

WYROK

Warszawa, 27 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 lutego 2025 r. przez wykonawcę Orange Polska spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 160 (02-326 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Dyрекję Generalną Lasów Państwowych w Warszawie z siedzibą

w Warszawie przy ul. Grójeckiej 127 (02-124 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Netia spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy ul. Poleczki 13 (02-822 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Orange Polska spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy Orange Polska spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Dyrekcji Generalnej Lasów Państwowych w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 498/25

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Dyrekcja Generalna Lasów Państwowych w Warszawie zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Świadczenie usług transmisji danych IP VPN (MPLS) z dostępem do Internetu dla Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe* o numerze referencyjnym EZ.270.1.4.2024, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 listopada 2024 r. pod numerem publikacji: 730833-2024 (numer wydania Dz.U. S: 233/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

10 lutego 2025 r. wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 16 pkt. 1-3 Pzp w związku z:

1) art. 224 ust. 1 Pzp przez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy NETIA S.A.

z siedzibą w Warszawie (dalej zwanego: „wykonawcą NETIA”) do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych;

2) art. 224 ust. 2 Pzp przez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy NETIA do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, pomimo że cena całkowita oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej

o należy podatek od towarów i usług, a zaistniała rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

3) art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór oferty złożonej przez wykonawcę NETIA z uwagi na to, że zamawiający nie przeprowadził obowiązkowej procedury badania sposobu wyliczenia ceny.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę NETIA;
- wezwania wykonawcy NETIA do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwolujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ na skutek uchybień zamawiającego jego oferta znalazła się na drugim miejscu. W sytuacji, gdyby zamawiający działał w sposób zgodny z Pzp oraz wezwał wykonawcę, którego oferta została wybrana do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, mogłoby się okazać, że wybrany wykonawca przestawił cenę rażąco niską i tym samym podlegałaby ona obligatoryjnemu odrzuceniu. W takiej zaś sytuacji zostałaby wybrana oferta odwołującego. Odwołujący wyjaśnił, że powyższe w istotny sposób naruszało jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie przez niego szkody, a w konsekwencji utraty korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Netia S.A z siedzibą w Warszawie.

24 lutego 2025 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

25 lutego 2025 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikiem, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 20 lutego 2025 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- oferty złożone w postępowaniu przez wykonawców;
- notatkę służbową ze spotkania komisji przetargowej z 9 stycznia 2025 r.;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 31 stycznia 2025 r.;

2) dokumenty załączone do odwołania:

- informację z otwarcia ofert z 5 czerwca 2018 r. z wcześniejszego postępowania;
- treść wyrok z 18 września 2013 r. sygn. akt: KIO 2135/13, sygn. akt: KIO 2136/13, sygn. akt: KIO 2163/13.

Izba ustaliła co następuje

Wartość zamówienia została określona na kwotę 49 948 624 zł netto (61 436 807,50 zł brutto). W tej kwocie zamawiający przewidział 19 000 000,00 zł netto (23 370 000,00 zł brutto) na zamówienia, o których mowa odpowiednio w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c Pzp. Bez ww. zamówień polegających na powtórzeniu podobnych usług wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego 12 września 2024 r. wynosiła 30 948 624,00 zł netto, co dawało kwotę 38 066 807,52 zł po jej powiększeniu o podatek VAT. Podstawą ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia, było rozpoznanie rynku. Zamawiający ustalił wartość zamówienia po uzyskaniu informacji od dwóch potencjalnych wykonawców, udzielonych w odpowiedzi na zaproszenie do składania informacji w zakresie ceny, które zostało opublikowane na platformie zakupowej.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: przystępujący z ceną 25 140 412,80 zł brutto oraz odwołujący z ceną 24 427 209,60 zł brutto.

Żaden z wykonawców nie był wzywany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

31 stycznia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę złożoną przez przystępującego, która uzyskała 90,70 pkt w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu i otrzymała 90,67 pkt.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.;*

- art. 224 ust. 1 Pzp – *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie*

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów

w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.;

- art. 224 ust. 2 Pzp – *W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30 % od:*

1) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*

2) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.;*

- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że konkurencja w ramach przedmiotowego zamówienia zamykała się do dwóch wykonawców tj. odwołującego i przystępującego. Stwierdzenie to nie było bezpodstawne, ale wynikało z doświadczeń związanych

z wcześniejszymi postępowaniami, obejmującymi analogiczny przedmiot zamówienia prowadzonymi przez zamawiającego jak i znalazło potwierdzenie w okolicznościach przedmiotowego postępowania. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania zasygnalizował, że odwołujący z przystępującym konkurują ze sobą w ramach zamówień prowadzonych przez zamawiającego w zakresie analogicznych usług jak w postępowaniu co najmniej do 2013 r. Przy czym do tej pory zamówienia wykonywał dla zamawiającego wyłącznie odwołujący. Ponadto w tym postępowaniu tylko odwołujący i przystępujący złożyli oferty. Dodatkowo zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że zbierając informacje w celu oszacowania wartości zamówienia wziął po uwagę odpowiedzi udzielone wyłącznie przez te dwa podmioty.

W ocenie składu orzekającego ustalenie kręgu (trzeba przyjąć bardzo wąskiego) wykonawców zainteresowanych realizacją tego zamówienia nie pozostawało bez znaczenia dla oceny ofert złożonych w postępowaniu pod kątem rażąco niskiej ceny.

W dalszej kolejności skład orzekający ustalił, że ceny zaoferowane przez obu wykonawców pozostawały na

podobnym poziomie (cena zaproponowana przez odwołującego była o ponad 713 tys. zł brutto niższa od ceny oferty przystępującego) oraz ceny obu wykonawców były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Przy czym ani przystępujący, ani odwołujący nie byli wzywani do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołanie dotyczyło ceny z oferty przystępującego dlatego Izba była zobowiązana skupić się na cenie zaoferowanej przez tego wykonawcę. Cytowany powyżej art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej

w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Przepis ten wprowadza obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień jeżeli cena oferty tego wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, jednakże jego zastosowanie nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Zamawiający może zdecydować o odstąpieniu od obowiązku wzywania do wyjaśnień

w sytuacji, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Odstąpienie od wezwania do wyjaśnień ma zatem charakter wyjątku, którego zastosowanie powinno być oceniane zawężająco.

Dodatkowo jak słusznie wskazano

w wyroku z 28 kwietnia 2023 r. o sygn. akt. KIO 1054/23 *W związku z powyższym, aby uznać, iż ziściła się przesłanka odstąpienia od procedury wyjaśniającej cenę, konieczne jest stwierdzenie zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (okoliczność oczywista)*. Skoro cena oferty przystępującego była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, a jednak zamawiający zdecydował się nie wzywać tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny uznając, że rozbieżność w tym zakresie wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia, Izba uznała, że należało szczególnie przyrzeć się procesowi ustalenia wartości zamówienia przez zamawiającego. Jak wyjaśnił zamawiający na rozprawie w celu ustalenia wartości zamówienia opublikował na swojej platformie zakupowej zaproszenie do składania informacji cenowych. W odpowiedzi na opublikowane zaproszenie zamawiający otrzymał odpowiedzi od czterech podmiotów w tym od odwołującego i przystępującego. Przy czym zamawiający wskazał, że ustalając wartość zamówienia wziął pod uwagę informację pochodzącą od odwołującego oraz przystępującego, ponieważ dwa pozostałe podmioty przedstawiły informacje, które albo nie zawierały wszystkich elementów, albo były znacznie niedoszacowane. Tym samym zamawiający ustalił wartość zamówienia biorąc pod uwagę wyłącznie informację pochodzącą od późniejszych wykonawców. Ustalenie to pozwalało stwierdzić, że obaj późniejsi wykonawcy, na etapie szacowania wartości zamówienia zaproponowali poziomy cenowe, które znacznie różniły się od cen zaoferowanych przez te same podmioty już w złożonych ofertach. Warto doprecyzować, że ceny z ofert obu wykonawców były niższe od informacji przekazanych przez te podmioty zamawiającemu

w momencie szacowania wartości zamówienia. Nie oznaczało to, że zamawiający ustalił wartość zamówienia bez dochowania należytej staranności. Przepisy Pzp wskazują, że podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należyłą starannością (art. 28 Pzp). Sformułowanie odnoszące się do szacowania należy interpretować jako wycenianie czegoś w przybliżeniu (zob. *Wielki słownik języka polskiego* dostępny na stronie). Dodatkowo ustalenie wartości zamówienia publicznego jest podstawową czynnością na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, która spełnia przede wszystkim funkcję proceduralną i weryfikacyjną dla przygotowywanego postępowania. Poza tym dość często można zauważyć praktykę wskazującą, że opieranie się na informacjach od podmiotów potencjalnie zainteresowanych złożeniem oferty prowadzi do zawyżenia szacunkowej wartości zamówienia. Jak słusznie wskazał przystępujący takie zawyżanie wynika z tego, że potencjalni wykonawcy na tym etapie ustalenia wartości zamówienia nie znają szczegółowych warunków zamówienia czy projektowanych warunków umownych, co powoduje, że muszą szacować najwyższe ryzyka oraz najdroższe możliwe opcje. To powszechna rynkowa praktyka, że nie znając wszystkich zmiennych wpływających na cenę realizacji zamówienia, przyjmuje się te najbardziej kosztowe. Wynika to z faktu, że

w praktyce na etapie udzielania zamówienia zdecydowanie bardziej problematyczną sytuacją jest, gdy tzw. „budżet” zamawiającego jest niższy od cen ofertowych, co może doprowadzić do unieważnienia postępowania. Zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających jest to dość oczywista sytuacja. Na etapie ofertowania wykonawcy mają już więcej szczegółowych informacji i są w stanie obniżyć cenę w stosunku do informacji podanej na etapie szacowania wartości zamówienia, wyceniając już nie najwyższe, ale realne ryzyka i wartości. Po drugie wykonawcy na etapie szacowania wartości zamówienia raczej nie są skłonni do podawania rzeczywistej ceny, którą są w stanie zaoferować. To dopiero na etapie składania ofert wykonawcy starają się zaoferować najbardziej konkurencyjną cenę (szczególnie, że w praktyce cena ma w dalszym ciągu w zdecydowanej większości postępowań kluczowe znaczenie dla wyboru oferty). W nawiązaniu do powyższego Izba stwierdziła, że w tej sprawie poziom cen i zakres badania ofert w zakresie rażąco niskiej ceny wyznaczył rynek,

a ściślej mówiąc – wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Podsumowując powyżej opisaną część rozważań Izba stwierdziła, że konkurencja w tym postępowaniu ograniczała się do dwóch podmiotów, które jako jedyne udzieliły zamawiającemu informacji w ramach szacowania wartości zamówienia, które następnie zostały ostatecznie wzięte przez niego pod uwagę przy ustaleniu tej wartości oraz tylko te dwa podmioty złożyły oferty w postępowaniu. Ponadto co istotne obie oferty (odwołującego i przystępującego) były zbliżone pod względem poziomu cenowego. Skład orzekający doszedł do przekonania, że opisane powyżej okoliczności, które niewątpliwie musiały być znane zamawiającemu jako gospodarzowi postępowania oraz podmiotowi realizującemu od lat zamówienia na analogiczny przedmiot, miały charakter okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia zaistniałej rozbieżności pomiędzy ceną oferty przystępującego a wartością zamówienia. Tym samym stosując restrykcyjną wykładnię wyjątku określonego w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp umożliwiającego odstępianie od wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Izba uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający nie naruszył ww. przepisu. Powyższe stwierdzenie skutkowało oddaleniem zarzutu podniesionego w pkt 2 *petitum* odwołania.

Oddalenie zarzutu z pkt 2 prowadziło do oddalenia również zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp. Skoro w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy miały miejsce oczywiste okoliczności, które nie wymagały wyjaśnienia w zakresie rozbieżności pomiędzy ceną oferty przystępującego a wartością zamówienia, to naturalnym było uznanie, że zaoferowana przez przystępującego cena nie mogła wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W związku z tym Izba oddaliła zarzut wskazany w pkt 1 *petitum* odwołania.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przywołał argumenty na poparcie podniesionych zarzutów, które odnosiły się do:

- braku własnej infrastruktury przez przystępującego;
- zadeklarowania przez przystępującego realizacji 9 łączy OSW;
- postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w 2018 r.

Powyżej wskazane argumenty nie przekonały Izby o zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów.

W odniesieniu do argumentu dotyczącego braku własnej infrastruktury przez przystępującego Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy ciężar dowodu spoczywał na odwołującym. Przystępujący nie był wzywany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zatem w ocenie składu orzekającego w zaistniałej sytuacji procesowej nie miała zastosowania zasada odwróconego ciężaru dowodu, wynikająca z art. 537 Pzp. Co więcej odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu w zakresie wykazania zasadności podniesionych zarzutów. Argumentacja odwołującego skupiająca się na braku własnej infrastruktury przez przystępującego okazała się gołosłowna. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które uzasadniałyby konieczność wezwania przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w związku z brakiem własnej infrastruktury. Ponadto odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie ma możliwości wydzierżawienia istniejącej infrastruktury lub okoliczności wskazującej na znaczne koszty takiej dzierżawy, które mogłyby uzasadniać wezwanie do wyjaśnień. Dodatkowo skład orzekający zwrócił uwagę, że rzeczywisty zakres zamówienia, który wykonawca musiał skalkulować w ofercie bazowej, może okazać się węższy od wariantu maksymalnego tj. niektóre elementy fakultatywne nie będą uruchomione albo będą przedmiotem osobnych opcji.

Argument dotyczący zadeklarowania przez przystępującego realizacji 9 łączy OSW był ściśle powiązany z oceną oferty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniu było kryterium *Liczba zadeklarowanych realizacji łączy OSW (od 482 do 490 w załączniku nr 2 – lista lokalizacji)*. Wykonawca mógł zadeklarować w tym kryterium liczbę realizacji łączy OSW w przedziale od minimalnej 0 do maksymalnej wartości 9 lokalizacji. Odwołujący zadeklarował w tym kryterium 3 realizacje łączy OSW, natomiast przystępujący maksymalną ilość, czyli

9 realizacji. W tym kontekście odwołujący ocenił, że wartość nakładów inwestycyjnych

w bardzo trudnym terenie dla 5 z tych 9 lokalizacji wyniesie łącznie ponad 1 300 000,00 zł netto (co daje kwotę brutto około: 1 600 000,00 zł). Po pierwsze odwołujący w tej kwestii, podobnie jak w przypadku argumentu dotyczącego braku własnej infrastruktury przez przystępującego, pozostał gołosłowny przez co w żaden sposób nie można było potwierdzić lub zweryfikować podanych powyżej wyliczeń. Po drugie odwołujący nie wykazał, że ww. koszt można było potraktować jako istotną część składową ceny.

Trzecia grupa argumentów sprowadzała się do porównań obecnie zaistniałej sytuacji w postępowaniu z postępowaniami sprzed 7 czy 12 lat oraz składanymi wtedy przez przystępującego ofertami oraz odwołaniami. W tym kontekście przystępujący zasadnie argumentował, że truizmem było wskazanie, że okoliczności się zmieniają, że powszechną praktyką na rynku jest to, że wykonawcy obserwują się nawzajem i dążą do tego, by przejmować po sobie cyklicznie udzielane zamówienia. Zmiany wykonawców w cyklicznie udzielanych zamówieniach zdarzają się i okoliczność ta nie

może stanowić dodatkowego obostrzenia dla wykonawcy, który do tej pory nie realizował takiego zamówienia. Tym samym Izba stanęła na stanowisku, że niewystarczające okazało się opieranie odwołania na zdezaktualizowanych okolicznościach, jak czynił to odwołujący.

Dodatkowo Izba zwróciła uwagę, że odwołujący wskazał, że brak wezwania przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny doprowadził do wyboru oferty bez zbadania czy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Skład orzekający uznał powyżej opisane stwierdzenie odwołującego za zbyt daleko idące. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zwrócił uwagę na notatkę służbową komisji przetargowej z 9 stycznia 2025 r., która potwierdzała, że badał ofertę przystępującego pod kątem rażąco niskiej ceny.

Reasumując Izba oddaliła zarzuty podniesione w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania.

W konsekwencji oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, który miał charakter wynikowy wobec pozostałych zarzutów.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Jednocześnie Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (na podstawie rachunku złożonego na rozprawie).

Przewodniczący:.....