

**WYROK**

**z dnia 27 grudnia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniach 7 grudnia 2022r. i 19 grudnia 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2022r. **przez odwołującego:** NETIA S.A. ul. Poleczki 13; 02-822 Warszawa w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3-5; 01-748 Warszawa

z udziałem przystępującego: Konsorcjum wykonawców: Orange Polska S.A. – Lider Konsorcjum Al. Jerozolimskie 160, 02- 326 Warszawa, Integrated Solutions Sp. z o.o.- Członek Konsorcjum Al. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty przystępującego po stronie zamawiającego
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3-5; 01-748 Warszawa  
i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego NETIA S.A. ul. Poleczki 13; 02-822 Warszawa tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3-5; 01-748 Warszawa na rzecz odwołującego NETIA S.A. ul. Poleczki 13; 02-822 Warszawa kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **do Sądu Okręgowego w Warszawie**

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

### ODWOŁANIE (w aktach sprawy)

Działając w imieniu wykonawcy Netia S.A. (dalej jako „Odwołujący”), w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019, dalej jako „Pzp”):

1. wniesiono odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności/zaniechań Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej jako „Zamawiający”), polegających na:

1.1. zaniechaniu odrzucenia oferty Orange jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „znku”);

1.2. błędnej ocenie oferty i wyjaśnień Orange oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty Orange jako oferty sprzecznej z warunkami zamówienia;

1.4. zaniechaniu odrzucenia oferty Orange jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

2. zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

2.1. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Orange, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku;

2.2. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień Orange złożonych w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2.3. art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Orange jako oferty sprzecznej z warunkami zamówienia;

2.4. art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Orange jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

3. z uwagi na powyższe zarzuty wniesiono o uwzględnienie odwołania oraz:

3.1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,

3.2. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Orange jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku, oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, oferty sprzecznej z warunkami zamówienia oraz oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

3.3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków;

4. ponadto wskazano, że:

4.1. przedmiotem Zamówienia są usługi (64210000 Usługi telefoniczne i przesyłu danych);

4.2. ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Dz.U. UE z dnia 9.02.2022 r. pod numerem 2022/S 028-071677;

### UZASADNIENIE ODWOŁANIA

#### [warunki formalne odwołania]

1. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami Pzp z dnia 11.09.2019 r.

2. Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 14.11.2022 r. Termin na złożenie niniejszego odwołania - stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp - upływa w dniu 24.11.2022 r., a zatem niniejsze odwołanie składane jest w przepisany 10-dniowym terminie.

3. Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do dyspozycji § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U.2020.2437) - został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

4. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 Pzp, przesłał kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 24.11.2022 r. drogą mailową na adres wskazany przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania (SWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu).

#### [interes Odwołującego we wniesieniu odwołania]

5. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.

6. Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, Odwołujący złożył drugą najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą.

7. Niewniesienie zaś odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spowoduje poniesienie przez Odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi potencjalną szkodę Odwołującego, uzasadniającą złożenie niniejszego odwołania.

8. Tym samym Odwołujący niewątpliwie posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

#### [zarzut nr 1 – czyn nieuczciwej konkurencji]

9. Zamawiający naruszył przepisy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Orange, mimo że Orange wprost przyznało się do postępowania, które stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

10. Z udostępnionych dokumentów jednoznacznie wynika, że koszty prawa Opcji wskazane przez Orange w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 28.07.2022 r. są wyższe od zaoferowanej ceny za prawo Opcji.

11. W skierowanym do Orange wezwaniu do wyjaśnień z dnia 19.08.2022 r. Zamawiający prosi o wyjaśnienie rozbieżności w zakresie kosztów odnoszących się do prawa opcji, wskazanych w Państwa wyjaśnieniach oraz w formularzu cenowym ze złożonej w tym postępowaniu oferty. Zamawiający zwraca uwagę, iż dodatkowe wyjaśnienia muszą ściśle odnosić się do wyjaśnień złożonych w pierwotnym terminie i nie mogą zmieniać ich treści. Zamawiający wskazał, że w podsumowaniu wyjaśnień z dnia 28.07.2022 r. znalazła się tabela, w której w pozycji 3 Orange zawarł informację o kosztach dotyczących urządzeń objętych prawem opcji w wysokości, która stanowi zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa. Musiała być ona jednak wyższa od wskazanej w formularzu cenowym złożonym przez Orange ceny (kosztu) usługi dzierżawy 200 sztuk urządzeń, która wyniosła 10.332,00 zł brutto. W innym przypadku Zamawiający nie wzywałby do wyjaśnienia rozbieżności.

12. Te przypuszczenia potwierdził sam Orange, który w odpowiedzi na to wezwanie, w wyjaśnieniach z dnia 26.08.2022 r. wskazując, że Zamawiający uniemożliwił Wykonawcy przyjęcie innego podejścia do kalkulacji kosztów i przychodów z tytułu prawa opcji niż ujęcie co najmniej części kosztów prawa opcji (jeśli nie całych) w ramach wyceny całości przedmiotu zamówienia.

13. Orange wprost przyznał, że „przerzucił” część, albo nawet całość kosztów prawa Opcji do kosztów, wyceny zamówienia podstawowego. Takie zachowanie niewątpliwie jest niezgodne z prawem; stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, naruszający m.in. zasadę lojalności wobec kontrahenta. Orzecznictwo potwierdza również, że takie manipulowanie ceną jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagraża interesom rzetelnych wykonawców, a także zamawiających.

14. Zaproponowany przez Orange sposób powoduje, że mamy do czynienia jedynie z iluzorycznym prawem Opcji. Niezależnie od tego czy Zamawiający skorzysta z prawa Opcji czy nie, będzie musiał za nie zapłacić. De facto Zamawiający płaci za usługę, której może w ogóle nie otrzymać. Wszystkie (albo przynajmniej sporą część) koszty i ryzyka związane z prawem Opcji zostają pokryte przez Zamawiającego niezależnie od tego czy w ogóle zdecyduje się na skorzystanie z tego prawa i w jakim zakresie. Ponadto należy zwrócić uwagę, że zwiększa to płynność finansową Orange, który już przy płatności za zamówienia podstawowe uzyska również zapłatę za Opcję.

15. Orange w wyjaśnieniach z dnia 26.08.2022 r. próbuje tłumaczyć ujęcie kosztów z prawa Opcji w cenie zamówienia podstawowego rzekomą zgodą Zamawiającego, która miała zostać udzielona w odpowiedzi na odwołanie, które było rozpoznawane pod sygn. akt KIO 1285/22. Odwołanie to zostało złożone w toku niniejszego postępowania. Zdaniem Orange sformułowanie Zamawiającego w odniesieniu do zakresu rzeczowego objętego prawem opcji może bowiem nigdy nie dojść do wykonania tej części umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, jeżeli Wykonawca w wycenie zamówienia opcjonalnego ujął zarówno poniesione koszty, jak i zakładany zysk, to w świetle braku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji Wykonawca może ponieść tylko i wyłącznie koszty, w związku z czym Wykonawca w ramach wyceny całości przedmiotu zamówienia (zamówienie podstawowe + zamówienie opcjonalne) winien przyjąć założenie wystąpienia takiej sytuacji jako jednego z elementów wchodzących w skład ryzyka kontraktowego. Określenie tego fragmentu odpowiedzi na odwołanie, jak to czyni Orange, potwierdzeniem wprost możliwości ujęcia kosztów prawa Opcji w kosztach zamówienia podstawowego, jest daleko idącą nadinterpretacją i nadużyciem Orange.

16. Należy kategorycznie zaprzeczyć, żeby z odpowiedzi na odwołanie wynikało przyzwolenie Zamawiającego na takie przerzucanie kosztów. Nie sposób uznać, że Zamawiający zezwalałby na zachowanie wykonawców, które naraża go na szkodę (zapłata za prawo Opcji, z którego nie skorzysta), a tym samym na naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ponadto nawet przyjmując, że Zamawiający usankcjonował takie zachowanie, czego absolutnie nie sposób przyjąć, to w dalszym ciągu stanowi to czyn nieuczciwej

konkurencji i przyzwolenie Zamawiającego nie zmienia faktu, że taka oferta narusza przepisy Pzp i bezwzględnie podlega odrzuceniu. Analogicznie – wykonawca nie miałby możliwości zaoferować pracownikom skierowanym do realizacji zamówienia wynagrodzenia w wysokości poniżej wynagrodzenia minimalnego, nawet przy przyzwoleniu zamawiającego, ponieważ byłoby to sprzeczne z ustawą. Trzeba również podkreślić, że odpowiedź na odwołanie nie stanowi części dokumentacji postępowania (w odróżnieniu od np. wyjaśnień treści SWZ). Taki dokument nie może kształtować sytuacji podmiotów biorących udział w zamówieniu.

17. Kuriozalne są również wyjaśnienia Orange, który uzasadniając ujęcie kosztów prawa Opcji w cenie zamówienia podstawowego wskazuje na ryzyka związane z prawem Opcji. Wymienione przez niego ryzyka są charakterystycznymi dla opcji, a niektóre wręcz występującymi dla każdego zamówienia. Wskazując na poszczególne ryzyka, które wymienił Orange:

– ryzyko, że Zamawiający nie skorzysta z prawa opcji narażając wykonawcę na koszty – ryzyko to jest istotą prawa opcji; gdyby zamawiający wiedział od początku czy będzie chciał zrealizować daną usługę/dostawę to nie byłoby to przedmiotem opcji, a zamówienia podstawowego;

– ryzyko niedostępności produktów – jest oczywiście ryzykiem związanym z prawem opcji, ale także np. z zamówieniami ramowymi oraz ze zwykłymi zamówieniami, co do których dostawa jest odroczone w czasie;

– ryzyko kar umownych, niedotrzymania terminu dostaw czy ryzyko zmiany cen oraz kursów walut – są to ryzyka, które pojawiają się przy każdym zamówieniu, nie tylko tych objętych opcją.

18. Odwołujący ma świadomość tych ryzyk, ponieważ sam musiał je uwzględnić składając swoją ofertę. Świadomość taką mają wszyscy wykonawcy spotykający się z prawem opcji. Można podejmować szereg czynności, by te ryzyka zminimalizować lub ograniczyć ich skutki, a poniesione z tego tytułu koszty wycenić w prawie opcji. Można również nie składać oferty, jeżeli te ryzyka są w ocenie wykonawcy zbyt duże. Nie można natomiast przerzucać tych ryzyk na zamawiającego zmuszając go do zapłaty za prawo opcji przy zapłacie za podstawowy zakres zamówienia, gdy możliwe jest jeszcze, że zamawiający w ogóle nie skorzysta z tej opcji.

19. Sensem opcji jest możliwość wyboru przez zamawiającego czy jest w stanie i czy jest zainteresowany, zapłacić za dodatkową część zamówienia. Takie ukształtowanie oferty, które przerzuca koszty prawa opcji do ceny zamówienia podstawowego powoduje, że mamy do czynienia tylko z iluzją opcji i odbiera sens tej instytucji.

20. Manipulacje oferowaną ceną, przerzucanie kosztów w ramach poszczególnych elementów oferty w orzecznictwie KIO są jednoznacznie traktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Przykładowo w wyroku z dnia 24.09.2014 r. (KIO 1844/14), Izba wskazała, że przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen - do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego. Zamawiający zlecając odwołującemu prace z pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty musiałby zapłacić ukrytą w cenie za te pozycje cenę za wykonanie prac z pozostałych pozycji załącznika, co do których nie ma pewności czy i w jakim wymiarze zostaną zlecone w toku realizacji umowy. Jednocześnie, przeniesienie do pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty kosztów usług z pozostałych pozycji Załącznika nr 1a do formularza oferty pozwoliłoby odwołującemu na uzyskanie znacznie wyższego wynagrodzenia niż uzyskane w sytuacji rzetelnej wyceny poszczególnych usług. Takie działanie nie jest jedynie formalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami, ale ma dla zamawiającego konkretny wymiar finansowy. Takie postępowanie, w ocenie Izby, nie zasługuje na ochronę i oznacza wypełnienie przesłanek z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

21. W wyroku z dnia 23.05.2016 r. (KIO 547/16) Izba wskazała, że działanie wykonawcy polegające na „przerzucaniu” kosztów pomiędzy odrębnie rozliczаныmi usługami utrzymania (płatnym ryczałtem miesięcznie) i usługami rozwoju, których ilość zleceń nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób, że cena za część stałą jest wygórowana a cena za część, która może zostać w ogóle nie zlecona jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim zamawiającego.

22. Potwierdza to również wyrok z dnia 22.12.2016 r. (KIO 2230/16) - przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego.

23. Podobną praktykę jako czyn rażącej nieuczciwej konkurencji został również uznany przez KIO w wyroku z dnia 18.12.2018 r. (KIO 2366/18, KIO 2378/18), które to orzeczenie



zostało potwierdzone po postępowaniu skargowym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydziału Gospodarczego Odwoławczego z dnia 17.06.2019 r. (XXIII Ga 148/19).

24. Podsumowując zachowanie Orange wypacza istotę prawa opcji i złożenie oferty z tak ukształtowanym formularzem cenowym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Co istotne, Orange sam się przyznał do przerzucenia kosztów prawa Opcji do ceny za zamówienie podstawowe. Mając to na uwadze, Zamawiający nie odrzucając takiej oferty jednoznacznie naruszył przepisy Pzp.

[zarzut nr 2 – rażąco niska cena] [postanowienia SWZ i Umowy oraz zaoferowana cena]

25. Niezależnie od powyższego zarzutu, który bezsprzecznie potwierdza, że złożenie przez Orange takiej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a także że oferta ta zawiera rażąco niską cenę (z wyjaśnień Orange wprost wynika, że koszt prawa Opcji jest wyższy niż zaoferowana cena za Opcję). Powyższe oznacza, że Odwołujący zwolniony jest z obowiązku jakiegokolwiek dowodzenia w tym zakresie. Niemniej z daleko posuniętej ostrożności poniżej Odwołujący dokonuje wyliczeń, które potwierdzają zarzut o rażąco niskiej cenie oferty Orange.

26. Zgodnie z pkt 2.1.4.1. SWZ Zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z prawa opcji w następującym zakresie: usługa dzierżawy do 200 dodatkowych urządzeń CPE przeznaczonych dla użytkowników zdalnych. Kolejny punkt SWZ precyzuje, że skorzystanie z prawa Opcji nastąpi na zasadach określonych w §2 ust. 2 Projektowanych postanowień umownych (dalej jako „Umowa”). Nie przytaczając tu wszystkich postanowień w tym zakresie, podkreślenia wymaga, że Umowa przewiduje możliwość Zamawiającego ze skorzystania z maksymalnego limitu liczby urządzeń przewidzianych w prawie Opcji (200 sztuk) przez cały okres realizacji Umowy (tj. 48 miesięcy od dnia zawarcia Umowy), przy czym dostarczenie do 50 tych sztuk Zamawiający przewiduje w okresie nie później niż do 1.01.2023 r. (możliwe że termin ten zostanie zmieniony na skutek długiego czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia). Termin realizacji przez wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż 30 dni od dnia złożenia pisemnego oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa Opcji.

27. W załączniku nr 6 do Umowy – Warunki techniczne i zasady świadczenia usług, a konkretniej w drugiej części tego załącznika tj. Wymagania dla Systemu Zarządzania Siecią (SZS) zostały określone parametry urządzeń CPE dostarczanych w ramach prawa Opcji. Najistotniejszym, z punktu widzenia niniejszego odwołania, jest ten określony w 22.1.2 – urządzenie CPE musi być zarządzane przez SZS (SD-WAN). Oznacza to, że urządzenia w ramach prawa Opcji muszą albo pochodzić od tego samego producenta, który został przez wykonawcę zadeklarowany w ofercie jako technologia SD-WAN albo wykonawca musiałby

dodatkowo zaoferować system do zarządzania. Należy więc przyjąć, że Orange zaoferował urządzenia tego samego producenta, co producent zadeklarowanej technologii SD-WAN, a więc Huawei. Postanowienia 22.2 ww. załącznika wymagają również dostarczenia dwóch centralnych routerów (pracujących w klastrze) o parametrach umożliwiających obsługę wszystkich urządzeń wskazanych w przypadku prawa Opcji. Z kolei z treści m.in. pkt 1.5. załącznika nr 2 do Umowy wynika obowiązek zapewnienia przez wykonawców dla urządzeń dostarczanych w ramach prawa Opcji serwisu i wsparcia producenta z czasem naprawy do 48 godzin od momentu zgłoszenia awarii.

28. Ponadto jak wynika z pisma Orange z dnia 28.07.2022 r., wykonawca ten zobowiązał się do dostarczania w ramach prawa Opcji nowych urządzeń (Zamawiający dopuszczał stosowanie urządzeń używanych).

29. W dużym skrócie i uproszczeniu – Orange musi być gotowy przez 48 miesięcy realizacji Umowy do:

- dostarczenia i dzierżawy 200 sztuk nowych urządzeń CPE (po 1.01.2023 r. – 150 sztuk, z uwzględnieniem powyższych uwag),
- dostarczenia 2 szt. centralnych routerów,
- zapewnienia serwisu i wsparcia producenta do wszystkich ww. urządzeń.

30. Zamawiający nie musi skorzystać z tego prawa, a jeżeli skorzysta – ma pełną dowolność w „rozbiciu” tych 200 sztuk na partie – w skrajnym przypadku to może być 200 zamówień po 1 sztukę urządzenia.

31. W formularzu cenowym stanowiącym część oferty, Zamawiający wymagał w kolumnie nr 5 wskazania ceny jednostkowej miesięcznej za dzierżawę jednego urządzenia w ramach prawa Opcji. 200 sztuk nowych urządzeń, 48 miesięcy gotowości, wsparcie producenta oraz wszystkie czynności wykonawcy, o których szerzej poniżej, Orange wycenił na 1,00 złotych netto miesięcznie.

32. Niniejszym odwołaniem Odwołujący kwestionuje wysokość ceny jednostkowej miesięcznej za dzierżawę jednego urządzenia w ramach prawa Opcji podanej przez Orange na poziomie 1,23 zł brutto (1,00 zł netto). Stawka ta ma charakter rażąco niskiej i całkowicie nierealnej.

[dopuszczalność oceny elementów zaoferowanej ceny pod kątem rażąco niskiej ceny]

33. Na wstępie należy zaznaczyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO dopuszczalna jest ocena poszczególnych składników ceny pod kątem ustalenia ceny rażąco niskiej. Nie zawsze zatem niezbędne jest wykazywanie, że wszystkie zsumowane elementy

składowe ceny nie pozwalają na realizację przedmiotu zamówienia i są niższe od kosztów całości realizacji zamówienia.

34. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO dopuszczalność, a w zasadzie nawet konieczność, odrębnego badania elementów składowych ceny zachodzi przede wszystkim (ale nie wyłącznie) gdy dotyczy to ceny za realizację opcji, ceny stanowiącej odrębne kryterium oceny ofert czy ceny stanowiącej odrębny przedmiot rozliczeń.

35. W wyroku z dnia 15.01.2021 r. (KIO 3324/20) Izba wskazała, że Zamawiający zatem zobowiązany jest, w toku procedury badania i oceny ofert, oceniać nie tylko cenę ogółem, ale także każdą cenę jednostkową za zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte prawem opcji jako cenę do zapłaty w kategorii rażąco niskiej ceny. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie można czynić oszczędności w ramach jednej pozycji kontraktu poprzez ujęcie kosztów w innej pozycji kontraktu, każda z pozycji musi posiadać skalkulowanie pełnych kosztów realizacji.

36. Potwierdza to m.in. wyrok z dnia 23.05.2016 r. (KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16), w którym KIO stwierdziła, że podkreślić należy, że każda z tych usług rozliczana będzie przez Zamawiającego odrębnie co skutkuje tym, że każda z cen za poszczególne usługi winna podlegać odrębnej analizie pod kątem rażąco niskiej ceny. Warto również przytoczyć tu fragment uzasadnienia wyroku KIO z dnia 19.02.2014 r. (KIO 216/14) stanowiącym, że izba potwierdza artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że co do zasady pojęcie ceny rażąco niskiej należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie jednak należy również uznać za prawidłowe dotychczasowe stanowisko; iż w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (obecnie 224 ust. 1 Pzp – TS) dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy tych elementów, które służyć będą do ustalenia ceny; jeżeli jest to uzasadnione określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, specyfika przedmiotu zamówienia czy też ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy.

37. W kontekście powyższego niewątpliwym jest, że cena zaoferowana za realizację prawa Opcji (w formularzu cenowym jako cena jednostkowa miesięczna za dzierżawę jednego urządzenia) może być samodzielnie oceniana pod kątem rażąco niskiej ceny.

#### [rażąco niska cena prawa Opcji oferty Orange]

38. Niewątpliwie również, oferta złożona przez Orange zakładająca cenę na poziomie 1,00 zł netto za miesięczną dzierżawę jednego urządzenia, która przekłada się na cenę całkowitą 8.400,00 zł netto za całe prawo opcji (10.332,00 zł brutto) wypełnia znamiona ceny rażąco niskiej. Co istotne jest to maksymalna cena jaką może uzyskać Orange za prawo Opcji, tj. w

przypadku wydzierżawienia 200 sztuk urządzeń. Mniejsza ilość zmniejsza to wynagrodzenie, chociaż trzeba pamiętać, że są elementy, o czym poniżej, które trzeba uwzględnić w kalkulacji niezależnie od ilości zamówionych urządzeń.

39. Żeby uzasadnić ten zarzut niezbędnym jest wskazanie wszystkich elementów koszt twórczych, które wykonawca musiał przewidzieć przy obliczaniu swojej ceny za prawo Opcji.

40. Pierwszym i najważniejszym z nich jest sam koszt 200 urządzeń CPE. Urządzenia te, jak sam wskazał Orange, są urządzeniami nowymi. Ponadto zgodnie z przytoczonymi powyżej postanowieniami SWZ urządzenia oferowane w ramach prawa opcji muszą pochodzić od tego samego producenta, co producenta zadeklarowanej technologii SD-WAN w ramach zamówienia podstawowego. W przypadku Orange jest to Huawei.

41. Orange wyceniając więc prawo Opcji musiał uwzględnić koszt 200 nowych urządzeń CPE, których producentem jest Huawei.

42. W tym miejscu, należy podkreślić, że w wyjaśnieniach z dnia 28.07.2022 r. Orange uzasadniając fakt zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa wskazywał na posiadaną ofertę zakupu urządzeń. Oznacza to, że obecnie Orange nie posiada tych urządzeń, będzie je musiał kupić, a tym samym jest zmuszony dokonać wyceny tych urządzeń przy kalkulacji ceny. Ubocznie należy wskazać, że byłoby to również konieczne, gdyby Orange dysponował już tymi urządzeniami musiałby wycenić ich koszt (zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 7.10.2013 r., sygn. akt KIO 2221/13 - nawet posłużenie się posiadanymi zapasami dla wykonania danego zamówienia, nie uzasadnia twierdzenia, że posłużenie się zapasami jest „bezkosztowe” dla wykonawcy), ale nie podlega żadnym wątpliwościom, że jest to konieczne, gdy wykonawca sam wskazał, że jeszcze tymi urządzeniami nie dysponuje.

43. Sprzęt oferowany przez Huawei oraz jego parametry stanowią wiedzę powszechną. Pozwala to ocenić, że producent ten posiada kilka urządzeń, które są w stanie spełnić parametry minimalne określone przez Zamawiającego dla urządzeń stanowiących przedmiot dzierżawy w ramach prawa Opcji.

44. Najtańszym z takich urządzeń (spełniających wszystkie wymagania Zamawiającego) jest AR611W. Koszt jednego urządzenia wraz z software oraz wsparciem producenta (na 3 lata) to koszt 969,00 euro netto. Należy podkreślić, że inna konfiguracja tego urządzenia automatycznie podwyższa cenę nawet o kilkaset euro. Cena 969,00 euro netto jest więc najniższą możliwą do uzyskania ceną, nie uwzględniając upustów, zniżek.

Dowód: portfolio Huawei

45. Uwzględniając zniżki ze względu na pozycję Orange i jego współpracy z producentami oraz głębokie upusty ze względu na traktowanie takiej sprzedaży przez producenta jako elementu dużego projektu można przyjąć obniżenie tej ceny. Odwołujący nie kwestionuje, że Orange uzyskał znaczne upusty. Znaczące, ale oczywiście niemożliwym jest uzyskania takich urządzeń za 0 zł lub nawet za 10% wskazanej ceny. Bazując na doświadczeniu Odwołującego i stosowanych w branży zniżkach można przyjąć łączny maksymalny upust w wysokości 83%. Przy założeniu, że urządzenie będzie minimalnie kosztować 969,00 euro netto to przy takim upuście cena wyniesie ok. 165,00 euro netto za urządzenie.

46. Przy takiej cenie, uwzględniającej znaczne upusty, koszt wszystkich urządzeń (200 sztuk) wyniósłby 33.000,00 euro netto. Uwzględniając aktualny kurs euro to koszt ponad 155.000,00 zł netto. Z zastrzeżeniem, że przy tej ofercie producent oferuje tylko 3 lata wsparcia, natomiast Zamawiający wymaga 4 lat.

Sam już koszt urządzeń przekracza zaoferowaną przez Orange cenę za całe prawo Opcji o co najmniej ponad 146.000,00 zł netto. Nie uwzględnia to wszystkich innych kosztów, o których szerzej poniżej. Należy tylko podkreślić, że żeby sam koszt urządzeń zmieścił się w cenie wskazanej przez Orange to jedno urządzenie musiałoby kosztować 42,00 zł, a więc niecałe 9,00 euro. Orange musiałby zakupić urządzenia za mniej niż 1% ceny najtańszego urządzenia Huawei spełniającego minimalne parametry Zamawiającego. Innymi słowy, producent musiałby sprzedać Orange urządzenia z ponad 99% rabatem. Jest to nierealne. Już sama ta obserwacja wystarczy do wykazania, że oferowana przez Orange w ramach prawa Opcji cena jest ceną rażąco niską.

47. Tak naprawdę jednak nawet tak ogromny upust nie pozwala przyjąć wyjaśnień Orange w zakresie ceny prawa Opcji. Koszt urządzeń CPE jest tylko jednym z kosztów wpływających na cenę prawa Opcji.

48. Kolejnym ważnym jest chociażby koszt 2 sztuk routerów, których dostarczenie przewiduje postanowienie 22.2 załącznika nr 6 do Umowy. Przyjmując, że Orange znów korzysta z usług Huawei i ponownie skorzysta z najtańszego modelu spełniającego wymagania Zamawiającego będzie to urządzenie AR6280. Jego cena wynosi 19.180,00 euro. Ponownie przyjmując maksymalny rabat w wysokości 83% to koszt zakupu jednego routera wyniesie 3.521,00 euro. Przyjmując aktualny kurs euro koszt dwóch routerów wyniesie ok. 33.100,00 zł netto. Ponownie więc już ten koszt jednostkowy jest wyższy niż cała cena za prawo Opcji przewidziana przez Orange.

49. Do tego należy doliczyć także inne koszty. Urządzenia, których dzierżawa jest objęta prawem Opcji, mają być przygotowane i skonfigurowane do użycia z lokalnym dostępem do internetu – mają łączyć się z siecią SD-WAN Zamawiającego, w taki sposób, aby zapewnić

bezpieczny tunel pracownikowi, który będzie musiał pracować zdalnie i mieć dostęp do sieci Zamawiającego. Na koszt łączny oprócz zakup urządzenia, składa się więc również koszt przygotowania i konfiguracji do zdalnego łączenia z SD-WAN Zamawiającego. Konfiguracja i przygotowanie odbywa się zdalnie, ale umożliwia to jedynie odjęcie od kosztu dojazdu do klienta. W dalszym ciągu wykonawcy muszą skalkulować czas pracy inżyniera, który dokonuje przygotowania i konfiguracji. Na przygotowanie i skonfigurowanie jednego urządzenia zasadnym jest przyjęcie 15 min pracy, co przy 200 urządzeniach przekłada się na 50h pracy. Jest to szacowanie, które uśrednia czas biorąc pod uwagę, że nieznana jest ilość urządzeń, które będzie jednorazowo zamawiana. Przy większej ilości zamówionych urządzeń inżynier może konfigurować jednocześnie więcej niż jedno urządzenie, co oczywiście skraca czas konfiguracji (choć nadal musi on kontrolować cały proces), w skrajnym przypadku może dojść do 200 pojedynczych przygotowań i konfiguracji. Przyjęty czas łącznych 50h jest czasem uśrednionym. Przyjmując nawet minimalne wynagrodzenia przy umowach cywilnoprawnych, które będzie wynosić 22,80 zł brutto/h od 1.01.2023 r. (w lipcu będzie już wyższe, a należy spodziewać się kolejnych podwyżek w czasie trwania umowy) jest to kolejny koszt w wysokości 1.140,00 zł brutto. Oczywiście przy założeniu pracy inżyniera IT za minimalne wynagrodzenie na umowie zlecenia, które jest zupełnie nieadekwatne do realiów rynku.

50. Kolejnym kosztem jest koszt transportu urządzeń w ramach prawa Opcji do wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji. Jak wskazano w skrajnym przypadku może to być transport nawet 200 zamówień i wykonawca powinien to uwzględnić w oferowanej cenie. Bez względu na wybrany sposób transportu należy przyjąć, że jest to dodatkowy koszt. Może on przyjąć formę kosztu dostawy przez kuriera albo dostarczenia przez pracownika Orange. Ponownie należy założyć, że w skrajnym przypadku będzie to 200 pojedynczych dostaw.

51. Należy także wziąć pod uwagę możliwe usterki, wady. Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia wsparcia producenta. Jak wskazano powyżej przy wyjaśnieniu ceny zakupu urządzenia, obejmuje ona support jedynie na okres 3 lat. Oznacza to konieczność zapewnienia wsparcia na jeszcze jeden rok i jest to kolejny koszt, który należy uwzględnić. Koszt takiego rocznego wsparcia wynosi ok. 5.750 euro rocznie na wszystkie urządzenia, a więc 27.025,00 zł netto. Oczywiście Orange mógł przyjąć równomierne obciążenie w czasie i konieczność dokupienia tego wsparcia dla jedynie 1/4 urządzeń. W takim, optymistycznym przypadku, koszt wyniósłby nieco ponad 6.750,00 zł netto, a więc byłby samodzielnie zbliżony do całej ceny za prawo Opcji zaoferowanej przez Orange. Przyjęcie, że wykupienie supportu będzie konieczne dla większej liczby urządzeń to koszt ten przekroczy już tę cenę.

52. Choć koszt naprawy i wymiany zepsutych urządzeń to ze względu na support producenta koszt spoczywający właśnie na producencie to kosztem po stronie wykonawcy

będzie koszt obsługi zgłaszanej awarii. Jest to koszt wynagrodzenia pracownika, który będzie odbierał zgłoszenia o awarii i przekazywał je do producenta. Oczywiście nie sposób przyjąć, że we wszystkich urządzeniach zaoferowanych przez Orange zostaną zgłoszone wady lub awarie. Jednakże przyjęcie, że przez cały okres będą one dotyczyć 40 urządzeń (1/5 maksymalnej liczby) i obsługa każdego zgłoszenia zajmie 15 minut powoduje powstanie kolejnych 10h pracy, które należy opłacić. To są takie koszty jakie należy wziąć pod uwagę również przy wycenie zamówienia podstawowego, a więc koszty obsługi zamówienia – wynagrodzenie pracowników, obsługa biura, utrzymanie help desku na wypadek zgłoszeń awarii.

53. Istotnym elementem ceny jest również marża. Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa, brak uwzględnienia marży świadczy o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny.

54. Podsumowując, niezależnie od tego, że Odwołujący był zwolniony z obowiązku dowodzenia, że oferta Orange jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę (Orange wprost się do tego przyznało w wyjaśnieniach z dnia 26.08.2022 r.), to jednak przedstawione powyżej informacje jednoznacznie dowodzą tej okoliczności. Odwołujący przyjmował w powyższych wyliczeniach minimalne wymagania dla urządzeń oraz założenia korzystne dla wykonawców, a mimo to już poszczególne jednostkowe koszty (np. koszt urządzeń CPE czy koszt routerów) były wyższe od całej ceny zaoferowanej przez Orange za prawo Opcji. Koszt urządzeń CPE i routerów po głębokich upustach to koszt 188.100,00 zł netto, koszt supportu (przy przyjęciu jego konieczności na dodatkowy rok jedynie dla 1/4 urządzeń CPE) to kolejne 6.750,00 zł netto, zupełnie minimalny i nierealistyczny w branży IT koszt przygotowania i konfiguracji sprzętu to 1.140,00 zł brutto. Dodatkowo należy uwzględnić koszty obsługi zgłaszanej awarii, obsługi zamówienia, transportu urządzeń i marży. Zaoferowana przez Orange kwota 8.400,00 zł netto za całe prawo Opcji nie jest w stanie pokryć nawet większej części tych kosztów, a tym samym jest ceną rażąco niską. Powoduje to, że oferta powinna podlegać odrzuceniu.

[zarzut nr 3 – niezgodność z warunkami zamówienia]

55. Opisane powyżej postępowanie Orange można również zakwalifikować jako złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

56. Zgodnie z pkt 5.9. SWZ - Liczba urządzeń CPE (200 sztuk) wskazana w Formularzu cenowym (pkt 4 Formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) jest liczbą maksymalną urządzeń, jaka może zostać wydzierżawiona w ramach umowy. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktyczną dzierżawę urządzeń, zgodnie z Projektowanymi postanowieniami umowy.

57. Jak wskazano powyżej, przerzucenie przez Orange kosztów związanych z prawem Opcji do ceny za zamówienie podstawowe powoduje, że Orange zapewnia sobie płatność za dzierżawę urządzeń CPE, co jest przedmiotem Opcji, niezależnie od tego, czy do tej dzierżawy faktycznie dojdzie. Tak skalkulowana oferta jest więc wprost sprzeczna z przytoczonym powyżej postanowieniem 5.9 SWZ, zgodnie z którym wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktyczną dzierżawę urządzeń.

58. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 21.03.2022 r. (KIO 543/22) odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty (której integralną częścią są udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania. Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca – zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić. Rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ.

59. Z literalnego brzmienia SWZ wynika, że wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktyczną dzierżawę. Manipulacja cenowa, której dopuścił się Orange powoduje, że uzyskuje on to wynagrodzenie bez konieczności dzierżawy tych urządzeń. Jednoznacznie więc jest to sprzeczne z treścią SWZ. Tym samym zachowanie Orange uzasadnia także odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

#### [zarzut nr 4 – błąd w obliczeniach ceny lub kosztu]

60. Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu, że zaniechał odrzucenia skonstruowanej w sposób opisany powyżej oferty Orange ze względu na błąd w obliczeniach ceny lub kosztu.

61. Jak wskazuje się w doktrynie - bezwzględną przyczyną odrzucenia oferty jest każdy inny błąd w obliczeniu ceny lub kosztu niż oczywista omyłka rachunkowa podlegająca poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 226). Zgodnie z orzecnictwem nie ma tutaj znaczenia czy błąd ten jest popełniony celowo czy nieumyślnie - wystąpienie błędu należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji.



62. Niezależnie więc od motywów Orange doprowadził do sytuacji, gdy jego oferta jest nieporównywana z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji. Wykonawca ten, jak wskazano powyżej nie ujął wszystkich kosztów w zaoferowanej cenie za prawo Opcji.

63. Ponadto błąd w obliczeniu ceny wynika również ze wskazanej powyżej sprzeczności z postanowieniami rozdziału 5 SWZ dotyczącego opisu sposobu obliczania ceny oferty. W rozdziale tym Zamawiający opisał w jaki sposób wykonawcy mają obliczać swoją ofertę. Skoro oferta Orange jest sprzeczna z pkt 5.9 SWZ, jak wskazano powyżej, to została obliczona w błędny sposób. Winna więc zostać odrzucona.

64. Mając na uwadze powyższe, niniejsze odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

**Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie** wnosząc o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W dniu 24 listopada 2022 r. Odwołujący złożył odwołanie w przedmiotowej sprawie na dokonaną przez Zamawiającego w dniu 14 listopada 2022 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Zamawiający przyjął systematykę opisaną w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie.

Uwaga wstępna:

Zarzuty, które Odwołujący sformułował w treści odwołania, dotyczą wyłącznie kwestii związanej z brakiem ujęcia przez Przystępującego w pozycji nr 6 Formularza Oferty „Usługa dzierżawy 200 szt. urządzeń dla połączeń zdalnych (prawo opcji)”, dotyczącej wyceny Prawa opcji, kosztów zakupu urządzeń objętych prawem opcji, w tym kosztów ich serwisu i transportu.

Przy tym należy pamiętać, że nie wystarczy podniesienie zarzutów w odwołaniu przez Odwołującego, który miał w tym interes. Izba orzekając musi zbadać, czy naruszenie przepisów zarzucane przez Odwołującego miało wpływ na wynik postępowania lub mogło mieć istotny wpływ na ten wynik. Chcąc uzyskać korzystny wyrok, czyli uwzględnienie odwołania, należy podnieść takie zarzuty, które wykażą, że naruszenie prawa przez Zamawiającego wypaczyło wynik postępowania. W ocenie Zamawiającego podniesione przez

Odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, co zostanie wykazane w dalszej części przedmiotowej odpowiedzi na odwołanie.

A. Dotyczy zarzutu nr 1 — czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), dalej zwanej jako „uznk”. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, nie zgadza się z tym zarzutem, uznaje go za niezasadny, a tym samym wnosi o jego oddalenie.

1. Netia w odwołaniu podnosi, że koszt Prawa opcji wskazany przez Przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jest wyższy od zaoferowanej ceny za Prawo opcji. Powyższe zdaniem Netii stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w tym manipulację zaoferowaną ceną, przerzucanie kosztów w ramach poszczególnych elementów oferty.

2. Na wstępie Zamawiający wskazuje, iż składanie różnych ofert cenowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za zjawisko dopuszczalne i powszechnie występujące na rynku zamówień publicznych.

3. Ustawa PZP nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów (uznk). Artykuł 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji, przy czym nie jest to katalog zamknięty. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

4. Pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, w wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, z mającą bezpośrednio zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobrze obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

5. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie Przystępującego jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami, ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi Odwołującego.

6. Zamawiający w żadnym postanowieniu Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”, nie określił jakichkolwiek wymogów dotyczących sposobów wyceny przez

wykonawców Prawa opcji. Zamawiający nie wymagał, by cena dzierżawy urządzenia obejmowała również jego koszt zakupu czy zysk dla Wykonawcy. Zamawiający nie wskazywał w żadnym fragmencie SWZ, w jaki sposób wykonawcy zobowiązani są skalkulować zamówienie podstawowe, a jak wycenić zamówienie w ramach prawa opcji. Zamawiający, wskazując na zakres zamówienia podstawowego i zamówienia w ramach Opcji, nie określił i nie narzucił żadnych ograniczeń w zakresie minimalnej wysokości, czy też dopuszczalnych limitów dla ceny zamówienia realizowanego w ramach Prawa opcji w stosunku do całkowitej ceny zamówienia, np. poprzez wskazanie, że cena za zamówienie opcjonalne nie może być większa niż 5% ceny za zrealizowanie całości przedmiotu zamówienia (zamówienie podstawowe + zamówienie opcjonalne). Zamawiający również nie ujął w treści SWZ zapisu, z którego wynikałoby jednoznacznie, że niedopuszczalnym jest przenoszenie kosztów realizacji zamówienia opcjonalnego do kosztów realizacji zamówienia podstawowego i odwrotnie. Zatem w obliczu powyższego stwierdzić należy, że jeżeli jeden Wykonawca w poz. 6 Formularza Cenowego „Usługa dzierżawy 200 szt. urządzeń dla połączeń zdalnych (prawo opcji)” ujął wszelkie koszty związane z realizacją Prawa opcji, a drugi z Wykonawców w tej samej pozycji ujął jedynie część tych kosztów, to obydwaj Wykonawcy nie naruszyli postanowień SWZ. Podkreślenia wymaga tutaj fakt, iż w przypadku Prawa opcji Zamawiający wymaga zgodnie z § 2 ust. 2 Projektowanych postanowień umowy, aby Wykonawca dostarczył do lokalizacji Zamawiającego routery CPE dla użytkowników zdalnych i je Zamawiającemu wydzierżawił, o czym m.in. Wykonawcy zostali poinformowani w odpowiedzi na pytanie nr 117, zawartej w piśmie Zamawiającego z wyjaśnieniami i modyfikacjami SWZ (znak pisma: 993200/271/1N-344/2022) opublikowanym na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 2.05.2022 r. W uzupełnieniu wskazać należy, iż zgodnie z poz. 6 Formularza Cenowego wymagana była wycena usługi dzierżawy 200 szt. urządzeń, co na gruncie przedmiotowego Postępowania oznacza, że Wykonawca miał prawo wycenić jedynie samą usługę polegającą na przekazaniu Zamawiającemu do użytkowania routerów CPE, za której to świadczenie Zamawiający zobowiązuje się ponosić opłatę po stawce miesięcznej określonej w poz. 6 Formularza Cenowego. W ramach tej usługi (dzierżawa maks. 200 sztuk urządzeń) Zamawiający nie nabywa na własność routerów CPE objętych Prawem opcji, o czym z kolei Zamawiający poinformował Wykonawców w odpowiedzi na pytanie nr 1, zawartej w piśmie z wyjaśnieniami treści SWZ (znak pisma: 993200/271/1N-386/2022) opublikowanym na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 11.05.2022 r. Dodatkowo, Zamawiający mając na uwadze wyjaśnienia Przystępującego, złożone w piśmie z dnia 26 sierpnia 2022 r., zawierające doszczegółowienie złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie zakwestionował przedstawionego przez Przystępującego modelu skalkulowania ceny, zgodnie z którym korzystniejsze jest dla Zamawiającego dokonanie zakupu urządzeń przez Wykonawcę na tym etapie, a nie „na bieżąco” w toku realizacji umowy,

w momencie złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o uruchomieniu Prawa opcji, przede wszystkim z uwagi na to, że Przystępujący mógł w cenie oferty uwzględnić niższy budżet związany z zapłatą ewentualnych kar umownych, wynikający m.in. z wydłużenia łańcucha dostaw skutkującego niemożliwością dochowania 90 dniowego terminu na realizację zamówienia w ramach Prawa opcji, o czym mowa w pkt 2 wyjaśnień Przystępującego z dnia 26 sierpnia 2022 r.

7. Biorąc pod uwagę opis i treść zarzutów Odwołującego należy stwierdzić, iż sprowadzają się one do oskarżenia o manipulację zaoferowaną ceną przez Przystępującego, niedozwolonym przerzucaniem kosztów w ramach poszczególnych elementów oferty. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że oferowanie ceny poniżej jej kosztu może stanowić czyn określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Jednakże dla uznania danego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu. Konieczne jest dodatkowo wykazanie, że sprzedaż ta ma na celu eliminację innych przedsiębiorców (KIO 3004/20, KIO 2483/17, KIO 275/16). Działanie Przystępującego w postaci uwzględnienia kosztów zamówienia w ramach prawa opcji w cenie zamówienia podstawowego nie wypełnia powyższych przesłanek.

8. Analizując wyjaśnienia Przystępującego zawarte w piśmie z dnia 26 sierpnia 2022 r., w tym fragmenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, skalkulowanie kosztu Prawa opcji w zamówieniu podstawowym wynika z proponowanego przez Przystępującego modelu realizacji Prawa opcji z uwzględnieniem wymogów Zamawiającego w zakresie:

- a) potencjalnej konieczności maksymalnego okresu dzierżawy urządzeń;
- b) możliwości realizacji Prawa opcji w każdym czasie;
- c) możliwości realizacji Prawa opcji w różnych ilościach, maksymalnie do 200 sztuk urządzeń CPE. Ponadto zgodnie z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny, zawartymi w odpowiedzi Przystępującego z dnia 28 lipca 2022 r., cena oferty nie została skalkulowana poniżej kosztów. Tabela 4 zamieszczona w ww. odpowiedzi z dnia 28 lipca 2022 r., zawiera dokładne zestawienie elementów składowych ceny oferty brutto, z których jednoznacznie wynika, że w cenie oferty Przystępujący uwzględnił zysk — patrz poz. nr 9 Tabeli 4,

9. Przy tym należy wskazać, że Prawo opcji w postaci dzierżawy 200 sztuk urządzeń CPE stanowi margines zamówienia Zamawiającego, albowiem podstawowym zamówieniem jest usługa utrzymania łączy WAN. Powyższe nie tylko wynika z warunków zamówienia, ale również obrazuje je treść formularza oferty w pkt. 4 formularza cenowego każdego z wykonawców. I tak w ofercie Przystępującego Prawo opcji stanowi po zaokrągleniu 0,05 %

wartości zamówienia, zaś w przypadku Netii po zaokrągleniu 1,4% wartości zamówienia. Przystępujący wycenił Prawo opcji na kwotę 10.332 zł brutto, zaś Netia na kwotę 464 940 zł brutto. Oferta Netii opiewa na kwotę 33 446 676,60 zł brutto, zaś oferta Przystępującego na kwotę 22 069 255,32 zł brutto. Porównując przy tym wyłącznie pod kątem finansowym obie oferty, w tym w zakresie wyceny Prawa opcji, próżno doszukiwać się, by działanie Przystępującego w postaci wkalkulowania kosztów w zamówienie podstawowe narażało Zamawiającego na szkodę. Jak widać z prostych wyliczeń, nawet gdyby przyjąć, iż wartość Prawa opcji w ofercie Przystępującego wynosiłaby tyle samo co wartość wskazana przez Netię (uwzględniająca wszystkie koszty) to i tak oferta Przystępującego-nadal pozostawałaby korzystniejsza od oferty Netii o kilkanaście milionów złotych.

10. Nadto analizując działanie Przystępującego nie sposób uznać, by w jakikolwiek sposób zagrażało ono interesom Netii. Przystępujący w postępowaniu wyjaśniającym dotyczącym rażąco niskiej ceny, w tym w wyjaśnieniach z dnia 26 sierpnia 2022 r., wprost wskazał, że koszty zamówienia w ramach Prawa opcji zostały uwzględnione w cenie oferty, z uwzględnieniem ryzyka kontraktowego. Już sam fakt jawności powyższego oświadczenia świadczy o braku jakiegokolwiek zamiaru w wyrządzeniu szkody, czy to Zamawiającemu, czy Netii, czy też celowemu działaniu. Przy tym, biorąc pod uwagę skalę działania, próżno doszukiwać się celu w postaci wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku.

11. Zamawiający jednocześnie podnosi, że Netia w żaden sposób nie wykazała, by powyższe działanie Przystępującego miało na celu wyeliminowanie Odwołującego lub innych przedsiębiorców z rynku. W treści odwołania Odwołujący nie przedstawił, w jaki konkretnie sposób to działanie, czyli przerzucenie większości kosztów związanych z realizacją zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego, przekłada się na wyeliminowanie z rynku zarówno Odwołującego, jaki i innych przedsiębiorców.

12. Odnosząc się do treści przywołanego przez Netię orzeczenia KIO 1844/14 należy wskazać, że dotyczy ono innego przedmiotu zamówienia (usługa kompleksowego mechanicznego czyszczenia jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim ) i przede wszystkim innego zakresu przedmiotu zamówienia. Wykonawca w tej sprawie kalkulował ceny jednostkowe podstawowego zamówienia, a nie Prawa opcji i w tym zakresie Izba uznała, że działania polegające na wkalkulowaniu kosztów w ceny jednostkowe w innych pozycjach wskazanych w kosztorysie stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Przy tym uznając powyższe działanie za czyn nieuczciwej konkurencji Izba wskazała, że „Jednocześnie, przeniesienie do pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty kosztów usług z pozostałych pozycji Załącznika nr 1a do formularza oferty pozwoliłoby odwołującemu na uzyskanie znacznie wyższego wynagrodzenia niż uzyskane w sytuacji rzetelnej wyceny poszczególnych usług.

Takie działanie nie jest jedynie formalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami, ale ma dla zamawiającego konkretny wymiar finansowy”. Przenosząc powyższe na niniejsze postępowanie, trudno jest odnaleźć analogię w uzyskaniu przez Przystępującego znacznie wyższego wynagrodzenia w skali całej umowy za dzierżawę 200 urządzeń w przypadku wyceny Prawa opcji nawet na poziomie oferowanym przez Netię. A nadto nawet, przyjmując założenie, zgodnie z którym Przystępujący wyceniłby Prawo opcji na poziomie oferowanym przez Netię, to biorąc pod uwagę wartość Prawa opcji i zamówienia podstawowego, to dla Zamawiającego miałyby to marginalny wymiar finansowy.

W tym miejscu Zamawiający pragnie podkreślić, iż realizacja zamówienia opcjonalnego w maksymalnym wymiarze, tj. dzierżawa 200 sztuk urządzeń CPE dla użytkowników zdalnych przez okres 42 miesięcy, nie jest elementem mającym zasadniczy wpływ na wysokość wynagrodzenia za całość zamówienia. W przypadku przedmiotowego zamówienia zasadniczy wpływ na cenę za realizację całego zamówienia (zamówienie podstawowe + zamówienie opcjonalne) ma świadczenie usług utrzymania łączny — vide poz. 1 Formularza Cenowego, w zakresie sumy kosztów dla wszystkich grup przepustowości od A do E.

13. Jeśli chodzi o powołany przez Netię wyrok KIO 547/16, to dotyczył on postępowania na utrzymanie i rozwój systemu informatycznego Agencji SIA (ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZ, SIPplus), gdzie wyceniane były wyłącznie: usługa utrzymania i rozwoju systemu. Przy tym KIO uznało, że istota czynu nieuczciwej konkurencji w przypadku złożenia oferty przez wykonawcę w tym postępowaniu polegała na specyficznej - zastosowanej wyłącznie przez tego wykonawcę - budowie ceny ofertowej, a mianowicie, że cena za część fakultatywną (zmienną) zależną wyłącznie do składanych zapotrzebowań na rozwój systemu jest ceną minimalną w stosunku do średniej cen ofert pozostałych wykonawców, zaś cena za część stałą (płatną ryczałtem miesięcznie) za usługi utrzymania systemu jest ceną rażąco wysoką w stosunku do średniej cen ofert pozostałych wykonawców. Przy tym, jak wskazało KIO „zastosowana przez Asseco konstrukcja ceny ofertowej jest z pewnością podyktowana chęcią uzyskania stałych miesięcznych dochodów z tytułu świadczenia usług utrzymania w wysokości znacznie przekraczającej rzeczywiste koszty tych usług, co jest rozwiązaniem niewątpliwie korzystnym dla samego wykonawcy ale z całą pewnością niekorzystnym dla Zamawiającego” .

Odnosząc powyższe do niniejszego postępowania mamy do czynienia z Prawem opcji, które stanowi marginalny element, w odniesieniu do wynagrodzenia za całość zamówienia. Nadto przerzucenie kosztu dzierżawy 200 urządzeń o wartości odpowiadającej choćby oferowanej przez Netię nie ma większego znaczenia dla zwiększenia ceny zamówienia podstawowego i trudno jest wobec tego przyjąć, iż dzięki takiemu rozwiązaniu wynagrodzenie Przystępującego znacznie przekroczy rzeczywiste koszty dzierżawy urządzeń.

B. Dotyczy zarzutu nr 2 — rażąco niska cena.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy PZP poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie w zakresie wyliczenia ceny, a także zaniechanie jej odrzucenia jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, nie zgadza się z tym zarzutem, uznaje go za niezasadny, a tym samym wnosi o jego oddalenie.

14. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.

15. W niniejszej sprawie brak jest przesłanek do stwierdzenia, iż Przystępujący ma zamiar realizować Prawo opcji poniżej własnych kosztów. Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 26 sierpnia 2022 r. wprost wskazuje, że koszty realizacji Prawa opcji zostały przez niego wkalkulowane w zamówienie podstawowe. Zatem Przystępujący już po podpisaniu umowy będzie ponosić realny koszt związany z zakupem urządzeń. Nadto jak wynika z wyjaśnień Przystępującego z dnia 28 lipca 2022 r., cena oferty nie została skalkulowana poniżej kosztów, co wynika z Tabeli 4, w której znajduje się dokładne zestawienie elementów składowych ceny oferty brutto. A nadto jednoznacznie z tabeli wynika, że Przystępujący w cenie oferty uwzględnił zysk.

16. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż cena zaoferowana przez Przystępującego za realizację Prawa opcji w tym postępowaniu może być oceniana samodzielnie pod kątem rażąco niskiej ceny, albowiem ta część zamówienia stanowi „margines” całego zamówienia, o czym już była mowa powyżej. Zamawiający nie zaprzecza, że w orzecznictwie przyjmuje się, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się nie tylko w stosunku do całkowitej ceny oferty, ale także w stosunku do innych składowych, ale stanowiących istotną część składową ceny oferty (KIO 1284/21). Odwołujący przywołał co prawda w treści odwołania wyrok KIO 3324/20, w którego treści Izba wskazała, iż Zamawiający również winien oceniać pod kątem rażąco niskiej ceny każdą cenę jednostkową za zamówienie podstawowe oraz za zamówienie opcjonalne, jednakże w innym fragmencie tego wyroku jest jednoznacznie wskazane, iż jeden z wykonawców nie uwzględnił w swojej wycenie za prawo opcji kosztów robocizny, do czego był zobowiązany zgodnie z postanowieniami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia. W przypadku tego Postępowania zdaniem Zamawiającego Przystępujący wycenił w Formularzu Cenowym Prawo opcji w sposób nie naruszający wymagań zawartych w SWZ. W uzupełnieniu Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z treścią wyroku KIO 820/21 „Ustawa nie określa, według

jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. Istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości". W niniejszym postępowaniu trudno jest uznać, by Prawo opcji stanowiło taką istotną część składową oferty. W przypadku przedmiotowego Postępowania zasadniczym elementem składowym ceny ofertowej są usługi utrzymania, wskazane w poz. 1 Formularza Cenowego, co zresztą zostało przez Zamawiającego wskazane powyżej w pkt 12. I tutaj Zamawiający sygnalizuje, iż w treści swojego odwołania Odwołujący nie zakwestionował innych elementów składowych ceny oferty złożonej przez Przystępujących, niż omawiane tutaj Prawo opcji.

17. Nadto zdaniem Zamawiającego Odwołujący w żadnym miejscu swojego odwołania nie podnosi, iż cena Prawa opcji zaoferowana przez Przystępującego rzeczywiście uniemożliwi realizację zamówienia w tym zakresie za cenę wskazaną przez Przystępującego. Rozważania Netii sprowadzają się wyłącznie do zagadnienia w kalkulowania kosztów Prawa opcji do zamówienia podstawowego. Dodatkowo Odwołujący przedstawia swój pogląd w zakresie wyliczenia ceny w zakresie Prawa opcji, uzupełniony o prezentację sposobu skalkulowania ceny, jaki winien przyjąć Przystępujący. W tym miejscu Zamawiający wskazuje na pewną nieścisłość. Otóż Odwołujący w pkt 29 odwołania wskazał, iż w ramach zamówienia opcjonalnego winny zostać dostarczone m. in. 2 routery centralne. Jeśli chodzi o te routery, to Zamawiający w swojej odpowiedzi na pytanie nr 77, zawarte w piśmie z wyjaśnieniami i modyfikacjami SWZ opublikowanym na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 2.05.2022 r., jednoznacznie wskazał, iż mają one zostać dostarczone w ramach zamówienia podstawowego.

18. Netia nie kwestionuje w odwołaniu zaoferowanych cen w ramach zamówienia podstawowego. Nawet gdyby przyjąć, że jeden z elementów składowych oferty, który jest nieistotny został niedoszacowany to nie zachodzą podstawy do odrzucenia całej oferty. W art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych jest mowa o rażąco niskiej cenie „w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Chodzi tu zatem zasadniczo o cenę całkowitą odnoszoną do całości przedmiotu zamówienia. Owszem w przepisie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, regulującym przesłanki wszczęcia procedury wyjaśniającej, jest mowa o sytuacji, w której cena lub koszt, lub ich „istotne części składowe” wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości. Ziszczenie się dyspozycji tego przepisu skutkuje obowiązkiem wszczęcia właściwej procedury wyjaśniającej. Jednakże analogicznej regulacji nie ma w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. W szczególności nie może prowadzić do odrzucenia



oferty na tej podstawie wyłączne ustalenie, że jeden z elementów ceny oferty jest niedoszacowany (KIO 2338/19).” .

C. Dotyczy zarzutu nr 3 — niezgodność z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty sprzecznej z warunkami zamówienia. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, nie zgadza się z tym zarzutem, uznaje go za niezasadny, a tym samym wnosi o jego oddalenie.

19. Zgodnie z tym, co zostało wskazane we wcześniejszym fragmencie niniejszej odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający w SWZ nie wskazywał szczegółowych wytycznych w zakresie określenia ceny Prawa opcji.

20. Zamawiający nie zakazywał również skalkulowania kosztów Prawa - opcji w zamówieniu podstawowym i odwrotnie.

21. Wobec tego biorąc pod uwagę postanowienia SWZ, brak jest przesłanki uprawniającej do stwierdzenia, by Przystępujący dopuścił się niedozwolonej manipulacji ceny dotyczącej Prawa opcji. Nadto w żaden sposób nie miało to wpływu na konkurencję, biorąc pod uwagę rozmiar Prawa opcji w skali całego zamówienia.

22. W uzupełnieniu Zamawiający wskazuje, iż wspomniane przerwienie przez Przystępującego kosztów związanych z Prawem opcji do ceny za zamówienie podstawowe, jest zdaniem Odwołującego niedopuszczalne w obliczu postanowień zawartych w pkt 5.9. SWZ. Odwołujący w swoim odwołaniu w pkt 57 i następnym, prezentuje swoją interpretację postanowień zawartych we wspomnianych pkt 5.9. SWZ, których nie kwestionował na wcześniejszym etapie przedmiotowego postępowania, tj. przed składaniem ofert. Nadto, Zamawiający wskazuje, iż na etapie przed składaniem ofert nie wpłynęło jakiegokolwiek zapytanie dotyczące postanowień zawartych w pkt 5.9. SWZ, w związku z czym przyjąć należy, iż były one dla Wykonawców jednoznaczne i sformułowane przez Zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości. Zgodnie z pkt 5.9. SWZ liczba 200 sztuk urządzeń CPE wskazana w Formularzu Cenowym jest maksymalną liczbą urządzeń, jaka może zostać wydzierżawiona w ramach umowy. Jednocześnie w ww. punkcie SWZ Zamawiający wskazał, że Wykonawca otrzyma wynagrodzenie na faktyczną dzierżawę urządzeń, zgodnie z Projektowanymi postanowieniami umowy. Zgodnie z pkt 6 Formularza Cenowego Wykonawcy mieli za zadanie wycenić dzierżawę 200 sztuk urządzeń CPE w ramach Prawa opcji przez okres 42 miesięcy. Jednocześnie, zgodnie z treścią par. 2 Projektowanych postanowień umowy Zamawiający może uruchomić Prawo opcji w okresie 44 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przy czym nie wskazano, w ilu transzach i w jakiej ilości te urządzenia w ramach

Prawa opcji będą dzierżawione. Zatem zestawiając ze sobą postanowienia zawarte w pkt 5.9 SWZ z wyceną zawartą w poz. 6 Formularza Cenowego i par. 2 Projektowanych postanowień umowy oraz czytając je łącznie należy wywnioskować, iż Zamawiający będzie płacić stawkę miesięczną za faktyczne okresy dzierżawy urządzeń CPE. Dla przykładu można wskazać, iż w przypadku oferty złożonej przez Przystępującego oznacza to, że jeżeli Zamawiający w okresie obowiązywania umowy w ramach Prawa opcji wydzierżawi łącznie 100 sztuk tych routerów, przy czym 40 sztuk routerów będzie dzierżawione przez okres 42 miesięcy, a pozostałe 60 sztuk przez okres 24 miesięcy, to za dzierżawę 40 sztuk będzie płacił miesięcznie 40,00 złotych netto przez okres 42 miesięcy, a za dzierżawę pozostałych 60 sztuk będzie płacił miesięcznie 60,00 złotych netto przez okres 24 miesięcy (zgodnie z ofertą Przystępującego stawka miesięczna za dzierżawę 1 szt. urządzenia wynosi 1,00 zł netto).

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący próbuje wykazać, że w wynagrodzeniu za dzierżawę Przystępujący winien wkalkulować również koszty związane z zakupem tych urządzeń, co w obliczu braku szczegółowych wytycznych ze strony Zamawiającego w zakresie kalkulacji kosztów, braku ustanowienia minimalnego pułapu wynagrodzenia za Prawo opcji (np. nie mniej niż 5% względem wynagrodzenia za całość przedmiotu zamówienia), braku zakazu kalkulacji części kosztów zamówienia opcjonalnego w ramach zamówienia podstawowego, nie znajduje uzasadnienia i czyni tym samym dany zarzut za bezzasadny.

D. Dotyczy zarzutu nr 4— błąd w obliczeniach ceny lub kosztu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 Ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, nie zgadza się z tym zarzutem, uznaje go za niezasadny, a tym samym wnosi o jego oddalenie.

23. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikający przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (KIO 3330/21, KIO 3295/20).

24. Zamawiający w pkt 5 SWZ Opis sposobu obliczenia ceny nie wskazywał szczególnych wymogów w zakresie obliczenia ceny, co zresztą wielokrotnie zostało wskazane w treści przedmiotowej odpowiedzi na odwołanie. W pkt. 5.2. Zamawiający jedynie wskazał, że cena

podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy oraz uwzględniać inne opłaty i podatki wynikające z realizacji umowy a także ewentualne upusty i rabaty, oraz nie może ulec zwiększeniu w czasie obowiązywania umowy z zastrzeżeniem Projektowanych postanowień umowy. Analogiczne oświadczenie zostało również ujęte w Formularzu Cenowym. Zamawiający nie narzucał Wykonawcy sposobu wyliczenia ceny, wskazując jakieś zakresy lub parametry.

25. Ani Przystępujący, ani Odwołujący nie składali zapytań do treści SWZ w odniesieniu do postanowień zawartych w punkcie 5, w zakresie sposobu obliczenia ceny. Przy tym wyjaśnienia Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 28 lipca 2022 r. oraz z dnia 26 sierpnia 2022 r., w zakresie kalkulacji Prawa opcji, odpowiadały ogólnym wymogom określonym w SWZ przez Zamawiającego. Tutaj Odwołujący ponownie wywodzi swoje argumenty powołując się na postanowienia zawarte w pkt 5.9. SWZ, które są w ocenie Zamawiającego nieuzasadnione, co Zamawiający wykazał w pkt 22 niniejszej odpowiedzi.

26. Obowiązek nałożony na Zamawiającego w zakresie podania informacji o sposobie obliczenia ceny - nie uprawnia do wskazywania ceny, po jakiej wykonawca ma spełnić świadczenie. To wykonawca kreuje ekwiwalentność świadczenia wzajemnego, jakie ma uzyskać określając swoje wynagrodzenie w formularzu cenowym.

Odwołujący i przystępujący złożyli w dniach: 7 grudnia 22r., 12 grudnia 22r. (przystępujący – wnioski dowodowe) i 15 grudnia 22r. pisma procesowe (w aktach sprawy), w których przedstawili argumentację formalną i prawną, podtrzymując stanowiska stron.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Krajowa Izba Odwoławcza (Izba) na podstawie zawnioskowanych i przeprowadzonych na posiedzeniu oraz rozprawie dowodów wnioskowanych przez strony i uczestnika, dokonała ustaleń w sprawie, dokonując oceny argumentacji stawających w sprawie, które stanowią podstawę uwzględnienia odwołania.

Izba podzieliła argumentację formalną i prawną odwołującego, przedstawioną powyżej w uzasadnieniu wyroku na jego stronach: od 3 strony do 17 strony. Przy czym w toku postępowania odwoławczego zamawiający i uczestnik zakwestionowali fakt, na który powoływał się odwołujący, że w skład zamówienia opcjonalnego wchodzi zakup dwóch sztuk centralnych routerów, a czemu odwołujący nie zaprzeczył (pkt 29 odwołania str.10

uzasadnienia). Wobec powyższego fakt ten Izba uznała za przyznany przez odwołującego, co nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, wobec oferty przystępującego 1,23 zł. brutto za miesiąc dzierżawy 1 sztuki urządzenia CPE.

#### ustalenia

Przedmiotem Zamówienia są usługi (64210000 Usługi telefoniczne i przesyłu danych). Pod nazwą „Zestawienie i utrzymanie łączy WAN”, znak postępowania: 993200/271/167/2021. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz.U. UE z dnia 9.02.2022 r. pod numerem 2022/S 028-071677.

Odwołujący powołując się na treść art. 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm., dalej jako „Pzp”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności oraz zaniechań zamawiającego, polegających na:

zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego (przystępującego po stronie zamawiającego/wykonawcy wybranego) jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „znku”);

błędnej ocenie oferty i wyjaśnień przystępującego oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego jako oferty sprzecznej z warunkami zamówienia;

zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Powyżej wskazane przez odwołującego czynności i zaniechania zamawiającego wobec oferty wykonawcy wybranego, stanowiły podstawę sformułowania następujących zarzutów odwołania:

art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku;

art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp przez błędną ocenę oferty i wyjaśnień wykonawcy wybranego złożonych w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

art. 226 ust.1 pkt 5) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego jako oferty sprzecznej z warunkami zamówienia;

art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

Na podstawie powyższych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez:

nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,

nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wybranego jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku, oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, oferty sprzecznej z warunkami zamówienia oraz oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,

zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

#### Co do warunków formalnych odwołania

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 14.11.2022 r. Termin na złożenie niniejszego odwołania - stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp - upływa w dniu 24.11.2022 r., a zatem niniejsze odwołanie składane jest w przepisany 10-dniowym terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 zł. został uiszczony.

Odwołujący, zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp, przesłał kopię odwołania zamawiającemu w dniu 24.11.2022 r. drogą mailową na adres wskazany przez zamawiającego.

W związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania, w myśl art.530 Pzp. Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

#### Co do interesu odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący jako jeden z dwóch wykonawców złożył drugą ofertę w postępowaniu. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą.

Utrzymanie w mocy dotychczasowej czynności zamawiającego, wyboru najkorzystniejszej oferty, spowoduje poniesienie przez odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania zamówienia, a przez to osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi potencjalną szkodę odwołującego, dając jemu prawo do złożenia niniejszego odwołania. Tym samym odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a przez to prawo do wniesienia niniejszego odwołania.

W powyższej sytuacji odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu, ponieważ strony jak i uczestnik po złożeniu pism procesowych oraz przedstawieniu wniosków dowodowych na posiedzeniu, przed jego zamknięciem, wnosili jak dotychczas.

### Izba zważyła

Jak już powyżej Izba wskazała, podziela stanowisko odwołującego, przyjmując jego argumentację formalną i prawną za własną, z uwagi jak poniżej.

Zasadniczym przedmiotem sporu jest zagadnienie i konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy przystępujący/wykonawca wybrany miał prawo uwzględnić koszt zamówienia opcyjnego (niepewnego) w kosztach zamówienia podstawowego (gwarantowanego), powołując się na ryzyko co do braku pewności udzielenia zamówienia opcyjnego przez zamawiającego. Zwolennicy takiej konstrukcji lokowania kosztów (przystępujący) powoływali się nawet na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP), które zostało przywołane w wyroku Izby o Sygn. akt KIO 1585/19. Niemniej taka argumentacja przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Prezes UZP wyraził jedynie ocenę, że przerzucanie odpowiedzialności na wykonawców za większość ryzyk umownych powoduje, że cena ofertowa jest wyższa, ponieważ racjonalni wykonawcy ryzyko kar umownych w takich sytuacjach kalkulują w cenę oferty. Powyższe nie oznacza, że Prezes UZP podziela takie praktyki wykonawców w związku ze zbyt restrykcyjnymi i wysokimi karami umownymi ustalonymi przez zamawiających, a tym bardziej stanowisko Prezesa UZP nie upoważnia wykonawców do lokowania kosztów zamówienia opcyjnego w koszty zamówienia podstawowego.

Nie jest faktem spornym, na co szczegółowo zwracał uwagę przystępujący na rozprawie, że zamówienie opcyjne jest zobowiązaniem zamawiającego niepewnym/niegwarantowanym i nie mającym odzwierciedlenia w ewentualnych roszczeniach odszkodowawczych wykonawcy wobec zamawiającego, w przypadku braku zlecenia zamówienia opcyjnego. W tej sytuacji Izba nie znajduje usprawiedliwienia do przenoszenia kosztów zamówienia opcyjnego w koszty zamówienia podstawowego czyli gwarantowanego przez zamawiającego, zawierającego

przesłanki do potencjalnych roszczeń odszkodowawczych w stosunku do zamawiającego jako świadczenia gwarantowanego przez zamawiającego.

Pomimo 27 letniej historii zamówień publicznych regulowanych ustawą, prawo opcyjne zamówienia posiada szczątkową regulację w Pzp, którego charakterystyczną i niepodważalną cechą jest suwerenność po stronie zamawiającego co do jego uruchomienia i braku jakiegokolwiek wpływu wykonawcy na jego uruchomienie, jak i sankcyjności w przypadku braku jego uruchomienia. Izba na wniosek zamawiającego, jak i przystępującego rozważała zagadnienie czy w kontekście sprawy o Sygn. akt KIO 1285/22 w związku z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, przystępujący posiadał mandat ulokowania kosztów zamówienia opcyjnego w kosztach zamówienia podstawowego. Według Izby po pierwsze z odpowiedzi na odwołanie nie wynika taka przepustka prawna dla przystępującego pominiawszy nawet, że przystępujący cofnął zarzut uznając, przyznanie przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, prawa do umieszczenia kosztów opcji w kosztach zamówienia podstawowego. Bowiem nawet gdyby zamawiający, niezależnie czy przed złożeniem ofert, czy po ich złożeniu dał takie prawo wykonawcom, to byłoby bezprawne zezwolenie dla opcji i obarczone skutkiem nieważności, bądź straciło by przymiot opcji, co miało miejsce przed złożeniem ofert, w przypadku zakupu dwóch ruterów centralnych. Słusznie odwołujący powoływał się na dyscyplinę finansów publicznych co do nieuzasadnionych wydatków zamawiającego, ale również należy przywołać jedyną w Pzp dopuszczalną formę wydatkowania środków publicznych, przed wykonaniem zamówienia publicznego, jaką jest zaliczka. Prawo zamówień publicznych precyzyjnie i jednoznacznie reguluje kwestie zaliczkowania zamówień publicznych co do ich wysokości, rozliczania, zabezpieczenia oraz co do udzielania kolejnych zaliczek (art.442 Pzp). Tak więc słuszna jest argumentacja odwołującego, że zamawiający jeżeli by akceptował przerzucanie kosztów zamówienia opcyjnego do zamówienia podstawowego/gwarantowanego, zobowiązany byłby do zapłaty, czy też roszczeń odszkodowawczych za to czego by nie otrzymał, w przypadku nie skorzystania z zamówienia opcyjnego.

Przechodząc do kolejnej argumentacji przystępującego, że zamawiający żądał określenia jednej ceny za całe zamówienie w tym za prawo opcji. Izba nie podziela tej argumentacji, ponieważ przyjmując ją nastąpiłaby nieuprawniona sfera włączenia zamówienia opcyjnego do zamówienia podstawowego/gwarantowanego. Słusznie argumentował odwołujący, że formularz cenowy przewidywał odrębną pozycję dla zamówienia opcyjnego to jest dzierżawy urządzeń CPE, przez co cena za opcję została wydzielona. Tak więc mamy do czynienia z odrębną wyceną zamówienia podstawowego (zestawienie i utrzymanie łączy WAN) i zamówienia opcyjnego (przez wydzielenie z zamówienia podstawowego - dzierżawa 200 urządzeń CPE). Jak stwierdzili przedstawiciele przystępującego, z perspektywy czasu być

może nie należało cofać zarzutu odwołania co do postanowień opcji w warunkach zamówienia. Faktycznie problem istnieje, ponieważ może teoretycznie zaistnieć skrajna sytuacja, że zamawiający zamówi 1 urządzenie CPE i przez okres 1 miesiąca w potencjalnym czasie zamówienia 42 miesięcy i 200 sztuk co miesiąc. Niemniej zdefiniowane ryzyko co do zachowania zamawiającego nie obciąża zamawiającego, którego bezprawnym postępowaniem byłaby zaplata za zamówienie opcyjne w ramach zamówienia podstawowego. Wobec przedmiotowego uregulowania opcji w niniejszym postępowaniu wykonawca miał prawo kalkulacji ryzyka, nie udzielenia w pełnym zakresie i w maksymalnym czasie dzierżawy urządzeń CPE, ale w części dotyczącej zamówienia opcyjnego, a nie w części zamówienia podstawowego, jak to uczynił przystępujący. Nawet nie w aktualnie „galopującej” inflacji kryzysu światowego, wycenę 1,23 zł. za dzierżawę miesięcznie jednego urządzenia CPE, w potencjalnie przewidzianym czasie dzierżawy do 42 miesięcy w ilości do 200 sztuk urządzeń CPE miesięcznie, Izba ocenia jako rażąco niską cenę, a właściwie jako brak wyceny.

Dalsze zagadnienie rozważane w procesie odwoławczym to definiowanie przedmiotu zamówienia w kontekście zamówienia podstawowego/gwarantowanego i zamówienia opcyjnego/niegwarantowanego oraz istotnych części składowych kosztu/ceny zamówienia w kontekście ceny globalnej za całość niniejszego zamówienia jak i zaistnienia skutku zniżenia ceny za zamówienie opcyjne w kontekście całości ceny za zamówienie. Stawający podnosili daleko idące propozycje co do tego w jakich okolicznościach zamawiający w świetle prawa Pzp powinien odrzucić ofertę, sprowadzając argumentację nawet tylko do sytuacji gdy rażąco niska cena/koszt odnosi się do przedmiotu zamówienia, a nie do istotnego elementu składowego ceny lub kosztu. Zasadnicza argumentacja przystępującego w tej kwestii opierała się o okoliczność, że wartość zamówienia opcyjnego w stosunku do zamówienia podstawowego, z przywołaniem oferty przystępującego gdzie wartość opcji wynosiła 0,5% wartości całego zamówienia, a wartość w ofercie odwołującego 1,39% wartości zamówienia i w związku z tym nie jest to istotny element części ceny/kosztu. Można byłoby pochylić się nad tak sformułowaną argumentacją i próbować ustalić w kontekście przedmiotowego zamówienia jaki udział procentowy konkretnego składnika wyceny oferty stanowi o jego istotnym udziale jako części składowej ceny/kosztu. Niemniej jednak zarówno z przywoływanego orzecznictwa, jak i stanowisk stron i uczestnika wynikało, że nie tylko wartość poszczególnego elementu w stosunku do całej wartości zamówienia przesądza o istotności części składowej ceny/kosztu, ale także wartość merytoryczna poszczególnego składnika wyceny zamówienia. Uczestnicy postępowania odwoławczego wskazywali na takie aspekty merytorycznego znaczenia elementu wyceny jako składnika ceny, jak element kryterium oceny ofert, czy też znaczenie elementu dla daty rozpoczęcia płatności, zwłaszcza przy realizacji długotrwałego zamówienia. Niemniej w niniejszej sprawie należy mieć na uwadze, że do kwalifikacji elementu wyceny jako



istotnego ma znaczenie, że wycena całkowita zamówienia obejmuje zarówno świadczenie gwarantowane (podstawowe), jak i zamówienie niegwarantowane (opcyjne), a o ich charakterze i różnicach była już mowa powyżej. O odrębności wyceny dzierżawy a przez to istotności tego elementu wyceny w całej wycenie przedmiotu zamówienia, świadczy okoliczność, że zamawiający ma prawo w trakcie 42 miesięcy nie korzystać nawet z jednego urządzenia CPE. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający określił tylko poziomy maksymalny czas do czasu trwania dzierżawy i ilości urządzeń dzierżawionych (do 200 sztuk), a nie określił minimum czy też jakiegokolwiek innej średniej. W związku powyższym, nie można zamawiającego zmuszać do płacenia za to czego nie musi zamówić, powołując się na tzw. ryzyko biznesowe, które kalkuluje przystępujący w sposób nieuprawniony w zamówieniu podstawowym, powołując się niejako na przyzwolenie zamawiającego. Należy stwierdzić, że w zamówieniach publicznych, zamawiający nie ma prawa obciążać zamówień, tutaj podstawowych, ryzykiem biznesowym zamówień, których nie realizuje, tutaj zamówień opcyjnych. Podsumowując tę część przywoływanej argumentacji przez przystępującego, że zamówienie opcyjnie według wyceny zarówno odwołującego, a w szczególności przystępującego stanowi zaledwie 1 % wartości zamówienia podstawowego i przez to nie jest istotną częścią składową ceny lub kosztu, to bez względu jak to określa formularz cenowy zamówienia są to odrębne części zamówienia i odrębnie powinny być wyceniane ze względu na ich różny charakter rozszereżony wobec zamawiającego (zamówienie podstawowe - gwarantowane i zamówienie opcyjne - niegwarantowane). Wobec powyższego odpowiadając na zagadnienie co należy rozumieć przez istotną część składową ceny lub kosztu to w przypadku niniejszego zamówienia istotną częścią składową ceny brutto według formularza cenowego jest cena lub koszt zamówienia opcyjnego, bez względu jaką jej wysokość ustalili wykonawcy.

Jak już wyżej Izba zaznaczyła podziela argumentację odwołania i przywołuje tutaj elementy jakie obciążają wykonawcę w przypadku decyzji zamawiającego, że będzie przez 42 miesiące zamówienia podstawowego żądać dzierżawy 200 urządzeń CPE miesięcznie (zakup sprzętu, dostawa do wskazanej lokalizacji zamawiającego, obsługa personalna techniczna, serwis techniczny). Propozycja przystępującego czynienia powyższego za 1,23 zł. miesięcznie za jedno urządzenie jest dowodem na to, że ta istotna część składowa, ceny/kosztu jest rażąco niska, a przystępujący przywołując zresztą na tę okoliczność wyjaśnienia z dnia 26 sierpnia 2022r.(w aktach sprawy) potwierdził, że zamawiający ma za te dzierżawę (usługę/dostawę) zapłacić w zamówieniu podstawowym. Podsumowując przystępujący potwierdził, że ryzyko biznesowe w związku z zamówieniem opcyjnym przerzucił do zamówienia podstawowego, a powinien tym ryzykiem obciążyć zamówienie opcyjne. Takie postępowanie przystępującego

spowodowało, że wycena dzierżawy za jedno urządzenie CPE na 1,23 zł. brutto miesięcznie jest wynagrodzeniem iluzorycznym.

Na koniec Izba mierzy się z argumentacją zamawiającego i przystępującego, że naruszenie przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu nie ma wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art.554 ust.1 pkt 1 ) Pzp, ponieważ wliczenie kosztu ceny opcji w koszt zamówienia podstawowego nie zmienia faktu, że oferta przystępującego jest i tak tańsza od oferty odwołującego. W ocenie przystępującego, jak również zamawiającego, w takiej sytuacji nie ma znaczenia naruszenie reguły uczciwej konkurencji, rażąco niskiej ceny, błędu w obliczeniu ceny, czy też niezgodności z warunkami zamówienia, które w ocenie Izby wyczerpały się złożeniem oferty przez przystępującego. Gdyby celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było uzyskanie najtańszej oferty, bez względu na naruszenia przepisów ustawy Pzp, w takiej tylko sytuacji można byłoby podzielić stanowisko zamawiającego i przystępującego w sprawie. Izba rozstrzygając przedmiotową sprawę ma na uwadze, że nie należy pomijać naruszenia bezwzględnie obowiązującego prawa, mając na uwadze, że zamawiający zapłaci mniej w przypadku wyboru oferty przystępującego, niż oferty odwołującego. Bowiem nie można pomijać aspektu, że oferta wybrana, nie może naruszać bezwzględnie obowiązującego prawa usankcjonowanego regulacjami art. 226 Pzp.

Podsumowując należy stwierdzić, że gdyby przystępujący nie przeniósł kosztów z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego, to zamawiający by mniej zapłacił za zamówienie podstawowe, nie mając obowiązku płacenia kosztów opcji w zamówieniu podstawowym.

Izba rozstrzygając sprawę dostrzega nieuprawnione działania przystępującego, w związku z wyceną zamówienia opcyjnego jako zamówienia publicznego. W związku z powyższym Izba nie znalazła usprawiedliwienia dla praktyki, w zakresie wyceny zastosowanej przez przystępującego, powołującego się na panujące zwyczaje na rynku usług telekomunikacyjnych, czy też na praktyki samego odwołującego w innych postępowaniach, na dowód tolerowania subsydiowania skrośnego.

Również Izba nie znajduje podstaw to kształtowania praktyk, że zamawiający ma prawo płacić za zamówienie (opcja) pomimo, że z niej nie skorzysta, ponieważ takie działanie oprócz tego, że narusza dyscyplinę finansów publicznych to narusza też zasadę uczciwej konkurencji wobec klienta, którym jest w tym postępowaniu zamawiający, co przystępujący pomija wskazując, że i tak jego oferta jest korzystniejsza od oferty odwołującego.

W związku z powyższym na mocy art.554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp., Izba uwzględniła odwołanie w całości, orzekając jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2) w zw.

z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzać na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600 zł 00 gr tytułem zwrotu uiszczzonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

**Przewodniczący:** .....