

**WYROK**

**z dnia 11 lutego 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Aneta Mlącka  
**Członkowie:** Izabela Niedziałek-Bujak  
Andrzej Niwicki  
**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 7 i 10 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2020 r. przez Wykonawcę **Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Centrum Informatyki Resortu Finansów (ul. Samorządowa 1, 26-600 Radom)**

przy udziale Wykonawcy **Netia S.A. (ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego **Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Centrum Informatyki Resortu Finansów (ul. Samorządowa 1, 26-600 Radom)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Centrum Informatyki Resortu Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi transmisji danych w sieci rozległej WAN resortu finansów.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 174-424558.

Odwołujący Orange Polska S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę Netia S.A. w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego działającego zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że nie udzielił wymaganych wyjaśnień oraz dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta Wykonawcy Netia S.A. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Wykonawcy Netia S.A., przeprowadzenia ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych.

Zamawiający pismem z dnia 23 października 2019 r. wezwał Wykonawcę Netia S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności oczekując przedstawienia szczegółowych kalkulacji w zakresie wskazanym w wezwaniu oraz załączenia na ich potwierdzenie dowodów.

29 października 2019 r. Wykonawca Netia S.A. złożył wyjaśnienia.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia te nie spełniają wymagań, które określił w wezwaniu Zamawiający, a Zamawiający nie dołożył należytej staranności w zweryfikowaniu poprawności i kompletności złożonych wyjaśnień. Wykonawca Netia S.A. nie przedstawił szczegółowej kalkulacji oraz dowodów na to, że łączna cena brutto oferty obejmuje całkowity koszt realizacji zamówienia. Przedstawiona kalkulacja jest niekompletna, zawiera tylko część kosztów, jakie wykonawca musi uwzględnić dla prawidłowej i zgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia realizacji zamówienia, ponadto część wyliczeń oparta jest na nierealnych założeniach, nie mających odniesienia w dołączonych dowodach lub jest sprzeczna z SIWZ.

22 listopada 2019 r. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę Netia S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, m.in. formułując szereg pytań, na które Zamawiający oczekiwał odpowiedzi popartych dowodami.

Wykonawca Netia S.A. pismem z dnia 28 listopada 2019 r. złożył wyjaśnienia.

Odwołujący zwrócił uwagę na brak spójności przedstawionych wyjaśnień, niedoszacowanie szeregu kosztów czy w ogóle pominięcie szeregu kosztów, udzielenie wyjaśnień lapidarnych, ogólnych. Zamawiający niezasadnie uznał, że wyjaśnienia te wraz ze złożonymi dowodami są wystarczające do wykazania, że oferta Wykonawcy Netia S.A. nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący odniósł się do poszczególnych elementów cenotwórczych Wykonawcy Netia S.A

Wykonawca Netia S.A. wskazał, że posiada wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne w postaci infrastruktury, w tym własnych sieci w 50 największych miastach Polski oraz wielu mniejszych (nie wskazuje jednak w jak wielu) oraz dysponowaniu własnymi węzłami ethernetowymi (30 węzłów 10 GBpb oraz 150 węzłów 1GBbps).

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Netia S.A. nie wyjaśnił, w jaki sposób te ilości węzłów stanowią o wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia, szczególnie w kontekście rozległości ponad 700 lokalizacji Zamawiającego w kraju, objętych zamówieniem.

Dalej Odwołujący argumentował, że Wykonawca Netia S.A. zadeklarował, że posiada własną sieć w 150 lokalizacjach Zamawiającego oraz planuje „niewielką dobudowę” w kolejnych 376 lokalizacjach, co ma przynieść łączną oszczędność w kwotach odpowiednio 1.710.000,00 zł oraz 4.286.400,00 zł netto. Jako dowód przedstawił 9 mappek. Odwołujący wskazał, że nie wiadomo, dlaczego akurat tych 9 lokalizacji, skoro do wybudowania jest 376 lokalizacji. Odwołujący zwrócił uwagę, że brak jest także wyjaśnienia, co te mapki mają obrazować, nieznane są długości pokazanych przebiegów, brak kalkulacji kosztów budowy sieci w tych przykładach.

Wykonawca Netia S.A. wskazał, że z uwagi na posiadaną infrastrukturę w 150 lokalizacjach i będąc w pobliżu z infrastrukturą w 376 lokalizacjach przyjął średni koszt budowy do 1 lokalizacji w wysokości około 11.400,00 zł netto. Przy 100% nakładach inwestycyjnych koszt Wykonawcy Netia S.A. wyniósłby około 13.308.767,40 zł netto i od tej wartości wykonawca przyjął obniżenie kosztów.

Odwołujący zauważył, że skoro Wykonawca Netia S.A. przyjął jako kwotę bazową nakładów inwestycyjnych niezbędnych do realizacji zamówienia kwotę 13.308.767,40 zł netto, to w zestawieniu z kwotami założonych przez Wykonawcę oszczędności z tytułu posiadania własnej infrastruktury (odpowiednio 1.710.000,00 zł oraz 4.286.400,00 zł netto) koszt ostatecznych nakładów inwestycyjnych, jaki wykonawca będzie musiał ponieść w związku z realizacją zamówienia wyniesie nie mniej niż 7.312.367,40 zł netto (wartość kwoty bazowej, pomniejszona o wyliczone oszczędności). Tymczasem łączna kwota uwzględnionych przez tego wykonawcę nakładów inwestycyjnych wynosi 6.004.546,03 zł netto. Zdaniem

Odwołującego, wynika z tego, że Wykonawca Netia S.A. błędnie oszacował kwotę nakładów inwestycyjnych, zaniżając tym samym łączny koszt realizacji zamówienia o co najmniej 1.307.821.37 zł netto.

Odwołujący podniósł także zarzut niezgodności zakresu prac wskazanych przez Wykonawcę Netia S.A. w załączniku nr 4 do wyjaśnień z 29 października 2019 r. („Koszty roboty budowlanych, opracowanie dokumentacji, kanalizacja techniczna, zakup kabla na podstawie umowy ramowej z zał. nr 5 i 6.”) z treścią wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w pismach z dnia 29 października 2019 r. oraz 28 listopada 2019 r. w zakresie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla tego wykonawcy.

W załączniku nr 4 do wyjaśnień z 29 października 2019 r. („Koszty roboty budowlanych, opracowanie dokumentacji, kanalizacja techniczna, zakup kabla na podstawie umowy ramowej z zał. nr 5 i 6.”) wynika, że zakres prac opisanych w tabeli „BUDOWA NIEZBĘDNEJ KANALIZACJI TECHNICZNEJ” obejmuje wykonanie jedynie dobudowy krótkich przyłączy do budynków, w liczbie 339 sztuk, przy założonej średniej długości przyłącza 10m (na co wskazuje ilość zakupionego materiału w poz. Bud 001). Taki zakres prac znajduje potwierdzenie w pozostałych pozycjach tej tabeli (Dok 003, 005, 019, 021), gdzie ilość dokumentacji liczona jest w kwocie 339 kompletów. Zdaniem Odwołującego, powyższy zakres prac jest niezgodny z oświadczeniem Wykonawcy Netia S.A. o zamiarze realizacji zamówienia w oparciu o będącą w posiadaniu własną sieć przy 150 lokalizacjach Zamawiającego i wymagającą niewielkiej dobudowy w kolejnych 376 lokalizacjach. Prawidłowo skalkulowane koszty powinny w takiej sytuacji uwzględniać co najmniej koszty budowy krótkich przyłączy do 150 + 376 lokalizacji Zamawiającego oraz - dodatkowo - budowy kanalizacji technicznej w 376 lokalizacjach.

W konsekwencji Odwołujący wskazał, że przyjęte przez Wykonawcę Netia S.A. nakłady inwestycyjne nie uwzględniają w ogóle kosztów budowy kanalizacji do 376 lokalizacji, dla których wykonawca zadeklarował posiadanie infrastruktury „w pobliżu”, a uwzględniają w praktyce jedynie koszty dobudowania krótkich odcinków od ulicy do budynku Zamawiającego, i to tylko dla 339 lokalizacji. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Netia S.A. całkowicie pominął koszt budowy kanalizacji technicznej w 376 lokalizacjach Zamawiającego. W konsekwencji wyjaśnienia udzielone w tym zakresie, jak i sam dowód, należy uznać za niewiarygodne, a koszt wykazany w kalkulacji w Załączniku nr 2 do wyjaśnień w pozycjach A/ „Budowa kanalizacji teletechnicznej - łącza dostępne L (podstawowe)” oraz L/ „Budowa kanalizacji teletechnicznej - łącza dostępne L1 (zapasowe)” za skalkulowany niewłaściwie (zaniżony).

Podobne wątpliwości w ocenie Odwołującego budzi analiza pozycji tabeli drugiej załącznika nr 4 - zatytułowanej „Zakup oraz montaż kabla światłowodowego w kanalizacji”. Z analizy pozycji

tego załącznika, zdaniem Odwołującego wynika, że kosztorys przedstawiony przez Wykonawcę Netia S.A. przewiduje montaż kabla światłowodowego we własnej kanalizacji wykonawcy jedynie w 153 lokalizacjach oraz wykorzystanie kanalizacji Orange w 371 lokalizacjach. Tak przyjęty sposób realizacji tej części zamówienia jest niezgodny z twierdzeniem Wykonawcy Netia S.A. o wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy w związku z „posiadaną infrastrukturą w 150 lokalizacjach i będąc w pobliżu z infrastrukturą w 376 lokalizacjach”, gdyż w zakresie tych 376 lokalizacji Wykonawca nie założył montażu kabla w „będącej w pobliżu” infrastruktury wykonawcy.

Powyższe zdaniem Odwołującego wskazuje, że twierdzenia Wykonawcy Netia S.A. w zakresie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla tego wykonawcy, oparte na posiadanej własnej infrastrukturze, są niewiarygodne, a wykonawca nie wykazał w toku udzielonych wyjaśnień na czym ta przewaga miałaby polegać.

Odwołujący zwrócił także uwagę na niedoszacowanie przez Wykonawcę Netia S.A. kosztów routerów, a także niewykazany/zawyżony rabat w ofercie ATTENDE na nowe urządzenia.

Wymagana ilość wynikająca z OPZ to zdaniem Odwołującego 716 routerów, w tym routery pracujące w konfiguracji w lokalizacjach z kategorią SLA 1xCE, dla usług z pasmami <20Mbit/s = 58 szt. Wykonawca S.A. Netia posiada ofertę na 66 routerów od ATTENDE (zał. nr 7 do wyjaśnień RNC). Wskazuje posiadanie kolejnych 880 szt. (zał. nr 9 do wyjaśnień RNC), w tym model 897N/A-K9 780 szt., oraz model 891-K9 - 100 szt.

Według najlepszej wiedzy Odwołującego, na podstawie przeznaczenia ww. routerów, routery z rodziny 89x mogą pracować na łączach do 15Mbit/s, co oznacza, że z tego stanu magazynowego Wykonawca Netia może wykorzystać tylko 58 routerów dla usług z grupy I zamówienia dla pasma 10Mbit/s, co jest ilością niewystarczającą.

Odwołujący przedstawił wymagane ilości routerów dla poszczególnych grup lokalizacji oraz braki w wyjaśnieniach wykonawcy Netia S.A. W podsumowaniu stwierdził, że Wykonawca Netia S.A. w przedstawionych wyjaśnieniach nie doszacował 592 routerów, o łącznej wartości 434.277,44 USD, tj. 1 715 395, 87 zł. (kurs 3,95zł/\$).

Niewykazany/zawyżony rabat na zakup nowych urządzeń

Wykonawca Netia przedstawił ofertę ATTENDE z rabatem odpowiednio: Router ASR1001 (6 szt.) = 74,5% - może być przeznaczony na usługi z Grupy III, Router ISR4451 (10 szt.) = 75,03% (Grupa II), Router ISR1111 (50 szt.) = 80,06% (Grupa I). Średni rabat na całe zamówienie to w ocenie Odwołującego 75,03%.

Jako dowód Wykonawca Netia S.A. przedstawił tabelę z naniesionym rabatami. Odwołujący wskazał, że dokument nie został podpisany, co podważa jego wiarygodność. W ocenie

Odwołującego, przedstawiony rabat jest zawyżony. Biorąc pod uwagę zaniżoną ilość routerów oraz zawyżony rabat, zasadny jest wniosek, że Wykonawca Netia S.A. nie doszacował kosztów przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że rabat w wysokości 50%, jako bardzo prawdopodobny, oznaczałby wartość urządzeń w wysokości 1.557.542,47 USD, tj. 6 152 292,76 zł. o 4 984 845,10 zł więcej niż Wykonawca Netia S.A. przyjął w kalkulacji.

Odwołujący podniósł także zarzut, że Wykonawca Netia S.A. w pkt 3 lit. a) wyjaśnień wskazał, że stosuje dla jednostek z sektora administracji publicznej obniżone stawki godzinowe konsultantów. Zamawiający dopytał Wykonawcę Netia S.A. o tę kwestię w ponownym wezwaniu do wyjaśnień (pkt II ppkt 4), prosząc o doprecyzowanie, skonkretyzowanie, na czym polega oszczędność metody wykonania zamówienia w postaci „specjalnej stawki dla administracji publicznej”, z jakich preferencyjnych warunków korzysta wykonawca w celu obniżenia stawek godzinowych konsultantów realizujących zamówienia na rzecz administracji publicznej.

Wykonawca Netia S.A. stwierdził, że „projekty w administracji publicznej są zwykle rozłożone w czasie i o dużej pracochłonności, co pozwala efektywniej wykorzystać posiadane zasoby przy niższych stawkach. W długotrwałych projektach można zaplanować optymalne wykorzystanie zasobów i rozłożyć je na kilka projektów realizowanych równocześnie, co ma zasadniczy wpływ na obniżenie stawek godzinowych konsultantów w tym konkretnym projekcie”.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający przyjął bezkrytycznie powyższe wyjaśnienia, choć w istocie nie otrzymał odpowiedzi na zadane pytanie, co w ocenie Odwołującego potwierdza zarzut niewłaściwej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień Wykonawcy Netia S.A.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Netia w pkt 1 lit. a) wyjaśnień - nie wskazuje żadnych rozwiązań technicznych i nie wyjaśnia, jak dobór tych rozwiązań wpłynął na koszty oferty. Odwołuje się natomiast do deklaracji, że posiada bogate doświadczenie w świadczeniu podobnych usług oraz że zastosowane zostanie „rozwiązanie polegające na redukcji kosztów poprzez odpowiednią alokację środków na etapie inwestycyjnym przyjęte na potrzeby tego postępowania”; tyle że alokacja środków na etapie inwestycyjnym to opis sposób finansowania i nie jest technicznym elementem rozwiązania będącego przedmiotem zamówienia. Zamawiający wywód ten przyjął bezkrytycznie.

Dalej Odwołujący argumentował, że Wykonawca Netia S.A. wskazuje w wyjaśnieniach na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy: specjalizacja Wykonawcy w zakresie przedmiotu zamówienia - deklaruje, że posiada

wpracowany powtarzalny, sprawdzony proces i metodę przeprowadzania tego typu zamówień, co ma umożliwić obniżeniem średnich kosztów ich realizacji; nie wyjaśnia natomiast, które koszty obniży dzięki posiadanej specjalizacji i nie przedstawia na to żadnych dowodów, zasięg sieci Spółki w ramach grupy znacząco wzrósł dzięki akwizycjom innych spółek - brak wyjaśnienia w jaki sposób miałyby to stanowić sprzyjający warunek wykonywania zamówienia oraz brak dowodów.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy Netia S.A. mają charakter lapidarny, ogólnikowy, a formułowane twierdzenia nie są wspierane dowodami na ich poparcie.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Netia S.A. w wyjaśnieniach pominął całkowicie kluczowy i kosztogenny element świadczenia usługi jakim są koszty administracyjne i koszty sieci szkieletowej/transportowej. Zamawiający zwrócił na to uwagę dopytując o te koszty. Wykonawca Netia S.A. oświadczył jedynie, że uwzględnił te koszty w części A kalkulacji. Niemniej jednak nie wskazał, w której pozycji te koszty zostały uwzględnione i nie przedstawił na to żadnego wyliczenia ani kwoty.

Z analizy opisu i kwot poszczególnych pozycji części A kalkulacji wynika, że pozycje te dotyczą wyłącznie kosztów zapewnienia łączy dostępowych i nie mogą tam być uwzględnione koszty sieci szkieletowej, bowiem ani jeden z tych punktów w żaden sposób nie nawiązuje do tego aspektu.

Z opisu sieci Wykonawcy Netia S.A. wynika, że pojęcie „łączy dostępowych” to określenie odcinków sieci łączących routery CE zainstalowane w lokalizacjach klienta z routerami PE (brzegowymi) w sieci tego wykonawcy. Odwołujący wskazał, że do podłączenia routera CE (lokalizacja Zamawiającego) do najbliższego routera PE w sieci Wykonawcy Netia S.A. oprócz odcinka łączy dostępowego (przebiegającego na terenie danej miejscowości) niezbędne jest również zapewnienie łączy pośredniczącego, transportującego ruch do miejscowości, w której znajduje się router PE. Zdaniem Odwołującego, kalkulacja Wykonawcy Netia S.A. nie uwzględnia tych kosztów, wykazane są jedynie koszty budowy krótkich lokalnych odcinków dostępowych (tzw. ostatniej mili do klienta), jakie wykonawca Netia planuje zestawić w lokalizacjach znajdujących się w pobliżu obecnej sieci.

Nadto zdaniem Odwołującego, w kalkulacji szczegółowej poz. A/ i L/ w zakresie łączy dostępowych zostały uwzględnione jedynie koszty prac związanych z fizyczną budową kanalizacji oraz zakupem i montażem światłowodów w tej kanalizacji, natomiast pominięto koszty projektów technicznych, prowadzenia uzgodnień, uzyskania zgód budowlanych i innych, koszty zajęcia pasa drogowego, koszty odtworzenia nawierzchni etc.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Netia S.A. w żadnym z przedstawionych punktów



w wyjaśnieniach nie odniósł się do aspektów administracyjno-technicznych warstwy transportowej MPLS obejmujących pomieszczenia Wykonawcy, w których znajdują się urządzenia do świadczenia usługi, klimatyzacji w pomieszczeniach Wykonawcy niezbędnej dla prawidłowej pracy urządzeń, energii elektrycznej wykorzystywanej do świadczenia usługi, którą pokrywa w ramach opłaty za usługę Wykonawca, bezpieczeństwa fizycznego i danych transportowanych na sieci szkieletowej, zasobów ludzkich niezbędnych do obsługi (osób nie ujętych w kosztach przedstawionych w pozostałych segmentach), monitoringu i zarządzania urządzeniami (siecią), koszty zgłoszeń serwisowych w rozumieniu prac planowych, czyli części organizacji odpowiedzialnej za weryfikację i analizę zlecenie prac serwisowych. Nie dotyczy to samych zgłoszeń awarii wynikających z monitoringu ani zgłaszanych przez Zamawiającego awarii. Ujęty tu koszt to część wartości administracyjnej odpowiadającej za analizę, wydawanie zgód na działania serwisowe i planowe, kosztów prac związanych np. z dewastacjami sieci, punktów pośrednich, odtworzeniowych, kosztów materialnych wychodzących poza standardowa obsługę awarii wynikających z przyczyn uszkodzeń wynikających ze zużycia.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że nie zostały uwzględnione koszty administracyjne: koszty osobowe, w szczególności wynagrodzenia i ich pochodne, ubezpieczenie stanowisk pracy, bezpieczeństwa, sieci teleinformatycznej i komputerów, ogólne koszty administracyjne, w tym koszty obsługi prawnej, księgowości, utrzymania biura powierzchni administracyjnej, budynków, ubezpieczeń, koszty obsługi sprawozdawczości ustawowej, koszty standardów bezpieczeństwa informacji. Zapewnienie bezpieczeństwa danych klientów.

Nadto nie został uwzględniony koszt bieżącego serwisowania sieci szkieletowej (prac związanych z utrzymaniem w sprawności całej warstwy transportowej sieci od punktów pośrednich poprzez łącza, kable, kanalizacje, utrzymanie parametrów jakościowych (opóźnienia). W skład przedstawionych kosztów wchodzi następujące elementy składowe: Koszy bieżącego serwisowania sieci szkieletowej, opłaty serwisowe na rzecz dostawców za utrzymanie urządzeń w gotowości, Koszty prac prewencyjnych, koszt pracowników i stanowisk pracy dot. przeglądów planowych wynikających z warunków gwarancji urządzeń oraz wewnętrznych procedur utrzymaniowych. Koszty serwisowania przez firmy zewnętrzne, przeglądów planowych oraz wykonania wszystkich procedur wynikających z ISO, koszty utrzymania kanalizacji i kabli telekomunikacyjnych w sieci dostępowej oraz sieci szkieletowej, jak również urządzeń zainstalowanych u Zamawiającego, w tym: wszelkie koszty związane z opłatami zewnętrznymi, m.in. opłaty lokalne i podatki lokalne. Koszty związane z przeglądami kanalizacji i kabli sieci szkieletowej i dostępowej np. przegląd studzienek kablowych. Koszty związane z opłatami dla zewnętrznych firm (tzw. partnerzy techniczni). Koszty pracowników i

stanowisk pracy, którzy utrzymują w ciągłej gotowości sieć dostępową i szkieletową. Koszty napraw uszkodzonej sieci nie wchodzących w zakres inwestycji. Koszty kontrolnych pomiarów, gwarantujących odpowiedni poziom świadczenia usługi. Koszty wyspecjalizowanych grup technicznych przeznaczonych do monitorowania i szybkiego usuwania uszkodzeń. Opracowanie tras redundantnych, koszty węzłów pośrednich agregujących ruch oraz urządzeń sieci szkieletowej, w tym: koszty utrzymania routerów sieci VPN, koszty utrzymania pomieszczeń teletechnicznych, ochrony przeciwpożarowej. Koszty związane z eksploatacją urządzeń: koszty energii, koszty klimatyzacji, koszty systemów nadzoru oraz koszty pracowników i stanowisk pracy. Koszt utrzymania systemów nadzoru. Opłaty licencyjne za wykorzystanie urządzeń sieci VPN.

Odwołujący zwrócił także uwagę na koszty prac prewencyjnych po stronie Wykonawcy: koszt przeglądów planowych wynikających z warunków gwarancji, koszt pracowników i stanowisk, koszt wewnętrznych procedur utrzymaniowych, koszt serwisowania przez firmy partnerskie, koszt procedur wynikających z ISO; koszty utrzymania kanalizacji i kabli telekomunikacyjnych w sieci dostępowej oraz sieci szkieletowej po stronie Wykonawcy, w tym: opłaty lokalne, podatki lokalne, przegląd kabli sieci szkieletowych, przegląd kabli sieci dostępowych, przegląd studzienek kablowych i kanalizacji, koszt kontrolnych pomiarów jakości sieci, koszt wyspecjalizowanych grup do trudno usuwalnych awarii, opracowanie tras redundantnych. Koszty węzłów pośrednich agregujących ruch oraz sieci: koszty utrzymania routerów operatorskich, sieci VPN, koszty utrzymania infrastruktury technicznej, koszty ochrony przeciwpożarowej, eksploatacja urządzeń, koszty energii, koszty klimatyzacji pomieszczeń technicznych, koszty systemów nadzoru, opłaty licencyjne urządzeń w sieci VPN.

Odwołujący, oszacował koszty nieuwzględnione z tytułu analogicznych kosztów w kalkulacji Wykonawcy Netia S.A. na kwotę co najmniej 3.500.000 zł netto.

Odwołujący zwrócił uwagę na niedoszacowanie przez Wykonawcę Netia S.A. kosztów pracy. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na założenie, sprzeczne z wymaganiami OPZ w zakresie ilości wymaganej pracy pracowników oraz na nieuwzględnienie zmiennych składników wynagrodzenia oraz kosztów pracodawcy wynikających ze składek ZUS.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca Netia S.A. w kalkulacji nie uwzględnił kosztów związanych z wymaganiami dotyczącym wsparcia technicznego. Wymagania Zamawiającego ujęte w załączniku C do SIWZ § 5 ust. 1 zostały opisane: Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usługi Wsparcia Technicznego w Dni robocze w godzinach 8:00-16:00 przez cały okres trwania Umowy. W wyjaśnieniach Wykonawca uwzględnił to wymaganie w tabeli pt.:

„Świadczenie usługi Wsparcia Technicznego na rzecz Administratorów”, zgodnie z wymaganiami zawartymi w § 5 Załącznika C do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Netia S.A. w zależności od okresu obowiązywania umowy przeznaczył na to zobowiązanie od 84 do 30 godzin/miesiąc pracy inżyniera ds. Integracji (51.04 zł/h). Średnio w ciągu obowiązywania umowy jest to 47h/m-c z kosztem 2 398,88 zł/m-c. Oczekiwaniem Zamawiającego jest zabezpieczenie wsparcia przez 168 godzin/m-c. To zdaniem Odwołującego oznacza, że rzeczywisty koszt, jaki Wykonawca Netia S.A. powinien zabezpieczyć wynosi  $168h \times 51,04 \text{ zł/h} = 8\,574 \text{ zł/m-c}$ .

Ponadto Odwołujący wskazał, że Wykonawca Netia S.A. nie uwzględnił w swoich kalkulacjach kosztów pracodawcy ponoszonych w związku z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę, tj.: Składka ZUS emerytalna 9,76%, Składka ZUS rentowa 6,50%, Składka ZUS wypadkowa 0,67% (uzależniona od wypadkowości w firmie), Składka ZUS Fundusz Pracy 2,45%, Składka ZUS Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych 0,10%.

Ponadto w umowie wskazanej w pkt i. c. w ustępie 5. Umowy, pracodawca (Wykonawca Netia S.A.) przewidział premię dla pracownika zgodnie z postanowieniami Regulaminu Wynagradzania. Ten składnik wynagrodzenia, będący kosztem Wykonawcy, nie został nigdzie uwzględniony. Na potrzeby tej kalkulacji została przyjęta średnia wartość premii w wysokości 25% wynagrodzenia zasadniczego.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Netia S.A. zaniżył w kalkulacji koszty pracownicze związane z realizacją zamówienia o co najmniej 324.058,05 zł netto.

W ocenie Odwołującego Wykonawca Netia S.A. nie uwzględnił w cenie oferty odpowiedniej kwoty na pokrycie kar umownych z tytułu nieterminowego uruchomienia usługi jak również kar z tytułu awarii łączny.

#### **Izba zważyła co następuje:**

Niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 90 ust. 3 w związku z artykułem 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Netia S.A., dotyczących wyliczenia ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli spełniona została jedna z przesłanek określonych w artykule 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.: jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień, albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w

stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca Netia S.A. złożył wyjaśnienia – 29 października 2019 roku oraz 28 listopada 2019 roku, zatem nie zachodzi pierwsza z przesłanek odrzucenia oferty.

Odwołujący nie wykazał, aby zachodziła druga z przesłanek odrzucenia, a więc aby cena zaoferowana przez Wykonawcę Netia S.A. za realizację zamówienia mogła zostać zakwalifikowana jako rażąco niska.

Zgodnie z orzecznictwem Izby, ceną rażąco niską jest cena nierealna, nie pozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy. Odwołujący nie wykazał, aby ocena wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Netia S.A. pozwalała na uznanie, że zaoferowana przez tego Wykonawcę cena jest rażąco niska.

Wykonawca Netia S.A. wskazał w treści wyjaśnień na sprzyjające okoliczności realizacji zamówienia, które w jego ocenie wpływają na możliwość zaoferowania niższej ceny. Jako jedną z okoliczności wskazał, że posiada rozbudowaną sieć szkieletową, co oznacza, że może podłączyć się do lokalizacji wymaganych przez Zamawiającego bez konieczności budowania od podstaw sieci szkieletowej. Dodatkowo, jako dowód, załączył mapki – jak wskazał jedynie przykładowo.

Odwołujący odniósł się do wyliczeń przedstawionych przez Wykonawcę Netia SA. Zarzuty Odwołującego wobec wyjaśnień Wykonawcy Netia S.A. opierały się na wyliczeniu oszczędności i zestawieniu ich z kwotą 13.308.767,40 zł podaną w dodatkowych wyjaśnieniach z dnia 28.11.2019 r. jako koszt, od którego Wykonawca ten naliczał rabaty. Kwota 13.308.767,40 zł pojawia się w wyjaśnieniach Wykonawcy Netia S.A. jako wartość szacunkowa, jaka zostałaby przyjęta przy założeniu budowy wszystkich łączy od podstaw we wszystkich lokalizacjach (526 lokalizacji). Faktycznie do kalkulacji ceny oferty Wykonawca Netia S.A. przyjął, jako odpowiadającą kosztom szacunkowym budowy łączy, wartość jednostkową budowy około 11.400 zł netto (11319,59). Jak wskazano, przy realizacji 526 lokalizacji łączny szacunkowy koszt wyniesie 5.954.106,03 zł netto, co znalazło odzwierciedlenie w zestawieniu kosztowym. Wartość ta uwzględnia istniejące udogodnienia infrastrukturalne dla 150 lokalizacji, gdzie istnieją już łącza, a także przyłączenie kolejnych 339, znajdujących się w niewielkiej odległości od infrastruktury już istniejącej. Należało zatem jako podstawę do oceny zaoferowanej ceny przyjąć tę właśnie wartość, nie zaś kwotę 13.308.767,40 zł. Także z uwagi na okoliczność, że w kalkulacji Wykonawcy Netia S.A. (w załączniku nr 2) kwota 13.308.767,40 zł. w ogóle nie została ujęta. Odwołujący skupił się na wykazaniu, iż poziom oszczędności uniemożliwi „domknięcie” kalkulacji, nie wykazał

natomiast braku wiarygodności założeń przyjętych przez Wykonawcę Netia S.A. co do poziomu kosztów wskazanych w załączniku nr 2. Wyjaśnienia te prezentowały główne założenia, które co do meritum nie były kwestionowane przez Odwołującego, tak co do poziomu oszczędności, jak i kosztów budowy łączy. Z tego względu należało uznać, że Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowana przez Wykonawcę Netia S.A. cena za realizację zamówienia była nierealna, czy też uniemożliwiała zrealizowanie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Netia S.A. nie doszacował kosztów zakupu 592 routerów. W tym zakresie Odwołujący przedstawił jako dowód dokumenty pochodzące od firmy Cisco - producenta routerów zaoferowanych przez Wykonawcę Netia S.A., zatytułowane: „Przegląd wydajności routerów usług zintegrowanych Cisco”, „Routery usług zintegrowanych Cisco – Przegląd wydajności”. Każdy z dokumentów został przedstawiony w języku angielskim wraz z tłumaczeniem sporządzonym przez tłumacza przysięgłego na język polski. Dodatkowo Odwołujący przedstawił ww. pisma na nośniku w postaci płyty CD. Zdaniem Odwołującego, dokumenty te wskazują na okoliczność, że zaoferowany przez Wykonawcę Netia S.A. router 890 posiada wydajność, która została określona jako wartość 10-15 Mbps, co wynika z rysunku zamieszczonego w dokumencie: „Routery usług zintegrowanych Cisco – Przegląd wydajności” na stronie nr 6 pn.: „Pozycjonowanie wydajności według platformy z usługami”. Powyższe potwierdza także dokument pn.: „Przegląd wydajności routerów usług zintegrowanych Cisco”, w którym, z wykresu zawartego na stronie nr 3 można odczytać, iż zaoferowany router nie osiąga przepustowości większej niż 15 Mbps.

Zdaniem Odwołującego, wymagania Zamawiającego w zakresie przepustowości spełniłyby routery: 1941 oraz co najmniej 2911 o wydajnościach odpowiednio: 25 i 35 Mbps.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający nie określił, jakie konkretnie urządzenia powinni zaoferować wykonawcy. Zamawiający określił jedynie rozwiązania, jakich będzie wymagał, zaś dobór urządzeń należał do wykonawców. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług, które powinny zostać wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, nie zaś dostawa urządzeń o konkretnie zdefiniowanych parametrach.

Ponadto, Odwołujący oparł swoje twierdzenia na dokumentacji, która stanowi zalecenia producenta Cisco i która nie jest wiążąca.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że na stronie 6 dokumentu pod nazwą „Routery usług: zintegrowanych Cisco – Przegląd wydajności” została zamieszczona tabela nr 8 pn.: „Wydajność NAT+ QoS + ACL według platformy, ruch IMIX przy 75 – procentowym wykorzystaniu procesora”. Z tabeli tej wynika, że router Cisco 890, zaoferowany przez Wykonawcę Netia S.A., osiąga parametry przepustowości 45 Mbps przy trzech ww. funkcjonalnościach, zaś Zamawiający wymagał jedynie dwóch: QoS, ACL. Powyższe oznacza, że nie jest tak, że routery zaoferowane przez Wykonawcę Netia S.A. nie spełnią

wymaganych funkcjonalności.

Ponadto Wykonawca Netia S.A. przedstawił jako dowód wyniki badań, jakie przeprowadził, które potwierdziły, że routery spełniły wymagania stawiane przez Zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał zatem, aby zaoferowane przez Wykonawcę Netia S.A. routery nie spełniły wymagań i konieczne było zaoferowanie routerów, które będą droższe.

Odwołujący nie wykazał także, aby routery zostały zaoferowane w ilościach, które uniemożliwią realizację zamówienia w sposób prawidłowy. Jak wyjaśnił Wykonawca Netia S.A., posiada zadeklarowaną ilość routerów w ilości 880 sztuk – o czym świadczą stany magazynowe. Wskazał także na dodatkowe routery pochodzące od firmy Atende S.A. Powyższe oznacza, że jest w stanie zapewnić wymagane 716 routerów.

Wykonawca Netia S.A. załączył do treści złożonych wyjaśnień dowód w postaci oferty (w formie wydruku elektronicznego), w której wskazane zostały routery wraz z określonym rabatem, jaki podmiot Atende S.A. zaoferował Wykonawcy Netia S.A. Zdaniem Odwołującego, przedstawiony rabat (w wysokości ocenionej przez Odwołującego średnio jako 75%) jest zbyt zawyżony.

Odwołujący nie przedstawił jednak dowodów na tę okoliczność. Przede wszystkim, jak wskazał Zamawiający i Wykonawca Netia S.A., podmioty Atende S.A i Netia S.A. pozostają we współpracy, a Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Ponadto Odwołujący nie wykazał, aby nie było możliwe uzyskanie przez Wykonawcę Netia S.A. wskazanego rabatu, chociażby z uwagi na współpracę obu podmiotów.

W ocenie Izby złożenie oferty w formie elektronicznej w żaden sposób nie podważa jej wiarygodności. Po pierwsze, jak wskazano powyżej, obydwa podmioty pozostają we współpracy. Attende S.A. miała wiedzę o złożonej ofercie. Wykonawca Netia S.A. przedłożył jako dowód pismo z 21 stycznia 2020 roku skierowane przez firmę Atende S.A. do Centrum Informatyki Resortu Finansów, które zawiera sprzeciw wobec ewentualnego ujawnienia przez Zamawiającego informacji dotyczących cen przedstawionych przez Wykonawcę Netia S.A. w postępowaniu. W piśmie tym, w odniesieniu do wyjaśnień składanych przez Wykonawcę Netia S.A. w postępowaniu, Attende S.A. wskazała: „W wyjaśnieniach tych została zawarta oferta cenowa na urządzenia telekomunikacyjne. Oferta zawiera w szczególności rodzaj oferowanych przez Attende S.A. urządzeń, ceny jednostkowe oraz udzielone rabaty. Ww. informacje mieszczą się w pojęciu polityki cenowej Attende S.A., która z oczywistych względów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Attende S.A. W szczególności, ceny urządzeń telekomunikacyjnych oraz oferowane rabaty są efektem indywidualnych uzgodnień i nie są publicznie dostępne.” Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że Attende S.A. posiadała wiedzę o cenach, jakie zostały zaoferowane w postępowaniu. Złożona przez Attende S.A. oferta nie może zostać uznana za niewiarygodną.

Nawet jeśli dołączona do wyjaśnień Wykonawcy Netia S.A. oferta Atende S.A. nie została podpisana, również nie podważa to jej wiarygodności. Jak wskazano powyżej, podmioty pozostają w stosunkach stałej współpracy, zaś Wykonawca Netia S.A. przedstawił pełnomocnictwo z 7 października 2019 roku udzielone w imieniu Atende S.A. osobie, której nazwisko znalazło się w treści oferty. Osoba ta została umocowana m. in. do składania w imieniu Atende S.A. wszelkich oświadczeń woli i wiedzy związanych z postępowaniem, w tym poświadczania kopii dokumentów za ich zgodność z oryginałem, prowadzenie z Netia S.A. w imieniu Atende wszelkiej korespondencji związanej z postępowaniem, udziału w imieniu Atende w negocjacjach, w tym negocjowaniu z Netia S.A. warunków umowy, upustów i rabatów.

Powyższe okoliczności potwierdzają, że Wykonawca Netia S.A. uzyskał wskazane rabaty, a tym samym mógł zaoferować w postępowaniu korzystniejszą cenę za realizację zamówienia, co z kolei przeczy twierdzeniu Odwołującego, że wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami zostały niewłaściwie ocenione przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu niezgodności zakresu prac wskazanych przez Wykonawcę Netia S.A. w załączniku nr 4 do wyjaśnień z 29 października 2019 r. z treścią wyjaśnień udzielonych przez tego Wykonawcę w pismach z dnia 29 października 2019 r. oraz 28 listopada 2019 r. w zakresie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla tego Wykonawcy, Odwołujący stwierdził, że prawidłowo skalkulowane koszty powinny w takiej sytuacji uwzględniać co najmniej koszty budowy krótkich przyłączy do 150 lokalizacjach oraz – dodatkowo – budowy kanalizacji technicznej w 376 lokalizacjach. Zatem zdaniem Odwołującego przyjęte przez Wykonawcę Netia S.A. nakłady inwestycyjne nie uwzględniają w ogóle kosztów budowy kanalizacji do 376 lokalizacji, dla których Wykonawca zadeklarował posiadanie infrastruktury „w pobliżu”, a uwzględniają w praktyce jedynie koszty dobudowania krótkich odcinków od ulicy do budynku Zamawiającego, i to tylko dla 339 lokalizacji. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Netia S.A. całkowicie pominął koszt budowy kanalizacji technicznej w 376 lokalizacjach Zamawiającego.

Wykonawca Netia S.A. w piśmie złożonym w trakcie rozprawy wskazał, że: „(...) ze szczegółowej kalkulacji zamówienia wynika, że Netia zamierza zrealizować zamówienie poprzez:

- (I) wykorzystanie własnej infrastruktury,
- (II) poprzez wykorzystanie kanalizacji teletechnicznej Orange,
- (III) poprzez wybudowanie nowych przyłączy.

W przypadku 150 lokalizacji Netia posiada obecnie infrastrukturę światłowodową bezpośrednio w lokalizacji Zamawiającego lub w kanalizacji teletechnicznej przed budynkiem.

W tych lokalizacjach znajdują się już wykonane przyłącza tzn. nie wymagana jest budowa kanalizacji technicznej. Koszty związane z realizacją tej części zamówienia zostały opisane w wierszu 3 kosztorysu. W pozostałych 376 lokalizacjach należy rozpatrzyć dwa przypadki:

Ad (II) konieczność dowiązania do sieci światłowodowej Netii znajdującej się w dalszej odległości od budynku, niż w przypadku opisanych w punkcie (I) 150 lokalizacji – dotyczy 37 lokalizacji i polega na wykorzystaniu istniejących przyłączy i kanalizacji teletechnicznej zarówno Netii jak i Orange. Koszty związane z realizacją tej części zamówienia zostały opisane w pkt 3 kosztorysu.

Ad (III) wymagana budowa przyłącza/kanalizacji do budynku od najbliższej studni telekomunikacyjnej Netii lub Orange dotyczy 339 lokalizacji - koszty związane z realizacją tej części zamówienia zostały opisane w pkt 2 i 3 kosztorysu.

Należy podkreślić, że w żadnej części wyjaśnień, Netia nie „zadeklarowała metody realizacji zamówienia” w postaci wybudowania nowych przyłączy/kanalizacji dla wszystkich 526 lokalizacji czy też dla 376 lokalizacji. W części wyjaśnień dotyczących „wyjątkowo sprzyjających warunkach zamówienia” Netia przywołała jedynie fakt posiadania rozległej sieci (pkt 2 b) wyjaśnień z 29.10.19 r. oraz to, że przyjęła średni koszt budowy, w których ta budowa jest konieczna (a nie dla wszystkich lokalizacji, co zdaje się twierdzić Odwołujący) w wysokości 11.400 zł (pkt II, ad 3) ppkt 2) wyjaśnień z 28.11.19 r.”

Ponadto, jak wyjaśnił Wykonawca Netia S.A., niezależnie zamierza wykorzystać istniejącą infrastrukturę (na mocy umowy regulacyjnej).

W świetle powyższych wyjaśnień należało uznać, że Wykonawca Netia S.A. skalkulował koszty stosownie do sytuacji, tj. w zależności od możliwości wykorzystania infrastruktury istniejącej w danej lokalizacji, zakładając przy tym w szerokim zakresie wykorzystanie istniejącej już infrastruktury w celu minimalizacji kosztów. Odwołujący nie wykazał sprzeczności w złożonych przez Wykonawcę Netia S.A. wyjaśnieniach.

Odwołujący sformułował zarzut, zgodnie z którym Wykonawca Netia S.A. wskazał na okoliczność oszczędności metody wykonania zamówienia, która polega na przyjęciu specjalnych, bliżej niesprecyzowanych stawek dla administracji publicznej. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Netia S.A. nie wskazuje również żadnych rozwiązań technicznych i nie wyjaśnia, jak dobór tych rozwiązań wpłynął na koszty oferty.

W ocenie Izby Wykonawca Netia S.A. wskazał w treści wyjaśnień na pewne okoliczności, które w jego ocenie uzasadniały możliwość korzystniejszej kalkulacji kosztów. Być może wyjaśnienia Wykonawcy Netia S.A. mogły by być jeszcze bardziej szczegółowe. Nie zmienia to okoliczności, że Odwołujący nie wykazał, aby za zaoferowaną cenę Wykonawca Netia S.A. nie mógł zrealizować zamówienia.



Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wskazał, w jaki sposób należy kalkulować koszty zamówienia. Każdy z wykonawców miał możliwość dowolnego skalkulowania kosztów, w oparciu o własne doświadczenie, możliwości i przyjętą ekonomikę. Tymczasem zarzuty Odwołującego opierają się na założeniu, że każdy z wykonawców powinien sporządzić wycenę i wyjaśnienia przyjmując taki sam rozkład kosztów, jak Odwołujący. Nie można uznać, aby wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Netia S.A. były pozbawione wiarygodności z uwagi na okoliczność, że nie zawierają takiego samego ujęcia kosztów, jak u Odwołującego. Z okoliczności, że Wykonawca Netia S.A. nie wyodrębnił wszystkich kosztów stałych czy pracowniczych nie można wyprowadzić wniosku, że takich kosztów Wykonawca ten nie uwzględnił. Koszty stałe i koszty pracownicze, jak wyjaśnił Wykonawca Netia S.A., są ponoszone przez Wykonawcę niezależnie od tego, czy uzyska zamówienie czy też nie. Funkcjonowanie przedsiębiorstwa opiera się na realizacji wielu projektów.

Koszty administracyjne (energii, klimatyzacji, ochrony, ubezpieczeń), jak wyjaśnił Wykonawca Netia S.A., stanowią koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa Netia i są całkowicie niezależne od przedmiotu zamówienia, którego dotyczy odwołanie. Okoliczność uzyskania, czy też nie zamówienia, nie wpłynie na zwiększenie ww. kosztów, ponieważ są to koszty stałe, nie objęte przedmiotem zamówienia (tak jak dedykowana księgowość, dedykowana obsługa prawna). Podobnie koszty związane z bieżącym utrzymaniem sieci dostępowej i szkieletowej ponoszone są niezależnie od realizacji projektu.

Zatem nie można uznać, że przyjęty przez Wykonawcę Netia S.A. sposób przedstawienia wyjaśnień i kalkulacji jest nieprawidłowy.

Wykonawca Netia S.A. w treści złożonych wyjaśnień odniósł się również do kosztów pracowniczych i przyznał, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia konieczność poniesienia kosztów pracowniczych (koszty składek ZUS, podatkowych, koszty stanowiskowe).

Nie jest także zasadny zarzut, aby Wykonawca Netia S.A. zaniżył wartość prac w kalkulacji w stosunku do wymagań klienta. Wymaganie Zamawiającego dotyczyło obowiązku świadczenia usługi wsparcia technicznego przez wykonawcę w godzinach 8:00-16:00 w dni robocze przez cały okres obowiązywania umowy. Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający wymagał świadczenia usługi wsparcia przez jedną dedykowaną osobę, która miałaby zostać przypisana tylko do pracy z Zamawiającym w sposób ciągły przez 8 godzin dziennie. Oznacza to, że Wykonawca miał możliwość skalkulowania kosztów w sposób optymalny, w oparciu o wiedzę nabytą przy realizacji podobnych projektów, sposób prowadzenia przedsiębiorstwa, uwzględniając wymóg świadczenia usługi wsparcia technicznego dla Zamawiającego. Nie można zatem uznać, aby Wykonawca Netia S.A. nie uwzględnił pośród kosztów wymagań Zamawiającego co do zapewnienia usługi wsparcia technicznego.

Odwołujący podniósł także zarzut, że Wykonawca Netia S.A. nie uwzględnił w cenie oferty odpowiedniej kwoty na pokrycie kar umownych z tytułu nieterminowego uruchomienia usługi, jak również kar z tytułu awarii łączy.

W odniesieniu do tego zarzutu ponownie należy zauważyć, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu obliczenia ceny za realizację zamówienia. Z całą pewnością nie zawarł konieczności ujęcia w zaoferowanym wynagrodzeniu kar umownych. Kary umowne ponoszone przez wykonawcę Zamawiający musiałby z góry zapłacić w ramach wynagrodzenia. Kara wówczas nie miałaby żadnego uzasadnienia. Ponadto, nie jest możliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć dokładną wysokość ilości kar, a w konsekwencji ich wysokość. Oznacza to, że kalkulacja kar umownych w wynagrodzeniu wykonawcy nie jest elementem, którego brak potwierdza, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Z tego względu zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....