

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2017 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** w przez – **Skarb Urząd** postępowaniu prowadzonym Zamawiającego **Państwa, Komunikacji ul. 18/20**, w trybie przetargu **Elektronicznej, Kasprzaka 01-211** nieograniczonego pn.: „Świadczenie usługi transmisji danych oraz usługi Wi-Fi dla Urzędu Komunikacji znak Elektronicznej okres 48 – przez miesięcy” (postępowanie BAK.WZP.26.63.2016)

przy udziale wykonawcy **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

1

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 19 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 604/17

Zamawiający – Skarb Państwa, Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi transmisji danych oraz usługi Wi-Fi dla Urzędu Komunikacji Elektronicznej przez okres 48 miesięcy” – (postępowanie znak BAK.WZP.26.63.2016)

Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 23.12.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 248 - 454548.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy nowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu **16.03.2017 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27.03.2017 r.** przez wykonawcę **Orange Polska S.A.** W jego treści Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp przez:

1. zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na fakt, iż Netia S.A. zaoferowała za realizację zamówienia cenę nie uwzględniającą minimalnego koniecznego do poniesienia kosztu nabycia, dostarczenia, zestawienia, konfiguracji oraz uruchomienia urządzeń Wi-Fi niezbędnych do należytego świadczenia usług tj., naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy;
2. zaniechanie odrzucenia oferty Netia S.A. w sytuacji, gdy ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdza, że

3

oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. naruszenie art. 7, art. 90 ust. 3 ustawy;
dodatkowo:

3. zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na fakt, iż Netia S.A. zaoferowała świadczenie usługi przy pomocy urządzeń Wi-Fi niespełniających parametrów technicznych wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, a w konsekwencji uniemożliwiających świadczenie usług w wymaganym przez zamawiającego standardzie 802.11ac, tj. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 ustawy.

oraz z ostrożności:

4. zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na fakt, iż jednoznaczne oświadczenie złożone przez Netia S.A. w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, iż do świadczenia usług wykorzysta 30 szt. urządzeń dostępowych do sieci bezprzewodowej Wi-Fi aktualnie używanych w ramach umowy zawartej przez Netia S.A. i Zamawiającym, nie może zostać zmienione w wyniku złożenia uzupełniających wyjaśnień, tj. naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 84 ust. 1 ustawy.

Tym samym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Wykonawcy Netia S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. odrzucenia oferty Wykonawcy Netia S.A. jako niezgodnej z SIWZ;
4. przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert - w szczególności z uwzględnieniem sprzętu przewidzianego przez Wykonawców na etapie przygotowania i wyceny ofert;
5. przeprowadzenia ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

UZASADNIENIE

Jak wskazał Odwołujący przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej jest świadczenie usług transmisji danych oraz usług Wi-Fi.

Przy tym co istotne i wymaga podkreślenia - usługi te mają być świadczone z wykorzystaniem konkretnych urządzeń, których parametry techniczne muszą być zgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający w Załączniku nr 1 do umowy „Szczegółowy zakres Przedmiotu Umowy oraz specyfikacja techniczna dla usług

4

transmisji danych oraz usług Wi-Fi” zdefiniował szczegółowe parametry techniczne urządzeń jakie Wykonawcy mają użyć do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym w tabeli na stronie 64 zdefiniował parametry 40 urządzeń dostępowych do sieci bezprzewodowej Wi-Fi. Zgodnie z wymaganiem określonym w pkt 1) tabeli punkt dostępowy sieci Wi-Fi musi umożliwiać pracę klientów w standardach 802.11 a/b/g/n/ac.

Jak wskazał Odwołujący biorąc pod uwagę powyższe należy zadać pytanie - czy przygotowując i składając ofertę Wykonawcy mieli obowiązek dobrać urządzenia, których wykorzystania żąda Zamawiający oraz uwzględnić ich koszt przy kalkulacji ceny oferty?

W ocenie Odwołującego niewątpliwie tak. Jego zdaniem uzasadnia to zarówno treść SIWZ, jak też wyjaśnienia do treści specyfikacji udzielone przez Zamawiającego w toku postępowania. Wynika z nich, iż istotnym elementem, który ma wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, jest zastosowanie do realizacji przedmiotu zamówienia urządzeń, które zgodnie ze SIWZ muszą spełniać wymagania określone w tabelach zamieszczonych na stronach od 57 do 66 (załącznik nr 1 do projektu umowy). Zamawiający nie pozostawił w tym zakresie Wykonawcom dowolności, o czym świadczy fakt, że każdorazowo formułując wymagania odnośnie sprzętu do realizacji umowy używa określeń: „musi posiadać”, „musi zapewniać”, „musi obsługiwać”, „musi spełniać”, „musi mieć”, itd.

Zdaniem Odwołującego w SIWZ Zamawiający sformułował wymaganie dobrania przez Wykonawców konkretnych modeli urządzeń spełniających m.in. powyższe wymagania. Zamawiający podkreślił wpływ i znaczenie dobieranego sprzętu na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia poprzez określenie w SIWZ szczegółowych parametrów technicznych, które muszą spełnić urządzenia planowane przez Wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia. W toku postępowania Zamawiający oświadczył, że każdy Wykonawca w ofercie zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z treścią SIWZ (...). Dla Zamawiającego istotne jest, aby Wykonawcy świadczyli usługi przy pomocy urządzeń spełniających wymagania SIWZ (patrz odpowiedź na pytanie nr 61 - pismo Zamawiającego z dnia 27 lutego 2017 r., strona 3).

Zdaniem Odwołującego zapewnienie zgodności urządzeń przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ jest niezbędne dla zapewnienia oczekiwanych przez Zamawiającego funkcjonalności usług oraz ma istotny wpływ na koszt tych urządzeń, a w konsekwencji na wysokość ceny ofert Wykonawców.

Jak wskazał Odwołujący w kontekście powyższych wymagań czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Netia S.A. dokonana została z naruszeniem przepisów ustawy.

Ad. zarzutów 1 i 2

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wyjaśnia orzecznictwo, rażąco niską ceną będzie taka cena, która nie gwarantuje, przy znanych wartościach składowych i elementach kalkulacyjnych, realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie zrealizowane należycie i w sposób założony przez Zamawiającego, zaś przedsięwzięcie zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym, ale przyniesie też pewien zysk wykonawcy (wyrok z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt 586/11).

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wyżej podkreślono, istotnym elementem oferty, który ma wpływ na wysokość ceny, jest zastosowanie do realizacji przedmiotu zamówienia urządzeń, które zgodnie ze SIWZ muszą spełniać wymagania określone w tabelach zamieszczonych na stronach od 57 do 66 SIWZ (załącznik nr 1 do projektu umowy).

Zdaniem Odwołującego w cenie zaoferowanej przez Wykonawcę Netia S.A. (tj. Wykonawcę obecnie świadczącego na rzecz Zamawiającego usługi będące przedmiotem zamówienia) zostały zaplanowane do realizacji przedmiotu zamówienia urządzenia Wi-Fi obecnie wykorzystywane przez nią do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Urządzenia te nie

spełniają wymagań zdefiniowanych w SIWZ. Oznacza to, że Netia S.A. kalkulując cenę oferty nie uwzględniła istotnego elementu jakim jest zapewnienie niezbędnych do świadczenia usługi urządzeń Wi-Fi o parametrach wyspecyfikowanych przez Zamawiającego. Tym samym cena oferty tego Wykonawcy stanowi cenę rażąco niską w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia z treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą Netia S.A. w ramach procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (wezwanie w trybie art. 90 ustawy) wynika, że 30 szt. urządzeń dostępowych do sieci bezprzewodowej (z wymaganych przez Zamawiającego 40 szt.) uwzględnionych przez tego Wykonawcę przy wycenie oferty nie spełnia wymagania zawartego w SIWZ dotyczącego możliwości pracy w standardzie 802.11 ac – wymagania określonego w Załączniku nr 1 do umowy „Szczegółowy zakres Przedmiotu

Umowy oraz specyfikacji technicznej dla usług transmisji danych oraz usług Wi-Fi", w tabeli na stronie 64, pkt 1).

Jak wskazał Odwołujący aby zobrazować wpływ kluczowego dla urządzenia dostępowego Wi-Fi parametru, jakim jest standard jego pracy, na możliwe do uzyskania przez Zamawiającego funkcjonalności niezbędne jest omówienie specyfiki i standardów transmisji w sieciach bezprzewodowych Wi-Fi.

Wi-Fi jest to potoczne określenie zestawu standardów stworzonych do budowy bezprzewodowych sieci komputerowych. Szczególnym zastosowaniem Wi-Fi jest budowanie sieci lokalnych opartych na komunikacji radiowej, czyli sieci WLAN. Budowa takiej sieci w lokalizacjach Zamawiającego jest m.in. przedmiotem postępowania.

Wi-Fi jest znakiem towarowym Wi-Fi Alliance dla certyfikowanych produktów opartych na standardach IEEE 802.11 (IEEE ang. Institute of Electrical and Electronics Engineers - jest to organizacja, której jednym z podstawowych zadań jest ustalanie standardów konstrukcji, pomiarów itp. dla urządzeń elektronicznych, w tym standardów dla urządzeń i formatów komputerowych). Ten certyfikat gwarantuje współpracę pomiędzy różnymi urządzeniami bezprzewodowymi.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że w sieciach bezprzewodowych Wi-Fi wyróżniamy kilka standardów, zapewniających uzyskanie różnych maksymalnych przepustowości i charakteryzujących się różnymi odpornościami na zakłócenia. Możliwe do osiągnięcia maksymalne przepustowości oraz odporność na zakłócenia uzależnione są m.in. od pasma częstotliwości, w którym odbywa się transmisja. Sieci pracujące w paśmie częstotliwości 5 GHz w porównaniu z sieciami pracującymi w paśmie częstotliwości 2,5 GHz charakteryzują się znacznie większą odpornością na zakłócenia (w zakresie częstotliwości 2,5 GHz pracują także nadajniki i odbiorniki standardu Bluetooth, kuchenki mikrofalowe, radary meteorologiczne, radiowa telewizja przemysłowa oraz wiele innych - efektem działania niektórych z tych urządzeń może być zagłuszanie sygnałów sieci Wi-Fi i ograniczenie zasięgu punktu dostępowego).

Główne standardy dla transmisji bezprzewodowej to:

- 802.11b - umożliwia uzyskanie przepustowości maksymalnie do 11 Mb/s (w praktyce można osiągnąć transfery rzędu 5,5 Mb/s), w paśmie częstotliwości 2,4 GHz,
- 802.11a - umożliwia uzyskanie przepustowości do 54 Mb/s, w paśmie częstotliwości 5 GHz,

-
- 802.11g - umożliwia uzyskanie przepustowości maksymalnie do 54 Mb/s (w praktyce można osiągnąć transfery rzędu 20-22 Mb/s przy transmisji w jedną stronę, wykorzystanie starszych urządzeń w tym standardzie powoduje zmniejszenie prędkości do 11 Mb/s), w paśmie częstotliwości 2,4 GHz,
 - 802.11n - umożliwia uzyskanie przepustowości maksymalnie do 300 Mb/s przy pracy w paśmie częstotliwości 5 GHz oraz 150 Mb/s przy pracy w paśmie w częstotliwości 2,4 GHz,

- 802.11ac - najnowszy (wdrożony w 2013 r.) standard transmisji bezprzewodowej, umożliwiający uzyskanie wysokich przepustowości maksymalnie do 1 Gb/s, w paśmie częstotliwości 5 GHz

Jak wynika z pisma Zamawiającego nr BAK.WZP.26.63.2016.46 z dnia 7 marca 2017 r. skierowanego do Netia S.A., Wykonawca skalkulował w cenie oferty wykorzystanie urządzeń dostępowych do sieci bezprzewodowej w oparciu o które realizuje obecnie dla Zamawiającego usługi Wi-Fi, w ramach umowy nr BFB-231-2/3/13 2017/12/WAW/4091 z dnia 16.01.2013 r. Jako dowód do tych wyjaśnień została załączona przez Netia S.A. kopia umowy zawartej z Zamawiającym.

W ramach umowy z 2013 r. Netia realizuje obecnie na rzecz Zamawiającego usługi Wi-Fi w oparciu o urządzenia dostępne Cisco AIR-LAP1042N-E-K9. Urządzenia Cisco AIR-LAP1042N-E-K9 nie umożliwiają pracy w wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ standardzie 802.11ac. Z pisma z dnia 7 marca 2017 r. wynika, że do takiego wniosku doszedł również Zamawiający. W pkt 3) stwierdza bowiem, że „W ocenie Zamawiającego obecnie używane punkty dostępne nie spełniają wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ”.

Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 15 lutego 2017 r. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Wykonawcy zobowiązani byli podać koszty m.in. dostarczenia, zestawienia, konfiguracji oraz uruchomienia urządzeń teletransmisyjnych, za pomocą których świadczona będzie usługa. Netia S.A. oświadczyła, iż zamierza świadczyć usługę z wykorzystaniem aktualnie używanych u Zamawiającego urządzeń Wi-Fi. Aktualnie używane u Zamawiającego urządzenia Wi-Fi nie spełniają parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego i nie gwarantują świadczenia usług w standardzie 802.11ac. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że Netia S.A. w celu należytego wykonania zamówienia zobowiązana będzie nabyć inne urządzenia Wi-Fi (spełniające wymagania opisane w siwz) - jednak koszty tej operacji nie zostały uwzględnione w cenie oferty.

Przepisy art. 90 ust. 1 i 1a ustawy, będące podstawą wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nakładają na Zamawiającego obowiązek

wyjaśnienia i ustalenia, w jaki sposób Wykonawca wycenił całą ofertę. Ustalenie, jakie są rzeczowe elementy oferowanego świadczenia i zamierzony sposób ich wykonania ma znaczenie jako punkt wyjścia do ich wyceny. Wykonawca Netia S.A. w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdził, że przy realizacji zamówienia wykorzysta sprzęt niespełniający wymagań opisanych w SIWZ - obniżając w ten sposób koszty realizacji zamówienia. Tym samym Netia S.A. przyznała, iż nie uwzględniła kosztu nabycia urządzeń Wi-Fi niezbędnych do świadczenia usługi w cenie oferty. W tych okolicznościach Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Wykonawcy Netia S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy - jako że wyjaśnienia Netia S.A. wraz ze złożonymi dowodami (kopia umowy nr BFB-231-2/3/13 2017/12/WAW/4091 z dnia 16.01.2013 r. zawartej pomiędzy Netia S.A. i Zamawiającym) potwierdzają, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że rażąco niska cena oferty, jest taka cena która za zaoferowaną w ofercie cenę uniemożliwia danemu wykonawcy wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i warunkami jego wykonania. Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione fakty nie ulega wątpliwości, że Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Netta S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia naruszył przepisy ustawy.

Ad. zarzutu 3

Jak wskazał Odwołujący niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia - w tym wypadku urządzenia Wi-Fi, przy wykorzystaniu których Zamawiający korzystał będzie ze świadczonych przez wybranego Wykonawcę usług Wi-Fi - nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Zamawiający

ma obowiązek zbadać, czy złożone oferty odpowiadają treści SIWZ. W orzecznictwie eksponuje się formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikającą z niego konieczność bezwzględnego egzekwowania obowiązku odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji - w szczególności wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.10.2005 r., sygn. akt V Ca 398/05 (niepubl.), w którym Sąd przypomniał, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy.

Badając ofertę wykonawcy Netia S.A. Zamawiający nie dokonał z należytą starannością weryfikacji zgodności treści tej oferty z treścią SIWZ - w szczególności gdy Netia S.A. jednoznacznie oświadczyła, że zamierza świadczyć usługę z wykorzystaniem aktualnie używanych u Zamawiającego urządzeń Wi-Fi - co potwierdziła przedstawiając w charakterze dowodu kopię umowy nr BFB-231-2/3/13 2017/12/WAW/4091 z dnia 16.01.2013 r. zawartej z Zamawiającym. Takie działanie Zamawiającego należy uznać za niezgodne z przepisami ustawy.

Zdaniem Odwołującego podkreślenia wymaga, że ocena zgodności złożonych ofert z ustawą oraz z treścią SIWZ dokonywana jest przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - nie zaś po zakończeniu postępowania, tj. na etapie realizacji umowy (na tym etapie Zamawiający weryfikuje, czy zamówienie realizowane jest zgodnie z umową i złożoną przez Wykonawcę ofertą). Ocena zgodności złożonych ofert z ustawą oraz z treścią SIWZ dokonywana jest na podstawie treści oferty oraz wyjaśnień i dokumentów złożonych przez Wykonawców w toku postępowania na wezwanie Zamawiającego. Zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 lutego 2017 r. - odpowiedź na pytanie 61 - każdy Wykonawca w ofercie zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z treścią SIWZ (...). Dla Zamawiającego istotne jest, aby Wykonawcy świadczyli usługi przy pomocy urządzeń spełniających wymagania SIWZ. Tym samym sporządzenie specyfikacji technicznej urządzeń, w tym urządzeń Wi-Fi, jest niezbędnym elementem przygotowania oferty każdego z Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia - bez względu na okoliczność, czy specyfikacja urządzeń powinna być załączona do oferty jako odrębny dokument, czy też - jak w przedmiotowym postępowaniu - winna zostać przygotowana przez Wykonawców przed złożeniem oferty w celu zagwarantowania wykonania zamówienia zgodnie z żądaniem Zamawiającego i uwzględnienia w cenie wszystkich niezbędnych do poniesienia kosztów realizacji zamówienia.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia odwołania Zamawiający w toku postępowania posiadał wszelkie dokumenty, oświadczenia i informacje niezbędne do przeprowadzenia badania i oceny oferty Netia S.A. Wykonawca ten złożył m.in. wyjaśnienia dotyczące ceny lub kosztu z tytułu realizacji zamówienia. Wyjaśnienia te dotyczą konkretnej oferty i konkretnego zamówienia i obrazują kalkulację kosztów w zależności od potencjału i możliwości realizacji zamówienia, przyjmując też własną strategię budowy ceny. Jak podnosi się w orzecznictwie, kalkulacja własna ceny (lub kosztu) jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem Wykonawcy. Odnosić się ona winna do indywidualnie oferowanego przez Wykonawcę świadczenia na rzecz Zamawiającego. Tym samym, w ramach tego prawa Wykonawca na potrzeby każdego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12.05.2011r. sygn. KIO 934/11). Przy tym dokonanie kalkulacji własnej jest uprawnieniem wykonawcy, w które nie można wkraczać, o ile nie prowadzi ono do naruszenia przepisów prawa. Taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu,

Zdaniem Odwołującego z powoływanego już wyżej pisma Zamawiającego nr BAK.WZP.26.63.2016.46 z dnia 7 marca 2017r. skierowanego do Netia S.A. wynika, że Wykonawca zaplanował wykorzystanie do realizacji przedmiotu zamówienia urządzeń dostępowych do sieci bezprzewodowej w oparciu o które realizuje obecnie dla Zamawiającego usługi Wi-Fi, w ramach umowy nr BFB- 231-2/3/13 2017/12/WAW/4091 z

dnia 16.01.2013r. - urządzeń dostępowych Cisco AIR- LAP1042N-E-K9. Urządzenia Cisco AIR-LAP1042N-E-K9 nie umożliwiają pracy w wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ standardzie 802.11 ac. Na dowód prawdziwości tego oświadczenia wykonawca przedstawia materiał dowodowy, opisany w dalszej części pisma. Fakt ten potwierdził również sam Zamawiający wskazując, iż w jego ocenie cyt.: „obecnie używane punkty dostępowe nie spełniają wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ”. Tym bardziej niezrozumiałe jest zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Netia S.A. jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Niezgodność urządzeń Cisco AIR-LAP1042N-E-K9 z wymaganiami określonymi w SIWZ w zakresie obsługi transmisji bezprzewodowej w standardzie 802.11ac potwierdza treść Specyfikacji technicznej urządzeń dostępowych do sieci bezprzewodowych Cisco serii 1040, udostępnianej przez tego producenta. W tabeli 1 wiersz 1 Specyfikacji jest wskazane, że urządzenia AIR-LAP1042N-E-K9 umożliwiają pracę w standardach 802.11 a/g/n - czyli nie umożliwiają pracy w standardzie ac. W załączeniu do odwołania przekazujemy wyciąg z tej specyfikacji. Pełna specyfikacja urządzeń Cisco serii 1040 dostępna jest pod adresem: <http://www.cisco.com/c/en/us/products/collateral/wireless/aironet-1140-series/data-sheet-c78-609338.pdf>

Niezgodność urządzeń Cisco AIR-LAP1042N-E-K9 z wymaganiami zawartymi w siwz potwierdza też treść umowy nr BFB-231-2/3/13 2017/12/WAW/4091, zawartej w dniu 16.01.2013 r. przez Zamawiającego z Netia S.A. w ramach poprzedniego postępowania, dotyczącego świadczenia usług transmisji danych oraz Wi-Fi. Ze specyfikacji urządzenia Cisco AIR-LAP1042N-E-K9 zawartej w Załączniku nr 1 „Szczegółowy zakres Przedmiotu Umowy oraz specyfikacja techniczna dla usług transmisji danych oraz usług Wi-Fi” na stronie 60 wynika jednoznacznie, że „punkt dostępowy umożliwia pracę klientów w standardach

11

802.11a/b/g/n” - czyli nie umożliwia pracy w standardzie 802.11 ac. Wyciąg z tej umowy obejmujący wskazany zakres stanowi załącznik do odwołania.

Dla rozwiania wszelkich wątpliwości w zakresie niezgodności urządzenia AIR-LAP1042N-E-K9 z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w siwz Odwołujący przekazuje również w załączeniu oświadczenie firmy Cisco potwierdzające, że urządzenie dostępowe AIR-LAP1042N-E-K9 nie umożliwia pracy w standardzie 802.11 ac oraz nie ma możliwości aktualizacji tego urządzenia w taki sposób, aby można było zapewnić jego pracę w tym standardzie.

Uwzględniając wymóg udowodnienia przez Wykonawców, że oferowana usługa świadczona będzie w sposób żądany przez Zamawiającego, należy stwierdzić, że zaoferowanie przez Netia S.A. świadczenia usług z wykorzystaniem urządzeń Wi-Fi nie spełniających wymagań sformułowanych przez Zamawiającego przesądza o istotnej niezgodności treści oferty Netia S.A. z treścią siwz. Podkreślenia wymaga, że wykorzystanie na potrzeby realizacji zamówienia urządzeń Wi-Fi o parametrach niezgodnych z siwz ma wpływ na obniżenie ceny oferty Netia S.A.

W tych okolicznościach Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Netia S.A. jako nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ad. zarzutu 4

W zakresie zasadności zarzutu o niezgodności treści oferty Wykonawcy Netia S.A. z treścią siwz, zdaniem Odwołującego, nie mogą podważyć dodatkowe wyjaśnienia złożone przez Netia S.A. na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 marca 2017 r. W dodatkowych wyjaśnieniach Wykonawca nie może bowiem skutecznie odwołać uprzednio złożonego oświadczenia o wykorzystaniu przy świadczeniu usługi aktualnie używanych u Zamawiającego urządzeń Wi-Fi, ani też nie może zmienić tego oświadczenia. Działanie takie narusza bowiem przepisy art. 84 ust. 1 ustawy.

Jak wskazał Odwołujący procedura wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wykazania co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez Wykonawcę elementy oferty i odpowiadającej jej kalkulacji cenowej

ceny wpłynęły na obniżenie ceny, wraz z dowodami na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności, nie mogą natomiast jej modyfikować pierwotnego zobowiązania Wykonawcy złożonego w ofercie. Wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj wykładni

oświadczenia woli Wykonawcy (jego oferty), dlatego przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień zmieniających treść złożonej oferty nie może być uznane za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści. W trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedozwolone są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące oferty. Negocjacje te, jeśli miałyby odnieść skutek, musiałyby prowadzić do zmiany treści oferty, co jest zakazane odrębną normą. Zakaz prowadzenia negocjacji poszerza więc katalog czynności zabronionych w ten sposób, że nie tylko dokonywanie zmian w ofercie, ale również samo podjęcie próby wprowadzenia takich zmian jest naruszeniem przepisów ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji w rankingu ofert zmierzając do odrzucenia oferty najkorzystniejszej. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy

w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. W zakresie korespondencji Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z wyjaśnień Netia S.A. złożonymi pismami datowanymi na 27.02.2017 r. oraz 10.03.2017 r. (objętymi zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa) oraz dołączonymi do tych pism dowodami z dokumentów (również objętymi zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Izba dopuściła również i przeprowadziła dowód z dokumentu w postaci dwóch pism dołączonych do niejawnej części pisma Przystępującego 13.04.2017 r., tj. pisma z dnia 07.04.2017 r. dotyczącego właściwości urządzeń dostępowych oraz pisma z dnia 11.04.2017 r. zawierającego informacje na temat stanów magazynowych wykonawcy Netia S.A.

Izba dopuściła również i przeprowadziła dowody z dokumentów zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w postaci:

1. Kopii pisma Zamawiającego z dnia 7 marca 2017 r. znak BAK.WZP.26.63.2016.46;
2. Wyciągu z umowy nr BFB-231-2/3/13 2017/12/WAW/4091 z dnia 16.01.2013 r. zawartej przez Zamawiającego z Netia S.A., dotyczącej świadczenia usług transmisji danych oraz Wi-Fi;
3. Wyciągu ze specyfikacji technicznej urządzeń dostępowych do sieci bezprzewodowych

Cisco serii 1040 złożonego przez Odwołującego wraz z tłumaczeniem fragmentu tabeli 1;
4. Kopii oświadczenia firmy Cisco z dnia 24.03.2017 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale III SMZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w następujący sposób określił przedmiotowo istotne elementy przyszłego świadczenia:

III. Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiot zamówienia obejmuje: 14

-
- 1) zestawienie i uruchomienie łączy dostępowych wyszczególnionych w załączniku do umowy nr 2 Tabeli A;
 - 2) zapewnienie usługi ochrony łączy internetowych przed atakami DDoS.
 - 3) uruchomienie aktywnych bezprzewodowych punktów dostępowych, pozwalających na bezprzewodowy dostęp do Internetu z wykorzystaniem łączy asymetrycznego, wyszczególnionych w załączniku do umowy nr 2 Tabeli A.
 - 4) uruchomienie w Delegaturach Urzędu usługi Multi-VRF na łączach dostępowych Delegatur.
 - 5) dostarczenie, zestawienie, konfiguracja oraz uruchomienie w Centrali Urzędu stacji monitorowania, w celu monitorowania udostępnionych w ramach zamówienia łączy transmisji danych wraz z urządzeniami teletransmisyjnymi.
 - 6) zapewnienie świadczenia usługi transmisji danych i usługi Wi-Fi przez okres 48 miesięcy.

2. Zakres świadczonych dodatkowych usług:

- 1) Dostawa urządzeń teletransmisyjnych i uruchomienie telekomunikacyjnych węzłów dostępowych w lokalizacji w Centrali Urzędu na ul. M. Kasprzaka 18/20 oraz we wszystkich lokalizacjach. Wszystkie urządzenia teletransmisyjne muszą być dostarczone, zainstalowane, skonfigurowane i uruchomione przez Wykonawcę, i pozostają własnością Wykonawcy w okresie świadczenia usług i po ich zakończeniu.
- 2) Zamawiający wymaga aby:
 - a) Wykonawca skonfigurował wszystkie łączy dostępowe w Centrali Urzędu w trybie, w którym jedno z łączy dostępowych pełni rolę łączy podstawowego natomiast drugie pełni rolę łączy zapasowego, z możliwością balansowania ruchu;
 - b) Wykonawca skonfigurował łączy dostępowe w lokalizacjach;
 - c) Wykonawca dostarczył i skonfigurował wszystkie urządzenia teletransmisyjne;
 - d) Wykonawca realizował usługi zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi w trakcie obowiązywania Umowy obejmujące:
 - zarządzanie konfiguracją logiczną sieci oraz utrzymanie urządzeń teletransmisyjnych przy udziale pracowników Zamawiającego,
 - zmiany konfiguracji urządzeń teletransmisyjnych na wniosek Zamawiającego,
 - naprawę lub wymianę uszkodzonego urządzenia teletransmisyjnego,
 - rozwiązywanie problemów eksploatacyjnych przy pomocy Help Desk,
 - zapewnienie Zamawiającemu zdalnego przeglądania pełnej konfiguracji w trybie „tylko do odczytu” urządzeń teletransmisyjnych zainstalowanych we wszystkich lokalizacjach.

-
- 3) Zamawiający wymaga zapewnienia odpowiednich parametrów usługi transmisji danych oraz usługi Wi-Fi.
 - 4) Zamawiający wymaga, by usługa serwisu technicznego obejmowała usuwanie problemów funkcjonowania łączności po ich wykryciu przez stację monitorującą lub ich zgłoszeniu przez Zamawiającego:

a) poprzez dedykowany serwis HelpDesk dostępny w trybie online przez przeglądarkę internetową lub;

b) na specjalnie do tego celu wydzielony numer telefoniczny lub;

c) adres poczty elektronicznej wskazany przez Wykonawcę; d) Zamawiający wymaga od Wykonawcy zapewnienia, by wszystkie z wyżej wymienionych form zgłaszania awarii i usterek były dostępne 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku (24/7/365).

5) Zamawiający wymaga zagwarantowania minimalnego zakresu usług serwisowych świadczonych na rzecz Zamawiającego, tj.:

a) zarządzanie konfiguracją fizyczną i logiczną sieci WAN oraz utrzymanie urządzeń teletransmisyjnych;

b) zarządzanie siecią i monitorowanie stanu technicznego łączy dostępowych;

c) monitorowania łączy transmisji danych przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku (24/7/365) wraz z powiadamianiem Zamawiającego o wykrytych awariach lub usterekach;

d) dokonywanie konfiguracji interfejsów dla celów dołączenia do sieci LAN i WAN;

e) konfigurację adresacji IP zgodnie z ustaleniami z Zamawiającym;

f) zmianę konfiguracji urządzeń teletransmisyjnych na wniosek Zamawiającego;

g) naprawę lub wymianę uszkodzonego urządzenia teletransmisyjnego;

h) wykrywanie awarii/usterek i naprawę łączy dostępowych.

6) Wykonawca udostępni Zamawiającemu dostęp w trybie „tylko do odczytu” dla trzech administratorów Zamawiającego (wraz z zapewnieniem ewentualnych niezbędnych licencji) do stacji monitorującej w zakresie udostępnianej infrastruktury wraz z prezentacją i przeszkoleniem. Stacja monitorująca będzie udostępniała ciągłe monitorowanie parametrów SLA (obciążenie łączy, utrata pakietów) wszystkich łączy dostępowych będących przedmiotem zamówienia (włącznie z historią z całego okresu świadczenia usługi).

7) Na etapie uruchamiania i zestawiania usługi Wykonawca uruchomi transmisję danych w klasie Data oraz ruchu typu Voice. Jednocześnie w okresie obowiązywania Umowy Zamawiający wymaga zapewnienia możliwości uruchomienia klasy Video dla wszystkich Lokalizacji.

3. Zamawiający wymaga od Wykonawcy lub podwykonawcy – stosownie do art. 29 ust. 3a ustawy, zatrudnienia przy realizacji części przedmiotu zamówienia obejmującej zarządzanie konfiguracją fizyczną i logiczną sieci oraz utrzymanie prawidłowego działania Urządzeń

16

teletransmisyjnych w trakcie obowiązywania Umowy co najmniej 1 osoby na podstawie umowy o pracę (1 pełny etat). Realizacja pozostałych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia nie wymaga występowania pomiędzy Wykonawcą lub podwykonawcą i zatrudnionymi przez te podmioty osobami podporządkowania w rozumieniu przepisów prawa pracy.

4. Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w załączniku numer 1 i 2 do Umowy.

5. Miejscem realizacji przedmiotu Umowy jest siedziba Zamawiającego wraz z jednostkami organizacyjnymi Urzędu Komunikacji Elektronicznej, wyszczególnionymi w Załączniku numer 1 do Umowy, w Tabeli A.

6. Kod Wspólnego Słownika Zamówień (CPV): 72720000-3, 32430000-6.

Izba ustaliła, że Zamawiający w ramach projektu umowy (stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ) zawarł m.in. następujące postanowienia odnoszące się do zakresu świadczenia:

§2

1. Przedmiotem Umowy jest przygotowanie infrastruktury technicznej sieci i świadczenia Usługi transmisji danych oraz usługi Wi-Fi przez okres 48 miesięcy dla Lokalizacji wskazanych w Załączniku nr 2 do Umowy.

2. Przedmiot umowy zostanie zrealizowany zgodnie z treścią Umowy oraz załączników od nr 1 do nr 8 Umowy.

§3

1. Wykonawca zobowiązany jest do: 1) przygotowania infrastruktury technicznej sieci w terminie do dnia 10 kwietnia 2017 r.; 2) rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych oraz usługi Wi-Fi dla lokalizacji wyszczególnionych w Załączniku nr 2 Tabeli A, od dnia 17

kwietnia 2017 r. od godz. wskazanej przez Zamawiającego.

§5

13. Zamawiający dopuszcza zmianę sprzętu użytego do realizacji Przedmiotu umowy na sprzęt o parametrach nie gorszych niż określone w SIWZ.

§8

1. Wykonawca gwarantuje, że zainstalowane w Lokalizacjach w ramach Umowy Urządzenia teletransmisyjne są sprawne technicznie i spełniają wymagania funkcjonalne Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 1 do Umowy. 2

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w Załączniku nr 1 do umowy zawarł m.in. następujące postanowienia w rozdziale zatytułowanym „Szczegółowy zakres Przedmiotu

17

Umowy oraz specyfikacja techniczna dla usług transmisji danych oraz usług Wi-Fi”, gdzie wskazano:

Świadczenie usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz usługi Wi-Fi dla Centrali Urzędu.

I. Przedmiot Umowy

1. Zestawienie i uruchomienie łączy transmisji danych do lokalizacji określonych w załączniku nr 2 tabela A, o przepływności nie mniejszej niż określona w załączniku nr 2 do umowy- tabela A i nie mniejszej niż zadeklarowana przez Wykonawcę w Załącznik nr 7 do Umowy
2. Zapewnienie usługi ochrony łączy internetowych przed atakami DDoS zgodnie z wymaganiami przedstawionymi w pkt VII.
3. Uruchomienie w Centrali Urzędu na ul. M. Kasprzaka 18/20 oraz w 16 lokalizacjach Zamawiającego aktywnych bezprzewodowych punktów dostępowych, pozwalających na bezprzewodowy dostęp do Internetu i wykorzystujących łącze asymetryczne.
4. Uruchomienie w Delegaturach Urzędu usługi Multi-VRF na łączach dostępowych Delegatur.
5. Dostarczenie, zestawienie, konfiguracja oraz uruchomienie w Centrali Urzędu na ul. M. Kasprzaka 18/20 stacji monitorowania, w celu monitorowania udostępnionych w ramach zamówienia łączy transmisji danych wraz z urządzeniami teletransmisyjnymi.
6. Zapewnienie świadczenia ww. usług przez okres 48 miesięcy.

W powyższym załączniku na str. 64 i 65 (załącznik nr 1 do projektu umowy) Zamawiający w pkt 10. Zatytułowanym „Urządzenia dostępowe do sieci bezprzewodowej muszą spełniać poniższe wymagania” wskazał w tabeli zatytułowanej „Wymaganie na urządzenia dostępowe w ilości 40 szt.” w poz. 1 Punkt dostępowy umożliwiający pracę klientów w standardach 802.11a/b/g/n/ac.

Zamawiający w toku postępowania w piśmie z dnia 27.01.2017 r. w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców (opatrzone numerem 61) wskazał m.in., że: że każdy Wykonawca w ofercie zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z treścią SIWZ (...). Dla Zamawiającego istotne jest, aby Wykonawcy świadczyli usługi przy pomocy urządzeń spełniających wymagania SIWZ”. (odpowiedź na pytanie nr 61 - pismo Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2017 r., strona 3).

18

Zamawiający pismem z dnia 15.02.2017 r. wezwał wykonawcę Netia S.A. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień przywołując w ich treści brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1- 5 ustawy Pzp oraz wskazując na konieczność przedstawienia kosztów zestawienie i uruchomienia łączy dostępowych, zapewnienia usługi ochrony łączy internetowych przed atakami DDoS, uruchomienia w Delegaturach Urzędu usługi Multi-VRF na łączach dostępowych Delegatur, dostarczenia, zestawienia, konfiguracji oraz uruchomienia w Centrali Urzędu stacji monitorowania, zapewnienia świadczenia usługi transmisji danych i usługi Wi-Fi przez okres 48 miesięcy, zarządzania urządzeniami transmisyjnymi w trakcie obowiązywania umowy, zarządzania siecią oraz świadczenia usług serwisowych w trakcie obowiązywania umowy, opracowania dokumentacji określonej w

załączniku nr 3 do umowy, innych kosztów nie wymienionych powyżej, podatku od towarów i usług oraz zysku wykonawcy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Netia S.A. pismem z dnia 27.02.2017 r. złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz przedstawił dowody w postaci:

1. kalkulacji kosztów;
2. schematu sieci należącej do Netia S.A.;
3. kopii umowy z dnia 16.01.2013 r.;
4. schematu sieci należącej do Netia S.A.;
5. oferty podwykonawcy.

Wyjaśnienia wraz z przedłożonymi dowodami zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 07.03.2017 r. zwrócił się powtórnie do wykonawcy Netia S.A. o złożenie dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp formułując następujące pytania (wskazując, że wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że do realizacji przedmiotu zamówienia wykorzysta część obecnie używanych urządzeń):

1. czy obecnie używane urządzenia stanowią własność Netia S.A., czy też innych podmiotów.
2. w przypadku gdy obecnie używane urządzenia stanowią własność innych podmiotów – czy i jakie koszty używania tych urządzeń będzie ponosiła Netia S.A. przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, oraz w jaki sposób te koszty zostały uwzględnione w wyjaśnieniach z dnia 27.02.2017 r.
3. czy i w jaki sposób zostały uwzględnione koszty 40 szt. Urządzeń dostępowych do sieci bezprzewodowej. W wyjaśnieniach z dnia 27.02.2017 r. zostały uwzględnione koszty 10 urządzeń dostępowych oraz zawarto informacje, że zostaną wykorzystane obecnie używane.

19

W ocenie Zamawiającego obecnie używane punkty dostępne nie spełniają wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Netia S.A. w piśmie z dnia 10.03.2017 r. złożył wyjaśnienia odnosząc się do poszczególnych punktów. Pismo to zostało skutecznie objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę (sporządzoną wg załącznika nr 1 do SIWZ – wzór formularza oferty) z ceną ofertową wynoszącą 1 750 536,00 złotych brutto.

W treści ww. formularza oferty Przystępujący złożył m.in. następujące oświadczenia woli: „Oświadczamy(y), że:

- 1) akceptuję(emy) w pełni i bez zastrzeżeń postanowienia: SIWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnienia do tej SIWZ oraz modyfikacje tej SIWZ,
- 2) gwarantuję(emy) wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji”.
- 3) cena mojej (naszej) oferty za realizację całości niniejszego zamówienia wynosi brutto (wraz z podatkiem VAT) 1 750 536,00 PLN (polskich złotych) (słownie: jeden milion siedemset pięćdziesiąt tysięcy pięćset trzydzieści sześć złotych, 00/100 groszy)”.

Izba ustaliła ponadto, że w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający pismem z dnia 16.03.2017 r. poinformował wykonawców, że jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez Netia S.A. uzyskując 99,71 punktu, zaś oferta Orange Polska S.A. została sklasyfikowana na drugiej pozycji uzyskując łącznie 86,51 punktu.

Powyższa czynność zaskarżył Odwołujący wnosząc w dniu 27.03.2017 r. odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na

uwzględnienie.

1. W kontekście zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 oraz art. 84 ust. 1 ustawy Pzp w kontekście zaoferowania przez Netia S.A. świadczenia usługi przy pomocy urządzeń Wi-Fi niespełniających parametrów technicznych wskazanych przez

20

Zamawiającego w SIWZ, a w konsekwencji uniemożliwiających świadczenie usług w wymaganym przez zamawiającego standardzie 802.11aca Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się i podlegały oddaleniu.

Niewątpliwie celem rozstrzygnięcia zawisłego przed Stronami sporu w kontekście zgodności treści oferty wykonawcy Netia S.A. z treścią SIWZ konieczne jest, po pierwsze ustalenie zakresu tego oświadczenia złożonego przez ww. wykonawcę wobec Zamawiającego w treści oferty, w kontekście postawionych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia wymagań przez Zamawiającego oraz przeanalizowanie znaczenia oświadczeń woli składanych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w ofercie oraz w ramach składanych wyjaśnień).

Wskazać również należy, w ramach wykładni samego przepisu z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oraz wykładni i znaczenia złożonych przez wykonawcę oświadczeń woli, na przewidziane prawem konsekwencje takiego a nie innego ukształtowania tego oświadczenia w kontekście treści art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. Przepisy te bowiem w sposób wyczerpujący i całościowy regulują kwestię składania, znaczenia, zmiany i konsekwencji tych zmian w odniesieniu do oświadczeń woli składanych przez wykonawców w oparciu o wymagania zamawiającego ujęte w treści SIWZ.

Po pierwsze przedmiotem zamówienia jest realizacja usług – nie zaś dostawa określonego rodzaju urządzeń. Zatem do usług na mocy treści art. 750 ustawy Kodeks cywilny stosuje się przepisy o zleceniu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów powszechnych przez umowę zlecenia rozumie się umowę o charakterze starannego działania, a zatem co do zasady bez znaczenia pozostaje sposób realizacji świadczenia, jak również przyjęte przez wykonawcę (zleceniobiorcę) metody organizacyjne, narzędzia lub maszyny o ile pozwolą one na utrzymanie przez cały okres świadczenia pożądanego standardu usług. Niewątpliwie w tym wypadku, odmiennie od umowy dostawy, mamy do czynienia ze znaczną swobodą po stronie przyjmującego zlecenie (usługobiorcą), o ile, jak wyżej wskazano, zachowany zostanie pożądaný standard i jakość świadczonych usług.

Po drugie w kontekście złożonych przez Przystępującego wyjaśnień nie były to wyjaśnienia skierowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – a więc nie odnosiły się do treści złożonej oferty i tym samym nie obejmowały treści złożonego pierwotnie w ofercie oświadczenia woli i nie mogły prowadzić do jego modyfikacji.

Po trzecie Odwołujący konsekwencje zmiany przedmiotu świadczenia, którym jak wyżej wskazano była realizacja określonej usługi, nie zaś dostawa urządzeń o określonych parametrach, powiązał z oświadczeniem złożonym wobec Przystępującego przez wskazanego w ramach wyjaśnień podwykonawcę. Wskazać w tym miejscu należy, że adresem tego oświadczenia nie mógł być Zamawiający i dodatkowo nawet gdyby zostało ono do niego skierowane nie mogło prowadzić do modyfikacji oświadczenia złożonego

21

Zamawiającemu, gdyż nie zostało złożone w określonym trybie (w ramach procedury ubiegania się o zamówienia publiczne), w określonej formie (w postaci oferty sporządzonej w formie pisemnej) oraz przez upoważnione do tego osoby (umocowanych przedstawicieli wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp).

Jak zostało wskazane w Rozdziale III SMW zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” 1. Przedmiot zamówienia obejmuje:

- 1) zestawienie i uruchomienie łączy dostępowych wyszczególnionych w załączniku do umowy nr 2 Tabeli A;
- 2) zapewnienie usługi ochrony łączy internetowych przed atakami DDoS.
- 3) uruchomienie aktywnych bezprzewodowych punktów dostępowych, pozwalających na bezprzewodowy dostęp do Internetu z wykorzystaniem łącza asymetrycznego, wyszczególnionych w załączniku do umowy nr 2 Tabeli A.
- 4) uruchomienie w Delegaturach Urzędu usługi Multi-VRF na łączach dostępowych Delegatur.

5) dostarczenie, zestawienie, konfiguracja oraz uruchomienie w Centrali Urzędu stacji monitorowania, w celu monitorowania udostępnionych w ramach zamówienia łączny transmisji danych wraz z urządzeniami teletransmisyjnymi.

Wskazane wyżej punkty posługują się typowymi dla usług zwrotami „zestawienie”, „uruchomienie”, „zapewnienie” oraz „konfiguracja”, tj. czynnościami wpisującymi się w świadczenie starannego działania. W pkt 5 mam do czynienia z pojęciem właściwym dla dostawy, jednakże dostawa ta ma znaczenie uboczne i marginalne nie posiadające dodatkowo *essentialia negotii* niezbędnych dla tego typu umów.

Należy bowiem wskazać, że powyższe w kontekście stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, potwierdza opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ (Rozdział III pkt 1.2.). W powyższym punkcie zostało wskazane, że: *Wszystkie urządzenia teletransmisyjne muszą być dostarczone, zainstalowane, skonfigurowane i uruchomione przez Wykonawcę, i pozostają własnością Wykonawcy w okresie świadczenia usług i po ich zakończeniu.*

Powyższe oznacza zatem, iż mamy do czynienia z typową usługą o charakterze zbliżonym do zlecenia charakteryzującego się świadczeniem ciągłym, dla którego istotnym wymogiem jest staranne działanie zobowiązanego oparte na jego wiedzy i doświadczeniu. Wszakże pierwotnie uregulowane w ustawie Kodeks cywilny zlecenie odnosiło się do czynności prawnych (vide art. 734 § 1 ustawy Kodeks cywilny) i oparte było na szczególnej więzi i zaufaniu zleceńodawcy do przyjmującego zlecenie.

Takie są konsekwencje opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób ujęty w treści SIWZ, umowy oraz załączników do niej.

Izba ustaliła w oparciu o dokumentację postępowania, uznając za słuszne w tym zakresie stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, że ten ostatni w treści złożonej w postępowaniu oferty zawarł oświadczenie woli, w ramach którego wskazał, że akceptuje w pełni i bez zastrzeżeń postanowienie: SIWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnienia do tej SIWZ oraz modyfikacje tej SIWZ, jak również gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji. To pierwotne oświadczenie ma zasadnicze znaczenie dla oceny zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ, gdyż przepisy ustawy Pzp, poza określonymi wyjątkami, nie umożliwiają wykonawcy jednostronnej i samodzielnej zmiany oświadczenia woli złożonej w ramach oferty.

Wszakże zarówno art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, który zawiera dyrektywę, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, jak również pochodne tej dyrektywy ujęte w treści art. 87 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 ustawy Pzp chronią z jednej strony Zamawiającego przed nieuprawnionymi manipulacjami ze strony wykonawców nakierowanymi na modyfikację pierwotnego zakresu świadczenia, jak również stanowią gwarancję dla pozostałych uczestniczących w postępowaniu wykonawców, że nie dojdzie do zaburzenia konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek nieuprawnionych negocjacji pomiędzy wyłonionym w postępowaniu wykonawcą a podmiotem zamawiającym.

Szczególne rozwinięcie wskazanych wyżej zasad znajdujemy w treści przepisu art. 87 ust. 1 – 2 ustawy Pzp, gdzie uregulowane zostały mechanizmy ingerencji w treść oferty i wskazany został jeden wyjątek, który umożliwia dokonanie zmiany treści oferty przez samego wykonawcę. Analizując wskazane wyżej przepisy wskazać należy, że art. 87 ust. 1 zdaniem drugie ustawy Pzp wprost wskazuje, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści.

Odnosząc się do kolejnych przepisów tego artykułu Izba wskazuje, iż jedyny wyjątek, w ramach którego dopuszczalne jest na wniosek (żądanie) samego zamawiającego sprecyzowanie lub dopracowanie treści oferty oraz przedstawienie informacji dodatkowych (jednak bez możliwości dokonywania istotnych zmian w jej treści oraz zmian wymagań zawartych w treści SIWZ) dotyczy tylko postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego. Wszakże zmiany treści oferty (na skutek wystąpienia oczywistych omyłek rachunkowych, pisarskich lub innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ) jest realizowana przez samego zamawiającego (art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp).

Wytyczne te należy również przenieść do procesu składania wyjaśnień związanych w

rażąco niską ceną, które w swej istocie nie są nakierowane na zmianę treści oferty i w ogóle nie odnoszą się do procesu kształtowania woli wykonawcy. Co do zasady proces wyjaśnień

ujęty i oparty o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi klasyczny przykład oświadczeń wiedzy składanych przez wykonawcę w oparciu o konkretne sformalizowane zapytanie podmiotu zamawiającego. Nawet jeżeli wykonawca, starając się w sposób maksymalnie wiarygodny i przekonujący, uzasadnić zaoferowaną w postępowaniu cenę posunie się do prób modyfikacji złożonego pierwotnie w treści oferty oświadczenia woli rolą podmiotu zamawiającego jest jedynie ocena złożonych wyjaśnień w kontekście przedstawionych dowodów, realiów rynkowych oraz w odniesieniu do pierwotnie zaoferowanego świadczenia (przyszłego przedmiotu zamówienia) – jednakże tylko i wyłącznie w kontekście wiarygodności zaoferowanej w ofercie ceny. Przyjęcie takiego oświadczenia (modyfikującego treść oświadczenia złożonego pierwotnie w ofercie) byłoby nie tylko sprzeczne z mechanizmem wyjaśniania nakierowanym na uzasadnienie ceny ofertowej, ale przede wszystkim kłóciłoby się z innymi regulacjami odnoszącymi się wprost do treści oferty (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp), jej znaczenia (art. 140 ust. 1 ustawy Pzp) oraz regulujących możliwość jej modyfikacji (art. 87 ust. 1 – 2 ustawy Pzp).

W ocenie Izby, mając na uwadze zawarte w treści odwołania w odniesieniu do pkt 4 argumenty (Ad. 4 drugi akapit str. 9 i 10 odwołania), sam Odwołujący zdaje się dostrzegać brak możliwości zmiany treści oferty w ramach wyjaśnień opartych o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał bowiem, że: *Procedura wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wykazania co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez Wykonawcę elementy oferty i odpowiadającej jej kalkulacji cenowej ceny wpłynęły na obniżenie ceny, wraz z dowodami na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności, nie mogą natomiast jej modyfikować pierwotnego zobowiązania Wykonawcy złożonego w ofercie. Wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj wykładni oświadczenia woli Wykonawcy (jego oferty), dlatego przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień zmieniających treść złożonej oferty nie może być uznane za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści. W trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedozwolone są jakiekolwiek negocjacje dotyczące oferty. Negocjacje te, jeśli miałyby odnieść skutek, musiałyby prowadzić do zmiany treści oferty, co jest zakazane odrębną normą. (podkreślenie Izby) Zakaz prowadzenia negocjacji poszerza więc katalog czynności zabronionych w ten sposób, że nie tylko dokonywanie zmian w ofercie, ale również samo podjęcie próby wprowadzenia takich zmian jest naruszeniem przepisów ustawy.*

Jeżeli zatem zmiana ta jest bezskuteczna, Zamawiający mógł przejść nad nią do porządku dziennego odraczając proces weryfikacji poprawności konfiguracji sieci

przeznaczonej do realizacji usługi, jak wskazał sam Przystępujący w treści wyjaśnień z dnia 10.03.2017 r. na stronach 2 i 3, do momentu (...) *akceptacji przez Zamawiającego projektów technicznych, o których mowa w pozycjach 2 i 3 załącznika nr 3 do SIWZ.*

Mając na uwadze sposób skonstruowania przez Odwołującego zarzutów, w tym powiązanie dwóch elementów opartych na ujętym w wyjaśnieniach Przystępującego stwierdzeniu, że zamierza on do realizacji zamówienia wykorzystać dotychczasową infrastrukturę (co Odwołujący odniósł w szczególności do dotychczas wykorzystanych urządzeń dostępowych) Izba wskazuje, że przepisy ustawy Pzp nie umożliwiają wykonawcy do złożenia jednostronnego oświadczenia o zmianie zakresu świadczenia ujętego w treści oferty chroniąc tym samym podmiot zamawiający przed nieuprawnionym modyfikowaniem tego oświadczenia.

Jednym z przewidzianych w ustawie Pzp mechanizmów, wpisującym się w rozumienie oświadczenia zawartego w treści oferty, jest mechanizm uregulowany w treści 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp dając podmiotowi zamawiającemu prawo do zatrzymania wadium wraz z odsetkami w przypadku, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie

(podkreślenie lzby).

Mając na uwadze powyższe lzba uznała, iż zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 oraz art. 84 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

2. W zakresie zarzutu obejmującego art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp lzba poddała ocenie wyjaśnienia (składane dwukrotnie w pismach z dnia 27.02.2017 r. i dnia 10.03.2017 r.) oraz dołączone do nich dowody, które w całości zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Stąd też lzba, respektując powyższe zastrzeżenie wobec jego podtrzymania przez Przystępującego i braku zarzutów związanych z jego zasadnością, odniesienie się do tych dokumentów w sposób respektujący zawarte tam informacje.

W pierwszej kolejności wskazać należy, co było informacją znaną Odwołującemu i częściowo stanowiącą uzasadnienie podniesionych przez Niego zarzutów, Przystępujący realizuje na rzecz Zamawiającego analogiczną usługę (o nieco mniejszych parametrach jakościowych dotyczących zabezpieczeń i transmisji) od roku 2013 (umowa z dnia 16.01.2013 r. numer BFB-231-2/3/13, 2007/12/WAW/4091), której przedmiotem zgodnie z treścią § 2 było świadczenie usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych Zamawiającego (Urząd Komunikacji Elektronicznej) oraz usługi Wi-Fi dla Centrali Urzędu.

25

Już tylko ta okoliczność pozwoliła Przystępującemu na uzyskanie organizacyjnej i ekonomicznej przewagi nad każdym podmiotem, który dotychczas nie świadczył usługi na rzecz tego konkretnego podmiotu. Przystępujący wykorzystał ten fakt kalkulując swoje wynagrodzenie i powołując się na doświadczoną i zaznajomioną z panującymi w tych lokalizacjach warunkami kadra techniczną, posiadaną w tych lokalizacjach infrastrukturą – co pozwoliło mu w sposób optymalny dokonać wyceny zarówno ryzyk, jak również wszelkich dodatkowych czynności związanych z przewidzianymi w projekcie umowy obowiązkami.

Poza tymi argumentami Przystępujący wskazał również na swoje ogólne doświadczenie, przewagę konkurencyjną wynikającą z posiadania własnej wysoko rozwiniętej infrastruktury, wykorzystanie dostępu do infrastruktury Odwołującego, zasad na jakich ten dostęp jest realizowany jak również wskazał na swoją politykę organizacyjną i sprzyjającą jemu konsolidację rynku telekomunikacyjnego (str. 5 wyjaśnień z dnia 27.02.2017 r.).

Co najbardziej istotne, w kontekście podniesionego przez Odwołującego zarzutu związanego z urządzeniami dostępowymi Wi-Fi Przystępujący zarówno w pierwszych wyjaśnieniach (pismo z dnia 27.02.2017 r. str. 6), jak również w drugim (pismo z dnia 10.03.2017 r. str. 2 drugi fragment zapisany kursywą) wskazał, że urządzenia przeznaczone do realizacji zamówienia posiada częściowo w swoich zasobach lub zakupi je po atrakcyjnych cenach będących wynikiem negocjacji w konkurencyjnym procesie zakupowym (przedstawiając dodatkowo dowód w postaci oferty podwykonawcy objętej tajemnicą przedsiębiorstwa). Co do posiadanych urządzeń dostępowych, umożliwiających realizację usługi zgodnie z wymaganiami ujętymi w treści SIWZ, Przystępujący wskazał, że będą one instalowane w ramach istniejącej infrastruktury, pozostają w dyspozycji Netia S.A. (korzysta z nich przy realizacji innych projektów lub też posiada je ale dotychczas z nich nie korzystał i posiada je w ramach rezerw magazynowych).

W ramach pierwszych wyjaśnień Przystępujący wskazał (pismo z dnia 27.02.2017 r. str. 7), że jest właścicielem autorskiej platformy ochrony danych i w związku z powyższym dołączenie nowych klientów ogranicza się tylko do kosztów konfiguracji.

W podsumowaniu pierwszych wyjaśnień Przystępujący wskazał, co lzba ze względu na świadczenie tej usługi dotychczas na rzecz Zamawiającego uznała za wiarygodne, że koszty zakupu dla potrzeb realizacji projektu nie obciążają w całości budżetu tego projektu wskazując na ogólną kwotę, o którą mogły zostać obniżone koszty dla tego konkretnego projektu (przedstawiając dodatkowo w załączniku do wyjaśnień zestawienie kosztów, jakie poniesie Netia S.A. w związku z wykonaniem zamówienia).

Mając na uwadze powyższe, lzba uznała, że nie doszło do potwierdzenia wskazanych przez Odwołującego zarzutów w postaci art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy

26

Pzp na skutek zaniechania odrzucenie przez Zamawiającego oferty wykonawcy Netia S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....