

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Orange Polska Spółka Akcyjna, Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Krajową, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;

1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: Orange Polska Spółka Akcyjna, Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;

1.3. przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Orange Polska Spółka Akcyjna, Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;

2. Kosztami postępowania obciąża Prokuraturę Krajową, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego: Prokuratury Krajowej na rzecz Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Orange Polska Spółka Akcyjna, Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 953/22

Prokuratura Krajowa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych prokuratury”, numer referencyjny: PK XF 261.17.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 czerwca 2021 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2021/S 118-310535

Zamawiający 25 marca 2022 r. przekazał informację o odrzuceniu oferty

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Orange Polska Spółka Akcyjna, Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej łącznie: „Konsorcjum” lub „Odwołujący”), jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz unieważnieniu postępowania z uwagi na to, że wszystkie oferty podlegały odrzuceniu. W terminie ustawowym Odwołujący wniósł odwołanie wobec powyższych czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu na ruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Konsorcjum, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas, gdy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, podczas gdy oferta Konsorcjum nie podlegała odrzuceniu, a tym samym nie było podstaw do unieważnienia postępowania.

Wskazując na powyższe czynności Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum;
- 3) dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Konsorcjum.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę Odwołujący wskazał, że Zamawiający 29 października 2021 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień sposobu obliczenia ceny oferty. Odwołujący złożył wyjaśnienia 8 listopada 2021 r. Następnie dnia 25 marca 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego z treści uzasadnienia czynności Zamawiającego wynika, że oferta w istocie nie została odrzucona z tej przyczyny, że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz, że została odrzucona przez Zamawiającego, po przyjęciu przez niego arbitralnie, hipotetycznych „wariantów” zmian przedmiotu zamówienia, które ewentualnie mogłyby zostać dokonane w toku obowiązywania umowy, a dodatkowo na podstawie błędnych obliczeń dokonanych przez Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający przyjął dowolnie, że w toku realizacji umowy będzie dokonywał zmian przedmiotu zamówienia, które będą prowadziły do zmniejszenia zakresu zamówienia, a co za tym idzie będą skutkowały obniżeniem wynagrodzenia Odwołującego. Dopiero przyjęcie takiego założenia, że Zamawiający będzie ograniczał zakres zamówienia w toku realizacji umowy i jednocześnie dokonanie obliczeń wynagrodzenia Odwołującego w sposób wprost sprzeczny z § 8 ust. 6 Wzoru Umowy pozwoliło Zamawiającemu na wykazanie przyjętej przez niego tezy, że Odwołujący na skutek przyjętych arbitralnie przez Zamawiającego zmian przedmiotu zamówienia nie osiągnie w

toku realizacji zamówienia zysku. Przyjęcie odmiennych założeń, niż przyjęte przez Zamawiającego, mogłoby skutkować zwiększeniem zysku Odwołującego.

Nadto zdaniem Odwołującego Zamawiający nie opisał w OPZ, ani w innych dokumentach zamówienia przyjętych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego „wariantów” zmian przedmiotu zamówienia (ani żadnych innych „wariantów”). Zamawiający w dokumentach zamówienia jedynie zastrzegł możliwość zmiany liczby i przepływności kanałów xWDM bez precyzowania jej zakresu, ani terminu jej realizacji, ani tego, czy w ogóle będzie miała miejsce. Ponieważ żadne szczególne „warianty” zmian przedmiotu zamówienia nie zostały określone w dokumentach zamówienia, Odwołujący mógł skalkulować ofertę przyjmując własne założenia w tym zakresie, wynikające z doświadczenia biznesowego Konsorcjum i w ramach jego ryzyka biznesowego. Co więcej, na planowane w trakcie realizacji umowy powiększenie ilości kanałów transmisji danych w ramach usług xWDM wskazują również odpowiedzi Zamawiającego z dn. 19 lipca 2021 r., w których Zamawiający wskazywał na planowane rozbudowy relacji o porty 8Gbit/s (odp. na pyt. nr 64, 65). Zamawiający przed złożeniem ofert przewidywał możliwość rozbudowy portów (a w konsekwencji zwiększenie ilości kanałów transmisji danych xWDM), czemu dał wyraz w odpowiedziach na pytania nr. 64 i 65: „Pytanie 64. Pytanie dotyczy zapisu §8 pkt 6.1) strona 18 Załącznik nr 2 do SWZ, UMOWA. Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie czy w związku z punktem §8 pkt 6.1) należy rozumieć że urządzenie xWDM może być rozbudowane w przyszłości o połączenie 8Gbit/s FC? Jednocześnie prosimy o informację czy rozbudowa

taka dotyczy tylko relacji Postępu 3, Warszawa (Prokuratura Krajowa) - Czerniakowska 100, Warszawa (Ministerstwo Sprawiedliwości)? Odpowiedź. Zamawiający wyjaśnia, że przewiduje możliwość rozbudowy o porty 8Gbit/s FC w relacji Postępu 3, Warszawa (Prokuratura Krajowa) - Czerniakowska 100. Pytanie 65. Pytanie dotyczy zapisu §8 pkt 6.3) strona 18 Załącznik nr 2 do SWZ, UMOWA. Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie czy w związku z punktem §8 pkt 6.3) należy rozumieć że urządzenie xWDM może być rozbudowane w przyszłości o połączenie 100Gbit/s Ethernet? Jednocześnie prosimy o informację czy Wykonawca słusznie interpretuje, że rozbudowa taka dotyczy tylko relacji Postępu 3, Warszawa (Prokuratura Krajowa) - Czerniakowska 100, Warszawa (Ministerstwo Sprawiedliwości)? Odpowiedź. Zamawiający wyjaśnia, że przewiduje możliwość rozbudowy o porty 8100Gbit/s Ethernet w relacji Postępu 3, Warszawa (Prokuratura Krajowa) - Czerniakowska 100.”

Następnie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający przyjął w sposób arbitralny, specjalnie na użytek potwierdzenia tezy, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, warianty zmiany przedmiotu zamówienia (opisane w piśmie Zamawiającego z dn. 25 marca 2022 r.), które - skrótkowo rzecz ujmując - sprowadzają się do zmniejszenia liczby kanałów transmisji danych realizowanych w ramach połączeń xWDM. Przyjęcie natomiast założenia, że zmiany przedmiotu zamówienia w toku realizacji umowy będą polegały na zwiększeniu zakresu zamówienia skutkowałyby zwiększeniem wynagrodzenia Odwołującego, a co za tym idzie zwiększeniem zysku Odwołującego. Przykładowo dodanie dla danej lokalizacji dwóch kanałów 40 Gb (1 x 40Gbit/s) spowodowałoby, że wynagrodzenie miesięczne Odwołującego z tytułu świadczenia usługi xWDM wzrosłoby o 12 504,00 złotych netto miesięcznie (o 2 x 6 252,00 złotych netto miesięcznie), a co za tym idzie wynagrodzenie Odwołującego wzrosłoby o 600 192 zł netto w przeciągu całego okresu trwania umowy (48 x 12 504, 00 złotych netto), a Odwołujący osiągnąłby większy zysk. Przykłady te można mnożyć, a liczba wariantów, które skutkowałyby zwiększeniem zysku Odwołującego, byłaby zbyt obszerna, aby przedstawić je w ramach niniejszego odwołania. To co jest istotne do podkreślenia, to fakt, że wariantów polegających na zwiększeniu wolumenu usług xWDM jest bardzo wiele. Każdy z tych wariantów mógłby skutkować zwiększeniem zysku Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, także obliczenia dokonane przez Zamawiającego do przyjętych przez niego „wariantów” zmian przedmiotu zamówienia, były nieprawidłowe. Zamawiający przewidywał możliwość rezygnacji lub zestawienia dodatkowych kanałów xWDM. Zgodnie z § 4 ust. 9 pkt 6 Wzoru Umowy: „Wykonawca na pisemny wniosek Zamawiającego dokona zmian w świadczonych Usługach transmisji

danych w okresie obowiązywania Umowy, polegających na: (...) 6) zestawieniu dodatkowych kanałów transmisji danych realizowanych w ramach połączeń xWDM opisanych w Rozdziale IX OPZ lub likwidacji poszczególnych kanałów transmisji danych przez Zamawiającego;”. Jednocześnie Zamawiający w § 4 ust. 10 Wzoru Umowy przewidywał, że „Wymienione w ust. 9 zmiany będą stanowić podstawę do zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanego w § 8 Umowy (zmniejszenia lub zwiększenia) i nie przekroczą kwoty stanowiącej 60% łącznego wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1. Zmiany wynagrodzenia ustalane będą odpowiednio i z uwzględnieniem wynagrodzeń wskazanych w § 8.”. W § 8 ust. 6 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł natomiast, że „W przypadku zmiany parametrów Usług opisanych w §4 ust. 9 pkt 6 poprzez zamówienie zestawienia dodatkowych kanałów transmisji danych o parametrach jak poniżej lub likwidację poszczególnych kanałów

transmisji danych przez Zamawiającego, wynagrodzenie miesięczne określone w ust. 1 pkt 3 lit. k) ulegnie odpowiedniej zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu)...". A zatem nie ulegnie odpowiedniej zmianie żadne inne częściowe wynagrodzenie, o którym mowa § 8 Wzoru Umowy, a jedynie wynagrodzenie, o którym mowa w § ust. 1 pkt 3 lit. k) Wzoru Umowy.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający przyjął na potrzeby uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, że będzie przede wszystkim rezygnował z dużej liczby kanałów, a jednocześnie będzie w zamian zamawiał o wiele mniejszą liczbę kanałów o nieco większej przepływności. Przyjmując „warianty” Zamawiającego do obliczeń wynagrodzenia Odwołującego, wykazanie przez Zamawiającego straty w wyniku zmiany przedmiotu zamówienia, było możliwe tylko przy nieprawidłowym obliczeniu wynagrodzenia Odwołującego, ponieważ obliczając w sposób zgodny z Wzorem Umowy - § 8 ust. 6 - Odwołujący osiągnąłby zysk. Zamawiający przyjął bowiem, że za każdy kanał xWDM, z którego zrezygnuje będzie obniżał wynagrodzenie Odwołującego określone w ust. 1 pkt 3) lit. k) Formularza ofertowego wynoszące 11.000 zł brutto, bez ograniczenia. Zamawiający uznał, że kwota określona w ust. 1 pkt 3 lit. k) Formularza ofertowego tj. kwota 11.000 zł brutto, nie stanowi ograniczenia dla obniżania wynagrodzenia wykonawcy, co jest wprost sprzeczne z brzmieniem postanowienia § 8 ust. 6 Wzoru Umowy. Rozumowanie Zamawiającego sprowadza się w istocie do tego, że Odwołujący, w zakresie obniżenia wynagrodzenia wykraczającego poza kwotę podaną w ust. 1 pkt 3) lit. k) Formularza Ofertowego, płaciłby Zamawiającemu za to, że ten nie korzysta z jego usług, z czym nie można się zgodzić. Po pierwsze, jest to niezgodne z art. 7 pkt 32 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienie to umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Przyjęcie wykładni zaproponowanej przez Zamawiającego prowadziło by do konstatacji, że umowa nie jest odpłatna, ale przeciwnie, że wykonawca płaci wynagrodzenie Zamawiającemu za to, że ten nie korzysta z usług będących przedmiotem zamówienia. Po drugie, nie znajduje to oparcia w dokumentach zamówienia, co wynika z następujących względów:

- 1) Zamawiający wyraźnie rozdzielił abonament za usługę xWDM od opłat za uruchomienie dodatkowych kanałów lub rezygnację z kanałów xWDM, co znajduje swój wyraz nie tylko w Formularzu Oferty (ust. 2), ale również w treści Wzoru Umowy (§ 8 ust. 6), a także opłat za inne usługi, co wynika z § 8 ust. 1 Wzoru Umowy, zgodnie z którym na łączne wynagrodzenie składają się wynagrodzenia częściowe określone w § 8 ust. 1 Wzoru Umowy,
- 2) Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że może obniżyć wynagrodzenie wykonawcy bez ograniczenia wynikającego z kwoty wyrażonej w ust. 1 pkt 3 lit. k) Formularza oferty, co jest wprost sprzeczne z brzmieniem § 8 ust. 6 Wzoru Umowy.

Zgodnie bowiem z § 8 ust. 6 Wzoru Umowy - „W przypadku zmiany parametrów Usług opisanych w §4 ust. 9 pkt 6 poprzez zamówienie zestawienia dodatkowych kanałów transmisji danych o parametrach jak poniżej lub likwidację poszczególnych kanałów transmisji danych przez Zamawiającego, wynagrodzenie miesięczne określone w ust. 1 pkt 3 lit. k) ulegnie odpowiedniej zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu)”. Po trzecie, żeby można było zastosować przyjęty przez Zamawiającego na potrzeby uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego sposób obliczenia wynagrodzenia Odwołującego w związku ze zmianą przedmiotu zamówienia zgodnie z „wariantami” przyjętymi przez Zamawiającego, należałoby dać temu wyraz w dokumentach zamówienia, np. poprzez zawarcie we wzorze umowy konkretnego postanowienia, z którego wynikałoby, że w przypadku rezygnacji z liczby kanałów, po wyczerpaniu wynagrodzenia za abonament w wysokości 11.000 zł brutto, Wykonawca płaci Zamawiającemu za usługi, z których Zamawiający zrezygnował. Postanowienia Wzoru Umowy, dopuszczają, że w przypadku zaistnienia przyjętych przez Zamawiającego za podstawę wyliczeń uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego „wariantów” abonament za usługę xWDM może zostać obniżony do kwoty 0,00 zł, ale nie dają podstawy do tego, aby abonament ten był ujemny i tworzył po stronie Odwołującego zobowiązania do zapłaty wynagrodzenia za niewykorzystane przez Zamawiającego łącza. Ponieważ rezygnacja nawet ze wszystkich kanałów xWDM obniży abonament jedynie o 11.000 zł brutto (tj. do kwoty 0,00 zł), Odwołujący nawet w takiej sytuacji osiągnąłby zysk. Z tytułu likwidacji kanałów transmisji danych xWDM nie może zostać obniżone żadne inne wynagrodzenie częściowe niż wynagrodzenie za usługi xWDM określone w § 8 ust. 1 pkt 3 lit. k) Wzoru Umowy, a wynagrodzenie łączne, o którym mowa w § 8 ust. 1 Wzoru Umowy, nie może zostać obniżone o kwotę wyższą niż wynikająca z maksymalnego obniżenia wynagrodzenia za usługi xWDM (tj. maksymalnie o 11 000 złotych brutto miesięcznie), natomiast każde obniżenie wynagrodzenia Odwołującego z tytułu likwidacji kanałów transmisji danych xWDM o kwotę wyższą niż 11.000 złotych brutto miesięcznie (wynagrodzenie za usługę xWDM, zawarte w ust. 1 pkt 3) lit. k) Formularza Ofertowego Odwołującego) oznaczałoby obniżenie innego wynagrodzenia częściowego, co jest niedopuszczalne w świetle § 8 ust. 6 Wzoru Umowy.

Tym samym, nawet przyjmując do obliczenia wynagrodzenia Odwołującego „warianty” zmiany przedmiotu zamówienia podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, ale dokonując poprawnych obliczeń, Odwołujący i tak osiągnąłby zysk. Nawet przyjmując, że Zamawiający zrezygnowałby całkowicie z usługi xWDM, zaraz po zawarciu umowy, całkowite obniżenie wynagrodzenia Odwołującego wynosiłoby wówczas 528 000, 00 złotych brutto, czyli 429 268, 30 złotych netto, co oznaczałoby, że Odwołujący osiągnąłby zysk nawet przy całkowitej rezygnacji przez Zamawiającego z usługi xWDM.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, co najmniej, za chybione. Zamawiający w istocie uznał ofertę Odwołującego za rażąco niską nie w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentach zamówienia w brzmieniu ustalonym na dzień składania ofert, lecz w stosunku do przyjętych arbitralnie przez Zamawiającego hipotetycznych „wariantów” zmian przedmiotu zamówienia, które ewentualnie mogą zostać dokonane w toku realizacji umowy, a które nie zostały opisane w dokumentach zamówienia. Nadto, nawet przy przyjętych przez Zamawiającego „wariantach” Odwołujący osiągnąłby zysk, o ile obliczenia wynagrodzenia Odwołującego dokonano by w sposób zgodny z § 8 ust. 6 Wzoru Umowy. Nadto Odwołujący podał, że Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za ofertę z rażąco niską ceną, pomimo, że cena oferty Konsorcjum mieściła się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia tylko dlatego, że Zamawiający tę kwotę w toku postępowania zwiększył. Na marginesie Odwołujący zauważył, że Zamawiający uznał ofertę za zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w oparciu o okoliczności, o które w ogóle nie pytał w wezwaniu i to prawie pół roku po złożeniu wyjaśnień sposobu obliczenia ceny przez Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania Odwołujący podał, że z uwagi na to, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w postępowaniu została złożona oferta, która nie podlega odrzuceniu. Tym samym nie

zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy

Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.: „(...) Wykonawca sam określał kwoty, które następnie miały zostać wpisane do § 8 ust. 6 Wzoru Umowy, a określone były jako wartości obniżenia lub zwiększenia wynagrodzenia za jeden kanał. Odwołanie zawarte w § 8 ust. 6 Wzoru Umowy nie stanowi przy tym żadnego limitu, gdyż stanowi: „wynagrodzenie miesięczne określone w ust. 1 pkt 3 lit. k) ulegnie odpowiedniej zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu)”, a nie „wynagrodzenie miesięczne ulegnie odpowiedniej zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu) nie większej jednak niż kwota określona w ust. 1 pkt 3 lit. k) .”. Należy też wskazać, że gdyby Odwołujący prawidłowo skonstruował swoją ofertę, to kwota abonamentu, w wypadku zastosowania zmian z § 4 ust. 9 pkt 6 i 7 Wzoru Umowy nie byłaby obniżana poniżej 0 zł w tej pozycji. To właśnie fakt, że Odwołujący określił tak dużą dysproporcję między kwotą abonamentu z ust. 1 pkt 3 lit. k Formularza ofertowego, a kwotami z ust. 2 Formularza ofertowego, skłoniła Zamawiającego do weryfikacji m.in. czy mimo takiego obniżenia tej pozycji (w więc, gdy kolokwialnie będzie ona „na minusie”), Wykonawca osiągnie zysk w skali całego kontraktu, bo być może mimo straty w tej pozycji „nadrabia” je w innym elemencie. Wyjaśnienia Odwołującego wskazały właśnie na fakt, że w wypadku skorzystania przez Zamawiającego z jego prawa, o którym mowa w § 4 ust. 9 pkt 6 i 7 Wzoru Umowy w pewnych konfiguracjach Odwołujący osiągnie stratę, co było przyczyną podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu jego oferty. Tym samym Odwołujący nie może przed odrzuceniem jego oferty bronić się w ten sposób, że zastosowanie przez Zamawiającego kalkulacji w oparciu o ofertę samego Odwołującego doprowadziłoby do sytuacji, gdy umowa nie będzie odpłatną - wspomniana ewentualna nieodpłatność (jako skutek zastosowania ceny rażąco niskiej) jest właśnie skutkiem błędnego obliczenia przez Odwołującego ceny jego oferty zmierzającego do straty (niepokrycia wykonania zamówienia w zyski) i wręcz obliguje do odrzucenia jego oferty.”

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci przedstawionych w ujęciu tabelarycznym: wyliczeń osiągniętego zysku w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z usług w lokalizacji 1 i 2 (oznaczony przez Odwołującego nr 4 - tajemnica przedsiębiorstwa),

porównania poprzedniej i obecnie przewidzianej do realizacji umowy w zakresie poszczególnych łącz - usługa biznesowa VPN (oznaczony przez Odwołującego nr 3), wyliczenia wzrostu wynagrodzenia wykonawcy otrzymanego w wyniku poprzednio zawartej przez Zamawiającego umowy na skutek wprowadzonych do niej zmian (oznaczony przez Odwołującego nr 5) oraz przez Zamawiającego w postaci: wyjaśnienia i zmiany treści SWZ z 29 lipca 2021r., Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu na dostawę sprzętu i oprogramowania oraz wdrożenie infrastruktury techniczno - systemowej dla POPD PK i ZOPD PK (wyciąg) oraz Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu Część I na rozbudowę posiadanego przez Zamawiającego systemu ochrony poczty oraz system sandbox opartego na rozwiązaniach firmy Fortinet oraz zabezpieczenie centralnego styku z siecią Internet.

Izba uznała, że jedynie pierwsze z ww. dowodów, złożonych przez Strony, są przydatne dla rozpoznania sprawy. Pozostałe, jako dotyczące innych postępowań, za takie nie mogą być uznane. W sytuacji, gdy złożone przez Zamawiającego szczegółowe opisy przedmiotu zamówienia nie były elementem opisu przedmiotu zamówienia w analizowanym postępowaniu, nie mogą mieć zastosowania do rozpoznania przedmiotowej sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał m.in., że na skutek dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnych z ustawą może ponieść szkodę. Bezpodstawne odrzucenie oferty Konsorcjum, a w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że nie zostały złożone żadne oferty niepodlegające odrzuceniu, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających.

Netia S.A. 7 kwietnia 2022 r. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Odwołujący zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego Netia S.A. wskazując m.in., iż podmiot ten nie

posiada interesu w rozumieniu przepisu art. 525 ustawy Pzp. Celem wszczęcia postępowania jest bowiem zawarcie umowy, a nie unieważnienie postępowania, nadto nie jest już wykonawcą, ponieważ jego oferta została odrzucona przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie opozycji wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Netia S.A. stwierdzając m.in., że rozstrzygnięcie na korzyść Zamawiającego należy rozumieć jako oddalenie odwołania, o co Zamawiający wnosi. Na skutek ponownie wszczętego postępowania Netia S.A. będzie mogła wziąć udział w tym nowym postępowaniu. Przepis art. 7 pkt 30 ustawy Pzp w obecnym stanie prawnym szerzej rozumie pojęcie wykonawca. Za wykonawcę uznaje się także osobę, która oferuje na rynku określone usługi.

Zdaniem Zamawiającego Netia S.A. pomimo, iż nastąpiło odrzucenie oferty tego wykonawcy, posiada status wykonawcy.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję wobec przystąpienia Netia S.A. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego uznając zasadność argumentacji przedstawionej przez Odwołującego.

W szczególności zauważenia wymaga, że zgodnie z ustawą Pzp:

Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Stosownie do definicji zawartej wustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Krąg podmiotów posiadających status wykonawcy zmienia się w zależności o etapu postępowania o udzielenie zamówienia. Najszerszy jest przed upływem terminu składania ofert, kiedy to przysługuje osobom lub jednostkom wymienionym w tym przepisie, zainteresowanym uzyskaniem zamówienia. Na etapie po upływie terminu składania ofert, przysługuje już tylko podmiotom, które złożyły ofertę w postępowaniu, przy czym utrata statusu wykonawcy następuje na skutek definitywnego wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

Izba ustaliła, że Zamawiający 16 lutego 2022 r. odrzucił ofertę złożoną przez Netia S.A. w wyniku wykonania wyroku Izby z 15 października 2021 r. wydanego w sprawie KIO 2874/21, od którego skargi wniesione przez Zamawiającego i Netia S.A. zostały oddalone przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 3 lutego 2022 r. sygn. akt XXIII ZS 128/21 i 129/21. Powyższe wynika z protokołu postępowania i zostało potwierdzone na posiedzeniu przez Zamawiającego. Netia S.A. nie wniosła odwołania od ww. czynności odrzucenia jej oferty. W związku z tym straciła status wykonawcy w postępowaniu. W konsekwencji na dzień złożenia przystąpienia do postępowania odwoławczego nie była już podmiotem uprawnionym do dokonania tej czynności.

W związku z powyższym Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym Netia S.A. zgłaszającej przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Jak wynika z protokołu postępowania w postępowaniu zostały złożone dwie oferty przez wykonawców:

- 1) Netia S.A. z ceną 18.464.045,62 złotych brutto (zamówienie podstawowe),
- 2) Konsorcjum: Orange Polska Spółka Akcyjna, Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z ceną 25 648 957,66 złotych brutto (zamówienie podstawowe).

Zamawiający poinformował, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówieni kwotę 26 863 200,00 zł brutto (zamówienie podstawowe).

Pismem z 29 października 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty wskazując:

Prokuratura Krajowa jako Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”, wzywa do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, oraz na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy zwraca się o udzielenie wyjaśnień co do wyliczenia ceny oferty, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny, potwierdzających możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Ze względu na to, że przekazane przez Wykonawcę pełnomocnictwo nie potwierdza upoważnienia osoby składającej ofertę do zaciągania zobowiązań w wysokości określonej ofertą Wykonawcy, Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa potwierdzającego, że na dzień składania ofert osoba składająca ofertę była upoważniona do zaciągnięcia zobowiązań w wysokości określonej ofertą Wykonawcy.

Ze względu na powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a w szczególności co do faktu uwzględnienia w ramach kalkulacji ceny oferty kosztów wykonania

wszystkich obowiązków związanych z wykonaniem zamówienia oraz cen wszystkich usług składających się na poszczególne pozycje oferty,

Zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. Przekazane wyliczenie ceny oferty musi zawierać:

1. wskazanie wszystkich elementów cenotwórczych czynności wskazanych w pkt 1 ppkt

1) formularza ofertowego, w tym wskazanie sposobu wyliczenia podanej tam sumy, uwzględniając wszystkie koszty związane z wykonaniem tego elementu zamówienia, zwłaszcza z uwzględnieniem ilości lokalizacji, w jakich uruchomione mają zostać łącza, kosztów pracy i sprzętu, w tym z uwzględnieniem czasu uregulowanego w Umowie na spełnienie tego świadczenia;

2. wskazanie wszystkich elementów cenotwórczych usług wskazanych w pkt 1 ppkt 2) i

3) (lit. a - n) formularza ofertowego. Przedstawiona kalkulacja powinna być na tyle szczegółowa, aby Zamawiający mógł zidentyfikować przyjęty do kalkulacji koszt jednostkowy (odnoszony do pojedynczego okresu rozliczeniowego) oraz całkowity (odnoszony do całego okresu trwania umowy) każdej z usług składających się na grupy usług, określone w pkt 1 ppkt 2) i 3) formularza ofertowego. Jeśli do świadczenia wskazanych usług niezbędne jest wykonanie/ wykonywanie pracy przez pracowników Wykonawcy, konieczne jest wyodrębnienie zadań przyjętych przez Wykonawcę jako niezbędne do wykonania w ramach poszczególnych pozycji wraz z określeniem ich przyjętej pracochłonności oraz podstawy ich wyceny na potrzeby złożenia oferty (np. poprzez wskazanie kosztu roboczogodziny przyjętego dla oszacowania kosztu danego zadania);

3. wskazanie innych przyjętych kosztów i elementów ceny oferty, takich jak np. budżet na ryzyka, w tym związane z możliwościami zmian zakresu usług przez Zamawiającego, oraz kwota zysku Wykonawcy. W odniesieniu do zysku Wykonawca powinien w sposób opisowy określić metodę kalkulacji zysku w cenie oferty oraz wskazać wysokość zysku w odniesieniu do poszczególnych usług, grup usług oraz całkowitej ceny oferty.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w załączniku nr 2 do pisma WWIP/BD/1130/2021, co do którego zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawił wyjaśnienia ceny oferty.

Pismem z 25 marca 2022 roku Zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty Konsorcjum i unieważnieniu postępowania podając: Prokuratura Krajowa jako Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

1) na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, odrzuca ofertę Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa i Integrated Solutions sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa, zwanych dalej „Konsorcjum” lub „Wykonawcą”, z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) na podstawie przepisu art. 255 pkt 2 ustawy PZP unieważnia postępowanie z uwagi na fakt, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Uzasadnienie odrzucenia oferty

W dniu 29 października 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień co do wyliczenia ceny oferty, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, potwierdzających możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Szczegółowy zakres wezwania wskazany został w treści tego pisma.

Konsorcjum złożyło swoje wyjaśnienia, których ocena doprowadziła Zamawiającego do stwierdzenia, że Wykonawca złożył ofertę, której cena jest rażąco niską.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z SWZ parametry przedmiotu zamówienia mogą

ulegać zmianie w trakcie realizacji Umowy, co dotyczy w szczególności parametrów usługi transmisji danych (§ 4 ust. 9 wzoru umowy), oraz w związku z tym zmianie (zwiększeniu lub zmniejszeniu) ulegać może wysokość abonamentu za świadczenie Usług transmisji danych w technologii xWDM (§ 8 ust. 6 wzoru umowy), to wysokość ewentualnych zmian (zwiększenia

lub zmniejszenia) wynagrodzenia z tytułu zestawienia nowych kanałów transmisji danych lub likwidacji kanałów transmisji danych należy traktować jako elementy ceny, które w świetle

badania rażąco niskiej ceny należy analizować przy założeniu wystąpienia potencjalnych (i planowanych przez Zamawiającego) zmian w zakresie przedmiotu zamówienia

uzasadnionych potrzebami Zamawiającego.

Ilości i typy połączeń niezbędnych do świadczenia usługi transmisji danych w technologii xWDM określone zostały w pkt IX.4. OPZ dla dwóch lokalizacji w sposób wskazany w poniższej tabeli:

Dla lokalizacji 1.

Typ połączenia	Ilość połączeń
1Gbps Ethernet 1000BASE-T	4
1Gbps Ethernet 1000BASE-SX	4
1Gbps Ethernet 1000BASE-LX	4
10Gbps Ethernet 10GBASE-SR	24
40Gbps Ethernet (40GBASE-X)	8
100 Gbps	0

Dla lokalizacji 2.

Typ połączenia	Ilość połączeń
1Gbps Ethernet 1000BASE-T	4
1Gbps Ethernet 1000BASE-SX	4
1Gbps Ethernet 1000BASE-LX	4
10Gbps Ethernet 10GBASE-SR	4
40Gbps Ethernet (40GBASE-X)	0
100 Gbps	0

Wykonawca uwzględnił wskazane tu typy połączeń, dokonując kalkulacji inicjalnej kwoty abonamentu za świadczenie usług transmisji danych w technologii xWDM, ale nie wskazał przyjętych kosztów jednostkowych typów połączeń, które przyjął do ich kalkulacji (Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - Załącznik nr 2 do Pisma Nr WWIP/BD/1130/2021 - Wyjaśnienia ceny wraz z załącznikami, dowodami i uzasadnieniem tajemnicy - część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, s. 14).

Wykonawca określił koszt miesięcznego abonamentu z tytułu świadczenia wskazanej usługi o określonych wyżej parametrach na 11 000 zł brutto miesięcznie, na co składa się wynagrodzenie z tytułu świadczenia tej usługi w lokalizacji 1 w kwocie 5 500 zł brutto miesięcznie oraz wynagrodzenie z tytułu świadczenia tej usługi w lokalizacji 2 w kwocie 5 500 zł brutto miesięcznie (zgodnie z pkt 1 ppkt 3 lit. k) formularza ofertowego).

Wykonawca określił koszty zmiany (zwiększenia lub zmniejszenia wynagrodzenia wskazanego w pkt e) w pkt 2 formularza ofertowego poprzez określenie kosztu zmiany pojedynczego kanału transmisji danych o określonych parametrach, zgodnie z poniższym zestawieniem:

--

Typ połączenia (kanału transmisji danych)	Wartość zmiany wynagrodzenia wynikająca ze zmiany ilości kanałów transmisji danych danego typu/ per 1 kanał zł brutto	Wartość zmiany wynagrodzenia wynikająca ze zmiany ilości kanałów transmisji danych danego typu/ per 1 kanał zł netto
kanał FC (1 x 8Gbit/s)	620	504
kanał FC (1 x 16Gbit/s)	1 230	1 000
kanał 1 GbEth (1 x 1Gbit/s)	2 460	2 000
kanał 10 GbEth (1 x 10Gbit/s)	4 610	3 748
kanał 40 Gb (1 x 40Gbit/s)	7 690	6 252
kanał 100 Gb (1 x 100Gbit/s)	11 530	9 374

Kwoty netto dla wartości zmian wynagrodzenia określono na podstawie kwot brutto wskazanych w formularzu ofertowym (pomniejszonych o wartość podatku VAT) ze względu na konieczność ich wykorzystania do oceny wyjaśnień ceny oferty przedstawionych przez Wykonawcę, w ramach których elementy kosztotwórcze zamówienia oraz zysk skalkulowano w kwotach netto.

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przedstawionych przez Wykonawcę (Załącznik nr 2 do Pisma Nr WWIP/BD/1130/2021 - Wyjaśnienia ceny wraz z załącznikami, dowodami i uzasadnieniem tajemnicy - część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) na s. 20 wynika, że Wykonawca określa całkowity koszt netto realizacji zamówienia na 18 924 615,13 zł oraz

zakłada osiągnięcie zysku netto na poziomie (...) zł.

W ramach oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, w celu oszacowania możliwości wykonania zamówienia przy zmianie kanałów transmisji danych o niższych przepustowościach na kanały transmisji danych o wyższych przepustowościach w perspektywie realizacji zamówienia (48 miesięcy), przeprowadzono analizę wpływu zmian typów połączeń na cenę zamówienia w odniesieniu do dwóch wariantów:

przepustowości 40Gbps;

przepustowości 40 Gbps.

W wariantcie 1 założono zmianę 24 połączeń o przepustowości 10 Gbps na 6 połączeń o przepustowości 40 Gbps w lokalizacji 1 oraz zmianę 4 połączeń o przepustowości 10 Gbps na 1 połączenie o przepustowości 40 Gbps w lokalizacji 2. Wskazana zmiana generuje zmianę wynagrodzenia netto Wykonawcy w skali miesiąca w sposób następujący:

- 1) wynagrodzenie ulega zmniejszeniu o kwotę 104 944 zł netto miesięcznie z tytułu rezygnacji z 28 połączeń o przepustowości 10 Gbps (28x 3 748 zł) i jednocześnie
- 2) wynagrodzenie ulega zwiększeniu o kwotę 43 764 zł netto miesięcznie z tytułu zestawienia 7 nowych połączeń o przepustowości 40 Gbps (7x 6252 zł).

Powyższe skutkuje zmniejszeniem abonamentu miesięcznego z tytułu świadczenia usług o kwotę 61 180 zł netto, co w skali realizacji zamówienia skutkuje zmniejszeniem wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę 2 936 640 zł netto.

W wariantcie 2 założono zmianę 20 połączeń o przepustowości 10 Gbps na 2 połączenia o przepustowości 100 Gbps oraz 4 połączeń o przepustowości 10 Gbps na 1 połączenie o przepustowości 40 Gbps w lokalizacji 1 oraz zmianę 4 połączeń o przepustowości 10 Gbps na 1 połączenie o przepustowości 40 Gbps w lokalizacji 2. Wskazana zmiana generuje zmianę wynagrodzenia netto Wykonawcy w skali miesiąca w sposób następujący:

- 1) wynagrodzenie ulega zmniejszeniu o kwotę 104 944 zł netto miesięcznie z tytułu rezygnacji z 28 połączeń o przepustowości 10 Gbps (28x 3 748 zł) i jednocześnie
- 2) wynagrodzenie ulega zwiększeniu o kwotę 18 748 zł netto miesięcznie z tytułu zestawienia 2 nowych połączeń o przepustowości 100 Gbps (2 x 9 374) oraz o kwotę 12 504 zł netto z tytułu zestawienia 2 nowych połączeń o przepustowości 40 Gbps (2 x 6 252).

Powyższe skutkuje zmniejszeniem abonamentu miesięcznego z tytułu świadczenia usług o kwotę 73 692 zł netto, co w skali realizacji zamówienia skutkuje zmniejszeniem wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę 3 537 216 zł netto.

Zarówno w wariantach 1, jak również w wariantach 2 zmniejszenie wynagrodzenia z tytułu abonamentu za usługi transmisji danych w technologii xWDM znacznie przekracza cenę oferowaną przez Wykonawcę (11 000 zł). W przypadku wariantu 1 jego zastosowanie oznaczałoby konieczność pokrycia przez Wykonawcę straty w odniesieniu do tego elementu zamówienia w kwocie 50 180 zł netto miesięcznie, a w wariantach 2 w kwocie 62 692 zł netto miesięcznie.

W obu prezentowanych wariantach zmian typów połączeń strata, jaką wygenerują zmiany w trakcie trwania zamówienia, przewyższa zysk zakładany przez Wykonawcę (w przypadku wariantu 1 o kwotę (...) zł netto, a w przypadku wariantu 2 o kwotę (...) zł netto).

Ze względu na ukształtowanie ceny oferty w odniesieniu do wysokości abonamentu za świadczenie Usług transmisji danych w technologii xWDM (pkt 1 ppkt 3 lit. k) formularza ofertowego) oraz wysokości kosztów zmian parametrów tych usług (pkt 2 formularza ofertowego) w przypadku dokonania zmiany parametrów tych usług w sposób wynikający z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w chwili obecnej wartość tego elementu oferty (abonamentu za świadczenie usług transmisji danych w technologii xWDM) nie tylko byłaby ujemna, ale również strata wynikająca z takiej zmiany nie znajduje pokrycia w kwocie zakładanego przez Wykonawcę zysku. W związku z tym tak skalkulowana cena oferty wskazuje, że koszty realizacji zamówienia są wyższe niż ewentualne przychody. Zachodzi też wysokie i wynikające ze wspomnianego niedoszacowania ryzyko niewykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej, co uzasadnia odrzucenie oferty ze względu na uznanie ceny za rażąco niską.

Uzasadnienie unieważnienia postępowania

Odrzucenie oferty Konsorcjum powoduje, że w postępowaniu nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu, a tym samym przedmiotowe postępowanie musi zostać unieważnione.

Kolejnym pismem z 25 marca 2022 roku Zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty Konsorcjum oraz unieważnieniu postępowania w brzmieniu: Prokuratura Krajowa jako Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informuje, że:

- 1) na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, została odrzucona oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa i Integrated Solutions sp. z o. o. z siedzibą w

Warszawie, ul. Karolkowa 30, 01-207 Warszawa, zwanych dalej „Konsorcjum”, z

uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- 2) na podstawie przepisu art. 255 pkt 2 ustawy PZP postępowanie zostało unieważnione z uwagi na fakt, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Uzasadnienie unieważnienia postępowania

Odrzucenie oferty Konsorcjum powoduje, że w postępowaniu nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu, a tym samym przedmiotowe postępowanie musi zostać unieważnione.

Załącznik nr 2 do SWZ, stanowiący wzór umowy, w § 4 stanowi:

§4. Zadania i zakres odpowiedzialności Wykonawcy

1. Wykonawca zobowiązuje się do wskazania w terminie 5 dni od dnia zawarcia Umowy, osoby (osób) pełniącej funkcję Koordynatora z jego Strony.
2. W przypadku, gdy Wykonawca powierza wykonanie jakichkolwiek zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy innym podmiotom, przedstawi Zamawiającemu ich listę. W takim przypadku Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechania tych podmiotów jak za własne działania i zaniechania.
3. W dniu dostarczenia Urządzeń oraz uruchomienia i oddania Łączy do eksploatacji Wykonawca prześle użytkownikowi końcowemu specyfikację techniczną dostarczonych Urządzeń oraz numery fabryczne elementów i konfigurację urządzeń w formie elektronicznej na nośniku USB lub CD-ROM. Po zakończeniu zestawiania i uruchamiania Łączy Wykonawca prześle Zamawiającemu specyfikację techniczną dostarczonych elementów aktywnych oraz numery fabryczne elementów i konfigurację urządzeń w formie elektronicznej na nośniku USB lub CD-ROM wszystkich uruchomionych Łączy.
4. Koszty dostawy Urządzeń do każdej Lokalizacji Zamawiającego (w tym koszty opakowania, ubezpieczenia, transportu) zawierają się w wynagrodzeniu Wykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany we własnym zakresie wykonywać załadunek i rozładunek dostarczanych towarów oraz przeniesienie ich w miejsce składowania lub instalacji.
5. Wykonawca zrealizuje zobowiązania wynikające z Załącznika nr 1 do Umowy.
6. Wykonawca na etapie instalacji i uruchamiania Łączy opracuje Projekt Techniczny instalacji Łączy transmisji danych dla każdej Lokalizacji z uwzględnieniem przebiegu trasy kablowej w danej Lokalizacji, montażu instalacji antenowych lub innych urządzeń, koniecznych pozwoleń formalnoprawnych oraz innej niezbędnej dokumentacji wymaganej do instalacji i uruchomienia Łączy transmisji danych dla Lokalizacji.
7. Wykonawca zestawi i uruchomi zabudowane Łączy transmisji danych do lokalizacji Zamawiającego wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy oraz dokona przyłączenia interfejsu dostarczanego Urządzenia do wskazanego portu sieci LAN w infrastrukturze Zamawiającego w danej Lokalizacji. Wykonawca zestawi i uruchomi niezbędne połączenia pomiędzy infrastrukturą telekomunikacyjną Wykonawcy, a wskazanym pomieszczeniem serwerowni w której zostanie zainstalowany i uruchomiony router CE w lokalizacji Zamawiającego.
8. Wykonawca zobowiązuje się do monitorowania Łączy przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku (24/7/365) wraz z podejmowaniem działań mających na celu prawidłowe funkcjonowanie Usługi.
9. Wykonawca na pisemny wniosek Zamawiającego dokona zmian w świadczonych Usługach transmisji danych w okresie obowiązywania Umowy, polegających na:
 - 1) zmianie lokalizacji Łączy transmisji danych (przeniesienia Łączy do innej lokalizacji) po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w nowej lokalizacji;
 - 2) uruchomieniu Usługi w nowej Lokalizacji (np. w związku ze zmianami struktury organizacyjnej prokuratury) po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych w nowej Lokalizacji;
 - 3) zaprzestania świadczenia Usługi w dowolnej Lokalizacji, przy czym zaprzestanie to nastąpi ze skutkiem na koniec miesiąca, w którym Zamawiający złożył wniosek lub w innym późniejszym terminie wskazanym przez Zamawiającego;
 - 4) zwiększeniu (po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnych warunków technicznych) lub zmniejszeniu przepustowości Łączy w danej lokalizacji, w związku ze zmianami, o których mowa w pkt 1) lub pkt 2);

- 5) uruchomieniu dodatkowych usług zwiększających poziom bezpieczeństwa realizowanej Usługi;
 - 6) zestawieniu dodatkowych kanałów transmisji danych realizowanych w ramach połączeń xWDM opisanych w Rozdziale IX OPZ lub likwidacji poszczególnych kanałów transmisji danych przez Zamawiającego;
 - 7) zestawienie dodatkowych połączeń xWDM w relacjach innych niż wskazane w Rozdziale IX Załącznika nr 1 do Umowy;
 - 8) zestawienie połączeń realizowanych jako ciemne włókno światłowodowe w relacjach innych niż wskazane w Rozdziale IX Załącznika nr 1 do Umowy;
 - 9) zwiększenie ilości analiz złośliwego oprogramowania z uwagi na potrzeby biznesowe Zamawiającego oraz konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa. W takim przypadku jednocześnie ulegnie zmianie wynagrodzenia Wykonawcy zgodnie z ceną jednostkową wskazaną w §8 za przeprowadzenie analizy złośliwego oprogramowania;
 - 10) zwiększenie ilości Scenariuszy użycia systemu bezpieczeństwa z uwagi na konieczność integracji nowych źródeł danych lub potrzeb biznesowych Zamawiającego z jednoczesnym zachowaniem SLA zgodnie z pkt. 13.5 Załącznika nr 1 do Umowy. W takim przypadku jednocześnie ulegnie zmianie wynagrodzenia Wykonawcy zgodnie z ceną jednostkową wskazaną w §8 za przygotowanie i wdrożenie jednego scenariusza użycia dla zidentyfikowanych ryzyk.
10. Wymienione w ust. 9 zmiany będą mogły stanowić podstawę do zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanego w §8 Umowy (zmniejszenia lub zwiększenia) i nie przekroczyć kwoty stanowiącej 60% łącznego wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1. Zmiany wynagrodzenia ustalane będą odpowiednio i z uwzględnieniem wynagrodzeń wskazanych w § 8. W wypadku zmiany w świadczonych Usługach zdeterminowanych zmianą adresu siedziby danej jednostki Prokuratury w okresie do 100 dni od dnia zawarcia Umowy, zmiany takie nie będą prowadzić do zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy.
11. Wykonawca, po skierowaniu przez Zamawiającego wniosku, o którym mowa w ust. 9, przedstawi Zamawiającemu niezwłocznie szczegółowy kosztorys oraz uzasadnienie kosztów, a także termin realizacji wnioskowanej zmiany.
12. Jeśli Zamawiający uzna, że oszacowanie pracochłonności lub stanowisko w sprawie wykonalności zlecenia zgodnie z wnioskiem, o którym mowa w ust. 9, przedstawione przez Wykonawcę na zasadzie ust. 11 jest nieprawidłowe, może zwrócić się o opinię do niezależnego eksperta z dziedziny telekomunikacji (osoba wpisana na listę biegłych sądowych, Izba Rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego, ekspert Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji). W przypadku, gdy opinia eksperta potwierdzi nieprawidłowość stanowiska Wykonawcy, Wykonawca będzie zobowiązany wykonać zlecenie zgodnie z rekomendacją eksperta w zakresie maksymalnej pracochłonności albo wykonalności zlecenia oraz Wykonawca zobowiązany będzie pokryć koszty wykonania ekspertyzy, które będą potrącone z Wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu wykonania zlecenia.
13. Po zaakceptowaniu przez Zamawiającego przedstawionego mu przez Wykonawcę szczegółowego kosztorysu i pozostałych informacji, o których mowa w ust. 11, lub w wypadku wykonania zlecenia przez Wykonawcę w trybie ust. 12, Strony sporządzą i podpiszą kartę zmiany świadczonych Usług, w której wskażą i opiszą tą zmianę, termin jej realizacji oraz ewentualnie wynagrodzenie należne Wykonawcy. Karta, o której mowa w ust. 13 zastępować będzie Aneks do Umowy (wzór karty zmian, stanowi załącznik do Umowy).
14. Wykonawca wykona i dostarczy Zamawiającemu Dokumentację Powykonawczą i Eksploatacyjną zgodnie z wymaganiami na produkt typu Dokument określonymi w OPZ.

Natomiast w § 8. Wynagrodzenie i warunki płatności przewiduje:

1. Z tytułu realizacji Umowy, Wykonawca otrzyma łącznie wynagrodzenie w wysokości (słownie: złotych ./100), na które składa się

wynagrodzenie częściowe w postaci wynagrodzenia:

1) za zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji zabudowanych Urządzeniami aktywnymi Łączy dostępowych do wszystkich Lokalizacji Zamawiającego wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy oraz realizacji czynności określonych w Rozdziale XIII OPZ związanych z przygotowaniem do świadczenia Usługi SOC, które wynosi brutto

..... zł (słownie:
.....);

2) za świadczenie usług transmisji danych (abonament miesięczny) w ramach Usługi w okresie trwania Umowy do wszystkich lokalizacji Zamawiającego wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy wraz z punktami styku do sieci Internet oraz świadczeniu Usługi SOC o której mowa w Rozdziale XIII Załącznika nr 1 do Umowy, które wynosi brutto zł (słownie:);

3) tytułem jednostkowych opłat za abonament miesięczny dla poszczególnych Łączy dla Usługi wynoszące odpowiednio:

- Łącza Podstawowe:

a) łącze o przepustowości 16 Mbps - brutto.....zł,

b) łącze o przepustowości 64 Mbps - brutto.....zł,

c) łącze o przepustowości 96 Mbps - brutto zł,

d) łącze o przepustowości 128 Mbps - bruttozł,

e) łącze o przepustowości 192 Mbps - bruttozł

f) łącze o przepustowości 256 Mbps - brutto.....zł,

g) łącze o przepustowości 512 Mbps - brutto.....zł,

h) łącze o przepustowości 1024 Mbps - bruttozł,

i) łącze o przepustowości 2048 Mbps - bruttozł, - Łącza Zapasowe:

a) łącze o przepustowości 16 Mbps - brutto zł,

b) łącze o przepustowości 64 Mbps - brutto zł,

c) łącze o przepustowości 96 Mbps - brutto zł,

d) łącze o przepustowości 128 Mbps - bruttozł,

e) łącze o przepustowości 192 Mbps - bruttozł

f) łącze o przepustowości 256 Mbps - bruttozł,

g) łącze o przepustowości 512 Mbps - bruttozł,

- h) łącze o przepustowości 1024 Mbps - bruttozł,
- i) łącze o przepustowości 2048 Mbps - bruttozł,
- j) za świadczenie Usługi dzierżawy infrastruktury światłowodowej w relacji opisanej w Rozdziale IX ust. 1 OPZ (abonament) w okresie trwania Umowy wynagrodzenie miesięczne w wysokości złotych brutto (słownie złotych:.....),
- k) za świadczenie Usług transmisji danych w technologii xWDM, opisanych w Rozdziale IX ust. 1 OPZ (abonament) w okresie trwania Umowy wynagrodzenie miesięczne w wysokości złotych brutto (słownie złotych:.....), w tym:
- ul. Postępu 3, Warszawa (Prokuratura Krajowa) - ul. Czerniakowska 100, Warszawa (Ministerstwo Sprawiedliwości) wynagrodzenie miesięczne w wysokości
 - ul. Postępu 3, Warszawa (Prokuratura Krajowa) - ul. Rakowiecka 37a, wynagrodzenie miesięczne w wysokości złotych brutto (słownie
- l) za świadczenie dostępu do sieci Internet poprzez punkty styku w POPD PK i ZOPD PK abonament miesięczny w okresie trwania Umowy w wysokości złotych brutto
- m) za świadczenie Usługi SOC opisanej w Rozdziale XIII OPZ abonament miesięczny w okresie trwania Umowy w wysokości złotych brutto (słownie złotych:.....).
- n) za świadczenie dostępu do sieci Internet z wykorzystaniem łączy o przepustowości 512Mbps każde opisanych w opisaney w Rozdziale III ust. 16 OPZ, niezależnych od punktów styku wraz z niezależną pulą 128 stałych adresów publicznych (wspólnych dla tych łączy) w ramach jednej podsieci, skonfigurowanych w sposób analogiczny jak punkty styku, abonament miesięczny w okresie trwania Umowy w wysokości.....złotychn brutto (słownie złotych:.....).

2. Maksymalna wartość wynagrodzenia z tytułu realizacji Umowy, przy uwzględnieniu zmian, o których mowa w § 4 ust. 10 oraz § 15 ust. 1, nie przekroczy kwoty zł (słownie:.....) brutto.

3. Wynagrodzenie określone w ust. 1 zawiera wszelkie koszty związane z realizacją Umowy, w tym: koszt uruchomienia i utrzymania Łączy TD, koszty sprzętu, urządzeń i oprogramowania, koszty transportu i ubezpieczenia na czas transportu, instalacji, wartość autorskich praw majątkowych, koszty serwisu, oraz wszelkie należne cła i podatki, w tym podatek VAT.

4. Wynagrodzenie Wykonawcy za zestawienie i uruchomienie zabudowanych łączy dostępowych dla Usługi oraz realizacji czynności określonych w Rozdziale XIII OPZ związanych z przygotowaniem do świadczenia Usługi SOC, o których mowa w ust. 1 pkt 1), nie może przekroczyć 15% wartości Umowy określonej w ust. 1, wyniesie kwotę równą wynikowi działania: (cena określona w ust. 1 pkt 2) * 48 miesięcy)*15% oraz będzie płatne

jednorazowo na podstawie Protokołu Odbioru Końcowego Usługi w ciągu 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z Protokołem Odbioru Końcowego Usługi podpisanym przez Zamawiającego, na konto Wykonawcy wskazane w fakturze.

5. Wynagrodzenie dla Wykonawcy za świadczenie Usługi oraz Usługi SOC, będzie płatne miesięcznie z dołu po upływie miesiąca w trakcie którego Usługi były świadczone na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę oraz podpisanego przez Zamawiającego Protokołu odbioru usług transmisji danych Usługi/Usługi SOC w ciągu 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z potwierdzeniem przez Zamawiającego wykonania Usług w danym miesiącu, na konto Wykonawcy wskazane w fakturze.

6. W przypadku zmiany parametrów Usług opisanych w §4 ust. 9 pkt 6 poprzez zamówienie zestawienia dodatkowych kanałów transmisji danych o parametrach jak poniżej lub likwidację poszczególnych kanałów transmisji danych przez Zamawiającego, wynagrodzenie miesięczne określone w ust. 1 pkt 3 lit. k) ulegnie odpowiedniej zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu):

1) za jeden kanał FC (1 x 8Gbit/s) wynagrodzenie miesięczne w wysokości..... złotych brutto (słownie złotych:.....),

2) za jeden kanał FC (1 x 16Gbit/s) wynagrodzenie miesięczne w wysokości..... złotych brutto (słownie złotych:.....),

3)	za	jeden	kanał 100 Gb (1 x 100Gbit/s) wynagrodzenie	miesięczne	w	wysokości
		złotych brutto (słownie złotych:.....),			
4)	za	jeden	kanał 40 Gb (1 x 40Gbit/s) wynagrodzenie	miesięczne	w	wysokości
			... złotych brutto (słownie złotych:),			
5)	za	jeden	kanał 10 GbEth (1 x 10Gbit/s) wynagrodzenie	miesięczne	w	wysokości
			... złotych brutto (słownie złotych:),			
6)	za	jeden	kanał 1 GbEth (1 x 1Gbit/s) wynagrodzenie	miesięczne	w	wysokości
			... złotych brutto (słownie złotych:),			

7. W przypadku zmiany parametrów Usług opisanych w §4 ust 9 pkt 7 poprzez zwiększenie ilości analiz złośliwego oprogramowania z uwagi na potrzeby biznesowe Zamawiającego oraz konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa lub zmniejszenie ilości analiz złośliwego oprogramowania, wynagrodzenie miesięczne określone w ust. 1 pkt. 3 lit. m) ulegnie odpowiedniej zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu) za pojedynczą

analizę złośliwego oprogramowania w wysokości złotych brutto (słownie złotych:.....) (nie więcej niż o 1/138 kwoty określonej w ust 1 pkt 3) lit. m)).

8. W przypadku zmiany parametrów Usług opisanych w §4 ust 9 pkt 8 przez zwiększenie ilości Scenariuszy użycia systemu bezpieczeństwa z uwagi na konieczność integracji nowych źródeł danych lub potrzeb biznesowych Zamawiającego lub zmniejszenie ilości Scenariuszy użycia systemu bezpieczeństwa, wynagrodzenie miesięczne określone w ust. 1 pkt. 3 lit. m) ulegnie odpowiedniej zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu) za

pojedynczy Scenariusz użycia systemu bezpieczeństwa w wysokości

złotych brutto (słownie złotych:.....) (nie więcej niż o 1/60 kwoty określonej w ust 1 pkt 3) lit. m))

9. W przypadku zmiany parametrów Usługi poprzez dwukrotne zwiększenie przepustowości

punktów styku do sieci Internet w POPD PK i ZOPD PK abonament miesięczny określony w ust 1 pkt 3) lit. l) ulegnie zwiększeniu o kwotę w wysokości.....złotych brutto

(słownie złotych:.....) (nie więcej niż o 100% kwoty określonej w ust

1 pkt 3) lit. l)).

10. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ponoszenia opłat tylko za faktycznie sprawne Łąca oraz świadczoną Usługę SOC. W przypadku niepełnego miesiąca świadczenia Usługi dla danego Łąca przez Wykonawcę, abonament miesięczny będzie płatny w wysokości określonej jako iloczyn liczby dni, w których była usługa świadczona przez 1/30 opłaty abonamentowej należnej z tytułu świadczenia tej usługi.

11. Za dzień zapłaty uważany będzie dzień obciążenia rachunku Zamawiającego.

12. Warunkiem zapłaty wynagrodzenia jest pozytywna weryfikacja rachunku bankowego Wykonawcy na tzw. białej liście podatników VAT prowadzonej przez właściwe organy skarbowe.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z ww. przepisu wynika, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w dokumentach zamówienia. Przed zastosowaniem ww. przepisu Zamawiający, gdy cena oferty danego wykonawcy budzi jego wątpliwości, winien wystąpić do tego wykonawcy o stosowne wyjaśnienia, odpowiednio formułując treść wezwania. W myśl bowiem art. 224 ust. 1 Pzp Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wycieszenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie natomiast z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Przyjmuje się że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym oraz postęp technologiczno-organizacyjny.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w kontekście treści wezwania do ich złożenia, opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentach zamówienia, uzasadnienia przedstawionego w informacji przekazanej wykonawcy o tej czynności, oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, przy czym zawsze punktem odniesienia do określenia istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że Izba nie uwzględnia nowego, przedstawionego dopiero w postępowaniu odwoławczym, a niezawartego w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy, uzasadnienia czynności dokonanej przez zamawiającego, bowiem, jako nie ujawnione wykonawcy, nie może stanowić podstawy zarzutów odwołania, w granicach których Izba orzeka.

W analizowanym postępowaniu zwraca uwagę, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum (dalej: „Informacja”) nie stwierdził, że cena oferty tego wykonawcy odnosząca się do przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentach zamówienia jest nierealistyczna, że nie jest możliwe wykonanie za nią zamawianego przedmiotu zamówienia. Nadto zauważenia wymaga, że Zamawiający przyznał, że usługi w technologii xWDM stanowią jeden z elementów oferty, jednak ani w Informacji ani na rozprawie nie podniósł i nie wykazał, że stanowią one istotną część składową zamówienia, jak też, że ceny podane w pkt 1 ppk 3 lit. k) oraz pkt 2 oferty są rażąco niskie, że nie da się za nie należycie wykonać usług opisanych w OPZ. Zamawiający istnienie ceny rażąco niskiej w ofercie Konsorcjum stwierdził w wyniku analizy wyjaśnień ceny złożonych przez tego

wykonawcę, przeprowadzonej w celu oszacowania możliwości wykonania zamówienia przy zmianie kanałów transmisji danych o niższych przepustowościach na kanały transmisji danych o wyższych przepustowościach w perspektywie realizacji zamówienia (48 miesięcy), tj. wpływu zmian typów połączeń na cenę zamówienia w odniesieniu do dwóch przedstawionych w ww. informacji wariantów, z których każdy zakładał zmianę przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia (w treści: „OPZ”) połączeń o przepustowości 10 Gbps na kanały o większej przepustowości. Przyjmując - jak sam to określił Zamawiający - założenia takich zmian, Zamawiający dokonał wycień przy uwzględnieniu cen podanych przez Odwołującego w ofercie w pkt 1 ppk 3 lit. k) oraz pkt 2, w wyniku których uznał, że w obu zaprezentowanych przez niego w Informacji wariantach zmian typów połączeń, strata, jaką wygenerują takie zmiany, w trakcie trwania zamówienia, przewyższy zysk przewidziany przez Konsorcjum. W wyniku takich założeń i wycień

Zamawiający uznał, że kalkulacja ceny oferty Odwołującego wskazuje na wystąpienie w niej rażąco niskiej ceny. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że istotą rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego, jest to, że wykonawca ten tak skonstruował swoją ofertę, że doprowadził do sytuacji, w której wynagrodzenie z abonamentu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 3 lit. k) oferty, przy uwzględnieniu stawek z pkt 2 oferty, mogłoby mieć wartości ujemne.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Przedmiot zamówienia dotyczy świadczenia usług transmisji danych dla wszystkich jednostek prokuratury w Polsce. Część tych usług tj. usługi w technologii xWDM dotyczą zapewnienia transmisji danych pomiędzy trzema lokalizacjami w Warszawie. Określona w abonamencie, o którym mowa w pkt 1 ppkt 3 lit. k) oferty ich wycena miała być dokonywana z uwzględnieniem konfiguracji określonej w rozdz. IX OPZ: 4. We wskazanych w ust 1 pkt b) relacjach, Wykonawca zapewni następujące ilości i typy połączeń:

i. Postępu 3, Warszawa (Prokuratura Krajowa) - Czerniakowska 100, Warszawa (Ministerstwo Sprawiedliwości) w ilości 4x1Gbps Ethernet 1000BASE-T , 4x1Gbps

Ethernet 1000BASE-SX, 4x1Gbps Ethernet 1000BASE-LX, 24x10Gbps Ethernet 10GBASE-SR, 8x40Gbps Ethernet (40GBASE-X), 12x 16Gbps FC. Wykonawca zapewni możliwość realizowania połączeń 100Gbps Ethernet (100GBASE-X) w trakcie trwania

Umowy;

ii. Postępu 3, Warszawa (Prokuratura Krajowa) - Rakowiecka 37a, Warszawa (Centralny Zarząd Służby Więziennej) w ilości 4x1Gbps Ethernet 1000BASE-T, 4x1Gbps Ethernet

1000BASE-SX, 4x1Gbps Ethernet 1000BASE-LX, 4x10Gbps Ethernet 10GBASE-SR w

każdej relacji.

Wykonawca zapewni współpracę wskazanych interfejsów z posiadanymi przez Zamawiającego w danych lokalizacjach przełącznikami wyposażonymi w interfejsy o tej samej przepustowości producentów Cisco, Arista i Brocade.

W sprawie nie jest sporne, że ewentualne wprowadzenie i zakres zmian przepustowości ww. łącz miałyby być uzależnione od woli Zamawiającego w tym zakresie, jak też, że dokumentacja postępowania nie zawiera wariantów zmian opisanych w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak też nie zawiera innych, konkretnie podanych, podlegających wycenie na takich samych zasadach przez wykonawców, zmian co do opisanych w rozdziale IX OPZ ilości i typów połączeń w technologii xWDM w lokalizacjach tam wskazanych, o których mowa w pkt 1 ppk 3 lit. k) oferty. SWZ przewiduje jedynie możliwość wprowadzenia takich zmian, co nie jest równoznaczne z ich zaistnieniem, nadto, jeśli miałyby wystąpić, to nie jest wiadomo w jakim zakresie. W opisie przedmiotu zamówienia zawartym w rozdziale IX OPZ znajduje się natomiast wyraźne stwierdzenie potrzeb Zamawiającego, w tym przedmiocie.

Jak podniósł Odwołujący, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, w SWZ nie zostały określone zasady wyceny abonamentu w pkt 1 ppk 3 lit. k) oferty oraz wynagrodzenia oferowanego w pkt 2 oferty, nadto, jak wynika ze stanowisk prezentowanych przez strony i treści ww. dokumentów, nie zostały narzucone przez Zamawiającego proporcje pomiędzy wysokością abonamentu, a wysokością wynagrodzenia, o którym mowa w pkt 2 oferty, co oznaczało, że wykonawcy mieli w tym zakresie swobodę kalkulacji cen swojej oferty.

Jak wyżej wskazano, oferta wykonawców w zakresie ewentualnego stwierdzenia, że zawiera rażąco niską cenę, podlegała badaniu w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ i na równych zasadach przekazanego wykonawcom. Nie powinna być zatem przeprowadzona w odniesieniu do nieujawnionych wykonawcom wariantów ewentualnych zmian przedmiotu zamówienia, przedstawionych przez Zamawiającego dopiero w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Tymczasem, jak wynika z treści Informacji, Zamawiający poczynił podane w niej założenia co do ewentualnych wariantów zmian (nie ujawnionych wykonawcom przed terminem składania ofert), co do opisanych w rozdziale IX OPZ koniecznych do zapewnienia przez wykonawcę ilości i typów połączeń w technologii xWDM w lokalizacjach tam wskazanych, o których mowa w pkt 1 ppk 3 lit. k) oferty i to z wykorzystaniem takich wariantów przeprowadził działania matematyczne, w wyniku których stwierdził istnienie w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny.

Powyższe wskazuje że działanie Zamawiającego pozostawało w sprzeczności z ww. przepisami ustawy Pzp. Wbrew stanowisku Zamawiającego przedstawionemu na rozprawie,

z którego wynika, że ewentualnie wprowadzone zmiany co do przepustowości kanałów będą przekładały się na przedmiot i zakres świadczonych usług w toku realizacji umowy, takie nieznanne wykonawcom przed terminem składania ofert warianty ewentualnych zmian przedmiotu, nie mogły decydować o ocenie oferty pod kątem istnienia w niej rażąco niskiej ceny, nadto w odniesieniu do tej części zamówienia, co do której Zamawiający nie stwierdził i nie wykazał, że stanowi jej istotną część składową.

Niezależnie od uznania, że potwierdził się zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie stwierdził rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia ustalonego na dzień składania ofert, który to przedmiot byłby realizowany po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, przyjętego w Informacji jako założenie zaistnienia w nim ewentualnych zmian, w ocenie Izby potwierdził się także zarzut, że przeprowadzone przez Zamawiającego wyliczenia pozostają w sprzeczności z treścią dokumentów zamówienia w postaci formularza ofertowego i wzoru umowy.

Zdaniem Zamawiającego w razie wprowadzenia przez niego, założonych w Informacji, zmian łącz xWDM, przy zastosowaniu stawek określonych w pkt 2 oferty i wysokości abonamentu określonego w pkt 1 ppkt 3 lit k) oferty, doszłoby do obniżenia całkowitej ceny całej oferty w taki sposób, że nie zawierałaby ona założonego przez Odwołującego zysku, bowiem w takim przypadku jest możliwe pomniejszenie całkowitego wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w ofercie. Według Zamawiającego wielkości, które są podane w pkt 2 oferty decydują bowiem o tym, jak w przypadku rezygnacji z poszczególnych typów połączeń będzie zmniejszało się całkowite wynagrodzenie wykonawcy, a nie tylko wynagrodzenie przewidziane w pkt 1 ppkt 3 lit k) oferty.

Według natomiast Odwołującego granicę ewentualnego zmniejszenia wynagrodzenia, będącego konsekwencją zmian ww. łącz, stanowi wysokość abonamentu, który został zaferowany w pkt 1 ppk 3 lit. k) oferty a nie cena całkowita oferty.

W ocenie Izby za uzasadnione treścią dokumentów zamówienia należy uznać stanowisko Odwołującego.

Jak wynika z treści oferty Konsorcjum cena całkowita określona w pkt 1 jego oferty na kwotę 25 648 957,66 zł, jest ceną obliczoną z uwzględnieniem cen składowych

wymienionych w ppkt 1, 2 i 3 lit. a) - n) oferty, w tym za określone w ppkt 1 zestawienie, uruchomienie i oddanie do eksploatacji zabudowanych Urządzeniami aktywnymi łączy dostępnych dla wszystkich lokalizacji Zamawiającego wskazanych w załączniku nr 2 do umowy oraz realizacji czynności określonych w Rozdziale XIII OPZ związanych z przygotowaniem do świadczenia Usługi SOC, oraz określonego w pkt 2 abonamentu za świadczenie usług transmisji danych do wszystkich lokalizacji Zamawiającego wskazanych w załączniku nr 2 do umowy wraz z punktami styku do sieci Internet oraz świadczenie Usługi SOC, a także abonamentów określonych w pkt 3. Zgodnie natomiast z ppkt 3 lit. k) oferty tego wykonawcy tytułem jednostkowych opłat za abonament miesięczny za świadczenie Usług transmisji danych w technologii xWDM, opisanych w rozdziale IX ust. 1 OPZ (abonament) w okresie trwania Umowy wynagrodzenie miesięczne zostało określone na kwotę 11 000, 00 zł brutto za wskazane lokalizacje w Warszawie, w tym kwoty 5 500,00 zł w lokalizacjach: ul. Postępu 3 (Prokuratura Krajowa) - ul. Czerniakowska 100 (Ministerstwo Sprawiedliwości) oraz ul. Postępu 3 (Prokuratura Krajowa) - ul. Rakowiecka 37a. Zgodnie

natomiast z pkt 2 tej oferty: „W przypadku zmiany parametrów Usług opisanych w §4 ust. 9 pkt 6 Załącznika nr 2 do SWZ poprzez zamówienie zestawienia dodatkowych kanałów transmisji danych o parametrach jak poniżej lub likwidację poszczególnych kanałów transmisji danych przez Zamawiającego, wynagrodzenie miesięczne określone w ust. 1 pkt 3 lit. k) Załącznika nr 2 do SWZ ulegnie odpowiedniej zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu):

- 1) za jeden kanał FC (1 x 8Gbit/s) wynagrodzenie miesięczne w wysokości 620,00 złotych brutto (słownie złotych: sześćset dwadzieścia),
- 2) za jeden kanał FC (1 x 16Gbit/s) wynagrodzenie miesięczne w wysokości 1 230,00 złotych brutto (słownie złotych: jeden tysiąc dwieście trzydzieści),
- 3) za jeden kanał 100 Gb (1 x 100Gbit/s) wynagrodzenie miesięczne w wysokości 11 530,00 złotych brutto (słownie złotych: jedenaście tysięcy pięćset trzydzieści),
- 4) za jeden kanał 40 Gb (1 x 40Gbit/s) wynagrodzenie miesięczne w wysokości 7 690,00 złotych brutto (słownie złotych: siedem tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt),
- 5) za jeden kanał 10 GbEth (1 x 10Gbit/s) wynagrodzenie miesięczne w wysokości 4 610,00 złotych brutto (słownie złotych: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt),
- 6) za jeden kanał 1 GbEth (1 x 1Gbit/s) wynagrodzenie miesięczne w wysokości 2 460,00 złotych brutto (słownie złotych: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt).

Nadto zgodnie z ofertą Odwołującego: W przypadku zmiany parametrów Usług opisanych w §4 ust 9 pkt 7 Załącznika nr 2 poprzez zwiększenie ilości analiz złośliwego oprogramowania z uwagi na potrzeby biznesowe Zamawiającego oraz konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa lub zmniejszenie ilości analiz złośliwego oprogramowania, wynagrodzenie miesięczne określone w ust. 1 pkt. 3 lit. m) Załącznika nr 2 do SWZ ulegnie odpowiedniej zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu) za pojedynczą analizę złośliwego oprogramowania w wysokości 718,69 złotych brutto (słownie złotych: siedemset osiemnaście i 69/100) (nie więcej niż o 1/138 kwoty określonej w ust 1 pkt 3) lit. m)).

Powyższe wskazuje, że na skutek ewentualnie wprowadzonych zmian w zakresie przepustowości kanałów transmisji danych punktem odniesienia jest wynagrodzenie wykonawcy określone w pkt 1 ppkt 3 lit. k) oferty, tj. zaoferowany tam abonament, a nie wynagrodzenia z innych tytułów tj. za inne świadczenia również stanowiące element oferty, składające się na wynagrodzenie całkowite oferty. Również z § 4 ust. 10 wzoru umowy wynika, że zmiany wynagrodzenia, będące skutkiem wymienionych w § 4 ust. 9 tego paragrafu zmian, będą ustalane odpowiednio z uwzględnieniem wynagrodzeń wskazanych w § 8.

Treść formularza oferty i wzoru umowy wskazuje, że każdy rodzaj usług, który składa się na przedmiot zamówienia, jest wyceniany odrębnie. Również odrębnie w odniesieniu do poszczególnych abonamentów została uregulowana przez Zamawiającego kwestia ewentualnych ich zmian.

Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego z którego wynika, że w odniesieniu do usług w technologii xWDM rezygnacja w podanym przez niego w Informacji zakresie z poszczególnych kanałów o niższej częstotliwości, przy jednoczesnym wprowadzeniu dodatkowych kanałów o wyższej częstotliwości, miałby skutkować obniżeniem wynagrodzenia z innych tytułów, w tym z innych abonamentów. Do tego natomiast prowadzi wynik działań matematycznych przeprowadzonych przez Zamawiającego z wykorzystaniem założonych przez niego wariantów potencjalnych zmian oraz cen podanych w ofercie Konsorcjum.

Takie stanowisko Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z treścią ww. dokumentów. Jak wyżej wskazano, zgodnie z Formularzem oferty cena abonamentu zaoferowana w pkt 1 ppkt 3 lit k) oferty stanowi jeden z wielu elementów składowych ceny całkowitej oferty, która została zaoferowana za poszczególne świadczenia opisane w dokumentach zamówienia, i w której zawiera się skalkulowany przez Konsorcjum zysk, jaki zamierza osiągnąć na zamówieniu. Na marginesie, jedynie z uwagi na podnoszenie tej okoliczności w postępowaniu odwoławczym, zaznaczenia wymaga, że Zamawiający nie wykazał, aby w dokumentach zamówienia przewidział, iż abonament ma być sumą kwot z pkt 2 oferty, które zostały w niej przedstawione na wypadek ewentualnych zmian.

Ponadto nie zostało podniesione i wykazane przez Zamawiającego, że przyjęte w tych działaniach warianty są jedynymi możliwymi schematami ewentualnych zmian w omawianym zakresie. Jak natomiast wynika z wskazanych przez Odwołującego odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców nr 64 i 65, Zamawiający przewidywał możliwość rozbudowy urządzeń xWDM o wskazane w nich porty. Wskazuje to na możliwość zwiększenia zakresu zamówienia, a w konsekwencji, na ewentualną możliwość odpowiedniego zwiększenia wynagrodzenia z tego tytułu przy uwzględnieniu przewidzianych w tym zakresie w Umowie zasad ich wprowadzania. Zauważenia również wymaga, że Zamawiający na rozprawie dla potwierdzenia swojego stanowiska wskazywał na złożone w poczet dowodów Wyjaśnienia i zmiany treści SWZ z 29 lipca 2021 r. i zawarł w nich odpowiedź na pytanie nr 6, z której wynika, że wymaga zaprojektowania oraz dostarczenia systemu umożliwiającego uruchomienie połączeń 100GBASE-X w trakcie trwania kontraktu.

Podsumowując należy stwierdzić, że nie zostało wykazane, aby nie było możliwe należyte wykonanie przez Konsorcjum zamówienia określonego w dokumentach zamówienia

za cenę zaoferowaną w ofercie tego wykonawcy. Zamawiający tego nie zakwestionował. Istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego Zamawiający dopatrywał się natomiast w wynikach matematycznych działań, w których nie wziął po uwagę przedmiotu zamówienia przewidzianego do zrealizowania w dokumentach zamówienia i w związku z tym tego, który winien być wyceniony w ofercie, lecz uwzględnił swoje założenia ewentualnych zmian

przedmiotu zamówienia w zakresie usług w technologii xWDM w trzech lokalizacjach w Warszawie, nie opisane w dokumentach zamówienia. Ponadto nie zostało podniesione, a w konsekwencji wykazane przez Zamawiającego, że powyższe usługi, za które abonament został określony w pkt 1 ppkt 3 lit. k) oferty stanowią istotną część składową zamówienia, a cena za nie stanowi istotną część ceny całkowitej oferty i w związku z tym ich wycena podlegała badaniu pod kątem istnienia w tym zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu do wyjaśnień ceny Zamawiający nie wskazał na tę okoliczność.

W ocenie Izby zważywszy na to, że nie zostało wykazane, aby przedmiotowe usługi w technologii xWDM miały decydujący wpływ na osiągnięcie celów zamówienia, nadto dotyczą tylko ściśle określonych trzech lokalizacji w Warszawie (podczas gdy przedmiot zamówienia dotyczy świadczenia usług transmisji danych dla wszystkich jednostek Prokuratury w Polsce), a ich wartość w ofercie Odwołującego została określona na kwotę 11 000,00 zł

miesięcznie, co oznacza kwotę 528 000,00 zł w okresie 48 miesięcy, na jaki jest przewidziany czas jej obowiązywania, przy cenie całkowitej oferty w wysokości 25 648 957,66 zł, trudno uznać, że wynagrodzenie za nie stanowi istotną część wynagrodzenia całkowitego za zamówienie. Nawet gdyby maksymalnie został ograniczony ww. abonament i nie doszłoby do zwiększenia wynagrodzenia z tytułu dodatkowych kanałów transmisji danych, to Odwołujący uzyskałby zysk na zamówieniu, co zostało przedstawione przez Odwołującego w dowodzie oznaczonym przez niego nr 4 - tajemnica przedsiębiorstwa.

Powyższe wskazuje, że nie wystąpiła przesłanka odrzucenia oferty Konsorcjum, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego nie zostało wykazane, aby ewentualne zmiany w obrębie usług, których dotyczy abonament wyceniony w pkt 1 ppkt 3 lit. k) oferty Odwołującego przekroczyły kwotę zysku przewidzianego na zamówieniu, bowiem jak wyżej wskazano, analiza dokumentów zamówienia nie pozwala na wyprowadzenie z nich wniosków, iż ewentualne zmniejszenie wynagrodzenia w wyniku ewentualnych zmian parametrów łącz, prowadziłyby do przekroczenia wynagrodzenia przewidzianego za ten rodzaj usług w ofercie, tj. żeby przyjęły wartość mniejszą niż zero. Z opracowanych przez Zamawiającego: formularza ofertowego oraz wzoru umowy wynika, że wynagrodzenie za poszczególne rodzaje usług, będące częścią składową ceny całkowitej oferty, jest odrębnie ustalone w ofercie i to ono podlega ewentualnym zmianom w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z możliwości wprowadzenia zmian w ich obrębie. Nie można zatem zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego dotyczącym wyniku przeprowadzonych działań matematycznych.

W konsekwencji za potwierdzony należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegają odrzuceniu

W sytuacji gdy zostało wykazane, że czynność odrzucenia oferty Konsorcjum nastąpiła bez wykazania zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy

Pzp, to również za pozbawioną podstaw należy uznać czynność unieważnienia postępowania z zastosowaniem art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W

analizowanej Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: