

Sygn. akt: KIO 2003/23

WYROK
z dnia 28 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Orange Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Netia Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2003/23

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) o udzielenie zamówienia publicznego na: „Usługę transmisji danych w sieci WAN na potrzeby PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w latach 2023 - 2027”, numer referencyjny: 6060/ILG 8/18365/05431/21/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 kwietnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 065 172618.

29 czerwca 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Netia S.A. Wykonawca Orange Polska S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec tej czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp. przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Netia S.A. (dalej „Netia”) pomimo iż z wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu złożonych tego wykonawcy wynika, że pominął w cenie oferty część kosztów, które musi ponieść wykonawca aby zrealizować należycie zamówienie - koszty zapewnienia infrastruktury gwarantującej zachowanie określonych parametrów, oraz koszty związane z utrzymaniem sieci w okresie realizacji zamówienia, co winno skutkować uznaniem przez Zamawiającego, że:

a) złożone przez Netia wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,

b) cena zaoferowana przez Netia, z uwagi na obiektywne czynniki jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, budząca wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i w konsekwencji winna zostać odrzucona.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

- 2) odrzucenia oferty złożonej przez Netia z uwagi na to, że złożone przez tego wykonawcę wraz z dowodami wyjaśnienia ceny nie uzasadniają ceny podanej w ofercie,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Netia z uwagi na to, że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,
- 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że wyjaśnienia ceny wraz z dowodami, złożone przez wykonawcę Netia nie uwzględniają wszystkich kosztów, jakie musi ponieść wykonawca w celu prawidłowego wykonania zamówienia, a tym samym nie uzasadniają ceny podanej w ofercie. Wykonawca ten nie uwzględnił, w szczególności kosztów mających wpływ na cenę oferty: zapewnienia infrastruktury gwarantującej zachowanie określonych parametrów i związanych z utrzymaniem sieci w okresie realizacji zamówienia.

W zakresie pierwszego z ww. elementów, Odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniem § 2 projektu umowy przedmiotem umowy jest świadczenie usługi transmisji danych na potrzeby Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i warunkami technicznymi określonymi w umowie oraz w opisie przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) w lokalizacjach wymienionych w Załącznikach nr 1-4 do OPZ oraz zgodnie z technologią wskazaną w Załączniku nr 7a. Przedmiot Umowy obejmuje:

- 1) Świadczenie Usług transmisji danych „IP VPN PLK” z poziomem świadczenia Usługi zagwarantowanymi parametrami SLA, w sieci rozległej WAN, dla lokalizacji Zamawiającego wskazanych w Załączniku nr 1 do OPZ, świadczonych na bazie:
 - 1.1) Sieci szkieletowej IP VPN MPLS Wykonawcy,
 - 1.2) Łączy dostępowych Wykonawcy (własnych lub pozyskanych),
 - 1.3) Urządzeń końcowych ISP-CE,
 - 1.4) Wymagań określonych w rozdziale 9 OPZ „Wymagania dla usługi transmisji danych „IP VPNPLK”;
- 2) Świadczenie Usług transmisji danych „IP VPN LCS” z poziomem świadczenia Usługi zagwarantowanymi parametrami SLA, w sieci rozległej WAN dla lokalizacji Zamawiającego wskazanych w Załączniku nr 2 do OPZ, świadczonych na bazie:
 - 2.1) Sieci szkieletowej IP VPN MPLS Wykonawcy,
 - 2.2) Łączy dostępowych Wykonawcy (własnych lub pozyskanych),
 - 2.3) Urządzeń końcowych ISP-CE Wykonawcy,
 - 2.4) Wymagań określonych w rozdziale 10 OPZ „Wymagania dla usługi transmisji danych „IP VPN LCS”;
- 3) Świadczenie Usług transmisji danych typu Punkt – Punkt (P2P) pomiędzy lokalizacjami wskazanymi w załączniku nr 3 do OPZ zgodnie z parametrami określonymi w rozdziale 11 OPZ „Wymagania dla Usługi transmisji danych typu Punkt-Punkt (P2P)”;
- 4) Świadczenie Usług transmisji danych „IP EDR” z poziomem świadczenia usługi zagwarantowanymi parametrami SLA, dla lokalizacji Zamawiającego wskazanych w Załączniku nr 4 do OPZ, na bazie:
 - 4.1) Łączy dostępowych Wykonawcy (własnych lub pozyskanych),
 - 4.2) Urządzeń końcowych ISP-CE Wykonawcy,
- 4.3) Wymagań określonych w rozdziale 12 OPZ „Wymagania dla usługi transmisji danych „IP EDR”;
- 5) Sporządzanie Raportów Miesięcznych z wykonania Usług określające spełnienie w danym miesiącu parametrów jakościowych każdej z Usług:
 - 5.1) Raport z dostępności i spełnienia parametrów jakościowych łączy Usługi IP VPN PLK,
 - 5.2) Raport z dostępności i spełnienia parametrów jakościowych łączy Usługi IP VPN LCS,
 - 5.3) Raport z dostępności i spełnienia parametrów jakościowych łączy Usługi IP EDR,
 - 5.4) Raport z dostępności i spełnienia parametrów jakościowych łączy Usługi PunktPunkt (P2P),
 - 5.5) Raport z realizacji usunięć i awarii;

6) Monitorowanie parametrów jakościowych SLA w systemie monitoringu.

Odwołujący wskazał, że ze sposobu określenia przedmiotu zamówienia (przedmiotu umowy) wynika jego istotny element, a mianowicie zapewnienie infrastruktury gwarantującej zachowanie określonych przez Zamawiającego parametrów. Element ten generuje koszty mające istotne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty. W wyjaśnieniach dotyczących ceny Netia w opisie kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w pozycjach „a” i „b”, wskazała koszty budowy kanalizacji teletechnicznej oraz zakupu i montażu kabla światłowodowego w kanalizacji. Treść wyjaśnień daje uzasadnione podstawy do stwierdzenia, że w kosztach tych Netia nie uwzględniła konieczności utrzymania wybudowanej infrastruktury światłowodowej, a zatem koszty te są niedoszacowane. Z utrzymaniem infrastruktury światłowodowej ściśle powiązana jest konieczność wnoszenia opłat rocznych dla właścicieli gruntów, przez które przebiega infrastruktura światłowodowa. Trasy będą przebiegać przez tereny zlokalizowane w bezpośrednim sąsiedztwie lokalizacji Zamawiającego należące do innych spółek PKP, spółek zależnych od PKP oraz innych instytucji i podmiotów (tj. nadleśnictwa, powiaty, miasta, gminy), co wiąże się z ponoszeniem dodatkowych opłat za dzierżawę gruntów na rzecz m.in. wyżej wymienionych właścicieli. Wykonawca, który zobowiązuje się do realizacji przedmiotowego zamówienia, biorąc pod uwagę specyfikę i uwarunkowania budowy infrastruktury w trudno dostępnych terenach, powinien uwzględnić wyżej wskazane koszty kalkulując cenę oferty. Wykonawca kalkulując ofertę powinien uwzględnić koszty doprowadzenia infrastruktury światłowodowej do konkretnych, wymienionych w OPZ lokalizacji Zamawiającego. Tymczasem z wyjaśnień udzielonych przez Netia nie wynika, że wykonawca ten uwzględnił w cenie oferty koszty związane z zapewnieniem infrastruktury w konkretnych lokalizacjach. Netia przedstawiła jedynie mapę własnej sieci, a także przykładowe mapy własnej infrastruktury, które nie są adekwatne do potwierdzenia, że Netia może świadczyć usługi we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego. Mapy te nie potwierdzają faktu, że Netia może świadczyć usługi w lokalizacjach wymienionych w: Zał. nr 1 do OPZ wykaz lokalizacji IP VPN PLK; Zahr 2 do OPZ wykaz lokalizacji IP VPN LCS; Zał. nr 3 do OPZ wykaz lokalizacji punkt-punkt. Netia wskazała w wyjaśnieniach, że posiada swoją infrastrukturę w ponad 500 lokalizacjach Zamawiającego, podnosząc, że konsolidacja rynku telekomunikacyjnego, polegająca m.in. na przejęciu przez Netia lokalnych spółek, a także ogólnokrajowych operatorów telekomunikacyjnych (tj. Crowley, Telefonía Dialog, TK Telekom), pozwoliła na zwiększenie zasięgu Netii. Netia nie wykazała jednak, że sieć ta pozwala świadczyć usługi we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego. Nie wykazała również, że posiadana we wskazanej liczbie lokalizacji infrastruktura to infrastruktura optyczna. Twierdzenie o posiadaniu przez Netia infrastruktury w 500 lokalizacjach Zamawiającego nie oznacza, że w tych lokalizacjach Netia dysponuje docelową infrastrukturą optyczną wymaganą w SWZ dla lokalizacji IP VPN, LCS, P2P. Podkreślenia wymaga fakt, że przejęcie spółek Crowley czy Telefonía Dialog miało miejsce w 2011 r. W tamtym okresie sieć światłowodowa była na zupełnie innym poziomie rozwoju niż w 2023 r. Tym samym ten czynnik nie tylko nie wykazuje, że Netia dysponuje infrastrukturą gwarantującą technologię i parametry, których wymaga Zamawiający, ale także nie stanowi okoliczności mającej istotny wpływ na kalkulację ceny oferty w Postępowaniu. W wyjaśnieniach dotyczących ceny Netia w opisie kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w pozycjach od „a” do „n” pominęła koszty zakupu urządzeń ISP-CE dla lokalizacji zgodnych z załącznikiem nr 3 do OPZ „wykaz lokalizacji punkt-punkt”, zgodnie z OPZ pkt 4 ppkt a „Wymagania dla Usługi transmisji danych typu Punkt-Punkt (P2P)”. W wyjaśnieniach dotyczących ceny Netia w opisie kosztów niezbędnych do poniesienia w celu wykonania zamówienia pominęła także koszty wybudowania punktów styku w serwerowniach zamawiającego (pkt 8 OPZ „Realizacja punktu styku w serwerowniach Zamawiającego”). W odniesieniu do tej części przedmiotu zamówienia Zamawiający sformułował bardzo rygorystyczne wymagania: pełna redundancja kabli na podstawie i back up, redundancja kanalizacji na całym przebiegu, inne. Tymczasem Netia całość kosztów związanych z budową infrastruktury IP VPN PLK, LCS, P2P oraz budową punktów styku w serwerowniach Zamawiającego, określiła na kwotę 2,4 mln PLN. Kwota ta w ocenie Odwołującego nie pokrywa wszystkich niezbędnych do poniesienia kosztów. Zgodnie z SWZ, Zamawiający w kryteriach oceny przewidział bardzo wysoką punktację za technologie światłowodową dla usług z grup „IPVPN PLK” oraz „IPVPN LCS”. W postępowaniu „Świadczenie usługi transmisji danych sieci WAN” Nr ILG8b-231-05/1 znak sprawy: 6060/ILG8/14374/01862/18/P z 2018 roku, konkurencja w postaci spółki TK Telekom (obecnie spółka z Grupy Netia), na którą Netia powołuje się w swoich wyjaśnieniach RNC, nie zdobyła maksymalnej liczby punktów w zakresie wymaganej infrastruktury światłowodowej dla łączy z grupy T1 „IPVPN PLK” (załącznik nr 1 do OPZ), co oznacza, że nie posiada wskazanej infrastruktury, a w obecnym postępowaniu nie wykazała kosztów jej budowy. Jeżeli w ofercie Netii został uwzględniony tak niski poziom kosztów na zapewnienie pełnej infrastruktury do wszystkich lokalizacji Zamawiającego, to Netia winna wykazać, że już wcześniej przeprowadziła inwestycje w rozbudowę infrastruktury optycznej i poniosła koszty z tym związane, nie mając pewności, że uzyska zamówienie. Tak niskich kosztów nie uzasadnia zakup przed kilkunastoma laty kilku spółek o zasięgu lokalnym, jak i ogólnokrajowym, gdyż zakup taki nie oznacza wejścia w posiadanie infrastruktury optycznej spełniającej wymagania postawione przez Zamawiającego w OPZ.

Następnie Odwołujący podał, że do wyjaśnień złożonych przez Netia załączone zostały jako dowody m.in. „Umowa ramowa nr MWII-A4CEBT z dn. 13.02.2016 r.” – załącznik nr 4, oraz umowa „UR nr 600-70-124-I z 10.02.2014 wraz z aneksem z dn. 20.02.2018r.” – załącznik nr 6 i podkreślił, że umowy te zostały zawarte ponad 5 lat temu i na tej podstawie uzasadnione jest przypuszczenie - biorąc pod uwagę dynamicznie zmieniającą się sytuację gospodarczą (pandemia COVID-19, wojna na Ukrainie, bardzo wysoka inflacja), że stawki zawarte we wskazanych umowach nie uwzględniają bieżących cen rynkowych. Wykonawca kalkulując ofertę powinien przyjąć aktualne koszty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem aktualnej sytuacji ekonomicznej. Netia nie wykazała poprawności kalkulacji cen rynkowych w roku 2023. Przyjęte koszty oszacowane zostały na podstawie archiwalnych umów, nie uwzględniających kosztów pracy, wzrostu cen logistyki, energii oraz inflacji.

Odnosnie do wyceny kosztów utrzymania sieci w okresie realizacji zamówienia Odwołujący podał, że opis przedmiotu zamówienia szczegółowo opisuje działania i czynności, jakie wykonawca winien wykonać w celu spełnienia świadczenia. Tymczasem w wyjaśnieniach ceny Netia nie uwzględniła pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i pominęła część kosztów, które powinny zostać uwzględnione, aby zagwarantować świadczenie usług zgodnie z umową i OPZ w okresie 48 miesięcy. Wykonawca ten w zestawieniu kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w pozycjach od „a” do „m” pominął koszty:

- bieżącego utrzymania i serwisowania sieci szkieletowej transmisji danych MPLS oraz sieci mobile w tym routerów PE i CPE
- utrzymania sieci agregacyjnej i dostępowej
- energii elektrycznej wykorzystywanej do świadczenia usług
- utrzymania sieci mobilnej, eksploatacji urządzeń stacji bazowych oraz infrastruktury
- związane z utrzymaniem/ awariami, uszkodzenia elementów sieciowych np. związanych z przeciążeniem kradzieżami, awarią prądu
- wykonania projektu technicznego sieci WAN dla uruchamianych Usług transmisji danych oraz projektów wykonawczych instalacji
- wykonania projektów wykonawczych infrastruktury transmisyjnej (radiowej lub kablowej) każdego z obiektów wskazanych do realizacji

W ocenie Odwołującego brak uwzględnienia powyższych kosztów w znaczący sposób wpływa na sposób obliczenia ceny i kalkulację oferty przez wykonawcę. Działający z należytą starannością wykonawca podczas przygotowania oferty zobowiązany jest do uwzględnienia wszystkich składowych kosztów które wpływają na realizację przedmiotu zamówienia. Netia w wyjaśnieniach ceny nie wykazała, w jaki sposób i w jakim stopniu wskazane okoliczności, tj. przejęcie spółek telekomunikacyjnych, zawarcie umów ramowych na zakup urządzeń, kabli, innych, wpłynęły na obniżenie ceny. Dowody na te okoliczności nie uzasadniają wysokości zaoferowanej ceny, nie uzasadniają również wysokości kosztów, jakie Netia założyła na potrzeby kalkulacji ceny. Samo zestawienie kalkulacji kosztów nie jest wystarczające, aby uzasadnić realność ceny. Wykonawca powinien dodatkowo wyjaśnić, jakie konkretnie okoliczności i w jaki sposób wpłynęły na obniżenie ceny. Zamawiający musi uzyskać potwierdzenie, że kwoty przedstawione w szczegółowej kalkulacji kosztów mają swoje rynkowe uzasadnienie. W każdym przypadku konieczne jest podanie konkretnego wyliczenia oszczędności, które wykonawca poczynił. Możliwość wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty oceniana jest nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także w oparciu o analizę poszczególnych, istotnych części składowych, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, lub które nie zostały uwzględnione w kalkulacji ceny. Ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał w szczególności, że udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami zostały przygotowane w sposób adekwatny względem treści wezwania do złożenia wyjaśnień ceny z 15 listopada 2022 r., czynią zadość wezwaniu, a w konsekwencji na podstawie ich treści nie sposób stwierdzić, aby zawierały podnoszone przez Odwołującego braki czy nie obalały domniemania rażąco niskiej ceny. Zamawiający wymagał uwzględnienia wszystkich elementów związanych z należyтым wykonaniem przedmiotu zamówienia, co nie oznaczało, że doszło do sformułowania zamkniętego katalogu elementów cenowych jakie podlegały wycenie w ramach wyjaśnień. Wręcz przeciwnie Zamawiający oczekiwał wyceny istotnych elementów zamówienia, niemniej zakres oczekiwań został sformułowany w sposób ogólny, co pozostawiało wykonawcom pewną swobodę co do metody sformułowania treści wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że nie można podzielić poglądu, że jest zobowiązany

odrzuć ofertę zawsze, gdy wykonawca nie wyjaśnia absolutnie każdego elementu kosztotwórczego i nie przedstawia dowodu na każde twierdzenie przedstawione w wyjaśnieniach, niezależnie od całokształtu tych wyjaśnień oraz obiektywnych uwarunkowań związanych z danym przedmiotem zamówienia. Zdaniem Zamawiającego o ile wyjaśnienia jako całość są wiarygodne, rzetelne, ujawniają przyjęte przez wykonawcę założenia, a wartości przyjęte do kalkulacji ceny nie są nierealne, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty. Odwołujący natomiast podejmuje w treści swojego odwołania niczym nieuzasadnioną próbę dewaluowania treści wyjaśnień – co nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści wezwania, złożonych wyjaśnieniach ceny, przedmiocie zamówienia lub przepisach Pzp. W szczególności za nieuzasadnione należy uznać formułowanie przez Odwołującego twierdzeń na zasadzie negatywnego określenia oczekiwań dotyczących treści wyjaśnień tj. opieraniu zarzutów na braku indywidualnej wyceny szczegółowych elementów przedmiotu zamówienia, których odrębnej wyceny Zamawiający nie wymagał w treści wezwania. Nadto Odwołujący zaoferował realizację zamówienia na bardzo zbliżonym poziomie cenowym, przez co również został wezwany do złożenia wyjaśnień ceny oferty, które nie zawierają odrębnej wyceny elementów cenowych, stanowiących podstawę zarzutów i twierdzeń odwołania.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że analiza wyjaśnień ceny Przystępującego z 22 listopada 2022 r. prowadzi do wniosku, że uwzględniają one elementy cenowe, których brak zarzuca Odwołujący. Z analizy wyjaśnień wynika, że uwzględniają one koszty zapewnienia infrastruktury gwarantującej zachowanie odpowiednich parametrów, które to koszty zostały uwzględnione m.in. w załącznikach do wyjaśnień nr 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 12. Z kolei koszty związane z utrzymaniem sieci w opinii Zamawiającego zostały uwzględnione w pozycji 15 tabeli z załącznika nr 2 do wyjaśnień, tj. jako odnoszące się do zgodnego z postanowieniami Umowy poziomu jakości usług, co potwierdzałoby, że Netia gwarantuje odpowiednie parametry i technologię do działania sieci zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Przedmiot zamówienia był znany wykonawcom biorącym udział we Wstępnych Konsultacjach Rynkowych, które miały miejsce w terminie 03.2021–05.2021 r. Zarówno Odwołujący jak i Wykonawca byli uczestnikami konsultacji. Przedmiot zamówienia objęty postępowaniem został w zbliżonym zakresie przedstawiony podczas Wstępnych Konsultacji Rynkowych. Natomiast docelowy zakres przedmiotu zamówienia podlegał omówieniu z wykonawcami podczas spotkań na przełomie czerwca i sierpnia 2022 r., w efekcie których doszło do uwzględnienia w ramach OPZ wielu uwag uczestników konsultacji. W opinii Zamawiającego każdy z uczestników miał wystarczająco dużo czasu, aby dobrze przeanalizować wymagania i przygotować ofertę, w związku czym nie sposób uznać a priori, aby mogło dojść do pominięcia przy wycenie oferty wskazanych przez Odwołującego elementów realizacji zamówienia.

Odnosząc się do kwestii posiadania przez Wykonawcę swojej infrastruktury w ponad 500 lokalizacjach Zamawiającego, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący, bezzasadnie ignoruje wynikający z wyjaśnień fakt, że firma TK Telekom (dawna Telekomunikacja Kolejowa) obecnie wchodząca w skład grupy Netia, w latach 2007-2019 świadczyła usługi transmisji danych sieci WAN dla Zamawiającego. Z uwagi na powyższe Zamawiający posiada wiedzę, że w latach 2007-2019 wiele ówczesnych lokalizacji IP VPN PLK oraz IP VPN LCS posiadało infrastrukturę światłowodową. TK Telekom posiada wybudowane dwie drogi kablowe do serwerowni PLK, gdyż taki wymóg był postawiony we wcześniejszych umowach na świadczenie usług transmisji danych, które realizowała firma TK Telekom. W trakcie przeprowadzonych Wstępnych Konsultacjach Rynkowych zarówno Wykonawca, jak i Odwołujący potwierdzili, że posiadają wymaganą, zaawansowaną infrastrukturę, która umożliwi szybkie uruchamianie usług. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie wymagał przedstawienia szczegółowych map przedstawiających infrastrukturę sieci kablowych we wskazanych w załącznikach nr 1-4 do OPZ lokalizacjach.

W ocenie Zamawiającego twierdzenia Odwołującego odnoszące się do kwestii związanej z usługą „Punkt-Punkt” również uznać należy za nietrafione. Załącznik nr 3 do OPZ dotyczący lokalizacji dla usługi „Punkt-Punkt” zawiera 20 pozycji z 1918 wszystkich lokalizacji w załącznikach do OPZ. Dodatkowo, istotna część lokalizacji dla usług P2P pokrywa się z innymi usługami co może powodować optymalizację i wykorzystanie urządzeń. Uwzględniając kwestię, że usługę „Punkt-Punkt” realizują również w oparciu o technologię MPLS oraz Ethernet, odpowiednio Załącznik nr 12 zawiera większą ilość urządzeń ISP-CE niż jest wymagana dla pozostałych usług IP VPN PLK, IP VPN LCS oraz EDR, a Załączniki nr 10 i 11 zawierają informację o instalacji urządzeń typu switch i konwerterów optycznych do zakończenia łączy w technologii Ethernet, w opinii Zamawiającego Netia uwzględniła koszty w powyższym zakresie. Zamawiający nie wymagał przy tym, aby ww. koszty zostały przedstawione jednostkowo do usługi Punkt-Punkt. Nadto w wyjaśnieniach ceny Odwołującego w ogóle nie doszło do przedstawienia dowodów dotyczących kosztów urządzeń ISP-CE dla Punkt-Punkt.

Zamawiający podkreślił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, w treści OPZ nie wskazał szczegółowych wymagań dotyczących usług utrzymania, takich jak utrzymanie sieci agregacyjnej, dostępowej czy mobilnej, wykonanie projektów itp. W konsekwencji tym bardziej trudno oczekiwać, aby Zamawiający mógł wymagać odrębnej wyceny ww. kwestii w

ramach wyjaśnień ceny ofert poszczególnych wykonawców. Wykonawcy składający oferty w postępowaniu na świadczenie usług transmisji danych w sieci WAN są podmiotami, które profesjonalnie oraz na skalę ogólnokrajową zajmują się usługami transmisji danych. Okres Wstępnych Konsultacji Rynkowych oraz postępowania przetargowego, w tym konsultacji, stanowił okres wystarczający na przeprowadzenie rzetelnej analizy ryzyka, możliwości technicznych i operacyjnych oraz przygotowania prawidłowo skalkulowanej oferty. Wykonawcy w toku Wstępnych Konsultacji Rynkowych wskazywali, że przy tak znaczącej liczbie lokalizacji (jaka objęta została przedmiotem zamówienia) muszą przyjąć pewne założenia w celu wyliczenia kosztów instalacji i utrzymania, co z kolei wskazuje na bezpodstawność i subiektywność oczekiwań Odwołującego co do szczegółowości wyjaśnień innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Za nieuzasadnione należy zdaniem Zamawiającego również uznać powoływanie się przez Odwołującego na okoliczności wynikające z innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, w tym na wyjaśnienia ceny przedstawione w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje realizację odmiennego przedmiotu zamówienia, zatem wymaga również indywidualnego sformułowania wyjaśnień ceny przez każdego wykonawcę wezwanego ich przedstawienia. Każdy wykonawca może bowiem w ramach danego postępowania przeprowadzić kalkulację ceny w sposób wynikający z indywidualnych okoliczności występujących w danym okresie i w danej sprawie.

Wypełniając wymogi ustawowe wykonawca Netia S.A. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się jego uczestnikiem.

W piśmie z 25 lipca 2023 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, wskazując w uzasadnieniu swojego stanowiska w szczególności, iż w sposób kompletny i niebudzący wątpliwości wykazał realność zaoferowanej ceny, zaś Odwołujący usiłuje przypisać Przystępującemu braki w jego wyjaśnieniach, które nie znajdują pokrycia ani w złożonych wyjaśnieniach ani w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Odwołujący usiłuje prowadzić własny proces analizy dowodów Netii, czyni to jednak nie mając pełnego obrazu złożonych wyjaśnień, które dla Zamawiającego są spójne i w odpowiedni sposób uzasadniają brak wystąpienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny. Dodatkowo, Odwołujący stara się przenieść własny model konstrukcji oferty na ofertę Przystępującego. Odnosząc się do poszczególnych argumentów przedstawionych w odwołaniu Przystępujący podał:

Ad Brak uwzględnienia w kosztach oferty konieczności utrzymania wybudowanej infrastruktury światłowodowej, w tym opłat rocznych i dzierżawnych dla właścicieli gruntów.

Opłaty roczne i czynsz dzierżawny dla właścicieli gruntów są ujęte w załączniku nr 2 i załączniku nr 3 do wyjaśnień ceny z 22 listopada 2022 r.

Ad Brak uwzględnienia kosztów doprowadzenia infrastruktury światłowodowej do konkretnych, wymienionych w OPZ lokalizacji Zamawiającego

Przystępujący stwierdził, że uwzględnił w swojej ofercie wszelkie koszty doprowadzenia infrastruktury światłowodowej do lokalizacji Zamawiającego, co wykazała jednoznacznie złożonymi w toku postępowania wyjaśnieniami z 22 listopada 2023 r., w tym załącznik nr 2 (poz. 1, 2 i 3) i załącznik nr 3, 4, 5, 6, 7. Odmawianie mocy dowodowej przedłożonym mapom jest niczym nieuzasadnioną próbą nakładania na wykonawcę dalej idących obowiązków niż wynika to z przepisów prawa i zakresu wezwania do wyjaśnień ceny. Dodatkowo, Odwołujący usiłuje odmówić braku znaczenia obecności w grupie kapitałowej Przystępującego spółki TK Telekom sp. z o.o. (dalej: TK Telekom), podmiotu udostępniającego zasoby w postępowaniu na rzecz Przystępującego. Tymczasem TK Telekom to spółka wywodząca się z grupy PKP, z wieloletnim, istotnym doświadczeniem w obsłudze spółek grupy PKP. Netia jest właścicielem 100% udziałów w firmie TK Telekom. W związku ze sprzedażą udziałów w TK Telekom sp. z o.o. przez PKP SA na rzecz spółki Netia S.A. w dniu 21.07.2015, od dnia sprzedaży Spółka jest spółką zależną Netii S.A i wchodzi w skład Grupy Kapitałowej Netia S.A. TK Telekom jest podmiotem aktywnym na rynku kolejowym od początku swojego istnienia. TK Telekom - pod nazwą „Telekomunikacja Kolejowa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - powstała w 2001 roku na bazie stanowiącej część PKP S.A. Dyrekcji Teleinformatyki Kolejowej. Uchwałą z dnia 8 lipca 2010 roku (repertorium A nr 8892/2010) Zgromadzenie Wspólników dokonało zmiany nazwy Spółki, która otrzymała brzmienie: „TK Telekom” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. TK Telekom historycznie było członkiem Grupy PKP SA (przed prywatyzacją) i posiada znaczącą infrastrukturę na terenach PKP (między innymi ponad 5 tysięcy km linii światłowodowych wzdłuż torów kolejowych oraz własną kanalizację teletechniczną na terenach kolejowych), w związku z tym uczestniczy w naradach i uzgodnieniach (m.in. ZUD Kolejowy, który jest częścią uzgodnień geodezji na terenach zamkniętych o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa). TK jest również członkiem Związku Pracodawców Kolejowych. Infrastruktura TK Telekom traktowana jest na rynku kolejowym ze szczególną atencją z tego powodu, że sieć jest

bezpośrednio wykorzystywana min. do prowadzenia ruchu kolejowego, wszelkie inwestycje wzdłuż torów kolejowych wymagają uzgodnień z TK (ze względu na potencjalne kolizje) ponieważ przy większości torów spółki posiadają infrastrukturę telekomunikacyjną (światłowody, kanalizacja) – ok 16 tysięcy takich uzgodnień dokonuje TK/Netia w ciągu każdego roku. Pracownicy posiadają niezbędne upoważnienia oraz znajomość przepisów prawa, bhp do poruszania się i prac na terenie kolejowym. Grupa Netia posiada szereg umów z PKP PLK oraz z innymi spółkami z grupy PKP, które regulują obecność jej infrastruktury oraz zabezpieczają ją w trakcie wszelkich procesów inwestycyjnych na tym obszarze. Ze względu na ponad 20 letnią obecność i świadczone usługi w spółkach PKP grupa Netia posiada wyjątkową wiedzę o wszelkiej infrastrukturze telekomunikacyjnej i niefunkcyjnej, która jest obecna na rynku kolejowym (zarówno w Grupie PKP SA jak i w Grupie PKP PLK).

Ad twierdzenia Odwołującego dotyczących nieaktualności złożonych kopii umów ramowych.

Przystępujący wskazał, że z jego wyjaśnień wynika aktualizacja cen wskazanych w umowach ramowych (przykładowo – załącznik nr 10 i 11 – szczegółowe zestawienie kosztów - gdzie wskazana jest zmiana cen w stosunku do pierwotnych). Aktualizacja kosztów/cenników następuje w drodze negocjacji dostawca/wykonawca co jest standardowym procesem. Dla przykładu, fakt, że umowa jest z 2016 r. nie oznacza, że stosowane są stawki z tamtego okresu.

Ad Koszty zakupu urządzeń ISP-CE dla lokalizacji zgodnych z załącznikiem nr 3 do OPZ „wykaz lokalizacji punkt-punkt”, zgodnie z OPZ pkt 4 ppkt a „Wymagania dla Usługi transmisji danych typu Punkt-Punkt (P2P)”

Koszty te zostały ujęte w wyjaśnieniach ceny z 22 listopada 2022 r. i załącznik 2, załączniki nr 10, 11 (poz. 1) i 12 (poz. 6), również załączniki 8, 9, 11 i 12.

Ad Budowa punktów styku w serwerowniach

W odniesieniu do argumentu Odwołującego, jakoby całość kosztów związanych z budową infrastruktury IP VPN PLK, LCS, P2P oraz budową punktów styku w serwerowniach Zamawiającego, Netia określiła na kwotę 2,4 mln PLN Przystępujący wskazał, że jest to twierdzenie bezpodstawne, a wskazana kwota nie znajduje pokrycia w wyjaśnieniach ceny złożonych przez niego. Przystępujący nie będzie ponosił kosztów budowy punktu styku, ze względu na to, że są one wybudowane.

Ad Koszty bieżącego utrzymania i serwisowania sieci szkieletowej transmisji danych MPLS oraz sieci mobile w tym routerów PE i CPE

Wskazane koszty zostały ujęte w załączniku nr 2 (pkt 13 i 14) do wyjaśnień ceny oraz w załączniku nr 7.

Ad Koszty utrzymania sieci agregacyjnej i dostępowej

Wskazane koszty zostały ujęte w załączniku nr 2 (pkt 13 i 14) do wyjaśnień ceny.

Ad Koszty energii elektrycznej wykorzystywanej do świadczenia usług

Koszty te ujęte są w załączniku nr 2 (pkt 13 i 14) do wyjaśnień ceny

Ad Koszty utrzymania sieci mobilnej, eksploatacji urządzeń stacji bazowych oraz infrastruktury

Wskazane koszty zostały ujęte w załączniku nr 2 (pkt 3) do wyjaśnień ceny oraz załączniku nr 7 do wyjaśnień.

Ad Koszty związane z utrzymaniem/ awariami, uszkodzenia elementów sieciowych np. związanych z przeciążeniem kradzieżami, awarią prądu

Wskazane koszty zostały ujęte w załączniku nr 2 (pkt 13 i 14) do wyjaśnień ceny.

Ad Koszty wykonania projektu technicznego sieci WAN dla uruchamianych Usług transmisji danych oraz projektów wykonawczych instalacji

Wskazane koszty zostały ujęte w załączniku nr 2 do wyjaśnień ceny oraz załącznikach nr 3, 4, 5, 13.

Ad Koszty wykonania projektów wykonawczych infrastruktury transmisyjnej (radiowej lub kablowej) każdego z obiektów wskazanych do realizacji

Wskazane koszty zostały ujęte w załączniku nr 2 do wyjaśnień ceny oraz załącznikach nr 3, 4, 5, 6, 13.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz poniżej omówione dowody, złożone przez Odwołującego na posiedzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska

zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

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

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał w szczególności, że złożył ofertę w postępowaniu i posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a jednocześnie może ponieść szkodę na skutek czynności dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta wykonawcy Netia wybrana jako najkorzystniejsza zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wybór jako najkorzystniejszej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia uniemożliwia uzyskanie zamówienia przez Odwołującego. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu i w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

Przedmiotem zamówienia jest usługa transmisji danych w sieci WAN na potrzeby PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w latach 2023 – 2027. Zgodnie z pkt 1 załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia

W postępowaniu zostały złożone oferty przez wykonawców:

- 1)Orange Polska S.A.,
- 2)Netia S.A.,
- 3)T-Mobile Polska S.A.

Pismami z 15 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień ceny złożonych przez nich ofert z uwagi na to, iż zaoferowana przez nich cena jest niższa o więcej niż 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, wskazując, iż wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami. W piśmie zostało podane:

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2022 r poz. 1710), Zamawiający wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia. Wyjaśnienie winno wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytyym wykonaniem przedmiotu zamówienia, a także wskazać konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz z opisem tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienie powinno uwzględniać m.in.: informację o modelu planowanych do instalacji urządzeń ISP-CE w poszczególnych usługach oraz ewentualnej marży Wykonawcy.

Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty oraz mieć charakteru ogólnego, np. ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny na niskim poziomie. Konieczne jest ponadto wyjaśnienie, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Wyjaśnienia wykonawca powinien również poprzeć dowodami. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, jakimi może posłużyć się wykonawca. Wykonawca może więc powołać każdy dowód, który w jego ocenie stanowi poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. W przypadku gdy w celu realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zamierza dokonać zakupów u podmiotów trzecich bądź zaangażować podwykonawców, powinien przedstawić wraz z wyjaśnieniami otrzymane od nich oferty, wyceny, rabaty handlowe, zawarte umowy, faktury potwierdzające nabycie materiałów po określonych cenach bądź innego rodzaju dowody pochodzące od tych podmiotów, potwierdzające korzystne warunki współpracy wpływające na niską cenę. Samo zestawienie kalkulacji kosztów i określenie marży może nie wystarczyć, aby uzasadnić realność ceny. Wykonawca powinien dodatkowo wyjaśnić, jakie konkretnie okoliczności i w jaki sposób wpłynęły na obniżenie ceny. Zamawiający musi uzyskać potwierdzenie, że kwoty przedstawione w szczegółowej kalkulacji kosztów mają swoje rynkowe uzasadnienie. W każdym przypadku konieczne jest podanie konkretnego wyliczenia oszczędności, które wykonawca poczynił.

Nie złożenie wyjaśnień w wymaganym terminie skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 224 ust 6 ustawy

Pzp. Na mocy tej samej podstawy prawnej oferta zostanie odrzucona, jeżeli dokonana przez Zamawiającego ocena przedłożonych przez Państwa wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie z 22 listopada 2022 r. wykonawca Netia złożył wyjaśnienia ceny wraz z dowodami i wyliczeniami cen, zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa zasadniczą część tych informacji.

W piśmie z 29 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował, że na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. Akt XXIII Zs 24/23 dokonuje odtajnienia treści załączonych plików z tajemnicą przedsiębiorstwa odpowiednio:

- 1) w piśmie z dnia 22 listopada 2022 r. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” wyjaśnienia ceny ze strony 4. pisma, wyjaśnienia ceny ze strony 5. pisma punkt b). zdanie 2., określenie wysokości zysku ze strony 5. pisma w trzecim akapicie od dołu,
- 2) załącznik nr 1. do pisma z dnia 22 listopada 2022 r. – uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji,
- 3) załącznik nr 4. do pisma z dnia 22 listopada 2022 r. – umowa ramowa MWIII-A4CEBT z dnia 13.02.2016 r. na projektowanie i budowę przyłączy komunikacyjnych,
- 4) załącznik nr 6. do pisma z dnia 22 listopada 2022 r. – umowa ramowa nr 600-70-124-I z aneksem,
- 5) załącznik nr 10. do pisma z dnia 22 listopada 2022 r. – umowa ramowa nr ABIA-AX5BPX z cennikiem instalacji,
- 6) załącznika nr 13. do pisma z dnia 22 listopada 2022 r. – zaświadczenie Departamentu Zasobów Ludzkich.

Odwołujący mógł się zapoznać z treścią złożonych przez Przystępującego wyjaśnień jedynie w ujawnionym przez Zamawiającego zakresie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdził się bowiem zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. art. 224 ust. 6 Pzp postawiony w odwołaniu.

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

Stosownie do 224 ust. 6 Pzp 6. 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.

Na wstępie wskazania wymaga, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisany w dokumentach zamówienia. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów jego realizacji. Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę. Wynika to z art. 224 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.* W związku z tym, wyjaśnienia składane na takie wezwanie powinny uwzględniać oczekiwania zamawiającego w nim wskazane. Wyjaśnienia powinny być rzeczowe, spójne, w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. Izba bierze pod uwagę w szczególności treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty i treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi.

Przechodząc od tych rozważań na grunt analizowanej sprawy w pierwszej kolejności za uwaga wymaga, że Odwołujący wywodzi przede wszystkim, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę bowiem nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, tj. w szczególności kosztów zapewnienia infrastruktury gwarantującej zachowanie określonych parametrów oraz kosztów związanych z utrzymaniem sieci w okresie realizacji zamówienia. Zwraca przy tym uwagę, że Odwołujący nie postawił jednocześnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. nie podniósł, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, co wskazuje, że nie uznał, iż Przystępujący zamierza wykonać przedmiot zamówienia niezgodnie z dokumentami zamówienia. Nadto argumentacja Odwołującego skupiona jest na ewentualnych brakach w wyjaśnieniach ceny oferty Przystępującego dotyczących

elementów, co do których Zamawiający nie zgłosił swoich wątpliwości i nie wymagał szczegółowego, odrębnego wyjaśnienia, a nie zostało wykazane przez Odwołującego, że wskazywane przez niego ewentualne braki dotyczą istotnych wartości w stosunku do ceny oferty.

W wezwaniu skierowanym do Przystępującego, takim samym z jakim wystąpił do Odwołującego i trzeciego z wykonawców, których oferty zostały złożone w postępowaniu, Zamawiający wymagał uwzględnienia wszystkich elementów związanych z należyтым wykonaniem przedmiotu zamówienia, co jak słusznie zauważył Zamawiający, nie oznaczało, że został przez niego sformułowany zamknięty, szczegółowy katalog elementów cenowych jakie podlegały odrębnej wycenie w ramach wyjaśnień, że oczekiwał odrębnego przedstawienia wyceny każdego, nawet najdrobniejszego elementu przedmiotu zamówienia.

Zauważenia wymaga, że nie ma uniwersalnego wzorca sporządzania wyjaśnień ceny. Wybór sposobu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy zamawiający go nie narzuca, jak też nie wskazuje swoich konkretnych wątpliwości i nie określa stopnia szczegółowości informacji, należy do wykonawców wezwanych do wyjaśnień.

Wbrew temu co wynika ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, nie jest tak, że wykonawca składający wyjaśnienia ceny w każdym postępowaniu, bez względu na jego przedmiot i okoliczności danej sprawy, jest zmuszony przedstawić szczegółowe, odrębne wyliczenia co do absolutnie każdego elementu tego przedmiotu, nawet takiego elementu, którego wartość z reguły jest uwzględniana w innych pozycjach. Zwraca przy tym uwagę, że jak stwierdził Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, Odwołujący zaoferował realizację zamówienia na bardzo zbliżonym poziomie cenowym do ceny oferty Przystępującego, a w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień ceny złożył wyjaśnienia, które nie zawierają odrębnej wyceny wszystkich elementów cenowych, stanowiących podstawę zarzutów i twierdzeń odwołania. Potwierdza to, iż Odwołujący w odniesieniu do swoich wyjaśnień złożonych w przedmiotowym postępowaniu, inaczej niż w przypadku wyjaśnień Przystępującego, nie uznawał, iż powinny zawierać wycenę absolutnie wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego wraz z dowodami przedstawiają sposób kalkulacji jego oferty. Wykonawca ten przedłożył wyliczenia cen podał sposób ich wyliczenia, przewidując także określone wielkości cen innych kosztów i ryzyk, a także zysk. Ich analiza pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający zasadnie przyjął, iż przyjęte przez tego wykonawcę założenia są wiarygodne, a wartości uwzględnione w kalkulacji ceny są realne i pozwalają na należyte wykonanie zamówienia bez ponoszenia na nim straty. W związku z tym słusznie uznał, że nie wystąpiła podstawa do odrzucenia oferty tego wykonawcy na wskazanej przez Odwołującego podstawie.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób przekonujący przedstawił swoje uzasadnienie dla przeprowadzonej oceny wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego, z którego wynika, że w sposób kompleksowy, uwzględniający specyfikę zamówienia i danego rynku oraz okoliczności danej sprawy, dokonał tej oceny, wyprowadzając właściwe wnioski. Jak wynika z powyżej przedstawionych ustaleń, Odwołujący natomiast nie przedstawił uzasadnienia zarzutów odwołania w sposób pozwalający na uznanie ich zasadności. Przede wszystkim ze zrozumiałych względów nie odnosi się on do rzeczywistej, pełnej treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Stwierdza, iż jego zdaniem są w nich braki, wskazujące na istnienie w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny, podczas gdy analiza pełnej treści wyjaśnień wraz z załączonymi do nich dowodami prowadzi do wniosku, że nie zawierają one braków, które wskazywałyby na istnienie w tej ofercie takiej ceny.

Także dowody złożone przez Odwołującego na posiedzeniu, nie potwierdzają, że Przystępujący złożył wyjaśnienia, które wskazują, że cena jego oferty jest rażąco niska.

W tym zakresie w szczególności wskazania wymaga, iż odwód nr 1, to niepodpisane zestawienie opłat za dzierżawę gruntów pod utrzymanie infrastruktury światłowodowej, które nie zostało przekazane przez Odwołującego Przystępującemu, z uwagi na to, że zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa bowiem – jak wyjaśnił Odwołujący - dotyczy ponoszonych przez Odwołującego kosztów. Nie wynika z niego jednak, że na takim samym poziomie muszą się kształtować koszty ponoszone przez Przystępującego, jak też, że nie zostały one uwzględnione w cenie oferty tego wykonawcy i w przedstawionych w wyjaśnieniach zestawieniach. Jak natomiast stwierdził Przystępujący są to niewielkiej wartości koszty, z reguły uwzględniane w innych pozycjach, nadto, jak podniósł w ww. piśmie, zostały one przez niego uwzględnione we wskazanych załącznikach do wyjaśnień.

W ocenie Izby, skoro Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie żądał przedstawienia wyodrębnionych kosztów przyjętych do kalkulacji oferty z ww. tytułu, to Przystępujący nie był zobowiązany do przedstawienia ich zastawienia, według modelu przyjętego przez Odwołującego. Trudno zatem uznać ww. zestawienie przedłożone przez Odwołującego jako dowód potwierdzający jego twierdzenia o brakach wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego, tym bardziej

brakach o istotnym charakterze.

Także dowody nr 1a, 1b, 1 c dotyczące w szczególności cenników, w tym dotyczących uzgodnień, nie potwierdzają istnienia braków wyjaśnień Przystępującego, skoro opłaty z tego tytułu w świetle wezwania do wyjaśnień nie musiały zostać odrębnie przedstawione w wyjaśnieniach, a zatem mogły zostać uwzględnione w innych pozycjach. Zawraca przy tym uwagę, że dowód nr 1b dotyczy cennika opłat za uzgodnienia branżowe TK Telekom sp. z o.o., a więc opłat pobieranych przez podmiot, który, według treści złożonego zobowiązania, będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy Przystępującego, nadto jest spółką zależną od Netia S.A. Podobnie w ramach dowodu nr 1c dotyczącego – jak wynika z opisu Odwołującego - uzgodnień przy pracach wykonywanych w obszarach kolejowych, występuje wskazanie na konieczność uzgodnienia m.in. z TK Telekom sp. z o.o. Trudno zatem uznać, że stosowne koszty nie zostały uwzględnione przez Przystępującego przy sporządzaniu oferty.

Dowód nr 2 dotyczący zestawienia zasięgów sieci optycznej Netii na podstawie wyszukiwarki Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE), także nie wskazuje na to, iż wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego nie obalają domniemania rażąco niskie ceny jego oferty. Jak bowiem wskazał na rozprawie Zamawiający jest on niewiarygodny, ponieważ analiza zawartości ww. wyszukiwarki UKE, na którą wskazuje odwołujący, która została przez niego przeprowadzona w trakcie rozprawy wskazuje, iż jeśli chodzi o pozycję 1 dotyczącą lokalizacji jego siedziby, to wyszukiwarka nie wskazuje Odwołującego jako podmiotu, który posiada sieć światłowodową w tej lokalizacji, a z uwagi na to, że Odwołujący aktualnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego, Zamawiający ma wiedzę, że podmiot ten posiada taką sieć w tej lokalizacji. Odwołujący nie zaprzeczył ww. twierdzeniom. Nadto nie ma w nim informacji dotyczących TK Telecom sp. z o.o. – spółki zależnej od Netia S.A., na zasobach której polega.

Istnienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny nie potwierdza także dowód nr 3 zawierający - jak wskazał Odwołujący - przykładowy kosztorys wykonawczy kosztów inwestycji poniesionych przez OPL na terenach kolejowych, który również został zastrzeżony przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak słusznie zauważył Zamawiający dowód ten przedstawia tabelę bez podpisu, z której nie jest wiadomo, czy chodzi o rzeczywisty czy szacowany koszt realizacji danej inwestycji, jak też w jakiej dacie. Ponadto nie jest wiadomo jak przedstawione w nim koszty miałyby znaleźć przełożenie na 1800 lokalizacji w obecnym postępowaniu, których odrębnej wyceny Zamawiający nie wymagał w wezwaniu do wyjaśnień.

Także dowód nr 4 w postaci zawiadomienia Zamawiającego z 13 września 2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przez niego prowadzonym, w którym oferty zostały złożone przez Orange Polska S.A. i TK Telekom sp. z o.o. nie potwierdza, że cena oferty Przystępującego w obecnym postępowaniu jest rażąco niska. Z dowodu tego bowiem wynika jedynie, ile punktów uzyskały oferty w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Nie jest natomiast wiadomo, jak w ówczesnym postępowaniu zostały opisane i oceniane te kryteria. Dowód ten zatem nic nie wnosi do analizowanej sprawy.

Za nieprzydatne dla rozpoznania sprawy należy także uznać komunikaty w sprawie średniorocznego wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w latach 2018 – 2022 przedstawione w dowodach nr 5, 5a, 5b, 5c, 5d. Tym bardziej, że Odwołujący nie wskazał w jaki sposób jego zdaniem ich treść miałyby wskazywać na wadliwość wyjaśnień ceny Przystępującego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenie przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

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

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: