

Sygn. akt: KIO 2483/17
KIO 2484/17

WYROK
z dnia 18 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 24 listopada 2017 r. przez wykonawcę T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2483/17),
- B. w dniu 24 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2484/17),

w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Krajową w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2483/17 i KIO 2484/17 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących – wykonawcę T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2483/17) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2484/17)
i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących – wykonawcę T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2483/17) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2484/17) tytułem wpisu od odwołań,
- 2.2. zasądza od Odwołujących - wykonawcy T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2483/17) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2484/17) kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego – Prokuratury Krajowej w Warszawie, w tym kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2483/17) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2484/17).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 2483/17

KIO 2484/17

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Prokuratura Krajowa w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych prokuratury* (znak postępowania: PK XF 261.19.2017).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 sierpnia 2017 r. pod numerem 2017/S 162-335187.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2483/17

W dniu 24 listopada 2017 r. wykonawca T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 1”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503) [dalej „znku”], poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę, której braku nie wykazały złożone wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz pomimo, że zaoferowana została cena poniżej kosztów wykonania zamówienia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

ewentualnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, mimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim kosztów wykonania usługi typu B nie ujęto w cenie za abonament za świadczenie usługi typu B i cenie za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji łączy dla usługi typu B, w szczególności, poprzez przypisanie całości lub części kosztów ponoszonych z tytułu realizacji usługi typu B w ramach wynagrodzenia za realizację usługi typu A;

ewentualnie naruszenie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień złożonej oferty w zakresie rażąco niskich elementów ceny za realizację usługi typu B

oraz podanego w ofercie średniego kosztu zestawienia i uruchomienia łącza podstawowego transmisji danych w ramach usługi typu B.

2. art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia pełnej treści złożonych przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie wyjaśnień z dnia 8 listopada 2017 r. również w zakresie niezasadnie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym uzasadnienia dla dokonania zastrzeżenia jakichkolwiek informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem ww. przepisów prawa).

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Netia S.A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty Netia S.A. z siedzibą w Warszawie;
3. odrzucenia oferty złożonej przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp;
4. odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach ceny z dnia 8 listopada 2017 r.;
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego 1 jako najkorzystniejszej.

Odwołujący 1 wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która powinna być uznana za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego 1 w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i odrzucenia oferty złożonej przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, oferta Odwołującego byłaby najwyżej ocenioną zgodnie z przyjętymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert. Ponadto, w interesie Odwołującego jest również ujawnienie niezasadnie zastrzeżonych informacji w wyjaśnieniach ceny złożonych przez Netia S.A., co uniemożliwia pełną weryfikację zasadności decyzji Zamawiającego o uznaniu wyjaśnień za wystarczające i utrudnia pełne uargumentowanie postawionych zarzutów. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego

prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego 1 polegającej na uniemożliwieniu T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie uzyskania zamówienia.

Odwołujący 1 w zakresie zarzutu pierwszego wskazał, że zaoferowana cena jednostkowa - 1,23 zł za każde łącze oraz kwota ryczałtowa 27,38 zł za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji wszystkich łączy dostępowych do wszystkich lokalizacji Zamawiającego, w których świadczona będzie Usługa typu B, ma charakter czysto symboliczny i świadczy o tym, iż *de facto* wykonawca nie przewidział pokrycia żadnych kosztów związanych ze świadczeniem Usługi typu B w zakresie podstawowym (obecnie wymaganym w SIWZ). Zasadniczo zatem wyłącznie stąd wynika różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Netia S.A. a cenami pozostałych oferentów i uzyskana przewaga punktowa, która umożliwiła wybór oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Zaoferowane stawki za realizację Usługi typu B, a w konsekwencji całkowita cena oferty Netia S.A. ma charakter nierealny, oderwany od przedmiotu zamówienia i nie zapewniający pokrycia kosztów świadczenia usługi w sposób świadczący nie tylko o rażąco niskiej cenie za realizację przedmiotu zamówienia, ale również o czynie nieuczciwej konkurencji, jakiego dopuścił się wykonawca w celu uzyskania zamówienia. Koszty wymagane do poniesienia przez każdego operatora w związku ze świadczeniem Usługi typu B - nawet w sytuacji, gdy możliwe jest wykorzystanie sprzyjających okoliczności w postaci korzystania z już posiadanej infrastruktury - istotnie i ewidentnie przewyższają symboliczną wycenę tej usługi zawartą w ofercie Netia S.A.

Dalej Odwołujący 1 przedstawił wyliczenia, z których wynikało, że zgodnie z ofertą wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, za świadczenie usługi dla wszystkich łączy typu B przewidziano wynagrodzenie na rzecz ww. wykonawcy w wysokości 540 zł netto miesięcznie (540 łączy, w tym 389 podstawowych i 151 zapasowych x 1 zł netto=540 zł netto). Powyższe, w ocenie Odwołującego 1 oznaczało, że koszt 1 Mbps dla Zamawiającego wynosił 0,016 zł (540 zł netto/33600 Mbps – sumaryczna wartość przepustowości dla łączy podstawowych i zapasowych= 0,016 zł). Następnie Odwołujący 1 wskazywał, że gdyby założyć, że przy wycenie przyjęto korektę realności wykorzystania łączy i ustalono, iż Zamawiający nie będzie w 100% wykorzystywał dostępnej mu przepustowości i przyjąć, że łącza podstawowe będą obciążone w 50%, a z łączy zapasowych nie będzie korzystał wcale, to przy takim rozkładzie koszt 1 Mbps dla Zamawiającego będzie wynosił 0,049 zł/Mbps (540 zł netto/10968 Mbps – wartość przepustowości przy zużyciu 50% pasma łączy podstawowych typu B=0,049 zł).

Oznaczałoby to, że łącze do Internetu w tym postępowaniu np. o przepustowości 10 Mbps, Netia S.A. oferuje za 49 groszy miesięcznie, zaś np. łącze 50 Mbps - w cenie 2,45 zł/mc. Taka cena jest ceną nie tylko nierynkową nawet w obszarze zamówień publicznych czy

szerzej - instytucjonalnych, ale ma charakter dumpingowy (świadczenie poniżej kosztów) i nie pokrywa w żaden sposób realnych kosztów związanych z dostępem do Internetu.

Następnie Odwołujący 1 argumentował, że operatorzy telekomunikacyjni oferujący dostęp do Internetu ponoszą z tego tytułu nie tylko koszty obsługi własnej sieci, ale również koszty opłat uiszczanych na rzecz innych operatorów dzięki, którym mają możliwość przyłączenia się do sieci Internet i wskazywał, że każdy z operatorów jest obciążony kosztami wynikającymi z ruchu internetowego i udostępnienia połączenia z siecią Internet dla swoich odbiorców, gdyż sam ponosi związane z takim dostępem opłaty – w zależności od rozwiązania, ale jednak zawsze na poziomie istotnie wyższym niż oferowane przez Netia S.A. 0,049 zł za 1 Mbps.

Tym samym oferowanie przez wykonawcę Netia S.A. łączy o różnych przepływnościach (32, 48, 96, 128, 256, 512Mbps) w cenie 1 zł netto za każde z nich jednoznacznie wskazuje, iż usługa taka oferowana jest poniżej kosztów jej świadczenia, chociażby ze względu na wyżej opisane koszty dostępu do Internetu dla samego Operatora, w tym wykonawcy Netia S.A.

Wskazywał, że zaoferowana cena odbiega również istotnie od poziomu cen rynkowych i to nie tylko w porównaniu do cen zaoferowanych w tym postępowaniu, ale również w odniesieniu do całości rynku usług dostępu do Internetu, jak również do kosztów świadczenia i średnich cen oferowanych dla klientów biznesowych przez innych operatorów, w tym również Odwołującego i przede wszystkim - samą Netię, która na rynku polskim dla klientów biznesowych oferowała w 2016 r. Internet w średniej cenie 39,57 zł za 50 Mbps, czyli w cenie 1,26 zł/1Mbps.

Ponadto Odwołujący 1 zwracał uwagę na podany w ofercie Netia S.A. średni koszt zestawienia i uruchomienia łącza Podstawowego transmisji danych w ramach Usługi typu B, który wykonawca wskazał na poziomie 1,23 zł (pkt 4 Formularza ofertowego). Jest to koszt rażąco niski zważywszy na konieczności do wykonania czynności związane z uruchomieniem usługi w każdej lokalizacji Zamawiającego. Podnosił, że Usługa typu B wiąże się nie tylko z zapewnieniem samego dostępu do Internetu, ale również z dostawą urządzeń zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne, w liczbie kilkudziesięciu sztuk. Dostawa urządzeń oznacza poza kosztami zakupu samego sprzętu, również automatycznie konieczność zapewnienia transportu, koszty wykonania konfiguracji, testów itd.

Symboliczna kwota 1,23 zł brutto nie jest kwotą mogącą zapewnić pokrycie części kosztów pracy przypadających na realizację projektu o takiej skali. Przypomnieć należy, iż przesłanką odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest nie tylko rażąco niska cena złożonej oferty, ale również rażąco niski koszt.

Podkreślał, że na gruncie znowelizowanych przepisów ustawy Pzp, Zamawiający oprócz badania globalnej ceny oferty ma możliwość, a zarazem obowiązek, dokonania

weryfikacji oferty pod kątem rażąco niskiej ceny również w aspekcie jej istotnych części składowych lub kosztu.

Nadto stwierdził, że Zamawiający nie powinien uznać za wystarczające wyjaśnień złożonych jedynie w zakresie sumarycznej ceny złożonej oferty, w przypadku, gdy wyjaśnienia nie obejmowały uzasadnienia dla wartości podanych w ofercie w zakresie Usługi typu B, nie powinno być możliwe uznanie ich za wystarczające dla wykazania braku rażąco niskiej ceny ofert, w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W tym zakresie, należałoby wskazać na nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy, zaś co najmniej - zaniechaniu wezwania Netia do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnoszących się szczegółowo do wykazania podstaw dla przyjętych wartości cen i kosztów w zakresie Usługi typu B.

Podkreślał, że w jego ocenie wykonawcy nie mieli swobody w wyborze ujęcia struktury kosztów, ale związani byli taką konstrukcją, jaką przewidział Zamawiający zarówno konstruując Formularz ofertowy i sposób obliczania ceny podany w SIWZ, jak i wzór umowy i przewidziany sposób wynagrodzenia. Manipulacja kosztami wykonania przedmiotowego zamówienia, tj. na przykład ewentualne przerzucanie kosztów realizacji zamówienia z pozycji dotyczących świadczenia Usługi typu B w celu ujęcia ich w wynagrodzeniu za świadczenie Usługi typu A nie jest dopuszczalne. Wskazywał, że ewentualne przerzucanie kosztów świadczenia usługi typu B i ujmowanie ich w wynagrodzeniu za świadczenie usługi typu A oznacza niedopuszczalną manipulację powodującą, iż wykonawca wcześniej uzyskuje wyższą kwotę wynagrodzenia, mimo iż nie rozpoczął jeszcze pełnej realizacji obu usług, powodując szkodę po stronie Zamawiającego (przedwczesne obciążenie go kosztami usługi, której jeszcze nie zestawiono i nie rozpoczęto jej świadczenia).

W zakresie zarzutu drugiego Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający w zbyt szerokim zakresie uznał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jaki zadeklarował wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, w tym w szczególności w zakresie:

- samego uzasadnienia utajnienia informacji – Odwołującemu nie był znany nie tylko zakres zadeklarowanego przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale również z udostępnionej dokumentacji nie wynika, czy wykonawca w ogóle dokonał skutecznego zastrzeżenia jawności składanych wyjaśnień, tj. przedstawił uzasadnienie wraz z dowodami wykazującymi spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 znku,
- złożonych dowodów – nie cała treść dowodów ma istotne znaczenie i może potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Na pewno nie dotyczy rodzaju i formy składanych dowodów, czy też dla wykazania których są one powoływane,
- zakresu wyjaśnień, tj. jakich pozycji dotyczą, w szczególności, czy wykonawca wyjaśnił

budzące ewidentne wątpliwości ceny i koszty w zakresie usługi typu B - podkreślenia wymaga, iż waloru tajemnicy przedsiębiorstwa nie można przypisać samej strukturze składanych wyjaśnień ceny - nie jest to wiedza związana z przedmiotem zamówienia ani przewagą konkurencyjną, jaką posiada wykonawca ze względu na świadczone usługi. Ujawnieniu w ten sposób podlega wyłącznie emanacja pewnej umiejętności wykonawcy w zakresie stosowania się do procedur ustawowych i wytycznych wynikających z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a więc nie jest to taki zakres informacji, których charakter uzasadniałby wprowadzenie wyjątku od zasady jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego, - czynników wpływających na cenę, które mają charakter powszechnie znany i nie wiążą się z ujawnieniem tajemnicy handlowej, a dotyczą np. usługi świadczonej na rzecz podmiotu publicznego, czyli takich informacji, które można uzyskać w drodze dostępu do informacji publicznej.

W piśmie procesowym z dnia 11 grudnia 2017 r. Odwołujący 1 sprostował wyliczenia dotyczące ilości łączy zapasowych usługi typu B dla poszczególnych przepustowości, jak również sumy łączy zapasowych oraz sumarycznej wartości przepustowości łączy dla łączy zapasowych w Mbps. Wskazywał, że omyłka przełożyła się na pozostałe przeliczenia, gdyż z uwagi na większą ilość łączy o większej przepustowości zwiększyła się także ich sumaryczna liczba. Po podstawieniu prawidłowych wartości łączy i przepustowości wzrasta zarówno sumaryczna ilość pasma dla łączy zapasowych, jak i tym samym sumaryczna wartość pasma dla wszystkich łączy. Wskazywał, że omyłka ta nie wpływała na zasadność postawionego zarzutu, a podstawienie prawidłowych danych powodowało, że obliczona w ten sposób oferowana przez Netia S.A. cena za 1 Mbps była niższa i tym samym bardziej nierealna (0,015 zł, a nie jak wskazano w odwołaniu 0,016 zł).

Podsumowując powyższe Odwołujący 1 wskazał, że pomimo iż obliczenia przedstawione w odwołaniu zawierają powyższą omyłkę, to nie ma ona wpływu na zasadność podniesionych zarzutów ani kierunek przedstawionej argumentacji, bowiem podstawienie poprawnych danych potwierdza nierealność cen zaoferowanych przez Netia S.A.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 grudnia 2017 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący 1 zmierza do narzucenia swojego sposobu konstrukcji oferty dla wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie. Przekaz z treści odwołania jasno wskazuje, że według Odwołującego 1 skoro jego koszty dla świadczenia usługi typu B wynoszą konkretną kwotę to inni wykonawcy muszą również oferować wykonanie tej samej usługi za zbliżoną cenę. Tymczasem oczywistą kwestią jest, że wykonawcy mają swobodę kształtowania ceny za oferowane usługi.

Podnosił, że sama konstrukcja zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny, którą Odwołujący odnosi wyłącznie do jej jednego elementu jest nieuzasadniona w kontekście postanowień treści SIWZ, czy też realizacji przedmiotu umowy. Co istotne Odwołujący nie stawia tezy, iż łączna cena oferty Netia S.A. jest rażąco niska. Odwołujący by osiągnąć dla siebie korzystny wynik postępowania odwoławczego nawet nie podejmuje próby wykazania rażąco niskiej ceny oferty Netia S.A. Zamiast tego wybrał sobie jeden z elementów składających się na łączną całość oferty i próbuje wykazać wadliwość oferty Netia S.A.

Podkreślał, że na przedmiot zamówienia nie składały się określone produkty częściowe realizowane oddzielnie i niezależnie od siebie, przeciwnie na przedmiot zamówienia składała się kompleksowa usługa transmisji danych. Zatem już z tej przyczyny brak jest podstaw do szukania próby wyeliminowania konkurenta tylko z tej przyczyny, że przyjął inną strategię cenową co odwołujący.

Zamawiający w treści SIWZ wprost dopuścił realizację usługi typu A oraz usługi typu B z wykorzystaniem tych samych łączy transmisji danych oraz tych samych urządzeń CE zapewnianych przez wykonawców poprzez zastosowanie mechanizmów separacji logicznej, przywołując treść załącznika nr 1 do SIWZ rozdział II pkt 1. Odnosząc się do postanowienia rozdziału VII pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ wskazywał, że nie definiował wymagania separacji fizycznej pomiędzy usługą typu A i B co powodowałoby konieczność zestawienia odrębnych łączy transmisji danych na potrzeby ich świadczenia. Wskazywał, że nie definiował konieczności dostarczenia odrębnych urządzeń CE będących zakończeniami łączy w siedzibie danej prokuratury odrębnie dla każdej usługi. Zamawiający nie definiował również w żaden sposób konieczności zachowania jakiegokolwiek proporcji lub zależności pomiędzy kwotami abonamentów obu usług lub kwotami za zestawienie i uruchomienie łączy transmisji danych.

Wskazywał, że dodatkowo koszty abonamentów za świadczenie poszczególnych usług (typ A i B) nie muszą być swoimi odpowiednikami. Realizując usługę transmisji danych z wykorzystaniem jednego łączy fizycznego wykonawca jest w stanie „zmieścić” ponoszone koszty oraz uwzględnić swój zysk w ramach jednego abonamentu, natomiast drugi zaoferować za symboliczną złotówkę, jak to ma miejsce w przypadku wykonawcy Netia S.A.

Podkreślał, że Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie rozpatrywał odrębnie kosztów zestawienia i uruchomienia łączy transmisji danych oraz kosztów poszczególnych abonamentów dla usługi typu A i B w sposób odrębny. Próba wymuszenia przez Odwołującego 1 odrębnej oceny kosztów przewidzianych w ramach usługi typ A i B nie ma podstaw w świetle zapisów SIWZ. Co więcej, przyjmując tok rozumowania Odwołującego, Zamawiający powinien podzielić zamówienie na dwie odrębne części i umożliwić składanie odrębnych ofert.

Odnosząc się do zarzutu braku uwzględnienia w ofercie kosztu dostawy urządzeń bezpieczeństwa wskazał, że nie wymagał dostarczenia urządzeń fabrycznie nowych, a jedynie

takich które spełniają postawione wymagania. Zamawiający podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest zakup usług transmisji danych, nie zaś zakup urządzeń.

Nadto wskazywał, że w żadnym zapisów SIWZ nie definiował, iż wynikiem działania matematycznego ilości łączy o określonych przepustowościach przez ilość miesięcy świadczenia danej usługi jest cena całkowita oferty brutto. Co znamienne w przypadku przedmiotowego odwołania oferta wykonawcy Netia S.A. jest całkowicie zgodna z powyższym, natomiast oferta Odwołującego 1 jest w takim ujęciu niedoszacowana o ponad 4 miliony złotych. W związku z tym paradoksalnie oferta Odwołującego 1 powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ przyjmując jego tok rozumowania. Zamawiający dał wykonawcom „wolną rękę” w konstrukcji oferty. Zauważał, że przedmiotem zamówienia są nie tylko usługi transmisji danych, ale szereg działań projektowych takich jak wytworzenie dokumentacji technicznej, opracowanie scenariuszy testowych, realizacja szkoleń. Koszty te wykonawcy musieli uwzględnić w miesięcznych opłatach abonamentowych i/lub jednorazowej opłacie za zestawienie i uruchomienie łączy transmisji danych.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2484/17

W dniu 24 listopada 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 2”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez:

1. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na:
 - a) nieuwzględnienie przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie w ofercie dwóch rozproszonych punktów styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gb/s dla Usługi B oraz nieuwzględnienie przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie w ofercie możliwości zwiększenia pasma przez Zamawiającego dla Usługi typu B, lub
 - b) niewliczenie przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie opłaty za dwa rozproszone punkty styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gb/s dla Usługi B oraz opłaty za możliwość zwiększenia przez Zamawiającego pasma dla Usługi B w abonament za świadczenie Usługi typu B – co jest niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ i odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 19 października 2017 r.
2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, tj. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1

pkt 6 ustawy Pzp ze względu na niewliczenie przez wykonawcę Netia S.A. opłaty za dwa rozproszone punkty styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gb/s dla Usługi B oraz opłaty za możliwość zwiększenia przez Zamawiającego pasma dla Usługi B w abonament za świadczenie Usługi typu B – co jest niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ i odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 19 października 2017 r.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie jako niezgodnej z treścią SIWZ lub zawierającą błąd w obliczeniu ceny;
3. przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert;
4. przeprowadzenia ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący 2 wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący 2 złożył ofertę odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego. Oferta Odwołującego, zgodnie z treścią informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, została sklasyfikowana na drugim miejscu. Jako najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. W związku z powyższym Odwołujący 2 jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 2 wskazał, że wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie dla usługi typu B:

- po pierwsze, zaoferował abonament za świadczenie usługi w wysokości 1,23 zł brutto dla łączy o różnej przepustowości, tj. taką samą wysokość abonamentu dla łączy o przepustowości 16, 32, 64, 128, 256, 512 Mb/s,
- po drugie, określił średni koszt zestawienia i uruchomienia łączy podstawowego transmisji danych usługi typu B w wysokości 1,23 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego 2 zaoferowanie powyższych warunków realizacji przedmiotu zamówienia świadczyło o niezgodności oferty wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie z treścią SIWZ, a równocześnie świadczyło o błędzie w obliczeniu ceny lub kosztu w ofercie tego wykonawcy.

Odwołujący 2 w zakresie zarzutu pierwszego podniósł, że wykonawca Netia S.A. nie uwzględnił wymagania Zamawiającego opisanego w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 19 października 2017 r. o treści: „Zamawiający wyjaśnia, że opłaty abonamentowe w ramach usługi typu B dla dwóch rozproszonych punktów styku z siecią Internet o przepustowości 2Gb/s powinny zostać uwzględnione w jednostkowych opłatach abonamentowych dla poszczególnych typów usługi typu B”. Zdaniem Odwołującego 2 skoro Netia S.A. dla wszystkich możliwych przepustowości od 16 do 512 Mb/s wskazał w formularzu ofertowym opłatę w wysokości 1,23 zł brutto, co daje łączną opłatę abonamentową w skali kontraktu w wysokości 29 568,46 zł brutto, a dodatkowa opłata instalacyjna wynosi 27,38 zł brutto, to łączna kwota instalacji i abonamentu nie uwzględniała zatem kosztów realizacji dwóch rozproszonych punktów styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gb/s.

Wskazał, że na koszty realizacji wyżej opisanych punktów styku mają wpływ:

- koszty kolokacji dla co najmniej 4 urządzeń bezpieczeństwa (min. 2 klastry),
- koszty energii elektrycznej (związanych z koniecznością zainstalowania i utrzymania w infrastrukturze wykonawcy co najmniej czterech centralnych urządzeń bezpieczeństwa wymaganych w ramach dostarczenia punktów styku), których wartość w skali kontraktu przekroczy 30 000 zł,
- koszty usługi DDoS dla co najmniej dwóch rozproszonych geograficznie punktów styku z siecią Internet, czyli łączy internetowych. Wykonawca musi zapewnić monitorowaną usługę bezpieczeństwa DDoS (AntyDDoS) polegającą na ochronie łączy przed atakami z sieci Internet o parametrach, jakie Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, bez naliczenia żadnych dodatkowych opłat,
- koszty przyłączenia do sieci Internet i MPLS (sieć szkieletowa),
- koszty pasma do Internetu międzynarodowego i krajowego,
- koszty urządzeń (routery),
- koszty pracy inżynierów,
- zapewnienie serwisu i dostępności usługi zgodnie z wymaganym SLA przez cały okres umowy.

Podsumowując powyższe stwierdził, że koszty powyższych elementów nie mogły zostać i nie zostały uwzględnione przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie w abonamencie za świadczenie usługi typu B w wysokości 1,23 zł brutto za łącze.

Ponadto podniósł, że wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie nie uwzględnił wymagania Zamawiającego opisanego w rozdziale III pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia, bowiem skoro dla wszystkich przepustowości łączy od 16 Mb/s do 512 Mb/s dla usługi typu B (podstawowych jak i zapasowych) wskazał opłatę abonamentową w wysokości 1,23 zł brutto, to nie przewidział i nie uwzględnił w cenie oferty, że Zamawiający ma prawo zwiększyć pasmo

usługi typu B, jednocześnie nie zmieniając parametrów pasma usługi typu A. Co za tym idzie wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty kosztów związanych ze zwiększeniem pasma usługi typu B wyższych niż 1,23 zł brutto miesięcznie. Skutkiem powyższego zaniechania mechanizm, który wskazał Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie został przez Netia S.A. uwzględniony w ofercie. Powyższy fakt prowadzi do wniosku, że Netia S.A. nie uwzględniła w oferowanych warunkach realizacji zamówienia, że Zamawiający żąda możliwości zwiększenia pasma do wartości dwukrotnie większej (co również skutkuje różnicą w cenach złożonych ofert w ramach zamówienia).

Wskazał, że wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie powinien uwzględnić co najmniej następujące koszty związane ze zwiększeniem pasma usługi B, czyli dostępu do Internetu:

- koszty przyłączenia do sieci Internet i MPLS (sieć szkieletowa) – wzrost pasma może skutkować zmianą technologii łącza podkładowego, a co za tym idzie dodatkowymi kosztami inwestycyjnymi lub kosztem uruchomienia łącza radiowego,
- koszt rozbudowy sprzętowej lub licencyjnej (jeśli zaplanowane przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie urządzenia pozwalają na taką rozbudowę) albo wymiany na bardziej wydajne urządzenia CE (routery klienckie)/PE (routery operatora) droższe spełniające nowe wymagania w zakresie zwiększonego dwukrotnie pasma,
- koszty pracy inżynierów związane z rekonfiguracją urządzeń i sieci, jak i systemów monitorowania i zarządzania wymaganych przez Zamawiającego w ramach przetargu oraz aktualizację dokumentacji powykonawczej. Odwołujący 2 zauważał, że wartość pracy inżyniera nie może być niższa niż przewidziana ustawą, co przy deklaracji kosztu i ceny wykonawcy Netia S.A. na poziomie 1,23 zł brutto dla każdej przepływności pozwala przyjąć, że koszt taki w opłacie abonamentowej nie został uwzględniony.

Odwołujący 2 w zakresie zarzutu drugiego wskazał, że w przypadku gdyby nie potwierdził się zarzut niezgodności oferty Netia S.A. z siedzibą w Warszawie z SIWZ należy stwierdzić, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu z uwagi na to, że cena świadczenia usługi typu B (abonament, średni koszt zestawienia i uruchomienia łącza podstawowego transmisji danych) została skalkulowana zupełnie w oderwaniu od cen rynkowych usług, które zgodnie z SIWZ i OPZ należało uwzględnić w cenie poszczególnych pozycji.

Odwołujący 2 wskazywał, że błąd w obliczeniu ceny to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieuwzględnienia wymagań opisanych przez Zamawiającego przy obliczaniu ceny. Przywołał wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt: KIO 460/16, zgodnie z którym o błędzie w obliczeniu ceny można mówić, jeśli cena oferty jest obliczona w sposób niezgodny

z przepisami powszechnie obowiązującymi lub ze sposobem obliczenia ceny określonym przez zamawiającego w SIWZ. Argumentował, że jeśli bowiem przyjąć, iż wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie uwzględnił wszystkie wymagania dotyczące usługi typu B w ofercie, to należy stwierdzić, że nie zostały one w kalkulowane w opłatę abonamentową za świadczenie usługi typu B, a tym samym, że obliczył cenę oferty w odniesieniu do usługi typu B niezgodnie ze sposobem obliczenia oceny określonym przez Zamawiającego w SIWZ i odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 19 października 2017 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 grudnia 2017 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający rozpoczął swoją argumentację od wskazania, że Odwołujący 2 nie wykazał interesu oraz szkody uzasadniających merytoryczne rozpoznanie odwołania. Zauważył, że Odwołujący 2 nie kwestionuje poprawności złożonej oferty przez wykonawcę T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. W sytuacji zatem uwzględnienia odwołania przez Izbę, oferta Odwołującego 2 uplasowałaby się na drugim miejscu w rankingu ofert z punktacją 89,30021, a Odwołujący 2 nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia.

Następnie Zamawiający podniósł, że to na Odwołującym 2 spoczywał ciężar udowodnienia przedstawionych w odwołaniu zarzutów.

Podkreślał, że Odwołujący 2 całkowicie dowolnie próbuje interpretować treść SIWZ w taki sposób by uzyskać korzystny wynik postępowania odwoławczego. Zamawiający w treści SIWZ wprost dopuścił realizację usługi typu A oraz usługi typu B z wykorzystaniem tych samych łączy transmisji danych oraz tych samych urządzeń CE zapewnianych przez wykonawców poprzez zastosowanie mechanizmów separacji logicznej, przywołując treść załącznika nr 1 do SIWZ rozdział II pkt 1. Odnosząc się do postanowienia rozdziału VII pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ wskazywał, że nie definiował wymagania separacji fizycznej pomiędzy usługą typu A i B co powodowałoby konieczność zestawienia odrębnych łączy transmisji danych na potrzeby ich świadczenia. Wskazywał, że nie definiował konieczności dostarczenia osobnych urządzeń CE będących zakończeniami łączy w siedzibie danej prokuratury odrębnie dla każdej usługi. Zamawiający nie definiował również w żaden sposób konieczności zachowania jakiegokolwiek proporcji lub zależności pomiędzy kwotami abonamentów obu usług lub kwotami za zestawienie i uruchomienie łączy transmisji danych.

Nadto wskazywał, że w przypadku dotychczasowej umowy na świadczenie usługi dostępu do sieci Internet dla Prokuratury Krajowej na podstawie umowy z 2015 r., Zamawiający wymagał zestawienia oprócz łączy dostępowych do sieci publicznej, łączy typu MetroEthernet łączącego dwie lokalizacje Zamawiającego na terenie Warszawy, dla których łączy zostało zaoferowane za 0,0 zł brutto. Z powyższego wynika, że sytuacja w której

wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie podchodzi w taki sposób do konstrukcji ofert nie jest nowa, być może stanowiąc pewną praktykę biznesową.

W zakresie braku przewidzenia sytuacji zmiany wysokości abonamentu w związku ze zmianą przepustowości podkreślał, że w żadnym miejscu SIWZ nie wymagał, aby kwoty te były różne. W związku z tym nie można uczynić zarzutu braku spełnienia wymagań zawartych w SIWZ przy braku takich wymagań.

Ponadto podniósł odpowiedź na pytanie przywołane w odwołaniu. W tym przypadku, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący 2 również pominął niewygodne dla siebie informacje. Odpowiedź na pytanie z dnia 19 października 2017 r. – *„Jednocześnie z uwagi na brak łączny o wskazanej przepustowości w Załączniku nr 2 do Umowy, Zamawiający wyjaśnia, że nie należy ich uwzględniać w cenie całkowitej oferty”*.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 i 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się do interesu Odwołującego 2, który był kwestionowany przez Zamawiającego, wskazać należy, iż Izba w niniejszej sprawie uznała, że Odwołujący 2 posiadał legitymację czynną we wniesieniu odwołania, którą upatrywał w możliwości unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, iż oferty Odwołującego 1 i 2 przekraczały znacząco budżet Zamawiającego przeznaczony na sfinansowanie zamówienia. Zdaniem Izby unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w przesłance posiadania „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, skoro bowiem może potencjalnie prowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy w nowym postępowaniu. Wskazać należy, iż ww. pojęcie, o którym mowa w art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne

nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy (co najmniej, gdyż art. 182 ust. 4 ustawy Pzp dopuszcza wnoszenie środków ochrony prawnej także po zawarciu umowy), która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Tym samym jeśli istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, to niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które są prowadzone przez tego samego zamawiającego, dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to, ubieganie się o to samo - dane zamówienie publiczne i póty wykonawca ma interes w jego uzyskaniu

Zamawiający w dniu 27 listopada 2017 r. powiadomił wykonawców o wniesionych odwołaniach. Izba dopuściła do udziału w postępowaniach odwoławczych wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych w dniu 30 listopada 2017 r. po stronie Zamawiającego. W pismach procesowych z dnia 12 grudnia 2017 r. oraz w trakcie rozprawy Przystępujący przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale II pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający określił zakres świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia.

Wskazał, że wymaga uruchomienia dwóch niezależnych usług odseparowanych od siebie logicznie: Usługa typu A – WAN-PROK czyli zestawienie dostępowych łączy do jednostek organizacyjnych prokuratury w technologii IP VPN MPLS oraz Usługa typu B – scentralizowany odseparowany od sieci WAN-PROK dostęp do sieci Internet dla wszystkich jednostek organizacyjnych prokuratury. W tym celu Zamawiający wymaga utworzenia dwóch odseparowanych VRF: jeden na potrzeby usługi WAN-PROK (Usługa typ A), drugi na potrzeby dostępu do sieci Internet (Usługa typ B). Wszystkie jednostki organizacyjne prokuratury wskazane w załączniku nr 2 do Umowy – adresy miejsca instalacji łączy oraz przepustowość będą posiadać możliwość korzystania z usługi typu A i usługi typu B. Zestawione łącza transmisji danych muszą umożliwiać korzystanie z dwóch niezależnych i odseparowanych od siebie sieci wykreowanych w chmurze MPLS wykonawcy.

Z kolei w rozdziale VII pkt 2, Zamawiający wymagał, by usługa typu A była całkowicie odseparowana od sieci Internet oraz za pomocą mechanizmu VRF od Usługi typu B.

Nadto zgodnie z rozdziałem III pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia, usługa IP VPN (MPLS) dla obydwu Usług typu A i Usługa typu B powinna być skalowalna, tzn. Zamawiający ma prawo żądania zwiększenia przepustowości ruchu do wartości dwukrotnie większej od określonej w Załączniku nr 2 do Umowy w każdej Lokalizacji, w której wykonawca będzie w stanie technicznie zagwarantować usługę o żądanych przez Zamawiającego parametrach przepustowości łączy. Powyższe skutkować będzie zmianą wysokości abonamentu miesięcznego za dane łącze nie zaś dodatkowymi kosztami ponoszonymi przez Zamawiającego w związku z koniecznością modernizacji infrastruktury Wykonawcy.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 2 lit. I) SIWZ, świadczenie usług transmisji danych miało nastąpić w okresie 48 miesięcy od dnia podpisania umowy dla usługi typu A, nie wcześniej niż od dnia 19 maja 2018 r. oraz w terminie od dnia 1 września 2018 r. dla usługi typu B (...), przy czym okres świadczenia usługi typu A i usługi typu B ulega zakończeniu w tym samym dniu, tj. w dniu 18 maja 2022 r.

W Dziale XI SIWZ pn. *Opis sposobu obliczenia ceny*, Zamawiający postanowił, że: 1) cena musi być podana w PLN i w takiej walucie będzie rozliczane zamówienie między Zamawiającym i wykonawcą, 2) w cenie ofertowej winny zostać ujęte wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, 3) cena powinna być podana cyfrowo i słownie, zgodnie z załączonym formularzem, Załącznik nr 3 do SIWZ pkt 1. Wykonawca wypełnia wszystkie pozycje w formularzu ofertowym, 4) przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915) oraz 5) jeżeli zostanie złożona oferta, której wybór będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w ofercie ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Jeżeli wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wykonawca składając ofertę, informuje Zamawiającego o tym fakcie, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Zauważyć również należy, iż Zamawiający w § 8 ust. 2 wzoru umowy przewidział możliwość wzrostu wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji umowy, przy uwzględnieniu zmian, o których mowa w § 4 ust. 9 i 10 wzoru umowy. Z kolei w ust. 9 § 4 wzoru umowy, Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmian w świadczonych usługach transmisji danych w okresie obowiązywania umowy polegających m.in. zwiększeniu (po uzyskaniu przez wykonawcę pozytywnych warunków technicznych) lub zmniejszeniu przepustowości łącza w danej lokalizacji w związku ze zmianami, o których mowa w pkt 1) lub pkt 2). W ustępie 10 § 4 wzoru umowy, przewidziano natomiast możliwość wzrostu wynagrodzenia wykonawcy,

określonego w § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy w ww. okolicznościach nie więcej jednak niż o 20% jego wysokości łącznie w okresie obowiązywania umowy.

Nadto w ust. 4 § 8 Zamawiający wprowadził ograniczenie, iż zestawienie i uruchomienie łączy dostępowych dla usługi typu A i B nie mogło przekroczyć 10% wartości umowy określonej w ust. 1, a także iż było ono płatne jednorazowo. Z kolei wynagrodzenie wykonawcy za świadczenie usług transmisji danych, było płatne miesięcznie z dołu po upływie miesiąca w trakcie którego usługi były świadczone na podstawie faktury wystawionych przez wykonawcę oraz podpisanego przez Zamawiającego protokołu odbioru usług transmisji danych typu A i B (ust. 5).

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 19 października 2017 r. w punkcie 2. Zamawiający wskazał, że *„opłaty abonamentowe w ramach usługi typu B dla dwóch rozproszonych punktów styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gbps, powinny zostać uwzględnione w jednostkowych opłatach abonamentowych dla poszczególnych typów łączy Usługi typu B”*.

Ponadto w tych samych wyjaśnieniach, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, który zwrócił uwagę, iż w załączniku nr 2 do umowy nie występują przepływności 1024 Mbps oraz 2048 Mbps zarówno dla usługi typu A i B wskazał, że: *„Jednocześnie z uwagi na brak łączy o wskazanej przepustowości w Załączniku nr 2 do umowy, Zamawiający wyjaśnia, że nie należy, ich uwzględniać w cenie całkowitej oferty”*.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego została oszacowana na kwotę 18 837 726,55 zł netto, co stanowiło 23 170 403,66 zł brutto.

W ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło trzech wykonawców, tj.: 1) T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną 27 060 002,46 zł, 2) Netia S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną 17 432 150,40 zł oraz 3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną 32 932 027,79 zł.

Z powyższego zatem wynika, że średnia arytmetyczna cen złożonych ofert stanowiła kwotę 25 808 060,22 zł. Zatem oferta Przystępującego stanowiła ok. 75,23 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 67,54 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie dla wszystkich przepustowości łączy od 16 Mbps do 512 Mbps dla usługi typu B (podstawowych jak i zapasowych) wskazał opłatę abonamentową w wysokości 1,23 zł brutto, a dla łączy o przepustowości 1024 Mbps i 2048 Mbps odpowiednio kwoty 2400 zł brutto oraz 4320 zł brutto. Nadto Przystępujący średni koszt zestawienia i uruchomienia łączy podstawowego transmisji danych w ramach usługi typu B wycenił na kwotę 1,23 zł brutto.

W dniu 3 listopada 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia

ceny całkowitej oferty, w szczególności w zakresie wskazanym w punktach 1 - 5 ww. przepisu. Wskazał, że wykonawca zobowiązany jest przedstawić na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dowody na poparcie złożonych wyjaśnień. Przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami powinny wykazać możliwość (realność) wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący pismem z dnia 8 listopada 2017 r. złożył wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty wraz z dowodami, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, z wyłączeniem trzech pierwszych stron wyjaśnień. Tajemnicą przedsiębiorstwa zostało objęte również uzasadnienie utajnienia informacji.

W dniu 14 listopada 2017 r. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę Przystępującego. Oferta Odwołującego 1 uplasowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert z łączną punktacją 68,65 pkt, a oferta Odwołującego 2 na drugim miejscu w rankingu ofert z łączną punktacją 71,76 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie wskazać należy, iż w ocenie Izby rozstrzygnięcie niniejszych spraw wymagało przeprowadzenia analizy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie przedmiotu zamówienia, sposobu obliczenia ceny oferty, w tym granic swobody wykonawców przy jej kalkulacji, a w następstwie wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy, jak również wzoru umowy.

Niewątpliwie przedmiotem ww. zamówienia publicznego była realizacja dwóch usług, tj. usługi typu A WAN-PROK, czyli zestawienie dostępowych łączy dla jednostek organizacyjnych prokuratury w technologii IP VPN MPLS oraz usługi typu B – scentralizowany odseparowany od sieci WAN-PROK dostęp do sieci Internet dla wszystkich jednostek organizacyjnych prokuratury. W ocenie Izby z analizy treści SIWZ, w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, nie można wywieść wniosku, że przedmiotowe usługi były całkowicie od siebie niezależne (odseparowane) fizycznie. Bez wątpienia usługi te, jak stanowią postanowienia rozdziału II pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ miały być od siebie odseparowane logicznie, z czego zdaniem Izby, nie można wywieść obowiązku odseparowania ww. usług również w płaszczyźnie fizycznej. Zauważyć należy, iż gdyby bowiem usługi będące przedmiotem zamówienia, tj. usługi typu A i B były całkowicie od siebie niezależne fizycznie i logicznie, to wówczas zasadnym byłby podział ww. zamówienia na części i dopuszczenie składania ofert częściowych. Ponadto analiza postanowień specyfikacji

istotnych warunków zamówienia dotyczących opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że usługi objęte przedmiotem zamówienia tj. usługi typu A i B zawierały pewne elementy, które miały zostać wykonane w ramach każdej usługi jak chociażby wykonanie projektu technicznego uruchamianych usług, czy też opracowanie planów testów i scenariuszy testów, jak również elementy które były właściwe tylko dla jednej z usług, czego przykładem jest świadczenie usług ochrony przeciw atakom typu DDoS dla węzłów styku z siecią Internet realizujących usługę typu B (brak było takiego wymogu w SIWZ w zakresie usługi typu A). Konsekwencją takiego rozumienia treści SIWZ była, podnoszona zresztą przez Zamawiającego, możliwość oparcia realizacji przedmiotu zamówienia, a zatem usługi typu A i B, na tej samej infrastrukturze wspólnej dla obu typów usług, co też bez wątplenia miało wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty przyjęty przez wykonawców oraz na biznesowe podejście wykonawców do sposobu realizacji zamówienia. Zamawiający podkreślał bowiem, że nie definiował wymagania separacji fizycznej pomiędzy usługą typu A i B co powodowałoby konieczność zestawienia odrębnych łączy transmisji danych na potrzeby ich świadczeni, jak również że nie definiował konieczności dostarczenia odrębnych urządzeń CE będących zakończeniami łączy w siedzibie danej prokuratury odrębnie dla każdej usługi.

Kolejno należy zauważyć, iż Zamawiający w postanowieniach zawartych w Dziale XI SIWZ dotyczących opisu sposobu obliczenia ceny, nie sformułował szczegółowych wytycznych w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty, w tym dotyczących jej poszczególnych elementów składowych z rozbiciem na usługi typu A i B, poza ogólnymi sformułowaniami dotyczącymi ww. kwestii, jak to że cena oferty miała być podana w złotych, obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, być zgodna z definicją ceny zawartą w ustawie o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915) itp.

W szczególności podkreślić należy, iż Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych zasad dotyczących sposobu kalkulacji kwot za świadczenie usług transmisji danych (abonamentów) dla usługi typu A i B oraz kwot za zestawienie i uruchomienie łączy transmisji danych dla usługi typu A i B, jak również nie nałożył na wykonawców obowiązku w zakresie zachowania jakiegokolwiek proporcji lub zależności pomiędzy kwotami abonamentów oraz kosztami zestawienia i uruchomienia łączy transmisji danych w ramach obu usług.

Ponadto w ocenie Izby brak w specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia postanowień, które wskazywałyby wprost jakie elementy świadczenia przedmiotu zamówienia, a w związku z tym ich koszty, powinny zostać ujęte w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego, pozostawiał wykonawcom swobodę co do ukształtowania ceny oferty, z zastrzeżeniem § 8 ust. 4 wzoru umowy. Zauważyć zatem należy, iż gdyby Zamawiający zamierzał wpłynąć na sposób kalkulacji ceny oferty w ramach poszczególnych usług to dałby temu wyraz, tak jak to uczynił w § 8 ust. 4 wzoru umowy, zgodnie z którym wynagrodzenie za zestawienie, uruchomienie i oddanie łączy do eksploatacji dla usługi typu A i B nie mogło

przekroczyć 10% wartości umowy, a zatem sumy wynagrodzenia za zestawienie łączy oraz świadczenie usługi transmisji danych dla obu typów usług.

Jednocześnie wskazać należy, iż sposób kalkulacji ceny oferty, nie został wyczerpująco i jednoznacznie opisany przez Zamawiającego w SIWZ, skoro wykonawcy zadawali pytania w ww. materii zwracając uwagę Zamawiającemu na możliwy brak porównywalności oferty, o czym świadczy chociażby treść wyjaśnień z dnia 19 października 2017 r.

Zdaniem Izby analiza przedmiotowych spraw nie mogła nastąpić przez pryzmat selektywnych, wybranych przez Odwołujących zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przywoływanych wybiórczo w celu osiągnięcia pozytywnych skutków w postępowaniu odwoławczym.

Mając na uwadze powyższe, w szczególności okoliczność, iż istota sporu przedmiotowych spraw sprowadzała się, w ocenie Izby, do wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem możliwa była do rozstrzygnięcia na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego już w sprawie, za niezasadny Izba uznała wniosek Odwołującego T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie o powołanie biegłego w sprawie wywołanej odwołaniem ww. wykonawcy. Ponadto w ocenie Izby Odwołujący 1 nie wykazał zasadności powołania powyższego środka dowodowego. Wskazać również należy, iż ww. dowód nie mógłby służyć udowodnieniu zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Przystępującego, bowiem ocena w tym zakresie nie wymagałaby wiadomości specjalnych, lecz stanowiłaby w istocie ocenę zasadności zarzutów dotyczących prawa materialnego, a rozstrzygnięcie sporów prawnych nie należy bowiem do zadań biegłych.

Za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia niniejszych spraw Izba uznała złożone przez Przystępującego jako dowody - umowy dotyczące innych zamówień realizowanych przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2483/17

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo że zawierała ona rażąco niską cenę, której braku nie wykazały złożone wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a także podniesiony jako ewentualny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień złożonej oferty w zakresie rażąco niskich elementów ceny za realizację usługi typu B oraz podanego w ofercie średniego kosztu zestawienia i uruchomienia łącz podstawowego transmisji danych w ramach usługi typu B, w ocenie Izby, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienia;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp).

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący 1 zbudował ww. zarzut na dwóch okolicznościach faktycznych mających potwierdzać, iż zaoferowane przez Przystępującego stawki za realizację usługi typu B, a w konsekwencji całkowita cena oferty Netia S.A. miała charakter nierealny i nierynkowy, a zatem poniżej kosztów jej świadczenia wskazując, że każdy z operatorów, w tym Przystępujący obciążony jest kosztami wynikającymi z ruchu internetowego i udostępnienia

połączenia z siecią Internet dla swoich odbiorców, a także iż ww. usługa wiąże się nie tylko z samym dostępem do Internetu, ale również z dostawą urządzeń zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne w liczbie kilkudziesięciu sztuk, w tym również kosztami transportu sprzętu, wykonania konfiguracji, testów sprzętu itp.

Zauważyć jednak należy, iż Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty, z uwagi na rozbieżności w cenach zaoferowanych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu. Tym samym stwierdzić należy, iż Zamawiający zrealizował również obowiązek wynikający art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp zważywszy, że cena zaoferowana przez Przystępującego była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 listopada 2017 r. złożył wyjaśnienia w przedmiocie kalkulacji ceny oferty wraz z dowodami, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa (z wyłączeniem trzech pierwszych stron wyjaśnień).

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w ww. zakresie były wyczerpujące, szczegółowe, poparte dowodami, a przez to wiarygodne. Podkreślić również należy, iż Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przedstawił konkretne wyliczenia i okoliczności, które wpłynęło na obniżenie ceny oferty, jak również wskazał zysk, który zamierzał osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia. Nie bez znaczenia dla wyceny oferty Przystępującego, w opinii Izby, pozostaje również podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż Przystępujący świadczył dotychczasową usługę dostępu do sieci Internet na rzecz Zamawiającego, co samo w sobie stanowiło już o przewadze technicznej i ekonomicznej Przystępującego względem innych wykonawców. Ponadto na rozprawie przed Izbą, odnosząc się do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego 1 związanych z obowiązkiem uwzględnienia w cenie oferty kosztów związanych z ruchem internetowym i udostępnieniem połączenia z siecią Internet dla swoich odbiorców, a także kosztów związanych z zakupem urządzeń zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne w liczbie kilkudziesięciu sztuk, w tym również kosztami transportu sprzętu, wykonania konfiguracji, testów sprzętu, Przystępujący wskazał Izbie 2 pozycje w sporządzonym przez siebie załączniku nr 2 do wyjaśnień z dnia 8 listopada 2017 r., w którym zostały wycenione ww. elementy. Co prawda Przystępujący skalkulował te kwestie łącznie podając jedną kwotę w ramach usługi typu A i B, jednak zauważyć należy, iż przy braku szczegółowości wezwania Zamawiającego w tym zakresie oraz pozostawionej wykonawcom swobody w zakresie kalkulacji ceny oferty, w tym braku określenia przez Zamawiającego zachowania przez wykonawców proporcji lub zależności pomiędzy kwotami abonamentów oraz kosztami zestawienia i uruchomienia łączy transmisji danych w ramach ww. usług, brak było po stronie wykonawcy Netia S.A. obowiązku rozbijania poszczególnych składników cenotwórczych składających się na usługi typu A i B.

Ponadto podkreślić należy, iż wezwanie skierowane do Przystępującego dotyczyło całkowitej ceny oferty.

Nadto o swobodnym podejściu wykonawców do kalkulacji ceny oferty, świadczy chociażby podniesiony przez Zamawiającego na rozprawie przed Izbą argument, który nie został podważony przez Odwołującego 1, iż wykonawca T-mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wyceniając w ramach usługi typu A i typu B 10 łączy 16 Mb/s zaoferował odpowiednio 141 696,00 zł oraz 2 519,04 zł, w zakresie 3 łączy 96 Mb/s w ramach usługi typu A i B zaoferował odpowiednio kwoty 72 619,20 zł i 1 889,28 zł, a w zakresie 3 łączy 512 Mb/s w ramach usługi typu A zaoferował kwotę 159 408 zł, a w zakresie usługi typu B dla 2 łączy 512 Mb/s zaoferował 2 676,48 zł.

Nadto Zamawiający zwrócił uwagę na różnicę dotyczącą zestawienia łączy z tytułu usługi B, które zostały wycenione przez wykonawców na kwoty: 27,38 zł (Netia S.A.), 482,16 zł (Odwołujący 2), 506 514 zł (Odwołujący 1). W ocenie Zamawiającego chociażby te dane pokazywały, że każdy z wykonawców w sposób indywidualny podszedł do wyceny oferty.

Jednocześnie za Zamawiającym wskazać należy, iż koszty abonamentów za świadczenie poszczególnych usług (typ A i B) nie musiały być swoimi odpowiednikami w świetle postanowień SIWZ. Realizując usługę transmisji danych z wykorzystaniem jednego łącza fizycznego wykonawca był w stanie „zmieścić” ponoszone koszty oraz uwzględnić swój zysk w ramach jednego abonamentu, natomiast drugi zaoferować za symboliczną złotówkę, jak miało to miejsce w przypadku wykonawcy Netia S.A.

Konkludując powyższe, w ocenie Izby, zaoferowana przez Przystępującego cena oferty, w tym cena za realizację usługi typu B, nie stanowiła ceny nierealnej, oderwanej od realiów rynku. Zaoferowana przez Przystępującego kwota 1,23 zł dla łączy o różnej przepustowości (16 Mbps, 32 Mbps, 48 Mbps, 64 Mbps, 96 Mbps, 128 Mbps, 256 Mbps oraz 512 Mbps) oraz średniego kosztu zestawienia i uruchomienia łącza podstawowego transmisji danych w wysokości 1,23 zł w ramach usługi typu B, wobec ww. postanowień SIWZ poddanych szczegółowej analizie przez Izbę, stanowiła wyraz autonomicznej polityki cenowej Przystępującego.

Przechodząc następnie do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 znku, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, mimo iż została zaoferowana cena poniżej kosztów wykonania zamówienia, co stanowi czyn nieuczciwej, Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wskazać należy, iż Odwołujący 1 wywodził ww. zarzut z uznania, że oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie zaoferowanych stawek za realizację usługi typu B.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 znku, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 znku, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać inny przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 znku, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby Odwoławczy 1 nie wykazał, iż Przystępujący oferował sprzedaż usług będących przedmiotem zamówienia poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia w określonym przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celu – tj. w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Podkreślić należy, iż Odwoławczy 1, na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 6 KC, nie wykazał popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Z kolei odnosząc się do zarzutu ewentualnego, dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, mimo że oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim kosztów wykonania usługi typu B nie ujęto w cenie za abonament za świadczenie usługi typu B i cenie za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji łączy dla usługi typu B, w szczególności, poprzez przypisanie całości lub części kosztów ponoszonych z tytułu realizacji usługi typu B w ramach wynagrodzenia za realizację usługi typu A, Izba uznała, iż ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zauważyć bowiem należy, iż stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się

niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż w uzasadnieniu faktycznym odwołania, brak jest zarzutu (obejmującego nie tylko podstawę prawną, ale wskazującego okoliczności faktyczne) w ww. zakresie. Odwołujący 1 w petitum odwołania poprzestał jedynie na stwierdzeniu, że Przystępujący Netia S.A. z siedzibą w Warszawie nie ujął kosztów wykonania usługi typu B w cenie za abonament za świadczenie usługi typu B oraz cenie za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji łączy dla usługi typu B, w szczególności przypisał całość lub część kosztów z tytułu realizacji usługi typu B w ramach wynagrodzenia za realizację usługi typu A.

Niezależnie od powyższego, przyjmując tożsamy stopień ogólności jak zaprezentowany przez Odwołującego 1 w zakresie ww. zarzutu, Izba wskazuje, że Odwołujący 1 nie wskazał postanowień SIWZ, które potwierdzałyby niezgodność oferty Przystępującego z treścią specyfikacji w ww. zakresie. W szczególności należy zauważyć, co podkreślano już powyżej, iż w dokumentacji postępowania Zamawiający nie określił ani zasad dotyczących sposobu kalkulacji kwot za świadczenie usług transmisji danych (abonamentów) dla usługi typu A i B oraz kwot za zestawienie i uruchomienie łączy transmisji danych dla usługi typu A i B, jak również nie nałożył na wykonawców obowiązku w zakresie zachowania jakiegokolwiek proporcji lub zależności pomiędzy kwotami abonamentów oraz kosztami zestawienia i uruchomienia łączy transmisji danych w ramach ww. usług. Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby, nie można było wywieść, że oferta Przystępującego, w świetle ww. okoliczności, była niezgodna z treścią SIWZ.

W końcu odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia pełnej treści złożonych przez

Netia S.A. z siedzibą w Warszawie wyjaśnień z dnia 8 listopada 2017 r. również w zakresie niezasadnie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym uzasadnienia dla dokonania zastrzeżenia jakichkolwiek informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba ustaliła, iż ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, to ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Z kolei obowiązkiem Zamawiającego było zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego w zakresie złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy.

Zdaniem Izby wykonawca Netia S.A. skutecznie zastrzegł wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny oferty wraz z załączonymi dowodami, spełniwszy przesłanki określone w art. 11 ust. 4 znku.

Co prawda, co do zasady zgodzić należy się z Odwołującym 1, iż uzasadnienie zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie powinno mieć miejsca, po to by wykonawcom zapewnić możliwość kontroli nad działaniami konkurentów, to jednak w ocenie Izby, w tej konkretnej sprawie, mając na uwadze treść samego uzasadnienia utajnienia informacji, które zawierało odesłanie do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, było zasadne.

Nie można zgodzić się również z argumentem Odwołującego 1, że struktura kosztów nie może stanowić podstawy do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sposób budowy ceny wyrażany przez wykonawców w kosztorysach/kalkulacjach własnych może zostać skutecznie objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, zwłaszcza w sytuacji gdy nie stanowił przygotowanego przez Zamawiającego wzoru, którym wykonawcy winni byli się posłużyć.

Wobec nieuwzględnienia ww. zarzutów, za niezasadny w konsekwencji Izba uznała także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wyrażający się w naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu oraz w dokonaniu wyboru oferty wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2484/17

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, której treść nie odpowiadała treści SIWZ ze względu na nieuwzględnienie przez ww. wykonawcę w ofercie dwóch rozproszonych punktów styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gb/s dla Usługi B oraz nieuwzględnienie przez ww. wykonawcę w ofercie możliwości zwiększenia pasma przez Zamawiającego dla Usługi typu B, jak również poprzez niewliczenie przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie opłaty za dwa rozproszone punkty styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gb/s dla Usługi B oraz opłaty za możliwość zwiększenia przez Zamawiającego pasma dla Usługi B w abonament za świadczenie usługi

typu B – co było niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ i odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 19 października 2017 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W tym miejscu przypomnieć należy naczelną zasadę obowiązującą w zamówieniach publicznych, ugruntowaną w orzecznictwie Izby, iż wszelkie niejasności, wątpliwości wynikające z dokumentacji postępowania utworzonej przez Zamawiającego winny być rozpatrywane na korzyść wykonawców. To bowiem na zamawiającym ustawodawca nałożył obowiązek sporządzenia dokumentacji postępowania, tak aby była ona jednoznaczna i nie budziła żadnych wątpliwości. Ponadto podkreślić należy, iż zamawiający po upływie terminu składania ofert nie może nadawać postanowieniom SIWZ odmiennego znaczenia, niż pierwotnie ustalone. Tym samym dokonując oceny złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert, zamawiający jest związany sformułowanymi przez siebie wymogami wyartykułowanymi w treści podstawowego dokumentu, tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji powyższego, niejednoznaczne, niedoprecyzowane postanowienia SIWZ nie mogą pociągać wobec wykonawcy negatywnych skutków prawnych w postaci odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego 2 na wstępie zauważyć należy, iż z faktu zaoferowania przez Przystępującego Netia S.A. z siedzibą w Warszawie abonamentu za świadczenie usługi typu B w wysokości 1,23 zł brutto dla łączy o różnej przepustowości (16 Mbps, 32 Mbps, 48 Mbps, 64 Mbps, 96 Mbps, 128 Mbps, 256 Mbps oraz 512 Mbps) oraz średniego kosztu zestawienia i uruchomienia łączy podstawowego transmisji danych w wysokości 1,23 zł brutto Odwołujący 2 wywodził konieczność odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.

Tym samym nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego 2 podnoszoną na rozprawie, iż zarzuty odwołania nie dotyczyły zaoferowanej przez Przystępującego stawki 1 zł netto. Przeczy temu uzasadnienie faktyczne odwołania, w którym Odwołujący 2 wprost wskazywał, jakie koszty winny zostać uwzględnione przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie w abonamencie za świadczenie usługi typu B, a z faktu zaoferowania ww. kwoty wywodził, że nie zostały one uwzględnione bądź wliczone w 1,23 zł brutto. Również na rozprawie przed Izbą Odwołujący 2 prezentując swoje stanowisko wskazał, że *„wyjaśnienia złożone przez Przystępującego dotyczące rażąco niskiej ceny powinny dotyczyć opłaty instalacyjnej za usługi typu A i B, jak również opłaty abonamentowej za usługi A i B”*, mimo że

w treści odwołania nie podnosił wprost naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp względem oferty Przystępującego.

Jednakże, w ocenie Izby, istota zarzutów podnoszonych przez Odwołującego 2 sprowadzała się do podważenia realności stawek zaoferowanych przez Przystępującego za świadczenie usług transmisji danych oraz średniego kosztu zestawienia i uruchomienia łącza podstawowego transmisji danych świadczonych w ramach usługi typu B.

Odnosząc się do ww. zarzutu, przede wszystkim podkreślić należy, iż Odwołujący 2 nie przedstawił żadnych dowodów na jego poparcie, wbrew ciążącemu na nim obowiązкови wynikającemu z art. 6 KC.

Przechodząc do kwestii nieuwzględnienia przez Przystępującego w ofercie dwóch rozproszonych punktów styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gb/s dla usługi B zauważyć należy, iż Przystępujący podczas rozprawy oświadczył, że koszty z tego tytułu zostały uwzględnione w jego ofercie. Następnie podnieść należy, iż Odwołujący 2 nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, które mogłoby przesądzać o niezgodności oferty Przystępującego z treścią specyfikacji w ww. zakresie. Odwołujący 2 poprzestał jedynie na odesłaniu do punktu 2 wyjaśnień treści SIWZ z dnia 19 października 2017 r., w których Zamawiający wskazał, że *„opłaty abonamentowe w ramach usługi typu B dla dwóch rozproszonych punktów styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gb/s powinny zostać uwzględnione w jednostkowych opłatach abonamentowych dla poszczególnych typów usługi typu B”*. Jakkolwiek wyjaśnienia treści SIWZ stanowią integralną część dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak, w ocenie Izby, nie mogą być traktowane przez wykonawców selektywnie, po to by wywołać pozytywne dla odwołującego skutki w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący 2 pominął bowiem punkt 3 wyjaśnień treści SIWZ z dnia 19 października 2017 r., na który w piśmie procesowym z dnia 12 grudnia 2017 r. zwrócił uwagę Zamawiający, a który stanowił, że: *„Jednocześnie z uwagi na brak łączy o wskazanej przepustowości w załączniku nr 2 do umowy, Zamawiający wyjaśnia, że nie należy ich uwzględniać w cenie całkowitej oferty”*. Zauważyć również należy, iż Odwołujący T-mobile Polska S.A. w treści odwołania stwierdził, że *„opłaty za łącza większej przepustowości 1 i 2 Gbps, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 19 października 2017 r. nie wliczały się do ceny ofertowej podlegającej ocenie i porównaniu i zostały przez Netia przyjęte na zupełnie innym poziomie, bardziej odpowiadającym kwotom przyjętym przez pozostałych dwóch oferentów”*. Powyższe w ocenie Izby świadczyło co najmniej o niejednoznaczności postanowień treści specyfikacji w ww. zakresie.

Z kolei przechodząc do kwestii skalowalności zauważyć należy, iż Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 12 grudnia 2017 r. oświadczył, iż została ona uwzględniona w jego ofercie. Następnie zauważyć należy, iż Zamawiający wobec przewidzenia w ww. zapisach SIWZ możliwości żądania zwiększenia przepustowości ruchu do wartości dwukrotnie większej od określonej w załączniku nr 2 do umowy w każdej lokalizacji, co miałyby skutkować zmianą wysokości abonamentu miesięcznego za dane łącze (nie zaś dodatkowymi kosztami ponoszonymi przez Zamawiającego w związku z koniecznością modernizacji infrastruktury wykonawcy) nie wskazał jednoznacznie w SIWZ, iż powyższy wymóg winien być bezwzględnie uwzględniony przez wykonawców w składanej ofercie, w tym w kalkulacjach opłat abonamentowych za dane łącze w ramach usługi typu B, wobec pozostawionej sobie możliwości skorzystania lub nie z powyższego.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że negatywnie należy ocenić postanowienie SIWZ zawarte w rozdziale III pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ, w którym Zamawiający przewidział prawo zwiększenia przepustowości ruchu do wartości dwukrotnie większej od określonej w załączniku nr 2 do umowy w każdej lokalizacji, co też bezpośrednio przekłada się na rozszerzenie przedmiotu niniejszego zamówienia, nie korzystając przy tym chociażby z prawa opcji, o którym mowa w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, pozostawiając tym samym wykonawców w niepewności co do zakresu przedmiotu zamówienia, a także bez wytycznych dotyczących sposobu i warunków jego realizacji.

Izba nie przychyliła się również do stanowiska Odwołującego 2, że w tej sprawie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu polegającym na niewliczeniu przez wykonawcę Netia S.A. opłaty za dwa rozproszone punkty styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gb/s dla Usługi B oraz opłaty za możliwość zwiększenia przez Zamawiającego pasma dla Usługi B w abonament za świadczenie Usługi typu B – co było niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ i odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 19 października 2017 r.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zauważyć należy, że Odwołujący 2 również w zakresie tego zarzutu nie przedstawił żadnych dowodów, a błąd w obliczeniu ceny lub kosztu w ofercie Netia S.A. z siedzibą w Warszawie wywodził z „uwagi na to, że cena świadczenia usługi typu B (abonamenty, średni koszt zestawienia i uruchomienia łącza podstawowego transmisji danych) została skalkulowana zupełnie w oderwaniu od cen rynkowych usług, które zgodnie z SIWZ i OPZ należało uwzględnić w cenie poszczególnych pozycji”, a zatem wiążąc ww. uzasadnienie z inną podstawą prawną aniżeli określoną w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, co też w ocenie Izby nie może stanowić podstawy do uwzględnienia ww. zarzutu. W ocenie Izby Odwołujący 2

w żaden sposób nie wykazał jakie błędy w sposobie kalkulacji przyjętym przez Przystępującego zostały popełnione, zwłaszcza w kontekście dopuszczonej przez Zamawiającego swobody kalkulacji cen jednostkowych, wywodząc błąd w obliczeniu ceny w istocie z nierealności ceny za świadczenie usługi typu B w zakresie abonamentu oraz ceny za zestawienie i uruchomienie łącza podstawowego transmisji danych. Ponadto jak już wskazano powyżej, co też było zgodne z twierdzeniami Odwołującego 1, na gruncie SIWZ, w tym wyjaśnień z dnia 19 października 2017 r. brak było jednoznacznego obowiązku wliczenia w cenę oferty, w tym abonament za świadczenie Usługi typu B opłaty za dwa rozproszone punkty styku z siecią Internet o przepustowości 2 Gb/s dla Usługi B. Brak było również takiego postanowienia w odniesieniu do opłaty za możliwość zwiększenia przez Zamawiającego pasma dla Usługi typu B w abonament za świadczenie Usługi typu B.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała dwa wnioski Zamawiającego o zasądzenie kosztów w łącznej wysokości 7 200 zł, tj. z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonych rachunków.

Przewodniczący: