności wykluczyć usterki wynikające z własnego zakresu obowiązków a następnie przekazać zgłoszenie właściwemu serwisowi odnotowując datę i godzinę przekazania oraz zakres podjętych działań.

2.2.3.5 Zamawiający przekaże wykonawcy szczegółowy opis sposobu komunikacji z serwisami odpowiedzialnymi za przyjmowanie wszystkich zgłoszeń awarii nieobjętych niniejszym postępowaniem.

OGÓLNE

Zamawiający udostępni swoje obiekty, w miarę ich możliwości technicznych w celu realizacji przedmiotowej usługi oraz zapewni dostęp do energii elektrycznej w celu podłączenia ewentualnych urządzeń usługodawcy. Wykorzystywanie zainstalowanej infrastruktury wykonawcy w celach innych niż związanych z realizacją przedmiotowej usługi wymaga zgody zamawiającego oraz zawarcia odrębnej z nim umowy.

W pkt 8. siwz zamawiający określił termin wykonania zamówienia wskazując, że uruchomienie usługi transmisji ma nastąpić w terminie max 90 dni od dnia podpisania umowy. Okres świadczenia usługi do 31-10-2020 r.

W pkt 18 siwz zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny wskazując, że

18.1 Ceną ofertową jest cena ryczałtowa brutto i winna być podana w PLN cyfrowo i słownie z wyszczególnieniem stawki podatku VAT.

18.2 Cenę oferty należy obliczyć w oparciu o niniejszą specyfikację istotnych warunków zamówienia.

18.3 Wykonawca może podać tylko jedną cenę. Oferty z cenami wariantowymi będą odrzucone.

18.4 Wykonawca ponosi ryzyko związane z zastosowaniem ceny ryczałtowej przy realizacji zamówienia.

18.5 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. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

18.6 Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla

wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

18.7 Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

18.8 Prawidłowe ustalenie należnej stawki podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 - tekst jednolity z późn. zm.).

W formularzu ofertowym w pkt 1 zamawiający oczekiwał złożenia oświadczenia, że wykonawca oferuje wykonanie zamówienia publicznego za ceny wskazane w zawartej w formularzu tabeli, która wskazywała 3 usługi tj.

1. usługę przyłączenia do sieci użytkowników końcowych (aktywacja usługi) poz. 2.2.1. siwz, jednostka miary kpl.,
2. usługę przyłączenia do sieci użytkowników końcowych (aktywacja usługi) - poz. 2.2.2 siwz, jednostka miary kpl.,
3. usługę transmisyjną z węzłów sieci do użytkowników końcowych wraz z organizacją i utrzymaniem BOK – poz.2.2.1., 2.2.2 i 3 siwz, jednostka miary – m-c.

Wykonawcy dla każdej pozycji tabeli mieli podać cenę netto, podatek VAT i brutto oraz należało powyższe pozycje podsumować.

2. Zamówienie zrealizujemy w terminie:

a. Uruchomienie usługi transmisji do jednostek zamawiającego oraz beneficjentów ostatecznych dni od dnia podpisania umowy. Należało podać ilość dni i podać termin uruchomienia usługi transmisji max. do 90 dni

Niepodanie terminu uruchomienia , jak i podanie terminu dłuższego niż 90 dni będzie traktowane jako niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

b. Świadczenie usługi transmisji z węzłów sieci zamawiającego do jednostek zamawiającego oraz beneficjentów ostatecznych do dnia 31.10.2020r.

We wzorze umowy w § 8 zamawiający określił w jaki sposób będzie dokonywał rozliczenia z wykonawcą :

1. Strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ryczałtowe za:

a) Uruchomienie usługi przyłączenia do sieci użytkowników końcowych (aktywacja) w kwocie ... zł. brutto (słownie: ... zł), w której zawarty jest należny podatek VAT według stawki ...%, po podpisaniu przez zamawiającego protokołu odbioru.

b) Świadczenie usługi transmisji z węzłów sieci do użytkowników końcowych oraz organizacja i utrzymanie Biura Obsługi Klienta, płatne miesięcznie (... miesięcy) w wysokości

... zł. brutto / miesiąc (słownie: ... zł), w której zawarty jest należny podatek VAT według stawki.... %.

2. W przypadku rozpoczęcia świadczenia usługi o której mowa w § 2 ust.1 pkt 1.2. w trakcie trwania miesiąca wynagrodzenie za ten miesiąc będzie liczone jako iloczyn kwoty o której mowa w ust. 1 litera „b” i rzeczywistej liczby dni w których świadczona była usługa.

Z protokołów posiedzeń komisji przetargowej oraz oświadczeń składanych w trybie art. 17 ust. 2 ustawy wynika, że W. B. nie wykonywał czynności w imieniu zamawiającego związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W protokole postępowania jako osoby uczestniczące w przygotowaniu zamówienia są wymienieni jedynie członkowie komisji przetargowej, K. P. i pan Z. Z pisma Intronik K. P. z dnia 15 kwietnia 2015r. wynika, że zamawiający zlecił opracowanie siwz dla niniejszego postępowania tej firmie, która opracowała go samodzielnie bez udziału osób trzecich, a w szczególności żaden z pracowników zamawiającego oraz Manager Projektu nie wchodził w skład zespołu firmy Intronik opracowującego dokumentację.

Z oferty odwołującego wynika, że zaoferował on w formularzu ofertowym następujące ceny :

1. usługę przyłączenia do sieci użytkowników końcowych (aktywacja usługi) poz. 2.2.1. siwz, jednostka miary kpl. wskazując ilość kompletów 34 za cenę brutto 66 912,00zł.,
2. usługę przyłączenia do sieci użytkowników końcowych (aktywacja usługi) - poz. 2.2.2 siwz, jednostka miary kpl. wskazując ilość kompletów 300 i cenę brutto 236 160,00zł.
3. usługę transmisyjną z węzłów sieci do użytkowników końcowych wraz z organizacją i utrzymaniem BOK – poz.2.2.1., 2.2.2 i 3 siwz, jednostka miary – m-c, wskazując ilość miesięcy 64 i podając cenę brutto 969 830,40zł.

Suma powyższych pozycji została wyliczona na kwotę 1 272 902,40zł.

Z oferty wykonawcy wybranego wynika, że zaoferował on w formularzu ofertowym następujące ceny :

1. usługę przyłączenia do sieci użytkowników końcowych (aktywacja usługi) poz. 2.2.1. siwz, jednostka miary kpl. nie wskazując ilości kompletów za cenę brutto 33 007,69zł.,
2. usługę przyłączenia do sieci użytkowników końcowych (aktywacja usługi) - poz. 2.2.2 siwz, jednostka miary kpl. nie wskazując ilości kompletów za cenę brutto 291 244,32zł.
3. usługę transmisyjną z węzłów sieci do użytkowników końcowych wraz z organizacją i utrzymaniem BOK – poz.2.2.1., 2.2.2 i 3 siwz, jednostka miary – m-c, nie wskazując ilości miesięcy za cenę brutto 7 689,96zł.

Suma powyższych pozycji została wyliczona na kwotę 331 941,97zł.

W dniu 2 kwietnia 2015r. zamawiający oświadczył odwołującemu, iż dokonał poprawy jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w następujący sposób tj. kwotę 969 830,00 zł.

podzielił przez 64 miesiące uzyskując cenę za jeden miesiąc świadczenia usługi w wysokości 15 153,60zł., wskazując, że dokonuje tej poprawki w celu umożliwienia rzetelnego porównania ofert i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wyraził zgodę na poprawę tej omyłki w dniu 2 kwietnia 2015r.

W dniu 2 kwietnia 2015r. zamawiający oświadczył wykonawcy, iż dokonał poprawy jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w następujący sposób tj. kwotę 7 689,96zł. pomnożył przez 64 miesiące uzyskując wartość 492 157,44zł., celem pokazania ceny za świadczenie usługi do 31 października 2020r. Następnie zamawiający zsumował poz. 1, 2 i poprawioną pozycję 3 uzyskując sumę 816 409,45zł., wskazując, że dokonuje tej poprawki w celu umożliwienia rzetelnego porównania ofert i równego traktowania wykonawców. Wykonawca wybrany wyraził zgodę na poprawę tej omyłki w dniu 7 kwietnia 2015r.

Dokumenty załączone przez wykonawcę wybranego do faksu z dnia 20 kwietnia 2015r. i pisma z dnia 22 kwietnia 2015r. tj. Załącznik nr 4 do siwz szczegółowe zestawienie kosztów realizacji projektu do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. zapewnienie dostępu do internetu 128 uczestnikom projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Lublin”, załącznik nr 1 porównanie ofert złożonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na dostarczenie usług transmisji z węzłów sieci do użytkowników końcowych i jednostek gminnych do projektu Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na obszarze Gminy Rudna, listu referencyjnego Gminy Rudna z dnia 30 marca 2015r, pisma wykonawcy wybranego do Gminy Rudna z dnia 20 kwietnia 2015r, pisma Gminy Rudna do wykonawcy wybranego z dnia 20 kwietnia 2015r., pominięto przy rozpoznaniu, z uwagi na niezyskanie przez wykonawcę wybranego statusu uczestnika postępowania.

Izba z urzędu dopuściła :

- dowód umowy o dzieło nr DZ/1/03/2015 wraz z załącznikiem nr 1 zawartej pomiędzy wykonawcą wybranym, a A. D., którego przedmiotem było przygotowanie kosztorysów w tym wyceny do postępowania przetargowego Urzędu Gminy Rudna „Dostarczenie usług transmisji do użytkowników końcowych i jednostek gminy”, stwierdzając, że z dowodu tego wynika, iż kalkulacja oferty wykonawcy wybranego została przez niego zlecona firmie zewnętrznej,
- dowód z protokołu odbioru prac potwierdzający odbiór tej wyceny,
- dowód z przelewu z rachunku wykonawcy wybranego na rzecz A. D. – potwierdzający fakt zapłaty temu wykonawcy m. in. za sporządzenie wyceny ofertowej.

W ocenie Izby zastrzeżenia odwołującego, co do dat oraz wysokości wynagrodzenia przelanego A. D. nie pozbawiają tych dokumentów waloru dowodowego. Odwołujący nie wziął bowiem pod uwagę, że umowa dotyczy 4 wycen, a nie wyłącznie wyceny na potrzeby niniejszego postępowania. W tej sytuacji termin realizacji całej umowy mógł być późniejszy,

niż data składania ofert w niniejszym postępowaniu. Natomiast podejrzenie wyrażone przez odwołującego, co do możliwości wklejenia poz. 3 w załączniku nr 1 to tej umowy i protokołu odbioru prac nie zostało przez odwołującego skonkretyzowane w zarzut nieprawdziwości dokumentu, ani nie zostało poparte wnioskiem dowodowym zmierzającym do wykazania nieprawdziwości dokumentu.

Załącznik nr 4 do siwz szczegółowe zestawienie kosztów realizacji projektu do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. zapewnienie dostępu do internetu 128 uczestnikom projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Lublin”, nie służy udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż na podstawie tego dokumentu nie można ustalić czy powołania przez odwołującego pozycja nr 5 koszt serwisowania urządzeń sieciowych odpowiada i w jaki zakresie kosztem wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, które powinny być uwzględnione w poz. 3 pkt 1 formularza ofertowego.

Izba oceniła dowód w postaci listu referencyjnego Urzędu Gminy Rudna z dnia 30 marca 2009r. jako nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż odwołujący w podstawie faktycznej zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy wskazuje na możliwość wpływu na konkurencyjność postępowania przez wykonawcę wybranego z uwagi na jego osobowe powiązania z Managerem Projektu W. B., a nie na fakt, iż wykonawca wybrany opracował „Koncepcję techniczno-organizacyjną sieci szerokopasmowego dostępu do Internetu dla obszaru Gminy Rudna – Powiat Lublin”.

Izba oceniła zapytanie do Urzędu Zamówień Publicznych i udzieloną przez Urząd odpowiedź jako wiarygodne, aczkolwiek nie mające istotnego znaczenia dowodowego, gdyż dowody mają służyć udowodnieniu okoliczności faktycznych, natomiast w rzeczywistości przeprowadzony dowód jest dowodem co do prawa polskiego i jego interpretacji, co wykracza poza zakres postępowania dowodowego.

Dowód z wyciągu z Programu Funkcjonalno-Użytkowego Izba oceniła jako wiarygodny i potwierdzający fakt, że w dacie sporządzania tego Programu koszty usług transmisyjnych zostały wycenione na kwotę 18 942,00zł. Nie mniej Izba oceniła ten dowód jako nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż kwota ta nie ma bezpośredniego przełożenia na kwotę podaną przez wykonawcę wybranego w ofercie, rację ma zamawiający, że należy uznać ją za maksymalny wydatek, który zamawiający jest w stanie sfinansować w tej kategorii kosztowej w ramach realizowanego projektu, a nie realna rynkowa cena za tego typu usługi. Ponadto według dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie wynika, że koncepcja sieci szerokopasmowej obejmującej obszar Gminy Rudna na zlecenie Gminy Rudna musiała powstać przed kwietniem 2009r. – dowód oferta wykonawcy wybranego złożona Urzędowi Miasta Leszna w dniu 23 kwietnia 2009r., zaś sam Program Funkcjonalno-Użytkowy nosi datę marzec 2012r., zatem pomiędzy opracowaniem koncepcji, a złożeniem

oferty upłynęło 6 lat, i odpowiednio pomiędzy opracowaniem PFU, a złożeniem oferty lat 3. Jest faktem notoryjnym, że ceny usług transmisyjnych tanieją.

Z pisma wykonawcy wybranego z dnia 22 kwietnia 2015r. wynika, że w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferowanej przez wykonawcę wybranego, to podniósł on, że jego jedenastoletnie doświadczenie w projektowaniu, budowie i utrzymaniu sieci transmisji danych i usług dostępu do Internetu zarówno własnych jak i dla innych podmiotów oraz pięcioletnie doświadczenie wynikające z wcześniejszej realizacji kilkunastu podobnych projektów udokumentowane referencjami wystawionym przez zamawiających pozwala twierdzić, że szacunek kosztów został przygotowany starannie i z pełnym poszanowaniem cen rynkowych.

Przywołane przez odwołującego postępowanie w Gminie Lubin było całkowicie odmienne od postępowania w Gminie Rudna - co potwierdza załączona przez odwołującego kopia oferty wykonawcy wybranego złożonej w przetargu publicznym prowadzonym przez Gminę Lubin w kwietniu 2014 roku (w załączeniu wykonawca wybrany przedstawił bardziej czytelną kopię tej oferty). W gminie Lubin należało świadczyć szereg usług, które nie są objęte przedmiotem niniejszego postępowania. W przypadku gminy Rudna zamówieniem objęta jest tylko usługa transmisji danych do 300 odbiorców i prowadzenie biura obsługi klientów.

Opłata aktywacyjna zaproponowana przez wykonawcę wybranego jest, jak przyznał odwołujący, ustalona właściwie dla zakresu usług objętych zamówieniem publicznym.

Według oferty wybranej cena aktywacji dla jednego beneficjenta wynosi 789,30 zł. Na cenę tę składa się rzeczywisty koszt instalacji obejmujący materiały, urządzenia i robociznę w wysokości 438,5 zł, powiększony o zysk w wysokości 20% oraz koszty ogólne firmy w wysokości 50% ($438,5 \text{ zł} * 1,2 * 1,5 = 789,30 \text{ zł}$).

Cena miesięcznego utrzymania usługi transmisji danych dla 300 beneficjentów i 34 łączny dla jednostek samorządu została zaoferowana przez wykonawcę wybranego na poziomie 6 252 zł. Wynika ona z kosztów miesięcznego utrzymania 1 kanału transmisyjnego, która wynosi 5,30 zł (koszt ten wyliczono w oparciu o zapisy na koniach analitycznych dla każdego z realizowanych zadań), kosztów najmu pomieszczenia przeznaczanego na biuro obsługi klientów w Rudnej wraz z kosztami mediów w wysokości 350 zł, kosztów usług telekomunikacyjnych w wysokości 100 zł, kosztu dojazdu pracownika z siedziby spółki do biura w wysokości 603 zł oraz kosztu dodatku dla pracownika w wysokości ok.500 zł. Kwota ta zostanie powiększona o zysk (20%) i koszty ogólne spółki 50%. Utrzymaniem czystości pomieszczenia biurowego będzie zajmował się pracownik biura obsługi klienta. Odwołujący twierdzi, że miesięczny koszt najmu biura w Rudnej będzie wynosił 2300 zł. Przewidywana powierzchnia biura to ok. 10 m² (jeden pracownik) Przy cenie wskazanej przez odwołującego wynajem i utrzymanie 1 m² biura wynosiłby zatem 230 zł. Rzeczywiste koszty najmu powierzchni biurowej wraz z mediami i umeblowaniem w Lubinie (miasto ok. 80-cio

tysięczne) wynoszą 25 zł/1 m. Rudna jest miejscowością wiejską stąd wycena kosztów utrzymania BOK przyjęta przez odwołującego jest absolutnie nierealna zawyżona kilkakrotnie. Odwołujący szacuje, że koszty pracownika obsługującego biuro wynosić będą 2100 zł. Wykonawca wybrany zatrudnia aktualnie w swoim biurze obsługi 7 pracowników. Dla potrzeb obsługi beneficjentów w Rudnej spółka nie zamierza zwiększać zatrudnienia. Jeden z pracowników zostanie oddelegowany do pracy w Rudnej, zostaną pokryte koszty jego dojazdu, oraz wypłacany będzie dodatek w wysokości ok. 500 zł (powiększone o koszty pracodawcy do ok. 650 zł).

Łączna cena ofertowa wykonawcy wybranego wyliczona w oparciu o powyższe założenia wynosi 6252,00 zł netto i w pełni pokrywa koszty zapewniając mu, w jego ocenie, także godziwy zysk.

Spółka dysponuje rezerwowymi meblami do umeblowania biura oraz niezbędnym do jego funkcjonowania sprzętem, ponieważ od dawna stosuje praktyki okresowego uruchamiania biura obsługi klienta w miejscowościach, w których wchodzi na nowy rynek usług, zatem nie poniesie dodatkowych kosztów na zakup mebli i niezbędnego sprzętu (komputer, urządzenie wielofunkcyjne, telefon).

Znaczna część Gminy Rudna jest objęta realizowaną przez wykonawcę wybranego, od roku 2012, budową własnej sieci dostępu do Internetu.

Z powyższych względów w ocenie wykonawcy wybranego zarzut jest bezpodstawny.

Z oferty skierowanej do Miasta Leszno przez wykonawcę wybranego w dniu 23 kwietnia 2009r. wynika, że w tej dacie W. B. był pracownikiem lub osobą współpracującą z firmą OrNet i był przewidziany do realizacji zadania pod nazwą „Koncepcja budowy i wdrożenia sieci szerokopasmowej dla miasta Leszno” w zakresie organizacji przedsięwzięcia, systemów eksploatacji i utrzymania oraz technologii.

Izba wydruk z oferty firmy OrNet datowany Bolesławiec, 19-20 listopad 2009r. uznała za nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż odwołujący nie zarzuca, że wykonawca wybrany bezpośrednio wykonywał czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Sprawozdanie końcowe Biura Detektywistycznego M. P. potwierdza fakt istnienia powiązań osobowych pomiędzy Panem W. B. i Panią D. I. oraz to, że wspólnie spędzali oni czas wolny od pracy w miejscowości Raszówka przy ul. Słonecznej 6 oraz, że spotykali się również w siedzibie firmy OrNet w okresie od 22 lutego 2015r. do 26 lutego 2015r. Z projektu umowy na zarządzanie projektem pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Rudna” wynika, że do zadań Managera Projektu należy w zakresie przygotowania postępowań przetargowych podział realizacji przedsięwzięcia na postępowania przetargowe oraz zdefiniowanie przedmiotów zamówienia dla poszczególnych postępowań z określeniem trybu zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymagań formalnych wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014r. poz. 964) wynika wprawdzie, że zgłoszenie przystąpienia przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Rozporządzenie określa sposób wniesienia zgłoszenia podczas, gdy ustawa nie ogranicza wykonawcy w sposobie wniesienia zgłoszenia stawiając wymagania co do formy. W ocenie Izby wykonawca wybrany wykazał, że sposób zgłoszenia przystąpienia wynikający z § 5 rozporządzenia był dla niego nieosiągalny z uwagi na występujący błąd w działaniu skrzynki podawczej. Jednocześnie wykonawca wybrany wykazał także miał możliwość złożenia zgłoszenia drogą elektroniczną w wymaganej formie w inny sposób, gdyż dysponował bezpiecznym podpisem elektronicznym. Z tej możliwości wykonawca nie skorzystał, gdyż w wymaganym ustawą terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął jedynie faks, który nie mógł być uznany za dochowanie formy pisemnej, ani formy elektronicznej z bezpiecznym podpisem elektronicznym. Dokument ten nie zawierał bowiem oryginalnego podpisu ani bezpiecznego podpisu elektronicznego.

Zamawiający w dniu 17 kwietnia 2015r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do dokonywania przystąpień. Termin zatem na wniesienie przystąpienia do Prezesa Izby upływał w dniu 20 kwietnia 2015r. W tym dniu odwołujący przekazał treść przystąpienia do Izby drogą faksową.. Takiemu dokumentowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej, ani innej formy zrównanej w swej mocy z formą pisemną. Zgodnie bowiem z art. 73 par. 1 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 ustawy forma pisemna jest zachowana, w przypadku, gdy pod oświadczeniem woli znajdzie się podpis osoby składającej to oświadczenie. Podpis ten ma być podpisem oryginalnym, a nie odbitym przez urządzenie faksujące. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana

faksem lub drogą elektroniczną. O ile braki formalne odwołania (w tym nieprawidłowo wniesionego drogą faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 ustawy jak i w trybie odpowiadającym tym przepisom § 9 cytowanego rozporządzenia o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :

- braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
- interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także
- nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,

nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu oraz przekazania kopii nie zostało wniesione do Prezesa Izby do końca dnia 20 kwietnia 2015r. Obowiązku pisemnego wniesienia przystąpienia nie można zastąpić sposobami komunikacji wykonawców z zamawiającym określonymi w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. drogą faksową lub elektroniczną za potwierdzeniem otrzymania, gdyż jedynie do kopii odwołania w art. 180 ust. 5 ustawy ustawodawca dopuścił możliwość przesłania kopii w trybie art. 27 ust. 2 ustawy. Przepis ten natomiast nie został wskazany przez ustawodawcę jako dopuszczalna forma wniesienia przystąpienia ani w treści art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, ani w par. 7, zd. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogły skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 180 ust. 2 pkt 4) ustawy i art. 91 ust. 1 ustawy tj. dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty droższej, przy uwzględnieniu faktu, iż oferta odwołującego zgodnie z żądaniem zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy została poprawiona przez wyliczenie ceny jednostkowej za usługę transmisji z węzłów sieci do użytkowników końcowych wraz z organizacją i utrzymaniem BOK - na kwotę -15 153,60

zł., która to cena winna być przez zamawiającego uwzględniona przy ocenianiu ofert wykonawców

Zarzut zasługuje na uwzględnienie częściowo. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący nie wykazał, że ten przepis ma jakiegokolwiek zastosowanie do stanu faktycznego, na którym oparty jest zarzut odwołania. Postępowanie jest postępowaniem, w którym wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, a nadto oferta odwołującego nie została odrzuconą, stąd brak jest podstaw do uznania, że zarzut naruszenia art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy potwierdził się. Zasadny jest natomiast zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy. Przepis ten stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Kryteriami oceny ofert w niniejszym postępowaniu były cena oraz termin uruchomienia usług przyłączenia. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy daje podstawę do przyjęcia, że zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej o oparciu o określone przez siebie kryterium ceny. Zamawiający bowiem, jak słusznie podnosi odwołujący, w żaden sposób nie wykazał, z jakich postanowień siwz wynika obowiązek obliczenia ceny poz. 3 formularza ofertowego z uwzględnieniem 64 miesięcznego terminu świadczenia usługi. Termin składania ofert upłynął w dniu 25 marca 2015r., zamawiający przewidział 60 dniowy termin związania ofertą. Zamawiający określił, że maksymalnie w po upływie 90 dni od daty zawarcia umowy rozpocznie się świadczenie usługi transmisji i zakończy się w dniu 31 października 2015r. Termin 64 miesięcy, przyjmując za ustalony termin końcowy, rozpoczynałby się 1 lipca 2015r., zatem usługi uruchomienia przyłączenia musiałyby się rozpocząć z dniem 1 kwietnia 2015r., zaś termin związania ofertą upływał w dniu 23 maja 2015r. Biorąc to pod uwagę należało przyjąć, że termin 64 miesięczny wynikał wyłącznie z treści oferty odwołującego i był wyliczony w oparciu o przyjęte przez niego założenia zawarte w ofercie, w tym, 50 dniowy termin na uruchomienie łączy, czego wykonawca wybrany nie wiedział w dacie składania oferty, zatem mógł przyjąć odmienne założenia. Jediną informacją znaną obu wykonawcom i zamawiającemu, powszechnie dostępną w ramach 8. Osi Priorytetowej Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013, był fakt, że dla Działania 8.3. zamawiający musi utrzymać trwałość projektu przez minimum 60 miesięcy. Zamawiający nie wyjaśnił, na jakiej podstawie należało przyjąć za prawidłowe obliczenie ceny w oparciu właśnie o 64 miesiące, a nie jak wynika z realizowanego projektu unijnego minimum 60 miesięczne. Ponadto gdyby było tak jak podaje zamawiający, że do oceny ofert należało przyjąć w poz. 3 cenę oferty ustaloną w oparciu o ryczałtowe wynagrodzenie miesięczne

obliczone dla okresu 64 miesięcy, to zbędne byłoby dokonanie poprawy omyłki w ofercie odwołującego, który przecież właśnie tak swoje wynagrodzenie w poz. 3 obliczył. Cena jednostkowego wynagrodzenia miesięcznego byłaby wówczas potrzebna jedynie jako element umowy potrzebny przy rozliczeniach. Takemu rozumieniu postanowień formularza ofertowego oraz sposobu obliczenia ceny, w ocenie Izby przeczy wskazanie w tabeli formularza ofertowego jednostek miar, bez określenia ich ilości. Przy tak niejednoznacznym określeniu wymagań siwz, co do sposobu obliczenia ceny, a przede wszystkim wobec braku jakichkolwiek postanowień siwz dotyczących konieczności obliczania ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego z uwzględnieniem wyłącznie 64 miesięcznego okresu świadczenia usługi z poz. 3 tabeli, należało przyjąć, że jedynym logicznym i jednakowym dla wszystkich wykonawców postanowieniem jest przyjęcie, że zamawiający oczekiwał podania w poz. 3 ceny za jeden miesiąc. Stąd poprawa w ofercie odwołującego była prawidłowa i konieczna, a także możliwa wyłącznie w oparciu o dane wynikające z oferty odwołującego. Jednocześnie nie można uznać za zgodne z art. 91 ust. 1 ustawy dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w kryterium cena w oparciu o cenę ustaloną jako iloczyn wynagrodzenia ryczałtowego za 1 miesiąc i 64 miesięcy świadczenia usługi, w sytuacji, gdy z żadnego z postanowień siwz nie wynika taki sposób kalkulacji, a z tabeli w formularzu ofertowym wynika jednostka miary miesiąc. W tej sytuacji Izba uznała, że należy przyznać rację odwołującemu, co do tego, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany niezgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy, stąd konieczne okazało się uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert w oparciu wyłącznie o postanowienia siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. złożenia przez wykonawcę wybranego oferty zawierającej rażąco niską cenę ze względu na wycenę przez tegoż wykonawcę usługi transmisyjnej z węzłów sieci do użytkowników końcowych wraz z organizacją i utrzymaniem BOK na poziomie poniżej kosztów związanych z wykonywaniem tychże usług, co rodzi wątpliwość co do możliwości wykonania tychże usług przez wykonawcę w należyty sposób

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim zarzut jest przedwczesny. W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że do wykonawcy wybranego zamawiający nie kierował wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, który to przepis stanowi, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen

wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi natomiast, że zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z zestawienia tych przepisów wynika, że zamawiający nie może odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przed dokonaniem czynności wezwania z art. 90 ust. 1 ustawy. Skoro tak, to argumentacja odwołującego odnosząca się do zaniżenia jednego z elementów ceny ofertowej powinna prowadzić do wykazania, że zamawiający powinien był powziąć wątpliwość, co do realności ceny całkowitej oferty w sytuacji zaniżenia jednego z jej elementów. Zamawiający słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie, że oferta wybrana nie odbiegała od średniej złożonych o 30%, zatem nawet zaniżenie jednego z jej elementów nie powodowało, że całkowita cena oferty mogą być rozważana jako cena rażąco niska. Nadto odwołujący sam słusznie zauważył, że przy prawidłowej ocenie ofert opartej o jednomiesięczne wynagrodzenie, to cena oferty odwołującego, pomimo wykazania wyższego wynagrodzenia w pozycji 3 formularza ofertowego była ofertą najkorzystniejszą pod względem ceny. W tym stanie rzeczy zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy przez jego błędną wykładnię i bezprawne dokonanie w ofercie wykonawcy istotnych zmian w ofercie wykonawcy wybranego tj. poprawienia oferty firmy Ornet i samowładczego przeliczenia ceny oferty przez pomnożenie przez 64, co w konsekwencji spowodowało błędne uznanie przez zamawiającego, iż oferta wybrana najniższa

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Istotą zatem tego przepisu jest to, aby można było ustalić treść siwz i treść oferty oraz stwierdzić niezgodność pomiędzy nimi. Izba w tym zakresie podtrzymuje w całości swoją argumentację podniesioną

przy rozważaniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy. Izba ustaliła, że brak jest treści siwz, w której zamawiający wskazałby, że wynagrodzenie miesięczne ryczałtowe podane zgodnie ze wskazaną przez zamawiającego jednostką miary za usługę transmisyjną z węzłów sieci do użytkowników końcowych wraz z organizacją i utrzymaniem BOK powinno dla ustalenia ceny całkowitej oferty być przemnożone (choćby w celu porównania ofert) przez 64 miesiące. Skoro brak jest takiej treści siwz, to brak w poz. 3 formularza ofertowego wykonawcy wybranego takiego działania matematycznego nie może być uznany za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż nie spełnia pierwszej z przesłanek wynikających z tego przepisu. W tym stanie rzeczy należało uznać, że zamawiający dokonując poprawy omyłki w ofercie wykonawcy wybranego naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy przez zaniechanie wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy wybranego z postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy, tenże posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobą uczestniczącą bezpośrednio w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania (np. polegające na podzieleniu czynności związanych z realizacją projektu na poszczególne postępowania przetargowe) tj. W. B., przez co dopuszczono się czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2. W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. W pierwszej kolejności brak dowodu na to, jakie czynności dokonywał W. B. przy podziale czynności związanych z realizacją projektu na poszczególne postępowania przetargowe i czy takie czynności były bezpośrednio związane z przygotowaniem przedmiotowego postępowania. Sam fakt wskazania, że mógł jakiś czynności dokonywać w oparciu o projekt umowy o zarządzanie projektem nie jest wystarczający do stwierdzenia, że wykonywał czynności związane bezpośrednio z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Zwrócić należy uwagę na treść przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, który stanowi wyłącznie o czynnościach związanych z prowadzonym postępowaniem i to czynnościach wykonywanych bezpośrednio, zatem sam fakt, że jakieś

czynności Pan B. wykonywał w związku z zarządzaniem projektem nie dają jeszcze podstawy do stwierdzenia, że wypełniona została przesłanka bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem tego konkretnego postępowania. Nadto odwołujący nie wykazał, że W. B. wykonywał czynności związane ze sporządzeniem oferty przez wykonawcę wybranego. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy wskazuje na dwa modele działania wykonawcy, które powodują, że podlega on wykluczeniu :

1. pierwszy model polega na tym, że wykonawca sam dokonuje czynności związanych z przygotowaniem danego zamówienia, klasycznym przykładem jest tu np. opracowanie opisu przedmiotu zamówienia na zlecenie zamawiającego, czy programu funkcjonalno – użytkowego. Odwołujący takiego modelu nie przedstawia, co więcej w ocenie Izby zamawiający wykazał, że wykonawca wybrany nie wykonywał czynności związanych z przygotowaniem zamówienia, a wykonywała je firma Intronik,
2. drugi model polega na tym, że wykonawca przygotowując swoją ofertę posługuje się osobą, które po stronie zamawiającego wykonywała czynności związane bezpośrednio z przygotowaniem danego zamówienia. W ten model wpisują się zarzuty stawiane przez odwołującego, ale są one jedynie oparte na fakcie współpracy pana B. z firmą OrNet w 2009r. osobistych relacjach pomiędzy panem B. i D. I. oraz projekcie umowy o zarządzanie projektem. Dowody te jednak nie dowodzą, że W. B. przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego będące przedmiotem odwołania, ani, że sporządzał ofertę na rzecz wykonawcy wybranego.

W tej sytuacji Izba dała wiarę dowodowi przedstawianemu przez zamawiającego w postaci pisma firmy Intronik dowodzącego, że to ta firma, a nie Pan B., przygotowywała na jego zlecenie dokumentację przetargową do niniejszego postępowania. Dodatkowo na podstawie dowodu przeprowadzonego przez Izbę z urzędu z umowy o dzieło nr DZ/1/03/2015 Izba ustaliła, że również Pan B. nie przygotowywał oferty wykonawcy wybranego, gdyż wycena oferty została przez wykonawcę wybranego zlecona A. D. . Zatem ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika, aby wykonawca wybrany posługiwał się Panem B. przy przygotowaniu oferty, ani to, że W. B. wykonywał po stronie zamawiającego bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem zamówienia. Zatem skoro odwołujący nie wykazał spełnienia się przesłanek wykluczenia wykonawcy wybranego z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, odwołanie w zakresie tego zarzutu należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonego wpisu od odwołania nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: