

**WYROK**

**z dnia 28 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2016 r. przez wykonawcę

**Netia S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Centralny Ośrodek Informatyki ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **T-Mobile Polska S.A. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Netia S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Netia S.A. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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: .....**

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

Zamawiający – Centralny Ośrodek Informatyki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług dostępu do sieci Internet dla Zintegrowanej Infrastruktury Rejestrów w dwóch lokalizacjach w podziale na dwie części” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 25 maja 2016 r. w Biuletynie zamówień Publicznych pod numerem 57747. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Netia S.A. wniósł odwołanie w zakresie części I postępowania, zarzucając Zamawiającemu:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co w konsekwencji spowodowało jej odrzucenie,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez bezpodstawne uznanie, iż złożona przez Odwołującego oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji spowodowało jej odrzucenie,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na nierównym traktowaniu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu wskutek zaniechania wezwania wykonawcy T-Mobile Polska S.A. do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ewentualnego zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez T-MOBILE POLSKA S.A. oraz unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenia czynności oceny ofert,
3. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ważnej oferty złożonej w postępowaniu.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu dla części I.

Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia odpowiednich dowodów. W odpowiedzi złożył przedmiotowe wyjaśnienia.

Początkowo Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą wskazując, że oferta spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Następnie Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty i skierował do Odwołującego dwa wezwania: w pierwszym wezwał do wyjaśnienia treści oferty, w drugim do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia odpowiednich dowodów. Zamawiający wskazał, iż nie uznał pierwszych wyjaśnień za wystarczające.

W odpowiedzi Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia i dowody. W treści wyjaśnień Odwołujący wskazał, iż wartość całkowitego wynagrodzenie przewidzianego dla niego wynosi 129,636,00 zł netto (tj. 159.452,28 zł brutto). Na wynagrodzenie to, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia składają się dwie pozycje: „świadczenie usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I (ul. Olszewska 6, Warszawa) na warunkach określonych w SIWZ” oraz „jednorazowa opłata instalacyjna”. Wynagrodzenie Odwołującego w ramach pierwszej z wymienionych pozycji wynosi miesięcznie 1,00 zł netto, co w całym okresie obowiązywania umowy obejmującym 36 miesięcy oznacza 36,00 zł netto (tj. 44,28 zł brutto). Pozycję tę tworzy abonament za świadczenie usług dostępu do Internetu we wskazanej lokalizacji. Z kolei w odniesieniu do drugiej pozycji wynagrodzenie wynosi 129.600,00 zł netto (tj. 159.408,00 zł brutto). Odwołujący wskazał, iż do wynagrodzenia z tytułu jednorazowej opłaty instalacyjnej zaliczone zostały następujące kategorie kosztów:

1. koszty CAPEX:

a. koszt zakup sprzętu, w tym dodatkowe urządzenia na potrzeby szybkiego usunięcia awarii;

2. koszty OPEX:

a. koszty miesięczne utrzymania i naprawy infrastruktury oraz utrzymania usługi,

b. koszty miesięczne obsługi m.in. awarii oraz zleceń klienta,

c. koszty jednorazowe instalacji rozwiązania.

d. zysk.

Wyjaśniono również, iż koszty w zakresie instalacji oraz utrzymania sprzętu do ochrony przeciw atakom DDOS oraz DOS skalkulowane zostały na podstawie oferty podwykonawcy. Z kolei koszty obsługi technicznej w trakcie realizacji usługi dostępu do Internetu (w tym koszty serwisu, wsparcia technicznego) zostały oszacowane na podstawie dotychczasowej wiedzy wykonawcy, tzw. know-how (jako standardowe koszty obsługi wykonywania takich usług alokowane na podstawie najlepszej wiedzy dostawcy).

Jak wskazano w wyjaśnieniach, opisane ukształtowanie wynagrodzenia wiąże się z koniecznością instalacji i utrzymania sprzętu do ochrony przeciw atakom DDOS oraz DOS. Do realizacji przedmiotu zamówienia w tym zakresie będzie zaangażowany podwykonawca, co skutkuje po jego stronie poniesieniem niemalże całości kosztów realizacji zamówienia w momencie rozpoczęcia świadczenia usługi dostępu do Internetu. Odwołujący wyjaśnił przy tym, iż zapłata jednorazowej opłaty instalacyjnej przez Zamawiającego wiąże się z koniecznością terminowej realizacji umowy przez podwykonawcę. Zakres prac przewidzianych do zlecenia podwykonawcy to instalacja i utrzymanie sprzętu do ochrony przeciw atakom DDOS oraz DOS.

Zamawiający zawiadomił o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych – za najkorzystniejszą została uznana oferta T-Mobile Polska S.A., a oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego, zarzucając mu obejście wymagań Zamawiającego poprzez brak faktycznej osobnej wyceny elementu oferty ujętego w pozycji „świadczenie usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I (ul. Olszewska 6, Warszawa) na warunkach określonych w SIWZ”. Tym samym Zamawiający uznał, iż wynagrodzenie przewidziane w ofercie Odwołującego zostało ukształtowane niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co oznacza niezgodność złożonej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Ponadto Zamawiający uznał, iż złożenie oferty Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegające na niezgodnym z dobrymi obyczajami ukształtowaniu cen w ofercie w taki sposób, że cena faktycznych kosztów abonamentu miesięcznego wliczona jest w cenę jednorazowej opłaty instalacyjnej, co narusza interes klienta, nakazując mu zapłatę z góry za usługę niewykonaną. Ponadto zarzucił Odwołującemu czyn nieuczciwej konkurencji polegający na oferowaniu stawki abonamentu miesięcznego poniżej faktycznych kosztów usług miesięcznego utrzymania i napraw infrastruktury oraz miesięcznych kosztów obsługi, co pozwala na zaoferowanie cen korzystniejszych i eliminuje innych przedsiębiorców. Co więcej, Zamawiający zarzucił Odwołującemu czyn nieuczciwej konkurencji poprzez niezgodne z dobrymi obyczajami ukształtowanie oferty w sposób nieodpowiadający faktycznej wartości rynkowej jej składowych.

Zdaniem odwołującego powyższe zarzuty wobec jego oferty są chybione.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Ofertą nieodpowiadającą treści specyfikacji jest taka oferta, która została sporządzona odmiennie niż wskazano w postanowieniach tej

specyfikacji. Co do zasady odmiennosc ta przejawia się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji, a aby można było mówić o odrzuceniu oferty z uwagi na niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niezgodność ta musi być oczywista. Zamawiający zobowiązany jest interpretować specyfikację tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie wymogów sformułowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Badanie i ocenę ofert zamawiający powinien przeprowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania zawarte w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To bowiem zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia te były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury.

Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treść oferty stanowią oświadczenia woli odpowiednio zamawiającego, który oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty. Na stwierdzenie, czy treść oferty odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwala porównanie treści obu dokumentów. Jeżeli niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można wywieść poprzez odpowiednie i jednoznaczne porównanie tych dwóch elementów, w tym wymagań zamawiającego z treścią oferty, nie można stwierdzić, że niezgodność występuje w stopniu uzasadniającym odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający bezpodstawnie przesądził, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia uznając, iż Odwołujący nie dokonał odrębnej wyceny elementów wynagrodzenia, tj. „świadczenie usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I (ul. Olszewska 6, Warszawa) na warunkach określonych w SIWZ" oraz „jednorazowa opłata instalacyjna" wskazując, iż pozycja „świadczenie usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I (ul. Olszewska 6, Warszawa) na warunkach określonych w SIWZ" nie została wyceniona zgodnie z jego wymaganiami, co spowodowało niezgodność złożonej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Należy zauważyć jednak, iż wymagania Zamawiającego co do wyceny wskazanej pozycji wynagrodzenia nie zostały w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyartykułowane. Odwołujący w żadnym razie nie postępował zatem wbrew wskazanym w treści specyfikacji wymaganiom Zamawiającego. W punkcie 21. (Opis sposobu obliczenia ceny) określił wytyczne w zakresie sposobu obliczania ceny, niemniej, nie wskazał w nich szczegółowo składników wynagrodzenia Wykonawcy. Tym samym Zamawiający nie określił, jakie

dokładnie składniki ceny powinny zostać ujęte w pozycji „świadczenie usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I (ul. Olszewska 6, Warszawa) na warunkach określonych w SIWZ” oraz w pozycji „jednorazowej opłaty instalacyjnej”.

Podkreślić trzeba, iż powszechnie przyjmuje się, iż w braku określenia przez Zamawiającego wymogów w zakresie kształtowania ceny oraz wskazania poszczególnych składników, które mają mieścić się w danej części wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia, wykonawcom pozostawiona zostaje swoboda co do ukształtowania wynagrodzenia. Zamawiający w żaden sposób swobody ukształtowania wynagrodzenia nie ograniczył, w szczególności nie zawarł postanowień odnośnie maksymalnego wynagrodzenia w zakresie opłaty instalacyjnej. Stosowne ograniczenia co do swobody kształtowania wartości wynagrodzenia nie wynikają również z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, w tym ustawy Prawo zamówień publicznych. Innymi słowy, skoro Zamawiający wyraźnie nie zastrzegł maksymalnej wartości jakiegoś elementu wynagrodzenia oraz nie zastrzegł, jakie konkretnie elementy kosztów mają się w nim zawierać (z zakazem doliczania innej kategorii kosztów), to nie można uznać, że oferta Odwołującego w jakikolwiek sposób narusza specyfikację istotnych warunków zamówienia lub przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym oferta Odwołującego pozostaje zgodna ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jej odrzucenie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Należy podkreślić jednak, iż przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przewidują drogę sądową dochodzenia roszczeń z tytułu dokonania czynu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazano w doktrynie, fakt ten należy szczególnie uwzględnić przy rozpoznawaniu spraw dotyczących odrzucania oferty z powodu uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji. Podnosi się przy tym, iż wątpliwa jest możliwość jednoznacznego stwierdzenia przez zamawiającego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i podejmowania na tej podstawie decyzji o odrzuceniu oferty. Trzeba zauważyć bowiem, iż stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga każdorazowo dokładnej analizy zaistnienia znamion takiego czynu, co szczególnie w przypadku niedookreślonych przesłanek może być trudne.

W świetle art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czyn nieuczciwej konkurencji zdefiniowany został zatem za pomocą terminów prawnych o charakterze ogólnym (sprzeczność z prawem) i przy użyciu terminu „dobre obyczaje”, mającego charakter tzw.

zwrotu niedookreślonego. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać zatem działanie lub zaniechanie, podjęte w związku z działalnością gospodarczą, będące szkodliwym z uwagi na to, że zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (względnie przedsiębiorców) lub klienta (względnie klientów), jeżeli jednocześnie jest bezprawne, jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Należy zauważyć jednocześnie, iż uznanie konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga, po pierwsze, ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz, po drugie, kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (określonego w przepisach szczegółowych ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Co istotne, podkreśla się, iż możliwa jest odmowa uznania za czyn nieuczciwej konkurencji takiego zachowania formalnie wskazującego na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, które jednak w danych okolicznościach faktycznych trudno uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Nie budzi wątpliwości fakt, iż złożenia oferty przez Odwołującego nie stanowiło działania sprzecznego z prawem. Odwołujący nie naruszył przepisów Prawa zamówień publicznych ani żadnego innego przepisu prawa. Zarzutu takiego nie postawił mu również Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu jego oferty. Zdaniem Zamawiającego jednak złożenie oferty w niniejszym Postępowaniu naruszyło dobro obyczaje.

W doktrynie oraz orzecznictwie podnosi się, iż kwalifikacji danego zachowania, jako uczciwej lub nieuczciwej konkurencji istotne znaczenie ma sposób rywalizacji pomiędzy konkurentami, podlegający weryfikacji w konkretnych okolicznościach przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych, zwyczajów, dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych. W konsekwencji za czyn nieuczciwej konkurencji może być uznane wyłącznie takie działanie, które jest nieetyczne, niemoralne, rażąco naruszające szeroko pojęte dobre zwyczaje kupieckie. Skuteczny zarzut naruszenie dobrych obyczajów winien zatem precyzyjnie określać, jaka konkretnie norma: etyczna, moralna, kupiecka została naruszona wskutek działań przedsiębiorcy.

Zauważyć należy, iż w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający tej normy nie powołał. W konsekwencji nie wyjaśnił na czym polegało rzekomo naganne działanie Odwołującego.

Nie budzi wątpliwości fakt, iż wykonawca w procedurze zamówień publicznych ma swobodę w kształtowaniu warunków cenowych, dopóki działanie takie nie narusza przepisów prawa, w tym prawa zamówień publicznych lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący ma prawo do swobodnego określania ceny zamówienia publicznego, o ile łączna cena oferty nie stanowi oferty rażąco niskiej oraz jeśli nie dojdzie do popełnienia błędu w obliczeniu ceny.

Jednocześnie, zgodnie z brzmieniem art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna określać sposób obliczenia ceny. Zamawiający może nakładać na wykonawców różne ograniczenia, w tym obowiązek przedstawienia szczegółowej kalkulacji realizacji zadania, ograniczenia wartości poszczególnych pozycji do określonego procentu ceny łącznej, wymogu dotyczącego minimalnej wartości poszczególnych pozycji jednostkowych.

W przedmiotowym postępowaniu, w treści punktu 21 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano, iż cena ma obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z zapisem punktu 21.3 wskazano, iż Zamawiający zastrzega, że cena za realizację przedmiotu zamówienia wskazana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, nie może mieć wartości 0,00 zł. Z kolei z punktu 5. wzoru formularza ofertowego wynika, iż „cena brutto winna zawierać wszelkie koszty jakie wykonawca poniesie w związku z realizacją zamówienia”. Podobne powtórzenie znajduje się we wzorze umowy, w którym w § 6 ust. 7 wskazano, iż „Wynagrodzenie o jakim mowa w ust. 1 i ust. 2 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym opłaty za korzystanie z urządzeń odbiorczo-nadawczych oraz wszystkie inne opłaty, koszty i nakłady wykonawcy, niezbędne do wykonania umowy.” Formularz oferty zawierał wyłącznie dwie pozycje, tj.: „opłatę instalacyjną” oraz „abonament miesięczny”. Zamawiający nie sprecyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym w umowie w wzorze formularza), w jaki sposób należy rozłożyć poszczególne koszty związane z wykonaniem usługi w te dwie, bardzo ogólne kategorie kosztów. Jednocześnie nakazał zaliczyć na poczet ceny łącznej wszelkie koszty realizacji zamówienia, co zbliża konstrukcję wynagrodzenia wykonawcy do wynagrodzenia ryczałtowego.

Zamawiający rezygnując z możliwości żądania szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej oraz nie nakładając żadnych konkretnych wymagań w odniesieniu do rozłożenia kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ramach określonych przez siebie w dużym stopniu ogólności kategoriom kosztowym, pozostawił wykonawcom w tym zakresie pełną swobodę.

Do kosztów realizacji zamówienia należało w szczególności zaliczyć: (i) zakup sprzętu przeciw atakom DDos oraz DoS, (ii) instalację ww. sprzętu, (iii) koszty usuwania ewentualnych awarii, koszty utrzymania i naprawy infrastruktury telekomunikacyjnej.

Z pewnością pozycje „opłata instalacyjna” oraz „abonament” nie charakteryzują dostatecznie kosztów, jakie należy im przypisać. Nie są to pojęcia języka prawnego, w tym w szczególności nie są to pojęcia posiadające własną definicję legalną. Zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego pojęcie „abonamentu” stanowi „opłacone prawo do korzystania z jakichś usług”. Pojęcie abonamentu w języku potocznym stanowi zatem po prostu opłatę za świadczenie usługi (w tym wypadku usługi dostępu do Internetu). Nie



sposób zatem określić jednej stałej kategorii kosztów, jaka powinna być przypisana pojęciu tak ogólnemu jak abonament. W istocie wartość abonamentu (w tym kosztów, jakie są nim objęte) określa sam usługodawca, w ramach swojej polityki cenowej. Faktem notoryjnym jest, iż na rynku usług telekomunikacyjnych w ramach dopuszczalnej konkurencji rynkowej normalną i akceptowalną przez konkurencję praktyką jest oferowanie usług telekomunikacyjnych, w których wartość abonamentu obliczona jest na kwotę bardzo niską, wynoszącą np. 1 zł.

O braku precyzyjności zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia świadczy również treść złożonych w niniejszym postępowaniu ofert, w tym oferta Wykonawcy Citystrada.pl Sp. z o.o., w której całość kosztów realizacji zamówienia ujęto w abonamencie, nie naliczając w ogóle opłaty instalacyjnej. Podobna sytuacja dotyczy wykonawcy T-Mobile Polska S.A., który złożył ofertę, w której opłata instalacyjna została określona na poziomie 1 zł, a całość kosztów została uwzględniona w abonamencie. Okoliczności tej Zamawiający nie wyjaśnił.

Złożenie przez Odwołującego oferty nie zagroziło interesom Zamawiającego i pozostałych wykonawców. Cena oferowana przez Odwołującego jest najniższa, zatem interes Zamawiającego nie został naruszony lub zagrożony. Interes Zamawiającego nie został również zagrożony w odniesieniu do możliwości naliczania kar umownych, które w wielu wypadkach naliczane są od wartości łącznego wynagrodzenia netto. Nadto, stosownie do treści § 8 ust. 6 umowy, jeżeli szkoda przewyższy wysokość kary umownej, Zamawiającemu przysługiwać będzie roszczenie o zapłatę odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych, a zgodnie z § 8 ust. 8 umowy, wykonawca ponosi pełną i nieograniczoną odpowiedzialność za szkody wyrządzone Zamawiającemu przy wykonywaniu lub w związku z wykonywaniem postanowień umowy. Nadto, nawet najwyższa kara umowna, wynosząca 20% wartości zamówienia, jest mniejsza niż różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego a wybraną ofertą T-Mobile Polska S.A.

W konsekwencji nie sposób uznać, by Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji kształtując zapisy swojej oferty w zgodzie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przepisami prawa, a także przy poszanowaniu zasad uczciwości kupieckiej. Zamawiający nie tylko nie wykazał, iż Odwołujący naruszył dobre obyczaje poprzez fakt złożenia oferty w postępowaniu, ale nie wykazał również, na czym miałyby polegać realne (zaistniałe już w momencie złożenia oferty przez Odwołującego) zagrożenie jego interesom, przy uwzględnieniu olbrzymiej różnicy w wynagrodzeniu Odwołującego i T-Mobile Polska S.A.

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt. 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 15 ust. 1 pkt 5 nie może znaleźć w niniejszej sprawie

zastosowania, gdyż przesłanki charakteryzujące ten czyn dotyczą sytuacji, w której jeden z przedsiębiorców wymusza pośrednio lub bezpośrednio na swym kliencie zawarcie umowy z innym przedsiębiorcą (często powiązaniem kapitałowo). Co do art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przepisy dotyczące rażąco niskiej ceny stanowią *lex specialis* względem przepisów dotyczących cen dumpingowych, a tym samym wyłączają ich stosowanie w procedurze zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego Odwołujący nie stosował cen dumpingowych, co jasno wynika ze złożonych przez niego wyjaśnień.

Nie można też utożsamiać konkurencji w ramach pojedynczego postępowania z konkurencją wykonawców na określonym rynku usług telekomunikacyjnych. By postawić zarzut „utrudniania dostępu do rynku” należałoby w pierwszej kolejności zdefiniować ów rynek oraz udowodnić, że działania Odwołującego nie miały na celu pozyskania tego pojedynczego przedmiotowego zamówienia, tylko ograniczenie dostępu do rynku jego konkurencji. Jednocześnie należałoby ocenić, czy ze względu na posiadaną na rynku pozycję Odwołującego i jego konkurencji, takie ograniczenie dostępu jest w ogóle możliwe.

## II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wniósł o ograniczenie rozpatrywania odwołania do zakresu dopuszczonego przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W niniejszym postępowaniu, w zakresie części I, której dotyczy odwołanie, Zamawiający jako przedmiot zamówienia wskazał świadczenie usługi dostępu do Internetu w lokalizacji przy ul. Olszewskiej 6 w Warszawie. Zamawiający wymagał sporządzenia oferty ściśle z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 13.1.2), w szczególności wypełnienia formularza oferty na podstawie wzoru. Szczegółowe wymagania zostały określone w części II specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opisie przedmiotu zamówienia, gdzie wskazano, że Zamawiający wymaga świadczenia usług dostępu do Internetu przez okres 36 miesięcy, w tym instalacji niezbędnego sprzętu oraz jego utrzymania w stanie zapewniającym świadczenie usługi na określonym w opisie przedmiotu zamówienia poziomie, z zapewnieniem określonej ochrony i wydajności łącza. Odpowiednio do wymagań Zamawiający skonstruował wzór formularza oferty, w którym wykonawca powinien był wycenić odpowiednio „Świadczenie usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I (węzeł OST112 przy ul. Olszewskiej 6, Warszawa) na warunkach określonych w SIWZ” (ujęte jako wynagrodzenie miesięczne i wartość usług w okresie obowiązywania umowy) oraz jednorazową opłatę instalacyjną.

Z uwagi na fakt, że w złożonej ofercie Odwołujący zaoferował w pozycji „Świadczenie usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I (węzeł OST112 przy ul. Olszewskiej 6, Warszawa) na warunkach określonych w SIWZ” kwotę wynagrodzenia 1 zł netto miesięcznie (co dawało

przez okres trwania umowy 36 zł netto, a 44,28 zł brutto) oraz tytułem jednorazowej opłaty instalacyjnej 159.452,28 zł. Zamawiający zwrócił się zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienia treści formularza ofertowego, w szczególności wykazania okoliczności dla których niemalże całe wynagrodzenie wykonawcy znalazło się w pozycji „jednorazowa opłata instalacyjna” oraz okoliczności, dlaczego oferta ta jest niezgodna z wymaganym przez Zamawiającego okresowym charakterem świadczenia realizowanego w ramach usługi.

W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał wprost, że wszystkie faktyczne koszty świadczenia usługi dostępu do Internetu, w tym koszty wprost określone jako miesięczne utrzymanie i naprawa infrastruktury oraz miesięczne koszty obsługi m.in. awarii oraz zleceń klienta ujęte są faktycznie w wycenie w ramach pozycji „jednorazowa opłata instalacyjna”.

Odwołujący świadczył analogiczną usługę dostępu do Internetu dla Zamawiającego w tej samej lokalizacji na podstawie umowy z 18 czerwca 2015 r., gdzie wynagrodzenie z tytułu świadczenia umowy wynosiło 1 zł netto tytułem opłaty instalacyjnej za aktywację usługi w lokalizacji oraz 3.100 zł miesięcznej opłaty abonamentowej za świadczenie usługi dostępu do Internetu na określonych parametrach łącza. Z uwagi na zwiększenie wymagań dotyczących bezpieczeństwa oraz dostępności łącza Zamawiający mógł się spodziewać wzrostu kosztów w obu pozycjach, ale nie „przenoszenia” kosztów pomiędzy pozycjami.

Na potrzeby oszacowania wartości przedmiotu zamówienia Zamawiający przeprowadził rozpoznanie rynku występując z zapytaniem ofertowym o wycenę usługi dostępu do Internetu dla łącza o określonych parametrach do potencjalnych wykonawców T-Mobile Polska S.A. oraz Netia S.A. W odpowiedzi na zapytanie ofertowe T-Mobile wyceniło opłatę instalacyjną na 0,00 zł natomiast opłaty miesięczne na 5.500 zł netto w wersji 12 miesięcznej i 4300 zł netto w wersji 36 miesięcznej. Z kolei Netia SA wskazała ofertę wariantową z uwzględnieniem zróżnicowania poziomu ochrony, przy czym w wariantcie z klasyczną ochroną operatorską opłata jednorazowa była określona na kwotę 1 zł.

Wycena instalacyjnej opłaty jednorazowej na poziomie 1 zł nie budziła wątpliwości Zamawiającego zważywszy na wskazaną w odpowiedzi na zapytanie powszechną praktyką wykonawców w tym zakresie oraz fakt, że instalowany sprzęt nie miał przechodzić na własność Zamawiającego, a pozostawać w dyspozycji wykonawcy. Jeśli sprzęt był już własnością wykonawcy, nie ponosił on kosztów jego nabycia, a jeśli go leasingował koszty te rozkładały się w czasie. Natomiast przeniesienie faktycznych kosztów miesięcznego świadczenia usług dostępu do Internetu do kosztów jednorazowej opłaty instalacyjnej nie jest żadnego rodzaju naturalnym, biznesowym sposobem wyceny, a stanowi świadomy i celowy czyn Odwołującego, który z jednej strony powoduje niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a z drugiej strony – zmierzał do uprzywilejowania sytuacji

Odwołującego w postępowaniu kosztem tak Zamawiającego jak i innych wykonawców, którzy złożyli oferty.

Niezgodność oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest oczywista. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiadają opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Zamawiający poprzez wzór formularza oferty oraz adekwatne zapisy wzoru umowy oczekiwał wyceny odpowiednio jednorazowej opłaty instalacyjnej oraz kosztów świadczenie usług dostępu do Internetu w aspekcie miesięcznym. Odwołujący podnosi w treści odwołania, że Zamawiający nie wyartykułował wymagań co do wskazanych pozycji wynagrodzenia, w szczególności nie wskazał szczegółowo wskaźników wynagrodzenia, składników ceny, jakie miały się znaleźć w określonych pozycjach (ani maksymalnej wartości tych pozycji), co należy interpretować jako pozostawienie Wykonawcy swobody w tym zakresie. Zamawiający nie wie, jakie są przyjęte u wykonawców procedury czy praktyki biznesowe, nie może zatem wiedzieć, jakie są składniki cenotwórcze jego usługi. W szczególności Zamawiający nie może wiedzieć, czy i jakim sprzętem dysponuje Wykonawca, jakie będą zasady jego ewentualnego zakupu, czy wykonawca korzystać będzie z podwykonawców i w jakim zakresie itp. Skoro w § 6 ust 7 wzoru umowy Zamawiający wskazuje, że całkowite wynagrodzenie łączne „obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym opłaty za korzystanie z urządzeń odbiorczo-nadawczych oraz wszystkie inne opłaty, koszty i nakłady Wykonawcy, niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy” jasne i logiczne jest, że oczekuje ujęcia wszystkich kosztów wykonawcy związanych z przedmiotem umowy. Jeśli wynagrodzenia ma być podzielone na jednorazową opłatę instalacyjną oraz miesięczną opłatę za świadczenie usługi, co jest jasno wyartykułowane w formularzu oferty, oznacza to, że Zamawiający oczekuje wyceny, ile będzie kosztowała faktycznie instalacja urządzeń i ile będzie kosztowało faktycznie miesięczne świadczenie usługi na parametrach określonych w SIWZ w ujęciu miesięcznym

i za cały czas trwania umowy. Oznacza to, że Zamawiający oczekuje pełnej wyceny usługi z uwzględnieniem podziału kosztów na pozycje, w ramach i w związku z którymi te koszty będą ponoszone. Zatem Odwołujący wskazując koszty faktycznego miesięcznego świadczenia usług (utrzymania i obsługi) w ramach jednorazowej opłaty instalacyjnej, z którą koszty te nie mają nic wspólnego, nie sporządził oferty zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem oferta słusznie została odrzucona.

Podkreślić należy, że celem art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wyeliminowanie z postępowania oferty wykonawcy, który proponuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach nierealnych, niemożliwych do spełnienia. Mając na względzie naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Zamawiający nie może dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy, którego oferta nie zapewnia jego właściwego wykonania.

Ustawa Prawo zamówień publicznych chroni istnienie mechanizmu niezakłóconej konkurencji jako optymalnego sposobu udzielania zamówień, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi w interes publiczny, w celu realizacji którego zamówienie jest udzielane.

Przenosząc faktyczne koszty miesięcznego świadczenia usług do pozycji jednorazowej opłaty instalacyjnej i składając ofertę w takiej formie, Odwołujący naruszył dobre obyczaje zagrażając tym samym interesom Zamawiającego (a w przypadku podpisania umowy także je naruszając) oraz naruszając interesy innych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Czyny utrudniające konkurencję, które występują w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą mieć różną postać, odbiegającą od czynów nazwanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Aby uznać określone zachowanie przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą, działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami oraz doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Ocenę taką należy odnieść do sytuacji tego konkretnego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, w kontekście zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności wzoru umowy. Odwołujący dokonał niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przesunięcia faktycznych kosztów pomiędzy pozycjami w ofercie w taki sposób, aby uprzywilejować swoją pozycję kosztem Zamawiającego (poprzez oczekiwanie zapłaty z góry za usługi jeszcze nie wykonane, a które być może w razie przedterminowego zakończenia umowy w ogóle nie zostałyby wykonane, jak i przez uniknięcie obowiązku zapłaty dyscyplinujących kar umownych w razie nienależytego zrealizowania umowy), jak i kosztem innych wykonawców w niniejszym postępowaniu (uniknięcie potencjalnych kar pozwala na

pominięcie ryzyk, a w konsekwencji skonstruowanie oferty na niższym poziomie cenowym, co stawia wykonawcę w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawcy, który prawidłowo i zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wycenił ofertę.

Odwołujący powołuje się na stwierdzenie jakoby formularz oferty zawierał pozycje „opłata instalacyjna” oraz „abonament”. W formularzu oferty Zamawiający nie użył pojęcia „abonament”, a pozycja w tabeli opisana jest jako „Świadczenie usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I (węzeł OST112 przy ul. Olszewskiej 6, Warszawa) na warunkach określonych w SIWZ” w ujęciu miesięcznym i w całym okresie świadczenia umowy – co oznacza wszystkie koszty związane ze świadczeniem usług na określonym poziomie przez okres trwania umowy. Również bezprzedmiotowe są prowadzone w odwołaniu rozważania odnośnie stosunku potencjalnych kar umownych do różnicy między cenami poszczególnych ofert, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie zakłada odstąpienia od umowy w celu uzyskania kary umownej i pozyskania z tego tytułu środków finansowych.

Zdaniem Zamawiającego działanie Odwołującego obliczone było na zniwelowanie ryzyka zapłaty kar umownych liczonych od wysokości opłaty miesięcznej.

Odwołujący działał racjonalnie w znaczeniu gospodarczym, jego działania nie mają charakteru przypadkowych i nieprzemysłanych, a jednocześnie celem tych działań jest maksymalizacja zysku przy poniesieniu minimalnych kosztów, nie oznacza to jednak, że może złożyć ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący naruszył dobre obyczaje kupieckie i złożył ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jako taka podlega ona odrzuceniu. Działania Odwołującego stoją w sprzeczności z obiektywnie pojmowaną uczciwością kupiecką rozumianą jako pozaprawne normy postępowania, którymi winni kierować się przedsiębiorcy w stosunkach gospodarczych, kształtowana przez ludzkie postawy uwarunkowane tak wartościami moralnymi jak i praktykami życia gospodarczego.

Jeżeli cena świadczenia usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia miałaby wynosić miesięcznie kwotę 1 zł netto, podczas gdy z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego jednoznacznie wynika, że koszty te kształtują się co najmniej na poziomie 1627 zł brutto, oznacza to, że usługi są sprzedawane poniżej kosztów ich świadczenia, przy czym cel eliminacji innych przedsiębiorców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz uzyskanie tego zamówienia do realizacji jest tu oczywisty, co spełnia przesłanki art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 15 ust 1 pkt 5 dotyczy wymuszania wyboru określonego kontrahenta, przy czym nie jest wymagana wskazywana przez Odwołującego przesłanka wymuszania zawarcia umowy z innym przedsiębiorcą. Przymus, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 wyraża się w wywołaniu przez przedsiębiorcę stanu, w którym zachowujący się rozsądnie klient, w celu ochrony własnych interesów, po prostu nie może skorzystać z ofert konkurencyjnych (gdyż wskazywałoby to na naruszenie ustawy Prawo

zamówień publicznych poprzez wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert). Wykonawca konstruuje ofertę, którą Zamawiający w reżimie PZP winien wybrać jako najkorzystniejszą punktowo. W tym przypadku jednak, oferta ta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i skonstruowana w sposób naruszający interesy Zamawiającego.

Działanie wykonawcy w warunkach reżimu ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez składanie oferty pozornie najkorzystniejszej stanowi naruszenia art. 15 ust 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia skonstruowanie oferty, która będąc pozornie najkorzystniejszą cenowo nakazuje z góry zapłacić za usługi jeszcze niewykonane i nie znajdujące pokrycia w faktycznych kosztach wykonawcy (a być może nie zostaną wykonane w ogóle) oraz która nie pozwala na skuteczne egzekwowanie obowiązków wykonawcy za pomocą kar umownych.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosząc popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji do utrudnienia dostępu do rynku nie określa, o jaki dokładnie rynek chodzi. Rynkiem tym może być zarówno rynek globalny, jak i lokalny. Popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji może być związane z utrudnieniem lub uniemożliwieniem innym przedsiębiorcom uzyskania konkretnego zamówienia. Eliminowanie z rynku nie oznacza wyłącznie sytuacji, gdy przedsiębiorca traci byt prawny lub faktycznie nie może uzyskiwać żadnych zamówień, ale jest to także pozbawianie możliwości uzyskania konkretnego zamówienia na skutek zastosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez jednego z wykonawców.

Z uwagi na powyższe odrzucenie oferty Odwołującego było uzasadnione i prawidłowe.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Z uwagi jednak na treść art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który – w stanie prawnym obowiązującym w niniejszym postępowaniu – ogranicza możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, do następujących czynności okoliczności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego,

nie odnosi się zaś do możliwości negocjowania oferty uznanej za najkorzystniejszą, zarzut dotyczący oferty wykonawcy T-Mobile Polska S.A. zostanie pozostawiony bez rozpoznania, co stanowi skutek w postaci odrzucenia tego zarzutu przez Izbę, o którym mowa w art. 189 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 189 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca bowiem odwołanie, jeśli stwierdzi, że odwołanie wniesione w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy innych czynności niż wskazane w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku, gdy odwołanie zawiera więcej niż jeden zarzut, kwestia odrzucenia rozpatrywana jest w stosunku do każdego z zarzutów osobno.

Izba ustaliła też, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego Izba, po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Tym samym Izba uznała, że działanie zamawiającego było prawidłowe.

Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zarzucając mu obejście wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez brak osobnej wyceny elementu oferty ujętego w pozycji „świadczenie usług dostępu do Internetu w Lokalizacji I (ul. Olszewska 6, Warszawa) na warunkach określonych w SIWZ” i przeniesienie tych kosztów do pozycji „jednorazowa opłata instalacyjna”.

Rzeczywiście, Zamawiający nie zdefiniował pojęć „świadczenie usług dostępu do Internetu na warunkach określonych w SIWZ” i „jednorazowa opłata instalacyjna” ani nie wymienił rodzajów kosztów, które muszą znaleźć się w poszczególnych pozycjach, jednak już same te nadane przez niego nazwy mają swoje znaczenie, w dużej mierze nadane przez praktykę („ustalony zwyczaj” w branży telekomunikacyjnej, o którym mowa w art. 65 Kodeksu cywilnego). Oczywiście jest bowiem, że do zakresu pojęcia „jednorazowa opłata instalacyjna” należą koszty związane z rozpoczęciem świadczenia usługi (instalacją), takie jak koszty poprowadzenia światłowodów (innego rodzaju okablowania, instalacji urządzeń radiowych, itd.), zakupu i instalacji sprzętu, koszt prac montażowych itd. (oczywiście poszczególny klient może ponosić je tylko częściowo). Z kolei do kosztów miesięcznego „świadczenia usług dostępu do Internetu” będą należały koszty bieżące związane ze świadczeniem usługi. Wątpliwości mogą dotyczyć niektórych rodzajów kosztów ponoszonych przez wykonawcę,



jak np. koszty dzierżawy łącz, najmu, leasingu sprzętu itp., które tradycyjnie ponoszone są okresowo, w postaci miesięcznego/kwartalnego lub rocznego czynszu, opłaty itp.; podobnie wynagrodzenie płacone podwykonawcom W takim przypadku niektóre opłaty związane z rozpoczęciem realizacji usługi (instalacją), mogą być ponoszone w ramach miesięcznych kosztów świadczenia usługi. Jednak żadnego z tych rodzajów kosztów spór nie dotyczy.

W swoich wyjaśnieniach dotyczących sposobu ukształtowania ceny Odwołujący wskazał, że w ramach „jednorazowej opłaty instalacyjnej” ujął: koszt zakupu sprzętu, w tym dodatkowe urządzenia na potrzeby szybkiego usunięcia awarii, koszty miesięczne utrzymania i naprawy infrastruktury oraz utrzymania usługi, koszty miesięczne obsługi m.in. awarii oraz zleceń klienta, koszty jednorazowe instalacji rozwiązań, zysk.

Spośród wymienionych powyżej kosztów, jak słusznie zauważył Zamawiający, przynajmniej „koszty miesięczne utrzymania i naprawy infrastruktury oraz utrzymania usługi” i „koszty miesięczne obsługi m.in. awarii oraz zleceń klienta” nie są związane z instalacją (czynnościami związanymi z rozpoczęciem realizacji usługi), lecz – jak już sama ich nazwa wskazuje – z jej bieżącą realizacją związaną z zapewnieniem nieprzerwanego, bezpiecznego dostępu do Internetu, która miała być opłacana w systemie miesięcznym, a tym samym powinna zostać przyporządkowana do pozycji „świadczenie usług dostępu do Internetu”. Miesięczny koszt tych elementów, zgodnie z kwotą podaną w wyjaśnieniach Odwołującego, to 1627 zł brutto, a zatem jest to minimalna kwota, która powinna zostać ujęta w pozycji drugiej, a więc jej całkowita wartość powinna wynosić minimum 58.572 zł (1627 zł x 36 miesięcy).

Zastosowany przez Odwołującego system wyceny oferty spowodował sytuację, w której Zamawiający na wstępie realizacji usługi musiałby zapłacić Odwołującemu kwotę 159.408,00 zł brutto, a następnie przez 36 miesięcy płacić wynagrodzenie w wysokości miesięcznej 1,00 zł netto, czyli łącznie 44,28 zł brutto. Tym samym cały koszt realizacji 3-letniej usługi (prawie 100% wynagrodzenia wykonawcy) Zamawiający musiałby zapłacić zaraz po zawarciu kontraktu, zamiast ponosić go równomiernie przez wskazane 3 lata. Tym samym Zamawiający, po pierwsze, znajduje się w niekorzystnej sytuacji musząc już obecnie wyasygnować prawie całą kwotę wynagrodzenia, czyli ponad 159 tysięcy zł, po drugie *de facto* traci finansową kontrolę nad tą umową (kwota 44,28 zł ze względu na swoją nieznaczną wysokość jest zupełnie pomijalna). Zamawiający rzeczywiście musiałby zapłacić z góry za usługę niewykonaną. Co więcej, ze względu na takie rozłożenie płatności, koszt ten (jednorazową opłatę instalacyjną w pełnej wysokości) Zamawiający musiałby ponieść nawet w przypadku rezygnacji z usługi. Należy tu zauważyć, że niezależnie od postanowień umownych, zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych (np. w art. 145), jak i inne akty

prawne (np. Kodeks cywilny), przewidują różnorakie możliwości rozwiązania/wypowiedzenia/odstąpienia od umowy i tym samym choćby częściowego odstąpienia od zapłaty wynagrodzenia, zwrotu wzajemnych świadczeń itp.

Samo naliczenie i zapłatę kar umownych, choć w trakcie realizacji umowy może być istotne, można pominąć jako wątek uboczny – naliczanie kar nie jest celem umowy. Choć oczywiście jest to także sposób kontroli przez Zamawiającego przebiegu realizacji umowy.

Sposób ukształtowania przez Odwołującego wynagrodzenia jest także niezgodny z przyjętą na rynku praktyką, zgodnie z którą podmioty świadczące usługi telekomunikacyjne starają się raczej unikać sytuacji, w której klienci musieliby płacić wysokie opłaty instalacyjne, aby nie zniechęcać ich do zawarcia umowy, zmiany operatora itd.

Powyższe okoliczności, zdaniem Izby, uzasadniają, dlaczego Zamawiający uznał, że jego interes jako klienta został zagrożony działaniem Odwołującego (okoliczność, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Ma

Akceptacja przez Zamawiającego takiej sytuacji godziłaby także w interes innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, ponieważ utrudniałaby im dostęp do zamówienia na warunkach zapewniających poszanowanie zasady uczciwej konkurencji.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest podstawową i fundamentalną regułą, której podlegają zamówienia publiczne w Polsce i Unii Europejskiej. Wskazuje ona także na szczególną dbałość o osiągnięcie tego celu – zatem dbałość o niezakłóconą konkurencję jest znacznie bardziej restrykcyjna, niż tylko przeciwdziałanie samym deliktom, jak robi to ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie można więc bezpośrednio i wprost porównywać tych dwóch ustaw, zwłaszcza uznając, że Zamawiający powinien reagować wyłącznie na dostrzeżone delikty. Należy też zwrócić uwagę, iż w środowisku zamówień publicznych od dawna trwa walka z oferowaniem usług za darmo, „za grosz”, „za złotówkę”, wykonaniem zamówienia w jeden dzień czy stuletnią gwarancją – działania takie od dawna uznawane są za – co do zasady – niedopuszczalne i godzące w uczciwą konkurencję.

Co do samych kwestii naruszenia zasad uczciwości (czy też „dobrych obyczajów”), należy zwrócić uwagę, że zostają one co do zasady naruszone, kiedy dane działanie lub zaniechanie powoduje wśród wykonawców lub innych osób obserwujących przebieg procedury udzielania zamówienia poczucie, że dane postępowanie czy to zamawiającego, czy wykonawcy/wykonawców jest „nie fair”, narusza wrodzone poczucie sprawiedliwości i nie powinno być dopuszczalne. Tym samym kwestie te są bardzo trudne do zdefiniowania, a każda definicja może być jedynie wtórna.

Co do pojęcia rynku – w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za „rynek”, na którym dane nieprawidłowe działanie ma miejsce, należy uznać dane postępowanie (zamówienie) prowadzone przez danego zamawiającego – zamawiający co do zasady nie bada ogółu działań wykonawcy (zamawiający zresztą najczęściej nie posiada ku temu ani czasu, ani środków), a podstawa odrzucenia zawarta w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy danej oferty złożonej w danym postępowaniu (choć w związku z wprowadzoną w 2016 r. zmianą podstaw wykluczenia, zostanie to częściowo rozszerzone).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....