

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2025 roku przez Odwołującego Netia S.A. (ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (ul. Kurtyki 1, 02-676 Warszawa) przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego Actus-Info sp. z o.o. (ul. Stanisławowska 47, 54-611 Wrocław)

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Netia S.A. (ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa) i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Netia S.A. (ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania.

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 226/25

UZASADNIENIE

Zamawiający Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup usługi dostępu do sieci Internet”. Ogłoszenie ukazało się 17 grudnia 2024 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00658847.

Odwołujący Netia S.A. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w Postępowaniu, w zakresie Części II i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy w zw. z art. 224 ust. 2, 3, 4, 5, 6 Ustawy poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień Wykonawcy Actus-Info sp. z o.o. 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; a w konsekwencji art. 16 pkt 1 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

8 stycznia 2025 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 Ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie, działając na podstawie art. 224 ust. 4 Ustawy, Zamawiający wezwał Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. 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 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.

Zdaniem Odwołującego, w wyjaśnieniach Wykonawcy Actus-Info sp. z o.o. z dnia 10 stycznia 2025 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 wskazał na zaniechanie złożenia przez Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, co w jego ocenie oznacza, że oferta Wykonawcy Actus-Info sp. z o.o. powinna zostać odrzucona.

W odpowiedzi z 10 stycznia 2025 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2025 r., Wykonawca Actus-Info sp. z

o.o. wskazał, że jego „własna infrastruktura światłowodowa pokrywa się z lokalizacjami objętymi zamówieniem, co znacząco ogranicza koszty związane z wynajmem łączy od podmiotów zewnętrznych”. Zdaniem Odwołującego, poza ogólnikowym stwierdzeniem o tym, że Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. posiada własną infrastrukturę, która „pokrywa się z lokalizacjami objętymi zamówieniem”, Wykonawca ten nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, że tak jest. Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy Actus-Info sp. z o.o., 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 Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. powinien wykazać, że rzeczywiście taka infrastruktura znajduje się w lokalizacjach Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że przeprowadził wizję lokalną w Warszawie z której wynika, że Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. nie posiada własnej infrastruktury w lokalizacjach Zamawiającego ani też infrastruktury w odległościach zgodnie z deklaracją zawartą w wyjaśnieniach.

Odwołujący wskazał także, że w wyjaśnieniach Wykonawcy Actus-Info sp. z o.o. brakuje jakiejkolwiek pozycji kosztowej dotyczącej kosztów dzierżawy łączy od innych wykonawców, w tym Netii. Odwołujący wskazał, że koszt dzierżawy łączy należącego do Netii np.: w lokalizacjach przy ul. Kurtyki 1, waha się od 400 zł do 1520 zł na miesiąc co wynika z rodzaju usługi, przepustowości, długości umowy. Na dzień sporządzenia odwołania, Odwołujący nie otrzymał wniosku o zawarcie umowy ramowej, co w jego ocenie oznacza, że Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. nie będzie miał możliwości zrealizowania Umowy w terminie. Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. nie przedstawił jakichkolwiek dowodów wskazujących na zamiar dzierżawy łączy od innych operatorów niż Netia. W ocenie Odwołującego, Wykonawca powinien doliczyć koszt dzierżawy dla administratora budynku za skorzystanie z jego infrastruktury technicznej w budynku. Ponieważ samo doprowadzenie łączy do budynku biurowego jakim jest ul. Marszałkowska 107 wymaga poniesienia opłaty około 400 zł miesięcznie wg najlepszej wiedzy Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, z powyższego wynika, że Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. nie uwzględnił kosztów dzierżawy w ofercie cenowej, co więcej, nie podjął żadnych działań, które umożliwiłyby skorzystanie z infrastruktury innych wykonawców.

Jak wskazał Odwołujący, w wyjaśnieniach Wykonawcy Actus-Info sp. z o.o. wskazał na str. 23 cennik przyłączy dla poszczególnych lokalizacji: ul. Janusza Kurtyki 1, 02-676 Warszawa - 8167,50 zł, ul. Marszałkowska 21/25, 02-628 Warszawa - 8167,50 zł, ul. Marszałkowska 107, 00-110 Warszawa - 9735,00 zł. Wyżej wymienione pozycje cen przyłączy zostały rozwinięte w dodatkowych cennikach, 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 realizację 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 Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. jest w stanie zrealizować przyłączy zgodnie z cennikiem zawartym na str. 23 wyjaśnień.

Odwołujący na podstawie wskazanych odległości zawartych w złożonych wyjaśnieniach przez Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. przedstawił zsumowanie kosztów bez kosztów wykonania dokumentacji. Wskazał także, że do każdej lokalizacji należy również doliczyć koszt łącznie 6900 zł. Odwołujący przedstawił własne wyliczenia dotyczące poszczególnych przyłączy z dokumentacją projektową dla poszczególnych lokalizacji.

Zgodnie z Załącznikiem nr 2.1 do SWZ pkt. 3 e) (str. 29 SWZ) dla lokalizacji przy ul. Marszałkowskiej 107 Zamawiający w ramach usługi sieci LAN wymaga zapewnienia bezpośredniego połączenia światłowodowego pomiędzy wynajmowanymi powierzchniami w relacji pomieszczenie techniczne I piętro - pomieszczenie techniczne X piętro zakończone patch panelem światłowodowym z wyprowadzonymi trzema parami światłowodów zakończonych złączem typu LC. Odwołujący wskazał, że Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. nie doliczył trzech par włókien światłowodowych w kwocie 3 x 290, 00 zł za miesiąc. W wycenie brakuje miesięcznej opłaty w wysokości 390,00 zł miesięcznie opłaty za miejsce pod antenę na dachu budynku i brakuje kwoty za pozwolenie i opłaty do UKE za pasmo koncesjonowane w wysokości 8 000,00 zł miesięcznie. Z powyższego w opinii Odwołującego wynika, że 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 przepis art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień

publicznych), to w praktyce wezwanie dotyczące rażąco niskiej ceny powinno być kierowane, co do zasady, tylko jeden raz. W ocenie Odwołującego wobec tak oczywistej niestaranności Wykonawcy Actus-Info sp. z o.o. w przygotowaniu wyjaśnień ceny, brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający jest uprawniony do zwrócenie się do Wykonawcy Actus-Info sp. z o.o. o ponowne wyjaśnienia.

W opinii Odwołującego niewątpliwym jest, że oferta złożona przez Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości.

Wykonawca Actus-Info sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego, złożył pismo, w którym oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący postawił zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Actus-Info sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższy zarzut nie jest zasadny. Okoliczność wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie powinna zostać wykazana jednoznacznie, bez żadnych wątpliwości czy niedopowiedzeń.

Odwołujący przedstawił szereg okoliczności, jednak jest to jego ocena i wątpliwości. Tymczasem ewentualne wątpliwe okoliczności mogłyby stać się przedmiotem wyjaśnienia z Wykonawcą Actus – Info sp. z o.o.

Zamawiający wystosował do Wykonawcy Actus-Info sp. z o.o. wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Z treści wezwania nie wynika, aby Zamawiający oczekiwał złożenia kalkulacji w zakresie konkretnego elementu zamówienia czy przedstawienia informacji w zakresie przyłączy, posiadanych umów. Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. złożył wyjaśnienia i przedstawił dowody, które w jego ocenie stanowiły odniesienie się do wezwania Zamawiającego.

Zamawiający w treści wezwania wskazał, że oczekuje potwierdzenia, że sposób ukształtowania ceny ofertowej stoi w zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. potwierdził w złożonych wyjaśnieniach, że wynagrodzenie dla pracowników jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub od minimalnej stawki godzinowej. Zatem Wykonawca odniósł się do wezwania Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał w treści wezwania, że oczekuje kalkulacji kosztów w zakresie wynagrodzenia, czy konkretnych obliczeń w innym zakresie.

Nawet jeśli złożone wyjaśnienia nie są takie, jakich oczekiwałby Odwołujący, nie można uznać, że potwierdzają, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. jest rażąco niska.

Izba miała na uwadze również wymagania Zamawiającego opisane w treści SWZ. Zamawiający wymagał, aby wykonawca (podwykonawca) zatrudniał na umowę o pracę co najmniej jedną osobę, która będzie wykonywała czynności związane z realizacją zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby cena zaoferowana przez Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. nie obejmowała kosztów zatrudnienia na umowę o pracę co najmniej jednej osoby, która będzie wykonywała czynności związane z realizacją zamówienia. A tylko jednoznaczne wykazanie okoliczności, że zaoferowana cena nie gwarantuje realizacji zamówienia, może stanowić podstawę do uznania zasadności zarzutu, że cena jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że na wykonawcy spoczywa m.in. konieczność zapewnienia lub budowy łączy umożliwiających świadczenie usług.

W odpowiedzi z dnia 10 stycznia 2025 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2025 r., Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. wskazał, że jego „własna infrastruktura światłowodowa pokrywa się z lokalizacjami objętymi zamówieniem, co znacząco ogranicza koszty związane z wynajmem łączy od podmiotów zewnętrznych”.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. powinien był złożyć dowody potwierdzające tę okoliczność. W ocenie Izby sam fakt, że Wykonawca nie złożył dowodów potwierdzających okoliczność, że jego „własna infrastruktura światłowodowa pokrywa się z lokalizacjami objętymi zamówieniem, co znacząco ogranicza koszty związane z wynajmem łączy od podmiotów zewnętrznych” nie oznacza automatycznie, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu. Wykonawca złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego. Wątpliwości powstały jedynie u Odwołującego. Nie oznaczają one automatycznie, że oświadczenie jest nieprawdziwe. Nawet jeśli istniałyby dodatkowe wątpliwości po stronie Zamawiającego, miał możliwość wezwania do złożenia dalszych, szczegółowych wyjaśnień czy dowodów przedstawiających tę konkretną okoliczność.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że przeprowadził wizję lokalną w Warszawie z której wynika, że Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. nie posiada własnej infrastruktury w lokalizacjach Zamawiającego ani też Infrastruktury w odległościach zgodnie z deklaracją zawartą w wyjaśnieniach. Powyższe stwierdzenie w ocenie Izby stanowi jedynie przedstawienie oceny sytuacji ze strony Odwołującego. Powstałe wątpliwości mogłyby zostać wyjaśnione przez Zamawiającego, jednak Odwołujący nie postawił żądania dokonania przez Zamawiającego dodatkowego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Przeciwnie, odwołanie zmierzało do wykazania, że nie jest

możliwe dokonywanie kolejnych wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny. Tymczasem, w ocenie Izby, nie jest możliwe odrzucenie oferty Wykonawcy jedynie na podstawie wątpliwości czy twierdzeń Odwołującego, niewyjaśnionych przez Zamawiającego z Wykonawcą. Sama „niestaranność” złożonych wyjaśnień, na którą wskazywał Odwołujący, nie może być przyczyną odrzucenia oferty Wykonawcy.

Odwołujący załączył jako dowód umowę ramową pomiędzy Odwołującym a Wykonawcą Actus-Info sp. z o.o. Powyższe oznacza, że nie jest pewne twierdzenie Odwołującego o braku niezbędnych urządzeń. Skoro strony objęte są umową ramową, to oznacza, że może zostać zawarta umowa szczegółowa. Okoliczność, że zawarcie takiej umowy wymaga określonego czasu nie dowodzi, że umowa taka nie może zostać zawarta i że Wykonawca nie będzie miał możliwości wykonania zamówienia. Odwołujący przedstawiał harmonogram, terminy w jakich w jego ocenie może zostać zawarta umowa szczegółowa (lub inna), jednak jak wskazano powyżej, jest to wyłącznie opinia Odwołującego i brak jest wystarczającej podstawy do stwierdzenia, że umowa szczegółowa nie będzie mogła zostać zawarta w terminach krótszych.

Z treści wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie wynika obowiązek wykonawcy do odniesienia się do kwestii dzierżawy łącz od innych operatorów. Wątpliwości w tym zakresie zgłaszane przez Odwołującego nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. nie obejmuje tego zakresu, że zawiera rażąco niską cenę. Jak wskazano powyżej, wątpliwości mogłyby zostać usunięte poprzez wyjaśnienie bezpośrednio z wykonawcą.

Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. złożył na wezwanie Zamawiającego dowody w postaci cenników. Odwołujący nie wykazał, aby ceny wpisane do cenników były nierealne. Okoliczność, że w cennikach pojawia się wartość zero wynikać może z faktu, że są to cenniki, nie kalkulacje, o które to kalkulacje nie był wzywany Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. Przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu obliczenia i ewentualne niedoszacowania, jakich dopuścić się miał Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. pochodzą od Odwołującego. Tymczasem do wątpliwości w tym zakresie powinien odnieść się Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. Nie jest znany sposób kalkulacji tego Wykonawcy. Odwołujący wskazywał na ponad czterdziestoprocentowy zysk (marżę) przewidziany przez Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. Odwołujący nie wykazał, aby nie było możliwe zrealizowanie zamówienia przy zaoferowanej przez Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. cenie, uwzględniającej ponad czterdziestoprocentowy zysk (marżę).

Podnoszony przez Odwołującego w trakcie rozprawy z udziałem stron argument, że nie jest realny zysk (marża), jaką przewiduje Wykonawca Actus-Info sp. z o.o. nie został przedstawiony w odwołaniu. Niezależnie od powyższego, samo twierdzenie Odwołującego, że w jego ocenie zysk w wysokości powyżej 40% jest nierealny, nie jest wystarczający dla jednoznacznego stwierdzenia, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Actus-Info sp. z o.o. powinna zostać uznana za rażąco niską. Jak wskazano powyżej, opinie Odwołującego, czy innych podmiotów nie stanowią dowodu, jednoznacznego potwierdzenia dla tak poważnego zarzutu, jak rażąco niska cena. Ewentualne wątpliwości w tym zakresie mogłyby zostać wyjaśnione bezpośrednio z Wykonawcą Actus-info sp. z o.o.

Izba nie nakazywała dokonania czynności dalszych wyjaśnień treści oferty, wszelkich wątpliwości podnoszonych przez Odwołującego, mając na uwadze treść zarzutów postawionych w odwołaniu. W odwołaniu nie został sformułowany zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy Actus – Info sp. z o.o. do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Odwołujący nie sformułował również żądań w tym zakresie. Izba nie miała zatem podstawy do nakazania Zamawiającemu podjęcia takiej czynności w szczególności z uwagi na art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1) , zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....