

## WYROK

Warszawa, dnia 17 lutego 2025 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Netia spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie, przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego Actus-Info spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

### Sygn. akt: KIO 162/25

### Uzasadnienie

Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: „Usługa transmisji danych dla sieci rozległej IPN, ” znak sprawy: BAG-53/24.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer publikacji ogłoszenia: 643213-2024, numer wydania Dz.U. S: 207/2024, data publikacji: 23 października 2024 r.

W postępowaniu tym wykonawca Netia spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 17 stycznia 2025 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy w zw. z art. 224 ust. 2, 4, 5, 6 Ustawy poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień Actus złożonych w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1) Ustawy i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 128 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Actus do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 1 pkt 1.4. SWZ wraz z dokumentem określającym czy te dostawy lub usługi zostały wykonane należyście;

pomimo, że są one niekompletne lub zawierają błędy;

a z ostrożności procesowej:

- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) Ustawy poprzez wybór oferty złożonej przez Actus oraz zaniechanie odrzucenia oferty Actus, pomimo że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w Postępowaniu opisanymi w Rozdziale IX ust. 1 pkt 1.4. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;

a w konsekwencji

art. 16 pkt 1 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Actus jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

a w przypadku uznania przez Izbę braku zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem Actus, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8,

o nakazanie Zamawiającemu

- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwania Actus do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie

ewentualnie o

- 3) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Actus na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący podał uzasadnienie stawianych zarzutów.

*Ad rażąco niskiej ceny*

Odwołujący zwrócił uwagę na brak informacji dotyczącej zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Odwołujący wyjaśnił, że 2 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał Actus na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 Ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednocześnie, jak wskazał Odwołujący – Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 4 Ustawy, Zamawiający wezwał Actus do złożenia wyjaśnień w zakresie:

a) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 224 ust. 4 Ustawy, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w pkt a) i b) powyżej.

Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach Actus z dnia 5 grudnia 2024 r. brakuje jakiegokolwiek informacji w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z orzecznictwem, „treść art. 224 ust. 4 p.z.p., który podobnie jak art. 224 ust. 3 p.z.p., jest pewną wytyczną dla obu stron postępowania. Należy zatem uznać, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi tak samo, jak zamawiający zobowiązany jest do żądania wyjaśnień w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, tak samo wykonawca zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Taki nakaz dla wykonawcy nie został wprost wyrażony w przepisie. Wynika on jednak z tego, iż ciężar dowiedzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa właśnie na wykonawcy, a sankcję za niewykazanie stanowi odrzucenie oferty. W sytuacji więc, gdy zapytanie zamawiającego dotyczyć będzie czynników, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 p.z.p., aby uniknąć odrzucenia swojej oferty, wykonawca będzie musiał udzielić wyjaśnień przynajmniej w tym zakresie”.

Odwołujący wskazał, że podobnie w innym wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„W myśl art. 224 ust. 4 p.z.p. wyjaśnienia w zakresie dotyczącym: zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, bezwzględnie wskazanym przepisem wymagane”.*

W kontekście powyższego, zdaniem Odwołującego już z samego faktu zaniechania złożenia przez Actus wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego wynika, że oferta Actus powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług transmisji danych dla sieci rozległej IPN w 40 lokalizacjach oraz dostawa niezbędnych urządzeń zapewniających właściwą realizację usług na rzecz Zamawiającego. Oznacza to, że na Wykonawcy realizującym przedmiot zamówienia ciąży m.in. konieczność

zapewnienia lub budowy łączy umożliwiających świadczenie usług.

Odwołujący podał, że w odpowiedzi z dnia 5 grudnia 2024 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2024 r., Actus wskazał, że jego własna infrastruktura światłowodowa pokrywa „około 80% lokalizacji objętych zamówieniem, co znacząco ogranicza koszty związane z wynajmem łączy od podmiotów zewnętrznych”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 224 ust. 4 i 5 Ustawy, Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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.

Odwołujący podał, że w wezwaniu z dnia 2 grudnia 2024 r., Zamawiający również wskazał m.in., że udzielone wyjaśnienia mają udowodnić Zamawiającemu, że oferta została rzetelnie przygotowana, cena prawidłowo oszacowana i zawiera wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej realizacji umowy, co powinno zostać poparte stosownymi dowodami, zaś brak spełnienia powyższych przesłanek skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Tymczasem, poza ogólnikowym stwierdzeniem o tym, że Actus posiada własną infrastrukturę w „około 80% lokalizacjach”, Actus w ocenie Odwołującego nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, że tak właśnie jest. Jest to o tyle niezrozumiałe, że zgodnie z wyjaśnieniami Actus, posiadanie własnej infrastruktury znacząco ogranicza koszty związane z wynajmem łączy od podmiotów zewnętrznych. Skoro zatem ww. pozycja kosztowa ma tak istotne znaczenie dla kalkulacji ceny ofertowej, niewątpliwym jest, że Actus powinien wykazać, że rzeczywiście taka infrastruktura znajduje się w lokalizacjach Zamawiającego. Przykładowo, standardową praktyką stosowanych przez innych Operatorów, w tym Netię, w analogicznych postępowaniach jest załączanie map własnej infrastruktury w lokalizacjach, których dotyczy zamówienie.

Odwołujący wyjaśnił, że przeprowadził wizję lokalną w Warszawie z której wynika, że Actus nie posiada własnej infrastruktury w lokalizacjach Zamawiającego ani też Infrastruktury w odległościach zgodnie z deklaracją zawartą w wyjaśnieniach.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Ustawy, ciężar dowodu w zakresie prawidłowej kalkulacji ceny spoczywa na wykonawcy, zaś brak wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu skutkuje odrzuceniem oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach Actus z dnia 2 grudnia 2024 r. brakuje jakiegokolwiek pozycji kosztowej dotyczącej kosztów dzierżawy łączy od innych wykonawców, w tym Netii. Odwołujący podał ponadto, że wyjaśnienia wskazujące na zamiar wydzierżawienia infrastruktury od innych wykonawców pojawiły się dopiero na etapie wezwania skierowanego do Actus przez Zamawiającego w dniu 27 grudnia 2024 r. w trybie art. 223 Ustawy, przy czym nie ma tam nadal żadnej informacji o koszcie dzierżawy łączy, który niewątpliwie powinien być uwzględniony w kalkulacji ceny ofertowej.

Odwołujący wskazał, że koszt dzierżawy łączy należącego do Netii np.: w lokalizacjach przy ul. Kurtyki 1, waha się od 400 zł 1520 zł na miesiąc co wynika z rodzaju usługi, przepustowości, długości umowy. Odwołujący podał, że zgodnie z pkt. 2 Rozdziału 2 Części I Załącznika nr 1 do decyzji (str. 13 odpowiedzi) powołanej przez Actus jako dowód potwierdzający, że Netia ma obowiązek zapewnić dostęp do własnej infrastruktury, wynika, że umowa ramowa powinna zostać zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności, w terminie do 60 (sześćdziesięciu) dni od dnia doręczenia wniosku o jej zawarcie.

Odwołujący wskazał, że przed zawarciem umowy ramowej należy dokonać wiele czynności w określonych terminach, w szczególności: złożenie wniosku o zawarcie umowy szczegółowej, przygotowanie projektu technicznego.

Odwołujący wskazał, że na dzień sporządzenia odwołania, Odwołujący nie otrzymał wniosku o zawarcie umowy ramowej, co oznacza, że Actus nie będzie miał możliwości zrealizowania Umowy w terminie.

Z kolei, powołanie się na decyzję UKE w części dotyczącej udostępnienia kanalizacji telekomunikacyjnej jest w ocenie Odwołującego nietrafne, bowiem, zgodnie z treścią załącznika nr 2 do decyzji, definicja zawarta w § 192e rozporządzenia ministra infrastruktury, której dotyczy załącznik dotyczy „Instalacji telekomunikacyjnej budynku mieszkalnego wielorodzinnego”, co nie jest przedmiotem Postępowania.

W wyjaśnieniach z dnia 2 stycznia 2025 r. Actus wskazał, że „dokonał weryfikacji infrastruktury w budynku na ul. Piotrowskiej 149 w Łodzi na etapie przygotowania oferty”.

Zdaniem Odwołującego, skoro na dowód dokonania powyższej weryfikacji na etapie przygotowania oferty, Actus przedstawił korespondencję e-mailową z właścicielem infrastruktury – Tpnets. com sp. z o .o. z dnia 27.12.2024 r., oznacza to, że weryfikacja ta odbyła się po terminie składania ofert przypadającym na dzień 29 listopada 2024 r.

W ocenie Odwołującego z ww. korespondencji nie wynika również na jakich warunkach taka infrastruktura miałaby zostać Actus udostępniona oraz jaki koszt byłby z tym związany. Według najlepszej wiedzy odwołującego miesięczny koszt dzierżawy udostępnianych łączy w każdej lokalizacji waha się od 400 zł do 1520 zł. Zakładając przykładowo, że wskazane lokalizacje, w których Actus nie ma własnej infrastruktury (na co sam wskazuje w

wyjaśnieniach), przewyższa opłatę miesięczną brutto za realizację zamówienia.

Dodatkowo w ocenie Odwołującego, Wykonawca powinien doliczyć koszt dzierżawy dla administratora budynku za skorzystanie z jego infrastruktury technicznej w budynku. Ponieważ samo doprowadzenie łącza do budynku biurowego jakim jest ul. Stawki 2 wymaga poniesienia opłaty około 400 zł wg najlepszej wiedzy Odwołującego.

Z powyższego wynika zdaniem Odwołującego, że Actus nie uwzględnił kosztów dzierżawy w ofercie cenowej, co więcej, nie podjął żadnych działań, które umożliwiłyby skorzystanie z infrastruktury innych wykonawców.

Odwołujący odniósł się również do wskazanego w wyjaśnieniach z dnia 5 grudnia 2024 r. Actus na str. 3 cennika przyłączy dla poszczególnych lokalizacji.

Przykładowo Odwołujący podniósł, że Actus wskazał następujące ceny przyłączy dla lokalizacji położonych w Warszawie i Łodzi: tj. m.in. poz. 2 i poz. 25 cennika przyłączy. Odwołujący podniósł, że wyżej wymienione pozycje cen przyłączy nie zostały następnie rozwinięte w dodatkowych cennikach, tylko wskazane zostały elementy jakie powinny składać się na cenę tj. cenniku materiałów oraz cenniku usług. Odwołujący zwrócił uwagę, że żadna z ww. pozycji cenników za materiały i robociznę nie została przypisana do cennika przyłączy.

Z cenników nie wynika również jaki koszt poniesie wykonawca za realizacją zamówienia. W cennikach zostały wskazane jedynie ceny jednostkowe, brakuje natomiast wskazania ilości godzin roboczych/materiałów, które Wykonawca zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Zdaniem Odwołującego w oparciu o powyższe informacje, Zamawiający nie ma możliwości ustalenia, czy rzeczywiście Actus jest w stanie zrealizować przyłączy zgodnie z cennikiem zawartym na str. 3 wyjaśnień.

Przyłączy do każdej lokalizacji powinno zawierać m.in. projekt budowlany, co wynika z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane.

Zdaniem Odwołującego cena wskazana za przyłączy nie odzwierciedla faktycznych kosztów niezbędnych do jego wykonania, jest ceną nierealną i w żaden sposób nie gwarantuje wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że na rozprawie przedstawi zestawienie niezbędnych kosztów, które muszą być poniesione na jej przyłączenie.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 224 ust. 1 Ustawy nie wprowadza jednoznacznego limitu co do liczby wezwań kierowanych do wykonawcy w celu uzyskania wyjaśnień na temat ewentualnej rażąco niskiej ceny. Jednak ukształtowana linia orzecznicza wskazuje, że ponieważ wezwanie trafia do profesjonalisty działającego na rynku (którego obowiązuje podwyższony miernik staranności na podstawie art. 355 § 2 k.c.), a dodatkowo należy uwzględnić zasady równego traktowania podmiotów oraz uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), to w praktyce wezwanie dotyczące rażąco niskiej ceny powinno być kierowane, co do zasady, tylko jeden raz.

Odwołujący zaprezentował stanowisko, zgodnie z którym zamawiający ma prawo zwrócić się o dodatkowe wyjaśnienia wyłącznie do tego wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia. Nie dotyczy to natomiast podmiotu, który uniknął przedstawienia szczegółowych informacji lub dowodów, zadowolając się lapidarnymi, ogólnikowymi odpowiedziami. W konsekwencji kolejne wezwanie może zostać wystosowane wówczas, gdy dotychczasowe wyjaśnienia wzbudziły u Zamawiającego dodatkowe wątpliwości, na przykład, gdy pojawiają się niejasności, wymagające doprecyzowania. Odwołujący przywołał również tezy z orzecznictwa Izby. Odwołujący w konkluzji wskazał, że niezależnie od argumentów wskazujących na to, że Actus w ogóle nie uwzględnił niektórych elementów ceny (kosztów dzierżawy łącza, kosztów osobowych) a także nie złożył wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie - zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO dopuszczalna jest ocena poszczególnych składników ceny pod kątem ustalenia ceny rażąco niskiej. Na podstawie powyższego Odwołujący argumentował, że nie zawsze niezbędne jest wykazywanie, że wszystkie zsumowane elementy składowe ceny nie pozwalają na realizację przedmiotu zamówienia i są niższe od kosztów całości realizacji zamówienia.

Ad warunku udziału w postępowaniu

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 1 ppkt 1.4. SWZ (Zdolność techniczna lub zawodowa), Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca:

„wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje przynajmniej 2 (dwie) usługi odpowiadające swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, tj. obejmujące transmisję danych po sieci WAN pomiędzy co najmniej 5 (pięcioma) obiektami, poprzez łącza kablowe, o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 (trzysta tysięcy) zł brutto każda, oraz załączy dowody określające czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

W pozycji 1 Wykazu Usług, Actus wskazał usługę w postaci:

„Najmu łącza telekomunikacyjnych dla jednostek Policji województwa dolnośląskiego”, trwającą od października 2022 r. realizowaną na rzecz Komendy Wojewódzkiej o wartości 646 045,20 zł.

Na potwierdzenie należytej realizacji ww. usługi, Actus złożyła oświadczenie Pierwszego Zastępcy Komendanta Policji, zgodnie z którym:

„Od października 2022 r. firma Actus-Info sp. z o.o. świadczy umowę najmu łączy telekomunikacyjnych dla jednostek Policji województwa dolnośląskiego – łączna wartość zawartej umowy wynosi 646.045,20 zł”.

Mając na uwadze wyżej wskazane okoliczności Odwołujący wskazał, że niezbędną cechą świadczonej usługi potwierdzającej spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest to, aby transmisja danych po sieci WAN odbywała się pomiędzy co najmniej 5 obiektami.

Odwołujący wskazał, że powołana przez Actus usługa (oraz potwierdzającą ją referencja) realizowana na rzecz Komendy Wojewódzkiej została wykonana wskutek udzielenia zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest najem cyfrowych łączy telekomunikacyjnych dla jednostek Policji woj. dolnośląskiego, sprawa nr PU-2380-038-047-037/2022/ML („Postępowanie KWP”).

Odwołujący podał link do strony:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/604270>

Odwołujący wyjaśnił, że postępowanie KPW zostało podzielone na 26 części, z czego Actus otrzymał zamówienie na dziewięć części. Jako dowód Odwołujący przedstawił informację o wyborze oferty w Postępowaniu KPW. Odwołujący wyjaśnił, że w ramach Postępowania KPW, Wykonawcy mogli składać oferty w jednej, dwóch, kilku lub wszystkich częściach postępowania (Rozdział V ust. 2 SWZ), zaś w ramach jednej (i każdej) części postępowania, przedmiotem zamówienia miało być zapewnienie łączy telekomunikacyjnych z lokalizacji (obiektu) oznaczonej w Załączniku nr 1 do OPZ jako punkt A do lokalizacji (obiektu) oznaczonej w Załączniku nr 1 do OPZ jako punkt B.

Oznacza, to, że w ramach jednej części zamówienia transmisja danych po sieci WAN nie odbywała się pomiędzy co najmniej 5 obiektami, a jedynie pomiędzy dwoma obiektami wskazanymi dla danej części Postępowania KPW.

W ocenie Odwołującego, zarówno z wykazu usług wskazanego przez Actus jak i z treści referencji wynika, że Actus zsumował wszystkie części zamówienia (tj, część 4, 9, 13, 19, 20, 21, 22, 23, 24) i przyjął, że skoro każda część przewiduje transmisję danych pomiędzy 2 obiektami, to po ich zsumowaniu liczba tych obiektów wyniesie więcej niż 5.

Taka interpretacja jest zdaniem Odwołującego nieprawidłowa i sprzeczna z wykładnią językową oraz racjonalną postanowień rozdziału IX SWZ w Postępowaniu, w zakresie w jakim Zamawiający chciał zweryfikować zdolność Wykonawcy do realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego nie może być wątpliwości, że czym innym jest zapewnienie łączy do pięciu obiektów i transmisja danych po sieci WAN pomiędzy tymi pięcioma obiektami, a czymś innym jest zapewnienie łączy do dwóch obiektów i transmisja danych po sieci WAN pomiędzy dwoma obiektami. Zbudowanie sieci WAN pomiędzy pięcioma obiektami, wymaga użycia aktywnych urządzeń i ich odpowiednich konfiguracji, co niesie za sobą konieczne kwalifikacje i umiejętności oraz najczęściej wymaga wykorzystania własnej infrastruktury telekomunikacyjnej.

Zdaniem Odwołującego, z punktu widzenia zdolności do realizacji zamówienia, każda ze realizowanych przez Actus części powinna być traktowana jako odrębne zamówienie, bowiem łączne potraktowanie tych części nie odzwierciedli i nie potwierdzi doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że argumentacja przedstawiona powyżej ma per analogiam zastosowanie do sumowania wartości poszczególnych części zamówienia realizowanych przez Actus.

Odwołujący wyjaśnił, że łączna wartość świadczonych usług w poszczególnych częściach przez Actus za cały okres świadczenia umowy tj. od dnia uruchomienia wymaganych umową usług przez 36 miesięcy wygląda następująco:

część 4 60 012,00 zł

część 9 50 004,00 zł

część 13 100 008,00 zł

część 19 66 996,00 zł

część 20 110 016,00 zł

część 21 70 002,00 zł

część 22 109 008 zł

część 23 39 999,60 zł

część 24 39 999,60 zł

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, skoro wymogiem Zamawiającego jest zapewnienie transmisji WAN w pięciu obiektach jednocześnie, o wartości nie mniejszej niż 300.000 zł, to przyjęć należy, że żadne usługi wykonywane w ramach ww. części nie spełniają ani warunku dotyczącego 5 obiektów, ani wartości zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 128 ust. 1 Ustawy, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich

złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Odwołującego oferta Actus powinna zostać odrzucona z przyczyn wskazanych w pkt 1 powyżej, co determinowałoby konieczność zaniechania wezwania przez Zamawiającego do złożenia prawidłowego wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał, że w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że dokumentami (oświadczeniami) zawierającymi błędy są dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełnienia odpowiednich wymagań. W kontekście powyższego, przyjęć należy, że wobec kategorycznego brzmienia art. 128 ust.1 wskazującego na obowiązek Zamawiającego do podjęcia działań, o których mowa w dyspozycji tego przepisu, Zamawiający (w przypadku przyjęcia, że oferta Actus nie podlegałaby odrzuceniu z innych przyczyn) byłby zobowiązany do wezwania Actus do złożenia prawidłowego wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W złożonej pismem z 10 lutego 2025 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację.

**Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „Izba” lub „KIO”), rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca Actus-Info spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący”). Przystępujący w piśmie stanowiącym zgłoszenie przystąpienia przedstawił jednocześnie stanowisko wobec zarzutów odwołania oraz złożył dowody. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług transmisji danych na potrzeby sieci WAN i SAN dla IPN na okres od 1.04.2025 do 31.03.2029. Wykonawca zobowiązany jest do podjęcia działań niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia w użytkowanych przez IPN nieruchomościach wskazanych w tabeli nr 1, w szczególności do: opracowania stosownej dokumentacji technicznej, dokonania uzgodnień z zarządcą/właścicielem budynku oraz zawarcia stosownych umów dzierżawy kanalizacji kablowych, bądź części wspólnych nieruchomości. Zamawiający zastrzega możliwość zmniejszenia ilości lokalizacji, w których będzie świadczona usługa transmisji danych (o max. 5 lokalizacji).

W opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał następującą definicję sieci WAN: „1. Sieć WAN obejmuje łącza transmisji danych pomiędzy lokalizacjami Zamawiającego. Odpowiedzialnością Wykonawcy jest dostarczenie usługi odbieranej przez Zamawiającego na portach brzegowych urządzeń aktywnych sieci WAN.

2. Sieć WAN może wykorzystywać zarówno łącza transmisyjne w technologiach przełączania ramek lub komórek (Frame Relay, ATM), jak i prywatnej sieci IP, w której ruch IP na poziomie warstwy II modelu OSI jest odseparowany od ruchu innych klientów (np. technologia MPLS).”.

W rozdziale 4 pkt 4 Zamawiający wymagał: „Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę co najmniej jednej osoby, która będzie wykonywać czynności związane z realizacją niniejszego zamówienia tj. koordynatora realizacji świadczonej usługi”. Postanowienie to zostało następnie wskazane w § 13 ust. 1 wzoru umowy.

W rozdziale 9 Zamawiający wskazał następujący opis warunku odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej: „Zamawiający uzna warunek za spełniony jeśli Wykonawca:

1) wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje przynajmniej 2 (dwie) usługi odpowiadające swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, tj. obejmujące transmisję danych po sieci WAN pomiędzy co

najmniej 5 (pięcioma) obiektami, poprzez łącza kablowe, o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 (trzysta tysięcy) zł brutto każda oraz załączy dowody określające czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.”

Dodatkowo Zamawiający wskazał: „Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana w oparciu o informacje zawarte we właściwych dokumentach wyszczególnionych w rozdziale XI SWZ metodą spełnia – nie spełnia. Z treści dokumentów musi jednoznacznie wynikać, że stawiane warunki Wykonawca spełnił.”

Zgodnie z rozdziałem 11 pkt 1.5 SWZ, Zamawiający w celu wykazania spełnienia ww. warunku wymagał złożenia: „wykaz usług, o których mowa w Rozdziale IX SWZ pkt 1 ppkt 1.4 1), wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz dowodów czy zostały wykonane należycie (wg załącznika nr 9 do SWZ). Dowodami, o których mowa powyżej, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, są: referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmioty, na rzecz których usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy.”

Termin składania i otwarcia ofert upływał 29 listopada 2024 r. Do tego czasu oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 2 284 848,00 i Przystępujący z ceną 1 386 144,00 zł.

Pismem z 2 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny oraz jej istotnych części składowych. Zamawiający podkreślił, że zaoferowana cena budzi jego wątpliwości w szczególności w zakresie lokalizacji 1 i 2. Zamawiający w wezwaniu wskazał też wprost na art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp wzywając Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Przystępujący udzielił odpowiedzi pismem z 5 grudnia 2025 r.

Pismem z 9 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wskazanych w jego treści dokumentów, w tym wykazu usług.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący złożył wykaz usług, gdzie w poz. 1 wskazał usługę realizowaną na rzecz Komendy Wojewódzkiej Policji we Wrocławiu, pn. „Najem łącza telekomunikacyjnych dla jednostek Policji województwa dolnośląskiego” realizowaną od X.2022, co do której Przystępujący wskazał, że „trwa nadal”. Wskazano wartość brutto usługi 646 045,20 zł. Przystępujący złożył również referencję z 15 czerwca 2023 r.

Pismem z 20 grudnia 2024 r. Przystępujący został wezwany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia referencji potwierdzającej należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług a w razie nie możliwości jej uzupełnienia – do uzupełnienia wykazu usług o jedno zamówienie obejmujące transmisję danych po sieci WAN między co najmniej 5 obiektami przez łącza kablowe o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł wraz z dowodami określającymi czy usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący uzupełnił referencję z 20 grudnia 2024 r.

Pismem z 27 grudnia 2024 r. Przystępujący został wezwany w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty w następującym zakresie:

„1) Łódź ul. Piotrkowska 149, 90-440 Łódź – w wynajmowanym przez Zamawiającego budynku, Netia jest jedynym operatorem posiadającym własną infrastrukturę telekomunikacyjną. Co więcej, obiekt ten objęty jest opieką konserwatora zabytków.

Do dnia dzisiejszego, Actus nie zwrócił się do Netii o ofertę na dzierżawę infrastruktury dla potrzeb Postępowania, co oznacza, że jedyną możliwością wykonania przedmiotu umowy w tej lokalizacji jest budowa własnej infrastruktury. Należy zwrócić uwagę, że w ramach realizacji umowy z dnia 28.12.2021 r., której przedmiotem jest świadczenie usługi transmisji danych za pośrednictwem sieci teletransmisyjnej dla łódzkiego oddziału- zawartej pomiędzy Netią a IPN, proces zamiany technologii radiowej na światłowodową wydłużył się znacznie, m.in. ze względu na czas pozyskiwania niezbędnych zgód Konserwatora i właściciela samego obiektu. W ocenie Netii (popartej doświadczeniem uzyskanym podczas realizacji umowy z Zamawiającym), proces budowy infrastruktury, w tym pozyskanie niezbędnych uzgodnień administracyjnych potrwa około 8 miesięcy. Co więcej, biorąc pod uwagę konieczność wybudowania łącza i poniesienia związku z tym kosztów inwestycyjnych, nie jest możliwe wykonanie tego za cenę wskazaną w wierszu 26 Tabeli formularza ofertowego.

2) Centrala Warszawa budynek B, ul. Kłobucka 21, 02-699 Warszawa/ Centrala Warszawa ul. Janusza Kurtyki 1, 02-676 Warszawa – w ocenie Netii, cena zaproponowana przez Actus w wierszu 1 i 2 Tabeli formularza ofertowego jest całkowicie nierealna z uwagi na specyfikę łącza, dostarczanego sprzętu i jego przepustowości. Należy dodatkowo wskazać, że dla ww. lokalizacji ( nr 1 i 2 z FO) wymagane są dwie niezależne trasy, co zwiększa znacząco koszt i czas realizacji zadania oraz wymaga kosztownej dobudowy infrastruktury. Podobnie jak w przypadku lokalizacji w Łodzi, Netia jest jedynym operatorem, posiadającym dwie niezależne drogi łączące lokalizacje 1 i 2, zaś Actus nie wystąpił do dnia dzisiejszego z zapytaniem do Netii o dzierżawę łącza w tych lokalizacjach. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Netii, popartej

wieloletnim doświadczeniem w realizacji umów o analogicznym przedmiocie zamówienia, proces budowy infrastruktury, wyniesie od 6 do 9 miesięcy. Cena zaoferowana przez Actus w wierszu 1 i 2 Tabeli formularza ofertowego, która jest taka sama jak w odniesieniu do pozostałych lokalizacji, zakłada koszty pojedynczych łączy MPLS (Pozycja 3-40) w obu lokalizacjach (przy ul. Kłobuckiej 21 A i ul. Kurtyki 1) pomimo, iż w obu lokalizacjach wymagane są łącza redundantne o wielokrotnie wyższych przepustowościach niż łącza MPLS w pozostałych lokalizacjach.”

Przystępujący udzielił wyjaśnień pismem z 2 stycznia 2025 r. wraz z dowodami.

Pismem z 7 stycznia 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

#### **Izba zważyła co następuje.**

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Ad zarzutu rażąco niskiej ceny.

##### •Koszty pracy

W zakresie podstawy faktycznej zarzutu odnoszącej się do kosztów pracy, w pierwszej kolejności odnotowania wymaga, że zarzut ma charakter *stricte* formalny, gdyż Odwołujący skoncentrował swoją argumentację na uwypukleniu zaniechania przez Przystępującego szczegółowego wyjaśnienia w zakresie wynikającym z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, mimo że wezwanie wprost dotyczyło tego zakresu.

Rozpoznając ten zakres zarzutu Izba wzięła przede wszystkim pod uwagę treść wymagań Zamawiającego wskazanych w SWZ odnośnie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę. Nie można bowiem pominąć, że zgodnie z SWZ Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę co najmniej jednej osoby, która będzie wykonywać czynności związane z realizacją niniejszego zamówienia tj. koordynatora realizacji świadczonej usługi. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający nie sformułował przy tym żadnych szczegółowych wymagań co do ilości osób, ani co do ich zaangażowania (nie został bowiem wskazany wymiar czasu pracy). Uprawniony jest wniosek, że w świetle ww. postanowienia SWZ wystarczające jest zatrudnienie nawet jednej osoby na podstawie umowy o pracę. Stąd też Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który argumentował, że nie sposób w okolicznościach tej sprawy uznać, aby ten koszt stanowił istotną część składową ceny. Dlatego też choć trafne dostrzegł Odwołujący, że udzielone w tym zakresie przez Przystępującego wyjaśnienia dalekie są od ideału, to Izba doszła do przekonania, że odrzucenie oferty z uwagi na tą kwestię, byłoby w tych konkretnych okolicznościach wyrazem skrajnego formalizmu. Ponadto, w ocenie Izby, w treści zarzutu nie udało się Odwołującemu wykazać aby koszty pracy miały w tym postępowaniu kluczowe znaczenie. Uzasadnienie zarzutu w ogóle nie dotyka tej kwestii. Izba wzięła również pod uwagę argument Zamawiającego, który wskazał że analizując złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami zwrócił uwagę, że w „cenniku robocizna”, tabela V „usługi dodatkowe” w poz. 1.1 „usługa zdalnych rąk” wskazano stawkę 150 zł, co uwiarygodniło w ocenie zamawiającego ogólne stwierdzenie Przystępującego wskazane w wyjaśnieniach, zgodnie z którym przestrzega on przepisów w zakresie zatrudnienia i stosuje godziwe wynagrodzenie. Izba dostrzega, że wskazany opis nie dotyczy czynności związanych z pełnieniem funkcji koordynatora, niemniej jednak odnosi się do usług świadczonych przez wykwalifikowanego technika, co wynika wprost z opisu.

Reasumując, mając na uwadze treść wymagań wskazanych w rozdziale 4 pkt 4 SWZ, a także treść uzasadnienia zarzutu wskazaną w odwołaniu, Izba doszła do przekonania, że ta podstawa faktyczna zarzutu, nie może w okolicznościach tej sprawy przesądzić o uwzględnieniu odwołania.

##### •Infrastruktura światłowodowa

Zarzut w zakresie, w jakim dotyczy podstawy faktycznej odnoszącej się do infrastruktury światłowodowej, został w odwołaniu sformułowany na bardzo dużym poziomie ogólności i w zasadzie sprowadza się do próby podważania wiarygodności oświadczenia Przystępującego wskazanego w wyjaśnieniach z 5 grudnia 2024 r. co do dysponowania własną infrastrukturą światłowodową, która pokrywa 80% lokalizacji objętych zamówieniem. Odwołujący zarzucił bowiem Przystępującemu, że powyższe twierdzenie nie zostało wykazane żadnymi dowodami. Odwołujący w odwołaniu wskazał też, że przeprowadzona przez niego wizja lokalna wykazała że Przystępujący nie posiada własnej infrastruktury w lokalizacjach Zamawiającego ani też infrastruktury w odległościach zgodnie z deklaracją zawartą w wyjaśnieniach. Powyższe twierdzenie nie zostało w terminie na wniesienie odwołania wykazane jakimkolwiek dowodem. Odnosząc się do dowodu nr 8 – Izba wskazuje, że nie mógł on przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Zgodnie z informacją zawartą na stronie internet.gov.pl strona ta umożliwia sprawdzenie, czy pod danym adresem jest dostęp do internetu szerokopasmowego oraz jaka firma oferuje tam swoje usługi. Z wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego wynika, że pod adresami będącymi przedmiotem tego zamówienia nie świadczy on usług internetu szerokopasmowego, lecz posiada w pobliżu własną infrastrukturę światłowodową, a dla każdego z adresów konieczne jest wykonanie przyłącza. Powyższe wynika również z dowodu załączonego do wyjaśnień z 5 grudnia 2024 r. tj. z tabeli na str. 3 pliku „Odp IPN RNC”, gdzie wskazano przy każdym z adresów odległość od infrastruktury Actus w metrach wraz z kosztami przyłącza i kosztami urządzeń. Ponadto, odnosząc się do twierdzenia odwołania i załączonego dowodu w postaci wyjaśnienia ceny

udzielonych przez Odwołującego w innym postępowaniu o zamówienie Izba wraca uwagę, że zarówno w zarzucie jak i w wyjaśnieniach Odwołujący podawał, że adekwatnym dowodem byłaby mapa infrastruktury światłowodowej. W tym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie dążył jednak do wykazania zasadności zarzutu za pomocą mapy lecz za pomocą zestawienia własnego dla poszczególnych lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia, sporządzonego na podstawie portalu internet.gov.pl, który nie zawiera informacji na temat podmiotów posiadających infrastrukturę światłowodową w okolicy danego adresu, lecz informację na temat dostawców internetu dla danego adresu. Stąd też dowód ten nie mógł przesądzić o uwzględnieniu tego zakresu odwołania. Innymi słowy czym innym jest obecność operatora w danym budynku a czym innym jest kwestia posiadania w pobliżu danego budynku infrastruktury, na co również zwrócił uwagę podczas swojej wypowiedzi na rozprawie Zamawiający.

*Ad dzierżawa łączy od innych operatorów*

Zarzut w zakresie tej podstawy faktycznej sprowadza się do twierdzenia, że Przystępujący w kalkulacji nie wskazał żadnej pozycji odnoszącej się do kosztów dzierżawy łączy od innych wykonawców, w tym od Odwołującego.

Rozpoznając ten zakres zarzutu Izba miała na uwadze przede wszystkim jego treść. Przebieg postępowania odwoławczego wykazał, że Przystępujący ma z Odwołującym zawartą umowę ramową, nie są jedynie zawarte umowy szczegółowe. Stąd też zakres argumentacji wskazany w uzasadnieniu odwołania odnoszący się do braku umowy ramowej uznać należy za chybiony. Następnie, odnosząc się do argumentacji dotyczącej treści wyjaśnień z 2 stycznia 2025 r. udzielonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócić uwagę należy, że treść wezwania nie obejmowała konieczności wskazania szczegółowej kalkulacji w zakresie lokalizacji, których wezwanie dotyczyło. Nie było to również kolejne wezwanie w trybie art. 224 ustawy Pzp. Stąd też czynienie na tym etapie zarzutu, że w wyjaśnieniach tych nie zostały wskazane określone koszty i w konsekwencji oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jest w ocenie Izby przedwczesne. Zamawiający konstruując treść tego wezwania oparł się prawdopodobnie na wątpliwościach zgłoszonych Zamawiającemu przez Odwołującego, a celem tego wezwania było odniesienie się przez Przystępującego do podniesionych wątpliwości. W treści zarzutu Odwołujący nie kwestionuje tych wyjaśnień, jedynie wskazuje, że nie zostały podane koszty związane z dzierżawą lecz to wezwanie nie zawierało takiego wymogu. Ponadto w zakresie kosztu dzierżawy od administratora budynku, dostrzec należy, że w treści zarzutu mowa jest tylko o takim koszcie w jednej lokalizacji. Podczas rozprawy Odwołujący wskazał jeszcze na drugą realizację, co zresztą stanowi rozszerzenie zarzutu odwołania. Izba wskazuje, że wobec zaniechania przez Odwołującego wskazania w sposób kompleksowy dla wszystkich lokalizacji, czy taki koszt istnieje i na jakim poziomie, nie sposób stwierdzić aby Odwołujący wykazał w odwołaniu, żeby miało to istotne znaczenie jako składowa część ceny.

*Ad cenników*

Odwołujący zarzucił, że żadna z pozycji cenników materiałów i usług nie została przypisana do cennika przyłączy. W ocenie Izby jest to zbyt daleko idący wniosek. Rzeczywiście jest tak, jak wskazał w zarzucie Odwołujący, że cenniki materiałów i usług zawierają jedynie ceny jednostkowe, bez ilości. Są to więc ogólne cenniki Przystępującego i nie zostały one powiązane z przedmiotem tego zamówienia. W ocenie Izby zasadne jest stanowisko Zamawiającego, który argumentował, że dla oceny czy Przystępujący zastosował ceny rynkowe przy wycenie tego zamówienia złożenie tych cenników jest wystarczające i wpisuje się w treść wezwania.

*Ad twierdzenia o jednokrotności wezwania*

W ocenie Izby kwestię dalszego wyjaśniania ceny i kierowania do wykonawcy kolejnych wezwań każdorazowo należy rozpoznawać w okolicznościach danej sprawy. W tej sprawie Odwołujący zajął stanowisko, że nie ma podstaw do skierowania wobec Przystępującego kolejnego wezwania, w konsekwencji Odwołujący sformułował wniosek o odrzuceniu oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Z takim podejściem w okolicznościach tej sprawy nie sposób się zgodzić. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który argumentował, że udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia są adekwatne do treści wezwania i wpisują się w jego treść. Wskazane natomiast przez Odwołującego obszary w treści zarzutów odwołania odnoszące się do kosztów pracy, kwestii dzierżawy, infrastruktury światłowodowej, czy przełożenia cenników na realia tego zamówienia mogłyby stanowić pole do dalszych wyjaśnień. Jednak w odwołaniu nie został sformułowany zarzut zaniechania kontynuacji procedury wyjaśnienia ceny i tym samym Izba nie miała podstaw do nakazania Zamawiającemu podjęcia takiej czynności, byłoby to bowiem naruszenie dyspozycji art. 555 ustawy Pzp.

O oddaleniu odwołania w zakresie zarzutu odnoszącego się do zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niewykazanie przez niego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, przesądziła więc jego konstrukcja. Dostrzec należy, że w treści odwołania Odwołujący nie uzasadnił zarzutu w sposób kompleksowy a podjęta podczas rozprawy próba w tym zakresie, w tym podjęta aktywność dowodowa wykazała że po pierwsze, częściowo odwołanie nie zostało sporządzone w oparciu o rzetelnie zweryfikowane informacje znajdujące się w posiadaniu Odwołującego (kwestia umowy ramowej między Odwołującym a Przystępującym) a po drugie, Odwołujący zmierzał do rozszerzenia, w tym uzupełnienia podstaw faktycznych odwołania, co jest niedopuszczalne. Złożenie dopiero na rozprawie kalkulacji

zmierzającej do wykazania nierealności ceny oferty Przystępującego zostało przez Izbę uznane za spóźnione, ponieważ w treści uzasadnienia zarzutu w odwołaniu żadne wyliczenia nie zostały przedstawione, zarzut w tym zakresie został sporządzony na bardzo dużym poziomie ogólności. Ponadto, jak słusznie podniósł Zamawiający, udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia odnoszą się do istotnych w ocenie Przystępującego części składowych ceny i została jeszcze kwota w wysokości 39,13% określona jako „*marża zysku operacyjnego*”. Tym samym nie można uznać aby Odwołujący wykazał w sposób niewątpliwy, że za zaoferowaną przez Przystępującego cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, choć nie sposób stwierdzić aby udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia ceny nie pozostawiały pola do ewentualnych dalszych wyjaśnień, z pewnością nie było podstaw na tym etapie do uwzględnienia tego zakresu odwołania i nakazania odrzucenia oferty Protestującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Ad warunku udziału w postępowaniu

Istota zarzutu sprowadza się do twierdzenia, że usługa wskazana w poz. 1 wykazu usług złożonego przez Przystępującego nie wpisuje się w warunek udziału w postępowaniu opisany w rozdziale 9 pkt 1 ppkt 1.4 SWZ, ponieważ zamówienie to zostało podzielone na części i przedmiotem zamówienia w ramach danej części było zapewnienie łączności telekomunikacyjnych z lokalizacji (obiektu) oznaczonego w Załączniku nr 1 do OPZ jako pkt A do lokalizacji (obiektu) oznaczonego w Załączniku nr 1 do OPZ jako pkt B. Odwołujący wskazał, że oznacza to, iż w ramach jednej części zamówienia transmisja danych po sieci WAN nie odbywała się pomiędzy co najmniej 5 obiektami, a jedynie pomiędzy dwoma obiektami wskazanymi dla danej części postępowania. Ponadto Odwołujący podniósł, że Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zsumował wszystkie części zamówienia i przyjął że skoro dana część przyjmuje transmisję danych między dwoma obiektami, to po ich zsumowaniu tych obiektów będzie 5. Podobnie argumentował Odwołujący co do sumowania wartości tych części zwracając uwagę, że żadna z nich z osobna nie opiewa na kwotę 300 000 zł.

Na rozprawie Odwołujący zaprezentował dodatkową argumentację, która wykraczała poza zakres odwołania, stąd też została przez Izbę pominięta.

O oddaleniu odwołania w tym zakresie zdecydowała konstrukcja zarzutu. W treści odwołania zarzut został bowiem sformułowany na dużym poziomie ogólności i nie został poparty żadnymi dowodami. Odnosząc się do twierdzenia, jakoby nie było możliwe powołanie się na sporną realizację z uwagi na podział zamówienia na części Izba wskazuje, że taka okoliczność nie może automatycznie przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Odwołujący nie wykazał bowiem w treści zarzutu, aby w wyniku realizacji przez Przystępującego tego zamówienia nie doszło do jego wykonania w sposób wpisujący się w warunek udziału w postępowaniu, co w ocenie Izby jest kluczowe. Tymczasem jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, w ramach części od 19 do 24 realizacja zamówienia ma miejsce w sposób zgodny z przewidzianym w tym postępowaniu. Ponadto jako dowód została złożona umowa na sporną realizację potwierdzająca że w ramach części 19 – 24 doszło do zapewnienia transmisji WAN pomiędzy co najmniej 5 podmiotami, tj. w sposób przewidziany w tym postępowaniu, tj. pomiędzy podmiotem centralnym a innymi jednostkami. Zwrócić uwagę należy, że sam fakt iż w wyniku tej realizacji doszło do zapewnienia transmisji WAN nie jest przez Odwołującego kwestionowany, zarzut dotyczy tylko ilości podmiotów w kontekście podziału zamówienia na części. Okoliczności powołane przez Odwołującego podczas rozprawy w zakresie zakwestionowania części 23 i 24 z uwagi na zastosowanie pary jednomodowych włókien światłowodowych 2J, przy jednoczesnym niedostarczeniu sprzętu (zgodnie z umową w tych częściach urządzenia należą do Zamawiającego i nie są objęte serwisem) są po pierwsze spóźnione, ponieważ nie zostały powołane w treści zarzutu w odwołaniu i musiały zostać przez Izbę pominięte. Odwołujący nie wykazał bowiem w treści odwołania, aby realizacja łączności za pomocą pary jednomodowych włókien światłowodowych 2J nie wpisywała się w opis sieci WAN zawarty w SWZ, str. 23 w pkt 2 tj., „*2. Sieć WAN może wykorzystywać zarówno łącza transmisyjne w technologiach przełączania ramek lub komórek (Frame Relay, ATM), jak i prywatnej sieci IP, w której ruch IP na poziomie warstwy II modelu OSI jest odseparowany od ruchu innych klientów (np. technologia MPLS)*”. Odnosić też należy, że w treści warunku Zamawiający również nie przewidział żadnych wymagań co do sposobu realizacji sieci WAN. Powyższe prowadzi do wniosku, że w odwołaniu brakuje pogłębionej analizy w zakresie sposobu realizacji spornej usługi, a jej podjęcie dopiero na etapie rozprawy jest spóźnione i stanowi wyjście poza zarzut odwołania.

Ponadto w treści uzasadnienia zarzutu odwołania, Odwołujący sam nie jest konsekwentny co do sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ na stronie 10 ostatni akapit Odwołujący wskazuje „*W konsekwencji, skoro wymogiem Zamawiającego jest zapewnienie transmisji WAN w pięciu obiektach jednocześnie, to przyjąć należy, że (...)*”. Następnie, co do sumowania części zamówienia Izba wskazuje jak we wcześniejszej części wyводу, że Odwołujący nie wykazał w sposób niewątpliwy w treści uzasadnienia zarzutu odwołania, że takie sumowanie w okolicznościach tej sprawy nie jest uprawnione. Tymczasem, jak już zostało wspomnianej wcześniej, Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie i nie zostało to zanegowane przez Odwołującego, że w zakresie części 19 – 24 schemat realizacji jest tożsamy jak w tym postępowaniu.

Argumentacja Odwołującego, która została przedstawiona podczas rozprawy, odnośnie sposobu policzenia wartości zamówienia, na które powołał się w poz. 1 wykazu usług Przystępujący, tj. że miarodajna jest wartość jaka została zrealizowana na dzień składania ofert a nie wartość wynikająca z umowy w sytuacji gdy realizacja tej umowy nie została zakończona, również została przez Izbę pominięta jako stanowiąca rozszerzenie zarzutu odwołania a tym samym jako spóźniona. Izba przypomina, że zgodnie z treścią art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie wyklucza to jednak dalszego badania oferty przez Zmawiającego w toku postępowania.

Izba podkreśla, że oddalenie zarzutu nie stanowi jednocześnie potwierdzenia, że warunek został przez sporną realizację spełniony, gdyż nie tego dotyczy zarzut. Zarzut nakierowany był na wykazanie, że sporna realizacja nie może zostać uznana za wpisującą się w spełnienie warunku udziału w postępowaniu, ale tylko w kontekście podstaw faktycznych wskazanych w zarzucie. Nie zostało to jednak przez Odwołującego w treści odwołania wykazane w sposób nie budzący wątpliwości i z tego powodu odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

W tym miejscu Izba wskazuje, że pismo Przystępującego z 14 lutego 2025 r. zawierające „głos do protokołu” zostało przez Izbę w całości pominięte jako złożone po zamknięciu rozprawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....