



**WYROK**  
**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 8 kwietnia 2024 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych  
w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Andrzej Sobieszczęński

Sędziowie: Monika Skalska  
Andrzej Kubica

Protokolant: sekr. sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 8 kwietnia 2024 r. w Warszawie  
na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy (...) w W.

przeciwko wykonawcy (...) w W. z udziałem zamawiającego (...) spółki akcyjnej w W.

o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 30 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3415/23

- I. oddala skargę,
- II. zasądza od skarżącego (...) w W. na rzecz przeciwnika skargi (...) w W. oraz zamawiającego (...) spółki akcyjnej w W. kwoty po 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego od dnia uprawomocnienia się orzeczenia w przedmiocie kosztów do dnia zapłaty.

*Monika Skalska*

*Andrzej Sobieszczęński*

*Andrzej Kubica*

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 30 listopada 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawcę (...) S.A. w W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego (...) S.A. w W. przy udziale wykonawcy (...) sp. z o.o. w W.

w pkt 1 oddaliła odwołanie;

w pkt 2 kosztami postępowania obciążyła odwołującego i zaliczyła w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 15 000 zł tytułem wpisu oraz 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu Izba wyjaśniła, że (...) S.A. w W. prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem na: „Wdrożenie i świadczenie usług wirtualnego operatora sieci komórkowej ((...)) w (...) S.A. w zakresie telemetrii ((...))”. Warunki, zasady prowadzenia Postępowania oraz przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia.

W dniu 13 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w W. wpłynęło odwołanie wykonawcy (...) S.A. w W. ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu, które Zamawiający udostępnił wykonawcom 14 listopada 2023 r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego zarzucając mu naruszenie Pzp poprzez:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty (...), który w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust 1 Pzp, nie udzielił wyjaśnień i / lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, z uwagi na fakt, że w wezwaniu Zamawiający żądał mJn., aby: wyjaśnienia i dowody Wykonawcy odnosiły się szczegółowo do następujących pozycji w Arkuszu cenowym Wykonawcy (Załącznik nr 4 do SWZ):

- cena zakupu kart USIM (w zakresie zamówienia podstawowego), Ip. 2 arkusza cenowego,
- cena zakupu dodatkowych kart USIM (w zakresie zamówienia opcjonalnego), Ip. 5 arkusza cenowego,
- roboczodzień pracy konsultanta (w zakresie zamówienia opcjonalnego), Ip. 6 arkusza cenowego,

w tym poprzez wykazanie, że ceny zaoferowane w tych pozycjach są cenami realnymi, rynkowymi, wiarygodnymi i adekwatnymi do zakresu kosztów i prac, a w przypadku ceny

roboczo dnia pracy konsultanta również, że zaoferowana cena jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, podczas gdy (...), w opisanym wyżej zakresie, nie udzielił wyjaśnień i / lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co stanowi naruszenie art. 224 ust. 6 Pzp;

2. Zaniechanie odrzucenia oferty (...) jako oferty: której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako uznk), niezgodnej z warunkami zamówienia, oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, ze względu na to, że (...) w ofercie przerzucił koszty kart USIM objętych prawem opcji do kosztów i wyceny zamówienia podstawowego, niezależnie od tego, czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5), 7) i 10) Pzp;
3. Zaniechanie odrzucenia oferty (...) jako niezgodnej z przepisami ustawy z uwagi na złożenie przez (...) oferty, w której wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny jest 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, ponieważ (...) zaoferował cenę za roboczo dzień pracy konsultanta obejmujący 8 godzin (zgodnie z definicją zawartą w opisie przedmiotu zamówienia) w wysokości 100 zł netto, podczas gdy uwzględnienie minimalnej stawki godzinowej lub minimalnego wynagrodzenia za pracę skutkuje powstaniem kosztu pracy przewyższającego 100 zł netto, co stanowi naruszenie art. 224 ust. 3 pkt 4) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp i jest niezgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W związku z zarzutami odwołania Wykonawca wnosił o nakazanie Zamawiającemu: Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; Odrzucenia oferty złożonej przez (...) z przyczyn opisanych wyżej w zarzutach; Dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odrzuconej.

Zamawiający pismem z dnia 22 listopada 2023 r. uwzględnił odwołanie w całości.

Przystępujący pismem z dnia 27 listopada 2023 r. w trybie art. 523 Pzp wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów wnosząc o ich oddalenie.

W oparciu o SWZ Izba ustaliła następujące bezsporne okoliczności:

Przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest: Wdrożenie i świadczenie usług wirtualnego operatora sieci komórkowej ((...)) w (...) SA. w zakresie telemetrii przedsiębiorstwa

Zamawiającego; Zamawiający oczekuje w ramach zamówienia podstawowego:

1. Karty USIM	Karty na potrzeby realizacji usług dostarczanych w ramach Umowy.	500 000 sztuk
2. Łącza Telekomunikacyjne	Łącza na potrzeby realizacji usługi Pakietowej Transmisji Danych po Prywatnym APN	2
3. Prywatny APN	Bramka sieciowa GSM na potrzebę realizacji usługi Pakietowej Transmisji Danych.	2
4. Wsparcie Techniczne	Wsparcie techniczne dla rozwiązania dostarczanego w ramach Umowy	8 lat
5. Warsztaty Techniczne	Zakres i liczba warsztatów	5

Zaś w ramach opcji: 1 Karty USIM (Karty na potrzeby realizacji usług dostarczanych w ramach Umowy) w liczbie do 750 000 sztuk i

6. Dni pracy konsultantów	Dodatkowe Warsztaty Techniczne, dodanie/modyfikacja Usługi Prywatny APN, dodatkowe prace	100 DPK
---------------------------	--	---------

Przedmiot zamówienia obejmuje w ramach zamówienia podstawowego:

- a) Wdrożenie Platformy (...) na rzecz Zamawiającego opartej o kompleksowe świadczenie Usług, w szczególności: usługi Pakietowej Transmisji Danych dla urządzeń w technologii minimum 2G/LTE zgodnie ze standardami 3GPP dla sieci mobilnych, usługi Łączy Telekomunikacyjnych wraz z niezbędnymi elementami aktywnymi sieci, usługi Prywatnego APN, wdrożenie Portalu Użytkownika umożliwiającego zarządzanie pojedynczą lub grupą subskrypcji sieciowych w Sieci Wykonawcy, przeprowadzenia w trakcie Wdrożenia Warsztatów Technicznych obejmujących ustalanie techniczne i operacyjne oraz przeprowadzenie testów ustalonego procesu migracji subskrypcji sieciowych pomiędzy Siecią Wykonawcy i Siecią Zamawiającego, wdrożenie obsługi Kart USIM z uwzględnieniem profilu fizycznego, elektrycznego, graficznego, IMSI Zamawiającego oraz zestawu kluczy wygenerowanych w oparciu o algorytm szyfrowania dedykowany dla Kart USIM dostarczanych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego,
- b) Dostawę Kart USIM na zasadach określonych w Umowie, zgodnych z profilem fizycznym, elektrycznymi i graficznym oraz ustalonym algorytmem szyfrowania, c) Realizację usługi migracji subskrypcji sieciowych powiązanych z dostarczonymi Kartami USIM pomiędzy Siecią Wykonawcy a Siecią Zamawiającego bez potrzeby fizycznej wymiany Kart USIM, w ustalonych transzach z możliwością powrotu subskrypcji do Sieci Wykonawcy,

c) Świadczenia usługi Wsparcia Technicznego,

Przedmiot zamówienia w ramach Prawa Opcji obejmuje:

- a) Zakup dodatkowych Kart USIM w liczbie maksymalnie 750 000 - z którego Zamawiający będzie mógł skorzystać w okresie od dnia zawarcia Umowy do 100 miesiąca od dnia zawarcia Umowy, na podstawie jednego lub kilku zamówień;
- b) Zakup maksymalnie 100 dni pracy konsultantów, które mogą być przeznaczone na:  
Zamówienia dodatkowych Warsztatów Technicznych - w cenie określonej w ofercie dni pracy konsultantów za jeden Warsztat Techniczny, Zamówienia dodatkowych usług Prywatnego APN - w cenie określonej w ofercie liczby dni pracy konsultantów za jeden Prywatny APN, modyfikacji usług Prywatnego APN zakupionych w ramach podstawowego przedmiotu zamówienia - w cenie określonej w ofercie liczby dni pracy konsultantów za modyfikację jednego Prywatnego APN z którego Zamawiający będzie mógł skorzystać od dnia zawarcia Umowy do 104 miesiąca od dnia zawarcia Umowy, na podstawie jednego lub kilku zamówień.

pozostałych obowiązków określonych w Umowie oraz Umowach Towarzyszących. Przy czym skorzystanie z Prawa Opcji zależy od decyzji Zamawiającego.

Punkt 4.9.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ) wskazuje, że „Dostarczone przez Wykonawcę rozwiązanie musi zapewnić pojemność jak i wydajność wymagane do prawidłowej, jednoczesnej obsługi przynajmniej 1,25 milionów subskrypcji Zamawiającego korzystających z Usługi Telekomunikacyjnej w ruchomej sieci telekomunikacyjnej.”, a więc dla zapewnienia możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych dla 1,25 mln Kart USIM;

Zamawiający oczekuje wdrożenia systemu oraz dostarczenia kart USIM w transzach nie mniejszych ani nie większych od opisane SWZ przez cały okres trwania umowy w ramach zamówienia podstawowego w łącznej liczbie 500 000 kart i w ramach opcji do 750 000 kart USIM; dostarczenie transzy odbyć musi się w terminie przewidzianym umową, co do zasady licząc od dnia zgłoszenia zapotrzebowania przez Zamawiającego;

W zakresie kalkulacji ceny Zamawiający wymaga w pkt. 21 SWZ, że: „Cena Oferty musi być podana w polskich złotych. Całość rozliczeń między Zamawiającym, a Wykonawcą będzie prowadzona w złotych polskich. Cena Oferty uwzględnia wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszystkie koszty związane z realizacją Zamówienia, transport, ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Podana cena nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) Zamówienia, z zastrzeżeniem warunków wynikających z Umowy w sprawie Zamówienia. Wykonawca określi cenę realizacji Przedmiotu Zamówienia poprzez wskazanie ceny netto oraz ceny brutto Zamówienia podstawowego oraz za realizację prawa opcji zgodnie z Formularzem Oferty. Do Oferty należy dołączyć Formularz cenowy, którego wzór stanowi

Załącznik nr 4 do SWZ. Do porównania Ofert będą brane pod uwagę ceny całkowita brutto zgodnie ze sposobem oceny ofert określonym w Załączniku nr 5 do SWZ”.

SWZ nie wprowadza ograniczeń w zakresie możliwości alokacji części kosztów rezerwacji całości kart USIM w kosztach wdrożenia - części zamówienia podstawowego, tj. pomiędzy pozycjami formularza ofertowego.

W zakresie usługi konsultacji w ramach opcji przewidującej do 100 roboczodni SWZ wprowadza definicję, że DPK (Dzień Pracy Konsultanta) to 8 godzinny dzień pracy konsultanta; SWZ nie przewiduje zapewnienia obowiązku zapewnienia gotowości konsultanta ani nie określa w jakim wymiarze czasu pracy realizować ma usługi na rzecz Zamawiającego;

Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: Czas wdrożenia/ Waga: 10 i Cena brutto za realizację Zamówienia/ Waga: 90; przy czym cena brutto obejmowała sumę: ceny wdrożenia Przedmiotu Umowy, ceny zakupu pół miliona kart USIM, szacowany koszt utrzymania platformy (...) w okresie 8 lat świadczenie usług transmisji danych wraz usługą retencji danych i obsługa podmiotów uprawnionych, usługi APN i dwóch łącz transmisji danych w rozbiu na poniższe progi (z przyjęciem szacowanej przez Zamawiającego liczby kart UDSIM w danym roku realizacji) do 100 000 aktywnych kart USIM z miesięczną opłatą stałą i powyżej 100 000 aktywnych kart USIM z miesięczną opłatą stałą plus opłata za każdą dodatkową aktywną kartę USIM powyżej limitu 100 000 SIM w danym miesiącu plus cena opcji przy założeniu że zostanie zrealizowana w całości na co składa się: cena 750 000 kart USIM i dni pracy konsultanta.

W SWZ i formularzu cenowym przewidziano obowiązek wskazania ceny zamówienia brutto zamówienia oraz składających się nań cen cząstkowych: 1. Cena wdrożenia (Kw) 1 sztuka, 2. Cena zakupu kart USIM (Kz) 500 000 sztuk, 3. Miesięczna opłata stała za utrzymanie platformy (...) - do 100 000 aktywnych kart USIM - w opłacie muszą być uwzględnione koszty świadczenia usług transmisji danych wraz usługą retencji danych i obsługa podmiotów uprawnionych, usługi APN i dwóch łącz transmisji danych) 1 sztuka, 4. Miesięczna opłata za utrzymanie każdej dodatkowej karty USIM powyżej limitu 100 000 aktywnych kart USIM (w opłacie muszą być uwzględnione jednostkowe koszty świadczenia usług transmisji danych wraz usługą retencji danych i obsługa podmiotów uprawnionych) 1 sztuka, 5. Opcja - cena zakupu dodatkowych kart USIM 750 000 sztuk, 6. Opcja - roboczodzień pracy konsultanta 100 sztuk, a także Szacowany koszt utrzymania platformy (...) w okresie 8 lat, Cenę brutto zamówienia podstawowego, Cenę brutto prawo opcji oraz łącznie Cenę brutto oferty

Izba w oparciu o oferty ustaliła następujące bezsporne okoliczności.

W Postępowaniu złożone zostały oferty dwóch wykonawców: Odwołującego i Przystępującego

Przystępujący w ofercie zaoferował cenę za realizację zamówienia podstawowego w kwocie 10 310 247,50 zł i cenę za prawo opcji w kwocie 104 550,00 zł tj. maksymalne łączne

wynagrodzenie za realizację pełnego zakresu zamówienia: 10 414 797,50 zł a także wdrożenie Platformy (...) w terminie 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Odwołujący w ofercie zaoferował cenę za realizację zamówienia podstawowego w kwocie 11 634 838,44 zł i cenę za prawo opcji w kwocie 6 045 450,00 zł, tj. maksymalne łączne wynagrodzenie za realizację pełnego zakresu zamówienia: 17 680 288,44 zł a także wdrożenie Platformy (...) w terminie 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

W formularzu cenowym Przystępujący wskazał cenę wdrożenia na kwotę 6 882 500 zł, cena zakupu kart w ramach zamówienia podstawowego 0,10 zł, Miesięczną opłatą za utrzymanie każdej dodatkowej karty USIM powyżej 0,08 zł, miesięczna opłata stała za utrzymanie platformy 8 000 zł oraz w ramach opcji cenę zakupu kart w ramach opcji 0,10 zł i cenę roboczodnia pracy konsultanta 100 zł. Przystępujący przewidział Szacowany koszt utrzymania platformy (...) w okresie 8 lat 1 783 272,50 zł

W formularzu cenowym Odwołujący wskazał cenę wdrożenia na kwotę 4 350 000,00 zł, cena zakupu kart w ramach zamówienia podstawowego 6,01 zł, Miesięczną opłatą za utrzymanie każdej dodatkowej karty USIM powyżej 0,23 zł, miesięczna opłata stała za utrzymanie platformy 1 500 zł oraz w ramach opcji cenę zakupu kart w ramach opcji 6,50 zł i cenę roboczodnia pracy konsultanta 400 zł, Odwołujący przewidział Szacowany koszt utrzymania platformy (...) w okresie 8 lat 2 588 188,44 zł.

Dalej w oparciu o dokumenty postępowania Izba ustaliła bezsporne okoliczności, że.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie: zamówienie podstawowe: 17 121 880,00 zł netto tj. 21 059 912,40 zł brutto i Zamówienie w ramach prawa opcji: 2 282 500,00 zł netto tj. 2 807 475,00, zł brutto tj Kwota łączna: 19 404 380,00 zł netto tj. 23 867 387,40 zł brutto

Cena ofertowa Przystępującego jest o 56,36% niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (23 867 387,40 zł brutto).

Zamawiający pismem z 3 października 2023 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 1 Ustawy w celu ustalenia, czy zaoferowana cena ofertowa, lub jej istotne części składowe, nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz czy oferta Wykonawcy zapewnia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty Wykonawcy lub ich istotnych części składowych. Jako uzasadnienie wskazał na 56/36 % różnicę pomiędzy ceną ofertową a kwotą jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz wątpliwości co do konkretnych pozycji cenowych, które składają się na cenę całkowitą oferty Wykonawcy wskazując w pkt 3 wezwania, że „wyjaśnienia i dowody Wykonawcy powinny odnosić się szczegółowo do następujących pozycji w Arkuszu cenowym Wykonawcy (Załącznik nr 4 do SWZ):

Pozycja 2 - cena zakupu kart USIM (w zakresie zamówienia podstawowego),

Pozycja 5 - cena zakupu dodatkowych kart USIM (w zakresie zamówienia opcjonalnego),

Pozycja 6 - roboczodzień pracy konsultanta (w zakresie zamówienia opcjonalnego), w tym poprzez wykazanie, że ceny zaoferowane w tych pozycjach są cenami realnymi, rynkowymi, wiarygodnymi i adekwatnymi do zakresu kosztów i prac, a w przypadku pozycji w pkt 3) również, że zaoferowana cena jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.” Zamawiający wskazał przykładowe okoliczności, których mogą dotyczyć wyjaśnienia.

Przystępujący udzielił wyjaśnień w terminie załączając doń dowody oraz zastrzegając we części ich tajemnicę. Przystępujący wskazał, że „Zaoferowana przez nas cena ma charakter rynkowy, uwzględnia specyfikę rynku telefonii komórkowej. „, wskazywał na specyfikę rynku telefonii komórkowej wskazując na istnienie i oferowanie w obrocie cen jednostkowych 1 zł czy 1 grosz. Np. za realizację usługi utrzymania łączności i transmisji danych. Wskazywał na znikomość udziału i znaczenia pozycji kwestionowanych cen dla łącznej oferty, przytaczał niskie stawki oferowane i wiążące na analogiczne usługi z innych postępowań, wskazywał na okoliczności charakterystyczne dla niego w postaci istnienia infrastruktury i braku potrzeby uwzględniania kosztów jej zapewnienia. W części objętej tajemnicą opisywał czynniki wpływające na koszty realizacji zamówienia i jego wycenę. Odniósł się do pozycji kosztorysu ofertowego wyszczególnionych w wezwaniu.

W związku z otrzymanymi wyjaśnieniami z dowodami Zamawiający uznał, że nie ma do czynienia z rażąco niską ceną ani jej istotną częścią składową, ocenił oferty i wybrał ofertę (...) jako najkorzystniejszą.

Izba stwierdza tutaj, że treść wezwania nie wskazywała na obowiązek wskazania w wyjaśnieniach kosztu nabycia karty USIM, nie nakładał takiego obowiązku na wykonawcę również żaden zapis SWZ lub Ustawy. Wyjaśnienia odnosiły się do pełnego zakresu i zagadnień wskazanych w wezwaniu i nie budziły wątpliwości Zamawiającego co do realności i prawidłowości określenia ceny ofertowej w kontekście przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła również dając wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, znajdującym oparcie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, że:

1. część procesów - usług objętych zamówieniem - realizowana jest automatycznie, dany konsultant wykonuje danego rodzaju czynności w ramach określonego procesu dla kilku klientów w ramach tego samego dnia pracy oraz, że często dana usługa realizowana w ramach danego kontraktu wykonywana jest w części automatycznie i w częściach przez



różnych konsultantów, które to okoliczności brał pod uwagę Przystępujący wyceniając dzień pracy konsultanta na potrzeby Postępowania.

2. uzasadnionym w świetle okoliczności faktycznych i relewantnego rynku jest uprzednie zapewnienie dostępności kart USIM w pełnym wolumenie na potrzeby Zamówienia na cały czas trwania kontraktu celem zniwelowania opisanych przez Przystępującego ryzyk.

Izba stwierdziła, co następuje:

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 wzw. z art. 239 ust 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dalej Izba stwierdziła, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia, co nie zostało wykazane w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie z 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. Izba wskazuje, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że dyspozycja przepisu art. 224 ust. 1 Pzp kierowana jest do zamawiającego, zatem żądanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny aktualizuje się w przypadku; gdy cena oferty lub istotne ceny jednostkowe wydają się rażąco niskie i to zamawiający powoźmie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zaś choć pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie ma definicji legalnej to jednak jego rozumienie zostało dobrze ugruntowane w orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z poglądami wyrażanymi przez organy orzekające cena rażąco niska jest ceną nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, prowadzącą do wykonania zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Rażąco zaniżona cena oferty to cena generalnie niewystępująca na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz uczciwe konkurowanie podmiotów gospodarczych (wyrok Sądu Okręgowego

w Katowicach w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie w sprawie sygn. akt XII Ga 88/09, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt XXIII Zs 155/21). W przedmiotowej sprawie Wykonawca nie wykazał, że istniała podstawa powzięcia wątpliwości uzasadniających żądanie ich wyjaśnienia ani, że kwestionowana cena kosztorysu ofertowego ma charakter istotnej z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i wydaje się nierealistyczna i nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Odwołanie w ogóle nie odnosiło się do kwestii niemożności realizacji zamówienia za cenę ofertową i nie wykazało tej okoliczności analogicznie w odniesieniu do istotnych elementów tej ceny.

Naruszenie art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp wymaga uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, co nie zostało wykazane ani nie było kwestionowane.

Izba stwierdziła, że przepis art. 226 ust. 6 Pzp dopuszczający możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny może mieć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w ogóle, a także jeżeli zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów uzna, że cena jest rażąco niska. W niniejszej sprawie Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające a jednocześnie Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia za prawidłowe założeń Odwołującego o obowiązku warunkującego ocenę prawidłowości wyjaśnień, wskazania przez Przystępującego w tych wyjaśnieniach kosztów nabycia kart USIM z dowodem ich wysokości ani skalkulowania dnia pracy konsultanta z założeniem poświęcania 8 godzin pracy na realizację kontraktu ani tym bardziej obciążania kosztem całych 8 godzin pracy konsultanta Zamawiającego skoro Przystępujący planuje, że w większości przypadków konsultanci w czasie dnia pracy wykonują w ramach danego rodzaju zadań usługi na rzecz różnych klientów i Odwołujący obciąża Zamawiającego tylko częścią kosztów zatrudnienia danego konsultanta adekwatną do zaangażowania w wykonanie zamówienia.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 7, 10 Pzp wymaga ustalenia że oferta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu czego nie wykazano. W szczególności Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia za nieuprawnione działanie w świetle SWZ i przepisów prawa alokację części kosztów rezerwacji kart USIM na początek zamówienia, skoro rezerwacja liczby kart objętych całym zamówieniem jest wymagana dla zapewnienia wykonania całości zamówienia już na początku z przyczyn zewnętrznych (dostawca) i minimalizacji ryzyk a dodatkowo koszt realizacji zamówienia podstawowego i opcji jest konkurencyjny w stosunku do innych ofert. Sposób przygotowania realizacji zamówienia i w konsekwencji związanej z nim kalkulacji ceny nie jest sprzeczny - nie wykazało tego odwołanie - z SWZ ani Ustawą. Odwołanie nie wykazało także pozostałych przesłanek warunkujących uznanie zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji, w tym w szczególności, by celem alokacji części

kosztów była eliminacja lub utrudnienie dostępu innym wykonawcom do rynku, ani wpływu alokacji na ograniczenie konkurencji a więc wynik Postępowania (zastosowanie kryteriów oceny ofert). W ocenie Izby działania (...) polegające na alokacji części kosztów rezerwacja kart były uwarunkowane rynkowo - dostępnością kart, przedmiotem zamówienia i sposobem jego realizacji. Odwołanie nie wykazało, jaki wpływ alokacja miała na rozstrzygnięcie Postępowania. Wobec braku podstaw do uznania, że Przystępujący dopuścił się sprzecznej z SWZ alokacji kosztów nie było podstaw do przyjęcia, że doszło do jakiegokolwiek błędu w obliczeniu ceny.

Naruszenie art. 224 ust. 3 pkt. 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp wymaga ustalenia, że oferta jest niezgodna z przepisami ustawy tutaj przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, czego nie wykazano. Izba stwierdziła w tym zakresie, że Przystępujący uprawniony był do skalkulowania stawki za roboczodzień z uwzględnieniem przewidywanego - i nie zakwestionowanego skutecznie odwołaniem - zaangażowania konsultanta w realizację procedur na rzecz Zamawiającego. Żaden przepis ani postanowienie SWZ nie nakładało na wykonawców obowiązku kalkulacji roboczodnia poprzez bezpośrednie odniesienie się do wynagrodzenia konsultanta za pełne 8 godzin pracy, a treść oferty i wyjaśnień (...) nie wskazują na wolę naruszenia przepisów w tym zakresie - zatrudniania za wynagrodzenie niższe od minimalnego. Także Odwołujący nie kwestionował ani wykazał by było inaczej, odnosząc się wyłącznie do samej treści wyjaśnień i ich zakresu. Skoro cena za roboczodzień wyliczona została przez Przystępującego w oparciu o założony czas zaangażowania personelu w realizację przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego, który jest niższy niż wymiar czasu pracy danego pracownika to brak podstaw do przyjęcia, że naruszone zostały przepisy dotyczące ustalenia minimalnego wynagrodzenia czego jedyną przesłanką jest proste przeliczenie ceny ofertowej za roboczodzień i 8 godzin pracy.

Izba zaznaczyła też dodatkowo, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie służą, co do zasady, określaniu przedmiotu i zakresu oferty i nie mogą danych tych zmieniać. W pewnych sytuacjach treść wyjaśnień może ujawniać rzeczywistą wolę wykonawcy i doprecyzowywać oferowany produkt a nawet świadczyć o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. W przedmiotowej sprawie treść wyjaśnień - kalkulacja kosztów w zestawieniu z będącą podstawą do jej sporządzenia ofertą - nie wskazują jednoznacznie na wolę zaoferowania produktu/ usługi niezgodnej z SWZ, a kwestionowane elementy oferty są nieistotne wobec ich nikłej wartości w stosunku do ceny ofertowej, co wyklucza odrzucenie oferty w oparciu o normę art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) Pzp.

Powyższe wyklucza postawienie Zamawiającemu skutecznie zarzutu zaniechania odrzucenie oferty w oparciu o, którakolwiek ze wskazanych odwołaniem podstaw.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 z uwzględnieniem art. 523 ust. 3 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust 2 pkt 3 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Skargę na powyższy wyrok wniósł wykonawca (...) S.A. w W. zaskarżając wyrok ten w całości.

Wyrokowi temu skarżący zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego oraz przepisów postępowania, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik sprawy, a to:

1. naruszenie art. 542 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasad wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z treścią materiału dowodowego oraz sprzecznych z zasadami logiki wnioskowania, w szczególności poprzez błędy w ustaleniach stanu faktycznego polegające na bezpodstawnym przyjęciu przez Izbę:
  - 1.1 że „5. SWZ nie wprowadza ograniczeń w zakresie możliwości alokacji części kosztów rezerwacji całości kart USIM w kosztach wdrożenia - części zamówienia podstawowego, tj. pomiędzy pozycjami formularza ofertowego" (pkt 5 str. 11 wyroku), podczas gdy:
    - specyfikacja warunków zamówienia (dalej „SWZ”) we wzorze Formularza cenowego (załącznik 4 do SWZ, dalej: „FC”) precyzyjnie wskazywała elementy podlegające wycenie w ramach jego poszczególnych pozycji i nie przewidywała możliwości jakiegokolwiek przenoszenia kosztów pomiędzy tymi pozycjami;

- Formularz cenowy przewidywał odrębną pozycję odnoszącą się do wyceny wdrożenia (poz. 1 FC), w ramach której wykonawca zobowiązany był wycenić świadczenia składające się na wdrożenie;
- Formularz cenowy przewidywał odrębne pozycje odnoszące się do ceny zakupu kart w ramach zamówienia podstawowego (pewnego) (poz. 2 FC) i w ramach zamówienia objętego opcją (niepewnego) (poz. 5 FC), w ramach których wykonawca zobowiązany był wycenić zakup kart USIM w zamówieniu podstawowym i w opcji;
- SWZ w ramach Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) (załącznik 1 do SWZ) i Projektowanych postanowień umowy (dalej: „PPU”) (załącznik 2 do SWZ) przewidywał klarowny podział na świadczenia stricte usługowe i świadczenia obejmujące dostawę (sprzedaż na rzecz Zamawiającego) kart USIM, realizowane w różnych terminach, odrębnie odbierane, za które Zamawiający płacił będzie odrębne wynagrodzenie, co do braku lub wadliwej realizacji których Zamawiający przewidział odrębne tytuły kar umownych;
- z pkt 8.4 PPU wynika, że Zamawiający jest zobowiązany zapłacić wynagrodzenie jedynie za : dostarczone Karty USIM, a więc kompletne karty mikroprocesorowe z wbudowanym w mikroprocesor karty oprogramowaniem i 24 miesięczną gwarancją wykonawcy na karty USIM;
- postanowienia 3.3. i 3.4. PPU wskazują na brak możliwości wnoszenia roszczeń do Zamawiającego, w szczególności roszczeń o zapłatę wynagrodzenia, w sytuacji nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, zaś przenoszenie kosztów pomiędzy narzuconymi przez Zamawiającego pozycjami FC (z opcji do zamówienia podstawowego) powoduje, że Zamawiający jest zmuszony do zapłaty wynagrodzenia za zakres zamówienia objęty prawem opcji nawet w sytuacji, gdy z opcji nie korzysta;

1.2 że wiarygodne są wyjaśnienia Przystępującego „znajdujące oparcie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny”, iż: „uzasadnionym w świetle okoliczności faktycznych i relewantnego rynku jest uprzednie zapewnienie dostępności kart USIM w pełnym wolumenie na potrzeby Zamówienia na cały czas trwania kontraktu celem zniwelowania opisanych przez Przystępującego ryzyk” (pkt 2 str. 15 wyroku), podczas gdy:

- kolejność świadczeń objętych przedmiotem zamówienia i ich zakres, jak również okoliczność, czy świadczenia te są obligatoryjne, czy też Zamawiający gwarantuje sobie jedynie możliwość ich zamówienia (opcja) określa (w sposób wiążący Zamawiającego i wykonawców) SWZ, przy czym żadne „okoliczności faktyczne i relewantny rynek” nie mogą uzasadniać skalkulowania ceny opcji, obejmującej 750 000 kart USIM w cenie za realizację zamówienia podstawowego (w poz. 1 FC), a więc w sposób ewidentnie sprzeczny z SWZ;

- SWZ zawierała ściśle określony zakres świadczeń składających się na wdrożenie (poz. 1 FC), w ramach którego Zamawiający nie wymieniał czynności opisywanych jako „zapewnienie dostępności kart USIM w pełnym wolumenie na cały czas trwania kontraktu”, a dodatkowo - Zamawiający wymagał odrębnej wyceny w ramach Formularza cenowego:
    - zakupu kart USIM w ramach zamówienia podstawowego (500 000 kart - zakres pewny) i
    - zakupu kart USIM w ramach opcji (do 750 000 kart-zakres niepewny),
 i za sprzedaż tych kart USIM Zamawiającemu (partiami) wykonawca zgodnie z PPU miał otrzymywać wynagrodzenie dopiero po ich odbiorze przez Zamawiającego;
  - Zamawiający wymagał w FC odrębnej wyceny zakresu zamówienia podstawowego i zakresu zamówienia objętego opcją, co następnie znajdowało odzwierciedlenie w Formularzu ofertowym (załącznik 3 do SWZ), który również wymagał podania odrębnej ceny za zamówienie podstawowe i opcję;
  - istotą opcji jest jej niepewny charakter i możliwość braku realizacji opcji (braku złożenia przez Zamawiającego oświadczenia, że zamawia opcyjny zakres przedmiotu zamówienia) stanowi wyłączne ryzyko wykonawcy, którego nie może on przenieść na zamawiającego poprzez przerzucenie kosztów realizacji opcji do ceny za realizację zamówienia podstawowego, gdyż w takim przypadku klauzula opcyjna nie spełniałaby swojej roli, bowiem nie dawałaby zamawiającemu możliwości rozszerzenia zamówienia i konsekwentnie - zapłaty za rozszerzony zakres zamówienia tylko w przypadku złożenia oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji;
- 1.3 że w okolicznościach sprawy zgodne z warunkami zamówienia i przepisami ustawy Pzp i ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z poz.) (dalej: „UZNK” lub „ustawa ZNK”) jest przeniesienie kosztów opcji do ceny za zakres zamówienia podstawowego, podczas gdy każda pozycja z FC powinna zawierać rzeczywiste koszty realizacji poszczególnych świadczeń w niej wskazanych, gdyż wedle PPU dostarczane, odbierane i rozliczane są one odrębnie, a pozycje odnoszące się do zakresu objętego opcją mogą, ale nie muszą być realizowane, a zatem przeniesienie kosztów jej realizacji do ceny za wykonanie zamówienia podstawowego powoduje obowiązek zapłaty przez Zamawiającego za dostawy, których nie zamówi i co do których może nie wystąpić po stronie Zamawiającego potrzeba ich zakupu (i z tego powodu zostały one objęte opcją);
- 1.4 że (...) nie złożył oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, będące konsekwencją przyjęcia przez Izbę błędnego ustalenia, że:

- „alokacja części kosztów rezerwacji liczby kart objętych całym zamówieniem jest wymagana dla zapewnienia wykonania całości zamówienia już na początku z przyczyn zewnętrznych (dostawca) i minimalizacji ryzyk a dodatkowo koszt realizacji zamówienia podstawowego i opcji jest konkurencyjny w stosunku do innych ofert', a „sposób przygotowaniu realizacji zamówienia i w konsekwencji związanej z nim kalkulacji ceny" nie jest sprzeczny z SWZ, ani ustawą Pzp;
- (...) nie wykazał, że celem alokacji części kosztów była eliminacja lub utrudnienie dostępu innym wykonawcom do rynku, ani wpływu alokacji na ograniczenie konkurencji, a więc wynik Postępowania (zastosowanie kryteriów oceny ofert), podczas gdy:
- zastosowana przez (...) „alokacja kosztów rezerwacji 1,25 min kart USIM objętych całym zamówieniem" w cenie poz. 1 FC jest wprost sprzeczna z SWZ, w szczególności z treścią tego formularza,
- zastosowana przez (...) „minimalizacja ryzyk" wykonawcy polegająca na ujęciu kosztów opcji w ramach zamówienia podstawowego jest sprzeczna z SWZ i istotą prawa opcji,
- brak jest podstaw do uznania, że „koszt realizacji zamówienia podstawowego i opcji jest konkurencyjny w stosunku do innych ofert", w sytuacji, gdy ujęta w ofercie (...) kalkulacja ceny jest sprzeczna z SWZ i z ustawą Pzp;
- (...) wykazał, że działanie (...) polegające na ujęciu kosztów opcji w cenie wdrożenia realizowanego w ramach zamówienia podstawowego (poz. 1 FC) stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy (co najmniej (...)) i Klienta (Zamawiającego), czego wymaga art. 3 UZNK i nie był zobowiązany do wykazywania elementów czynów nieuczciwej konkurencji stypizowanych w art. 15 UZNK, którego naruszenia nie zarzucał;
- (...) wykazał wpływ manipulacji ceną, którą zastosował (...), na wynik Postępowania, gdyż gdyby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów, oferta (...) jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji podlegałaby odrzuceniu, a jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta (...);

1.5. że oferta (...) nie zawiera błędu w obliczeniu ceny z uwagi na błędne ustalenia wskazane w 1.1.-1.4. powyżej, podczas gdy (...) obliczył cenę w sposób sprzeczny z wymogami dokumentów zamówienia;

1.6 że oferta (...) jest zgodna z warunkami zamówienia i kalkulacja kosztów przedstawiona przez (...) w zestawieniu z będącą podstawą do jej sporządzenia ofertą - nie wskazuje jednoznacznie na wolę zaoferowania przez (...) świadczenia niezgodnego z SWZ (do czego Izba doszła na skutek błędnych ustaleń faktycznych opisanych w pkt 1.1.-1.4. powyżej),

podczas gdy alokacja kosztów opcji w cenie zamówienia podstawowego jest sprzeczna z SWZ, w szczególności z postanowieniem pkt 8.4. PPU;

1.7 że „treść wezwania [do wyjaśnienia ceny skierowana przez Zamawiającego do (...)] - przyp. aut.j nie wskazywała na obowiązek wskazania w wyjaśnieniach kosztu nabycia karty USIM, nie nakładał takiego obowiązku na wykonawcę żaden zapis SWZ lub Ustawy" (zdanie w akapicie pod pkt 5 na str. 14 wyroku), podczas, gdy w wezwaniu do wyjaśnień ceny z dnia 3 października 2023 r. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wyjaśnienia i dowody powinny odnosić się szczegółowo do m.in. poz. 2 i poz. 5 FC, a ponadto:

- poz. 2 FC pn. „Cena zakupu kart USIM" w ramach zamówienia podstawowego (pewnego) odnosiła się do dostawy kart USIM w ilości 500 000 sztuk, a z logiki i doświadczenia życiowego wynika, że na cenę elementu oferowanego przedmiotu zamówienia (tu: odnoszącą się do dostawy kart USIM) składać musi się koszt zakupu tego elementu (tu: zakupu kart);
- poz. 5 FC pn. „Cena zakupu dodatkowych kart USIM" w ramach opcji (niepewny zakres) odnosiła się do dostawy kart USIM w ramach opcji w ilości do 750 000 sztuk, a z zasad logiki i doświadczenia życiowego wynika, że na cenę elementu oferowanego przedmiotu zamówienia (tu: odnoszącą się do dostawy kart USIM) składać musi się koszt zakupu tego elementu (tu: zakupu kart);

co powoduje, że złożone przez (...) wyjaśnienia ceny w zakresie ww. pozycji FC powinny odnosić się do kosztów nabycia przez (...) kart USIM na potrzeby realizacji zamówienia;

1.8. że „nie był on [(...) - przyp. aut.] zobowiązany do wyjaśnienia kosztów nabycia kart USIM z dowodami ich wysokości" (str. 16 wyroku), podczas gdy wezwanie Zamawiającego dotyczyło wprost złożenia „wyjaśnień i dowodów" odnoszących się „szczegółowo" m.in. do poz. 2 FC odnoszącej się do „Ceny zakupu kart USIM" i poz. 5 FC odnoszącej się do „Ceny zakupu dodatkowych kart USIM", w tym „poprzez wykazanie, że ceny zaoferowane w tych pozycjach są cenami realnymi, rynkowymi, wiarygodnymi i adekwatnymi do zakresu kosztów i prac" a koszt nabycia przedmiotowych kart USIM stanowi istotę wyceny każdej z ww. pozycji i dowód odnoszący się do powyższej okoliczności posiadać musi każdy wykonawca rzetelnie kalkulujący cenę, co oznacza, że wykonawca wyjaśniający cenę tych pozycji - pomijając koszt nabycia kart - w praktyce nie składa wyjaśnień ceny odnoszących się do tych pozycji, w sytuacji, gdy ciężar wykazania, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień, a skutkiem braku wykazania, że cena nie nosi znamion rażąco niskiej, jest odrzucenie oferty wykonawcy;

1.9. że poprzez złożone wyjaśnienia ceny (...) obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, podczas gdy jego lakoniczne wyjaśnienia należy uznać za niezłożone, względnie, złożone wyjaśnienia, z uwagi na ich ogólnikowość i brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego,



należy uznać za niewystarczające do obalenia domniemania rażącego zaniżenia ceny/części składowych (poz. 2 i 5 FC), co skutkować powinno odrzuceniem oferty wykonawcy (...);

1.10. że (...) obalił domniemanie ceny rażąco niskiej i jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia, w tym zakres opcyjny, za ceny wskazane w FO, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana cena za opcję jest wiarygodna i adekwatna do kosztów i potwierdził w swoich wyjaśnieniach fakt ujęcia kosztów realizacji opcji w kosztach wdrożenia realizowanego w ramach podstawowego zakresu zamówienia;

a w konsekwencji powyższego:

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty (...) w oparciu o ww. przepis na skutek błędnego uznania, że złożenie oferty przez (...) nie nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty (...) na skutek błędnego uznania, że oferta (...) jest zgodna z warunkami zamówienia;
- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty (...) w oparciu o ww. przepis na skutek błędnego uznania, że oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny;
- naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp (względnie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty (...) na skutek błędnego uznania, że (...) udzielił w terminie wyjaśnień, które uzasadniają podaną w ofercie cenę i obalił domniemanie rażącego zaniżenia ceny / części składowych.

2. naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przepis ten dopuszcza możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w ogóle, a także jeżeli zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów uzna, że cena jest rażąco niska, podczas gdy przepis ten wskazuje, że 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, a zatem z przepisu tego wynika, że podstawą do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę jest brak złożenia wymaganych wyjaśnień w tym zakresie, a także stwierdzenie, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

3. naruszenie art. 537 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że (...) nie wykazał, że (...) nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie (...), zarówno w

- odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, jak i do Opcji odnoszącej się do dostawy Kart USIM, podczas gdy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na wykonawcy, który ją złożył, gdyż był on uczestnikiem postępowania odwoławczego (zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego);
4. naruszenie art. 542 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z treścią materiału dowodowego oraz sprzecznych z zasadami logiki wnioskowania, w szczególności poprzez błędy w ustaleniach stanu faktycznego polegające na bezpodstawnym przyjęciu przez Izbę:
- 4.1. że „6. (...) SWZ nie przewiduje obowiązku zapewnienia gotowości konsultanta ani nie określa w jakim wymiarze czasu pracy realizować ma on usługi na rzecz Zamawiającego” (pkt 6 na str. 11 wyroku), podczas gdy:
- Zamawiający wymagał w pkt 6 FC (Opcja), by wykonawca zaoferował mu cenę jednostkową za roboczodzień pracy konsultanta oraz cenę za 100 roboczodni pracy konsultanta (wyliczoną przez przemnożenie stawki jednostkowej przez 100 Dni), a jednocześnie w OPZ w pkt 2.7. Zamawiający wskazał wprost, że jest to „8 godzinny dzień pracy konsultanta”, tym samym w ramach każdego zamówionego roboczodnia pracy konsultanta Zamawiający oczekiwał zapewnienia konsultanta do wykonywania prac przewidzianych w SWZ przez pełne 8 h. W konsekwencji, przyjmowanie przez (...) do wyceny dnia pracy konsultanta założenia, że konsultant nie będzie realizował prac przewidzianych przez Zamawiającego w SWZ przez 8 h, ale wykonywał w czasie zamówionym i opłaconym przez Zamawiającego inne zadania służbowe, jest niezgodne z wymogami dokumentów zamówienia i potwierdza zarzut, niewykazania przez (...), że cena roboczodnia pracy konsultanta jest rynkowa i zgodna z przepisami prawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
  - opcja przewidywała możliwość zamówienia przez Zamawiającego do 100 Dni Pracy Konsultantów (albo dowolnie mniej), zaś wykonawca nie był uprawniony do odmowy świadczenia;
  - Zamawiający przewidział w OPZ do czego mogą być spożytkowane zamawiane w ramach opcji roboczodni pracy konsultanta, wskazując, że mogą to być Warsztaty techniczne (do 5 dni), prywatny APN (do 15 dni), modyfikacja usługi Prywatny APN i inne czynności dodatkowe, co powoduje, że kalkulacja roboczodnia pracy Konsultanta musiała uwzględniać każdy możliwy wariant ww. świadczeń i każdą ilość dni skorzystania z prawa opcji (czyli np. to, że w ramach opcji Zamawiający wykorzysta tylko 5 dni Warsztatów technicznych);
- 4.2. że wiarygodne są wyjaśnienia (...) „znajdujące oparcie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny”, że: „1. Część procesów - usług objętych zamówieniem - realizowana jest

automatycznie, dany konsultant wykonuje danego rodzaju czynności w ramach określonego procesu dla kilku klientów w ramach tego samego dnia pracy oraz, że często dana usługa realizowana w ramach danego kontraktu wykonywana jest automatycznie i w częściach przez różnych konsultantów, które to okoliczności brał pod uwagę Przystępujący wyceniając dzień pracy konsultanta na potrzeby Postępowania", podczas gdy:

- SWZ przy opisie opcji obejmującej możliwość skorzystania przez Zamawiającego z maksymalnie 100 roboczodni pracy konsultanta wymieniał katalog różnych czynności, które konsultant miał wykonywać w ramach wykupionego przez Zamawiającego 8-godzinnego dnia pracy, przy czym Zamawiający zamawiając dzień pracy konsultanta mógł zlecać mu do wykonania dowolne czynności z tego katalogu (w ilościach przewidzianych w SWZ), co powoduje, że wykonawca nie był uprawniony do przyjęcia założenia, że większość z tych czynności będzie miała charakter masowy i automatyczny, który pozwoli na wykorzystanie opłaconego przez Zamawiającego czasu na wykonywanie przez konsultantów innych obowiązków służbowych;
- OPZ wymagał, by cena dnia pracy konsultanta obejmowała 8 h pracy konsultanta dla Zamawiającego, a nie dla innych klientów wykonawcy, a Zamawiający oczekiwał wyceny 8 godzinnego dnia pracy Konsultanta polegającego na wykonywaniu wskazanych w SWZ czynności zleconych przez Zamawiającego;
- świadczenie polegające na możliwości zlecenia do 100 roboczodni pracy konsultantów jest objęte opcją. Zamawiający może zakupić przykładowo tylko 3 dni pracy konsultanta, ale może zamówić tych dni 10, 30, czy 50. Zamawiający może skorzystać z prawa opcji np. tylko do realizacji Warsztatów technicznych w liczbie 5 dni, co przy opisie zakresu świadczenia Warsztatów technicznych w ramach prawa opcji wymuszało kalkulowanie pełnego zaangażowania konsultanta (gdyż Zamawiający mógł wymagać osobistego prowadzenia warsztatów przez konsultanta w formie stacjonarnej, w lokalizacjach uzgodnionych i zaakceptowanych przez Zamawiającego);

4.3. że nieprawidłowe jest założenie o konieczności „skalkulowania dnia pracy konsultanta z założeniem poświęcenia 8 godzin pracy no realizację kontraktu ani tym bardziej obciążenia kosztem całych 8 godzin pracy konsultanta Zamawiającego skoro Przystępujący planuje, że w większości przypadków konsultanci w czasie dnia pracy wykonują w ramach danego rodzaju zadań usługi na rzecz różnych klientów I Odwołujący obciąża Zamawiającego tylko częścią kosztów zatrudnienia danego konsultanta adekwatną do zaangażowania w wykonanie zamówienia" (str. 16 wyroku),

podczas gdy treść SWZ nie dozwalała na przyjęcie przez wykonawców tego typu założeń, a ponadto to nie wykonawca miał planować czynności konsultantów, ale decyzję co do tego jakie czynności w ramach wykupionego dnia pracy ma realizować konsultant podejmuje suwerennie Zamawiający;

- 4.4. że poprzez złożone wyjaśnienia ceny (...) obalił domniemanie rażąco niskiej ceny podczas gdy jego lakoniczne wyjaśnienia należy uznać za niezłożone, względnie, złożone wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, należy uznać za niewystarczające do obalenia domniemania rażącego zaniżenia ceny/części składowej (poz. 6 FC), co skutkować powinno odrzuceniem oferty wykonawcy (...);
- 4.5. że (...) obalił domniemanie ceny rażąco niskiej i jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia, w tym zakres opcyjny, za ceny wskazane w FC, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana cena za opcję dot. pracy konsultantów jest realna i zgodna z obowiązującymi przepisami;  
a w konsekwencji powyższego:
  - naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty (...) na skutek błędnego uznania, że (...) udzielił w terminie wyjaśnień, które uzasadniają podaną w ofercie cenę lub koszt i obalił domniemanie rażącego zaniżenia ceny;
  - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty (...) na skutek błędnego uznania, że oferta (...) jest zgodna z innymi przepisami, tj. przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.
5. naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przepis ten dopuszcza możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w ogóle, a także jeżeli zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów uzna, że cena jest rażąco niska, podczas gdy przepis ten wskazuje, że 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, a zatem z przepisu tego wynika, że podstawą do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę jest brak złożenia wymaganych wyjaśnień w tym zakresie, a także stwierdzenie, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.
6. naruszenie art. 537 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że (...) nie wykazał, że (...) nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie (...), zarówno w

odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, jak i do Opcji odnoszącej się do dni pracy konsultantów, podczas gdy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na wykonawcy, który ją złożył, gdyż był on uczestnikiem postępowania odwoławczego (zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego);

7. naruszenie art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt 8-9 ustawy Pzp poprzez uznanie, że odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z ustawą Pzp zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący, podczas gdy odwołanie zawierało uzasadnienie faktyczne, które pozwalało zidentyfikować i ustalić sprzeczne z ustawą Pzp działania i zaniechania Zamawiającego opisane w zarzutach odwołania;
8. naruszenie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że (...) nie wykazał odwołaniem naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, podczas gdy (...) w odwołaniu wykazał naruszenia przepisów wskazanych w zarzutach odwoławczych, które miały wpływ na wynik Postępowania.

Mając powyższe na uwadze, jak również fakt, że wedle wiedzy Skarżącego umowa w sprawie Zamówienia na dzień wniesienia niniejszej skargi nie została zawarta, na podstawie art. 581 w zw. z art. 588 ust. 2 w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp skarżący wniósł o:

- uwzględnienie skargi w całości i o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania w całości;
- z ostrożności procesowej, w przypadku stwierdzenia, że przed rozstrzygnięciem postępowania skargowego umowa w sprawie zamówienia publicznego w Postępowaniu została zawarta, o stwierdzenie, że nastąpiło to przy naruszeniu wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp;
- zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego oraz postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego na etapie postępowania odwoławczego zgodnie ze złożoną na rozprawie w KIO fakturą VAT i kosztów zastępstwa procesowego na etapie postępowania skargowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę zamawiający (...) S.A. w W. wniósł o:

- a) oddalenie skargi w całości ze względu na to, że pozostaje ona bezzasadna;
- b) zasądzenie od Skarżącego na rzecz (...) kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę wykonawca (...) sp. z o.o. w W. wniósł o:

1. oddalenie skargi w całości;
2. zasądzenie od (...) zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłaty od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

### **Sąd Okręgowy zważył co następuje.**

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podziela poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia faktyczne oraz dokonana na ich podstawie ocenę prawną i w konsekwencji przyjmuje je za własne. Podkreślić należy, że postępowanie dowodowe, ocenę dowodów, ustalenia na ich podstawie stanu faktycznego Izba przeprowadziła w sposób pełny i wyczerpujący. Podobnie na pełną aprobatę zasługuje przedstawiona w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ocena prawna, w której Izba prawidłowo wychwyciła istotne dla rozstrzygnięcia sprawy elementy, a następnie prawidłowo je zinterpretowała. Przy czym na szczególną aprobatę zasługuje prawidłowa wykładnia i zastosowanie, art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych, który z uwagi na konstrukcję odwołania i treści podniesionych w jego ramach zarzutów miał istotne znaczenia dla oceny jego zasadności. Dlatego niżej przedstawione rozważania będą miały charakter jedynie uzupełniający wynikający bezpośrednio z konieczności zajęcia stanowiska względem podniesionych w skardze zarzutów, nie tracąc jednak z pola widzenia treści zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Przed przystąpieniem do szczegółowego omówienia podniesionych w skardze zarzutów poczynić należy kilka uwag natury ogólnej dotyczących art. 583 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepis ten, podobnie jak w przypadku odwołania art. 555 p.z.p. miał bowiem niebagatelne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Zgodnie z art. 583 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1405). Zgodnie z tym przepisem *sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania*. Regulacja ta ma ścisły związek i współgra z normą wynikającą z art. 555 p.z.p. wprowadzającą podobne rozwiązanie na gruncie postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 555 p.z.p. *izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*.

Podkreślić przy tym należy, że *„Na zarzut składają się podstawa prawna jak i okoliczności faktyczne, uzasadniające naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów. Przy tym Izba nie jest związana kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych powoływanych w odwołaniu. Również postępowanie dowodowe może być prowadzone wyłącznie w zakresie wykazania stanowiska odwołującego opartego na okolicznościach faktycznych określonych w odwołaniu.”* (tak „*Prawo zamówień publicznych. Komentarz*”, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-

Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak). Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 lutego 2023 r. (sygn. akt KIO 360/23) zwróciła uwagę, że *„Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej - wskazanie przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany.”*

Jak to wyjaśniła Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 czerwca 20223 r. (sygn. akt KIO 1556/23) w postępowaniu odwoławczym dokonuje ona oceny prawidłowości decyzji zamawiającego przez pryzmat argumentacji faktycznej i prawnej przedstawionej w odwołaniu. Zadaniem Izby w ramach postępowania odwoławczego nie jest bowiem badanie i ocena prawidłowości wszelkich czynności zamawiającego, jakie ten wykonał w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie czynności zamawiającego wskazanych w treści odwołania i to jedynie w granicach określonych w zarzutach odwołania. Inaczej niż ma to miejsce w przypadku apelacji, gdzie z art. 378 § 1 k.p.c. wyraźnie wynika jej rozpoznawczy charakter (sąd drugiej instancji rozpoznaje bowiem „sprawę”, a nie jedynie środek odwoławczy) zakres rozpoznania zarówno odwołania jak i skargi na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych został wprost i jednoznacznie ograniczony do zarzutów. Zarówno zatem Krajowa Izba Odwoławcza, jak i sąd zamówień publicznych badając czynności zamawiającego, nie tylko nie powinny, ale wręcz nie mogą wykroczyć poza zarzuty sformułowane w odwołaniu (art. 555 i 583 p.z.p.).

Podsumowując, przywołać należy nader celne spostrzeżenie tut. Sądu wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 września 2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 67/21), gdzie wyjaśniono, że *„Przesądzające bowiem jest kryterium „orzekania” o nim przez KIO. Jeśli nie było przedmiotem badania, analizy faktycznej i prawnej oraz rozstrzygnięcia Izby, nie może być poddane teraz tym samym czynnościom, dopiero przez Sąd Okręgowy, który stanowi drugą instancję, kontrolującą prawidłowość rozstrzygnięcia KIO. Nie sposób zaś poddać kontroli przedmiot sprawy, który nie był wcześniejszej rozstrzygnięty.”*

Kolejną kwestią wymagająca szczególnego podkreślenia na wstępie, jest to, że przedmiotem żadnego z zarzutów odwołania, a co za tym idzie oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą **nie było to, czy zaoferowana przez (...) sp. z o.o. cena lub koszt, lub ich istotne części składowe były rażąco niskie**, co mogłoby uzasadniać odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) p.z.p. Zarzut w tym kierunku nie został sformułowany w odwołaniu, a na rozprawie przed KIO, w dniu 28 listopada 2023 r. odwołujący wprost przyznał, że *„zarzut nie dotyczy wysokości, czy też wyceny elementu ceny, lecz tego, że przystępujący nie udzielił odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytanie dot. sposobu kalkulacji.”*

Jednoznacznie zatem stwierdzić należy, że przedmiotem żadnego z podniesionych przez odwołującego zarzutów nie była rażąco niska cena lub koszt, lub ich istotne części składowe zaoferowane przez wykonawcę (...) sp. z o.o. Konstatacja ta ma zaś istotne znaczenie dla określenia rozkładu ciężaru dowodu. Otóż ogólne reguły rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym określone w art. 534 ust. 1 p.z.p. oraz art. 535 p.z.p. wskazują, że to odwołujący wykazać ma okoliczności będące podstawą odwołania. Zasada ta ulega jednak przełamaniu w odniesieniu do rażąco niskiej ceny. Tu bowiem, zgodnie z art. 537 p.z.p. *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego*. Rozkład ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny, w postępowaniu odwoławczym, współgra zresztą z ogólną regułą obowiązującą w tym zakresie w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 224 ust. 5 p.z.p. *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*.

Niemniej z uwagi na to, że odwołujący, a obecnie skarżący nie podnosił zarzutu rażąco niskiej ceny oferty (...) sp. z o.o., zarówno w toku postępowania odwoławczego jak i skargowego obowiązywały ogólne reguły w tym zakresie, które zostaną wyjaśnione niżej.

Ostatnim zagadnieniem ogólnym wymagającym wyjaśnienia przed omówieniem zarzutów skargi jest rozkład ciężaru dowodu.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 p.z.p. *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*. Z kolei art. 535 p.z.p. *wskazuje, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Z przepisów tych wynika zatem, że **ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym**. Co prawda w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest odpowiednika art. 6 k.c., który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 k.c., który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534, który w oczywisty sposób stanowi odpowiednik art. 232 k.p.c.

Sens regulacji zawartej w art. 6 k.c. precyzyjnie wyłożył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2007 r. (Sygn. akt II CSK 293/07) „*Stosownie do art. 6 k.c. ciężar*



*udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu.”* Jeszcze dobitniej wyjaśnił to Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 5 czerwca 2013 r. (sygn. akt I ACa 390/13), gdzie stwierdził, iż „*instytucja ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym służy do kwalifikacji prawnej negatywnego wyniku postępowania dowodowego. Przepis regulujący rozkład ciężaru dowodu określa jaki wpływ na wynik procesu ma nieudowodnienie pewnych faktów, inaczej mówiąc kto poniesie wynikające z przepisów prawa materialnego negatywne konsekwencje ich nieudowodnienia.*

Przedstawione wyjaśnienie istoty ciężaru dowodu oraz zasad rządzących jego rozkładem mają dwojake znaczenie dla wyniku rozpoznawanej sprawy. **Otóż po pierwsze, co wyżej zasygnalizowano, ciężar dowodu w zakresie okoliczności będących podstawą odwołania spoczywa na odwołującym, a po drugie, gdyby okoliczności te nie znalazły potwierdzenia w przeprowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą postępowaniu dowodowym, skutkować to powinno oddaleniem odwołania.**

To zatem na odwołującym (obecnie skarżącym) spoczywał ciężar wykazania będących podstawą odwołania okoliczności, a co za tym idzie w przypadku nie sprostania temu ciężarowi, to odwołującego obciążały negatywne konsekwencje z tego wynikające w postaci oddalenia skargi.

**Treść sformułowanych w odwołaniu zarzutów, a przede wszystkim ich przedmiot, w zestawieniu z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazują zdaniem Sądu Okręgowego, że skarżący z całą pewnością nie wybrał najłatwiejszej i najprostszej drogi by skutecznie domagać się unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez (...) sp. z o.o. w W.**

W celu ułatwienia i uporządkowania rozważań dotyczących zarzutów podniesionych w skardze, przytoczyć na wstępie należy zarzuty sformułowane w odwołaniu. Jak to bowiem wyżej wyjaśniono art. 583 p.z.p. wprowadza zakaz orzekania przez sąd zamówień publicznych co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania. Tym samym to zarzuty odwołania powinny być punktem wyjścia dla oceny zarzutów podniesionych w skardze, te ostatnie są bowiem niejako wtórne i pełnią swego rodzaju rolę służebną w stosunku zarzutów odwołania, a ich celem jest przekonanie sądu zamówień publicznych o wadliwości rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej.

W odwołaniu wykonawca (...) S.A. w W. zarzucił:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty (...), który w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust 1 Pzp, nie udzielił wyjaśnień i / lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, z uwagi na fakt, że w wezwaniu Zamawiający żądał m.in., aby:

- wyjaśnienia i dowody Wykonawcy odnosiły się szczegółowo do następujących pozycji w Arkuszu cenowym Wykonawcy (Załącznik nr 4 do SWZ):

- 1) cena zakupu kart USIM (w zakresie zamówienia podstawowego), Ip. 2 arkusza cenowego,
- 2) cena zakupu dodatkowych kart USIM (w zakresie zamówienia opcjonalnego), Ip. 5 arkusza cenowego,
- 3) roboczdzień pracy konsultanta (w zakresie zamówienia opcjonalnego), Ip. 6 arkusza cenowego,

w tym poprzez wykazanie, że ceny zaoferowane w tych pozycjach są cenami realnymi, rynkowymi, wiarygodnymi i adekwatnymi do zakresu kosztów i prac, a w przypadku ceny roboczo dnia pracy konsultanta również, że zaoferowana cena jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,

podczas gdy (...), w opisanym wyżej zakresie, nie udzielił wyjaśnień i / lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co stanowi naruszenie art. 224 ust. 6 Pzp;

2. Zaniechanie odrzucenia oferty (...) jako oferty:

- 1) której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „znku”),
- 2) niezgodnej z warunkami zamówienia,
- 3) oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,  
ze względu na to, że (...) w ofercie przeliczył koszty kart USIM objętych prawem opcji do kosztów i wyceny zamówienia podstawowego, niezależnie od tego, czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5), 7) i 10) Pzp;

3. Zaniechanie odrzucenia oferty (...) jako niezgodnej z przepisami ustawy z uwagi na złożenie przez (...) oferty, w której wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny jest 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, ponieważ (...) zaoferował cenę za roboczdzień pracy konsultanta obejmujący 8 godzin

(zgodnie z definicją zawartą w opisie przedmiotu zamówienia) w wysokości 100 zł netto, podczas gdy uwzględnienie minimalnej stawki godzinowej lub minimalnego wynagrodzenia za pracę skutkuje powstaniem kosztu pracy przewyższającego 100 zł netto, co stanowi naruszenie art. 224 ust. 3 pkt 4) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp i jest niezgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Przechodząc do oceny podniesionych w skardze zarzutów, nie sposób zgodzić się ze skarżącym zarzucającym naruszenie art. 542 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez naruszenie zasad wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z treścią materiału dowodowego oraz sprzecznych z zasadami logiki wnioskowania, w szczególności poprzez błędy w ustaleniach stanu faktycznego. Przepis art. 542 ust. 1 p.z.p. statuuje zasadę swobodnej oceny dowodów i stanowi, że *izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału*. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów wymagałoby wykazania, że Izba dokonując oceny zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego uchybiła zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione jej uprawnieniu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż to przyjęła izba wadze poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena Izby. Podkreślić wypada, że Izba wyjaśniła wszystkie okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Przede wszystkim w sposób wyczerpujący i bardzo szczegółowy rozważyła zgromadzony materiał dowodowy. Jednocześnie przedstawiła tok rozumowania i umotywowała wnioski, do których doszła. Reasumując brak jest podstaw by dokonaną przez Izbę ocenę dowodów uznać za wykraczającą poza granice wyznaczone treścią art. 542 ust. 1 p.z.p., w szczególności za naruszającą zasady logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego.

Podkreślić należy, że w ramach bardzo rozbudowanego zarzutu naruszenia art. 542 ust. 1 p.z.p. skarżący próbował podważyć nie tyle dokonaną przez Izbę ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i ustalony na podstawie tego materiału stan faktyczny, co stanowisko Izby, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie zaistniała żadna ze wskazanych w odwołaniu podstaw odrzucenia oferty (...) sp. z o.o. To jednak pozostaje w sferze oceny prawnej, a nie faktycznej. Jak to trafnie zauważyła Izba, w niniejszej sprawie stan faktyczny postępowania nie był między stronami sporny. Sporna była **ocena** treści złożonych przez (...) wyjaśnień rażąco niskiej ceny w świetle postanowień SWZ, i ustawy p.z.p. oraz treści wezwania do ich złożenia. Tym samym w istocie to nie ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, czy ustalony na jego podstawie stan faktyczny (ten bowiem w przeważającej mierze nie były między stronami sporny), a dokonana przez Izbę ocena czy w tak ustalonym stanie faktycznym wskazane

przez odwołującego przesłanki odrzucenia oferty (...) sp. z o.o. rzeczywiście wystąpiły. Nie do końca zrozumiałe jest zatem tak szerokie omawianie i eksponowanie w skardze zarzutu naruszenia art. 542 ust. 1 p.z.p., zarzut ten mógł mieć bowiem co najwyżej marginalne znaczenie dla jej zasadności.

Dlatego Sąd Okręgowy jedynie po krótko odniesie się do poszczególnych elementów składających się na zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 p.z.p.

Wbrew stanowisku skarżącego w treści SWZ nie sposób doszukać się ograniczeń w zakresie możliwości alokacji części kosztów rezerwacji całości kart USIM w kosztach wdrożenia. Co ciekawe skarżący odnosząc ten zarzut nie był w stanie przytoczyć konkretnych zapisów SWZ, w których zakaz taki byłby zastrzeżony. Czym innym jest zaś wykładnia całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym Formularza Cenowego i Proponowanych Postanowień Umowy, z których taki zapis możnaby wyinterpretować, tu mamy bowiem do czynienia z kwestiami prawnymi. Czym innym jest zaś ustalenie treści SWZ i pozostałych dokumentów postępowania, to tu mamy do czynienia z ustaleniami faktycznymi (por. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. akt I PK 156/18).

Podobnie kwestia wiarygodności wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę (...) sp. z o.o. nie jest elementem stanu faktycznego, a oceny na gruncie art. 224 ust. 6 p.z.p.

Tak samo zagadnienie czy przeniesienie kosztów opcji do ceny za zakres zamówienia podstawowego może być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, powinno być oceniane w ramach zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) p.z.p. Tak samo traktować należy kwestię dopuszczalności alokacji części kosztów rezerwacji kart.

W tych samych kategoriach analizować należy błąd w obliczeniu ceny. To czy cena została obliczona sprzeczny z wymogami dokumentów zamówienia podlega ocenie przy okazji zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p.

Trudno też za zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 p.z.p., uznać zarzut dotyczący oceny treści wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Podkreślić należy, że sama treść wezwania nie była sporna, została przez Izbę ustalona zgodnie z wezwaniem, natomiast interpretacja tego wezwania, do czego ono zobowiązywało wykonawcę (...) wykracza poza ocenę wiarygodności i mocy dowodów, a to jest przedmiotem regulacji art. 542 ust. 1 p.z.p.

Wreszcie to, czy Izba słusznie uznała, że wykonawca (...) sp. z o.o. obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, również nie jest materia, która powinna być badana w ramach zarzutu naruszenia art. 542 ust. 1 p.z.p. Właściwym miejscem do oceny tego zagadnienia jest zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 p.z.p.

W dalszej części Sąd Okręgowy rozważy czy zasadne zarzucił skarżący naruszenie art. 224 ust. 6 p.z.p., naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p., naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) p.z.p. oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. Przy czym z uwagi na treść art. 555 p.z.p. oraz art. 583 p.z.p. zarzuty podniesione w skardze nałożone zostaną na zarzuty odwołania. Innymi słowy zarzuty skargi ocenione zostaną przez pryzmat zarzutów odwołania.

Zarówno w odwołaniu, jak i w skardze wykonawca (...) S.A. zarzucił naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem *odrzuconiu, 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.*

W będącym przedmiotem niniejszej sprawy postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca (...) sp. z o.o., w dniu 16 października 2023 r. niewątpliwie udzielił odpowiedzi na skierowane do niego przez zamawiającego dnia 3 października 2023 r., na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) p.z.p., wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Przy czym wyjaśnienia te złożone zostały w wyznaczonym terminie. Dlatego w ramach oceny czy w oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 p.z.p. przeanalizować należy czy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę lub koszt oraz czy wyjaśnienia te mogły uzasadniać przekonanie zamawiającego, że cała lub koszt nie są rażąco niskie.

Na wstępie uwypuklić należy definicję pojęcia rażąco niskiej ceny sformułowaną w art. 224 ust. 1 p.z.p. Otóż zgodnie z tym przepisem rażąco niska jest cena lub koszt, lub ich istotne części składowe jeżeli budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie ma zatem służyć samej sobie, wypełnieniu ściśle określonych wymagań formalnych, jej celem jest bowiem rozwianie wątpliwości zamawiającego, jak to określa ust. 1 art. 224 p.z.p. „co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów”. Ocena złożonych w trybie art. 224 p.z.p. wyjaśnień nie może sprowadzać się tylko do formalnego aspektu. Ściśle formalne podejście mogłoby bowiem skutkować eliminacją ofert, które nie zawierają ceny rażąco niskiej, ofert, których cena jest realna i rynkowa, Wyjaśnienie ceny oferty lub elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną w celu realizacji wymogów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Sposób złożenia wyjaśnień, ich forma, struktura, język itp. nie powinny mieć

większego znaczenia dla oceny czy wykonawca wykonał wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz czy wyjaśnienia te uzasadniają cenę oferty.

Niezależnie czy obowiązek złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika z inicjatywy zamawiającego, czy z mocy regulacji zawartej w art. 224 ust. 2 p.z.p. i tak **adresatem wyjaśnień złożonych przez wykonawcę jest zamawiający**. To on zatem ocenia czy złożone wyjaśnienia spełniają jego oczekiwania, czy pozwalają prześledzić tok konstruowania oferty i kalkulowania jej ceny, a wreszcie czy uzasadniają one cenę jako pozwalającą wykonać zamówienie właściwy, zgodny z oczekiwaniami zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonując w toku postępowania odwoławczego weryfikacji czy zamawiający właściwie ocenił wyjaśnienia złożone przez wykonawcę jako uzasadniające lub nie podaną w ofercie cenę, powinna w sposób właściwy pojmować swoją rolę i nie powinna w tym zakresie zastępować zamawiającego. Rolą Izby jest bowiem jedynie kontrola prawidłowości procesu oceny wyjaśnień jakiego dokonuje zamawiający, a nie zstępowanie go, czy wyręczenie w tym zakresie. Zdaniem Sądu Okręgowego ocena wyjaśnień składanych przez wykonawców dokonywana przez zamawiającego, a tym bardziej przez Izbę nie powinna polegać na szukaniu na siłę luk, niekonsekwencji, czy braków zwłaszcza jeżeli nie mają one większego znaczenia, a wyjaśnienia w swej treści pozwalają dokładnie prześledzić sposób kalkulowania ceny oferty, zweryfikować jej poszczególne części składowe i ocenić czy są one realne, zgodne z obowiązującymi przepisami, zwłaszcza w zakresie minimalnego wynagrodzenia, a w konsekwencji czy pozwalają wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Weryfikując wyjaśnienia złożone przez wykonawców nie można bowiem gubić istoty i celu ich złożenia, tak by analiza rygorystycznych wymagań formalnych nie przesłoniła ich merytorycznej wartości taki sposób oceny wyjaśnień nie tylko nie znajduje oparcia obowiązujących przepisach czy zasadach przygotowywania ofert, ale jest z nimi wprost sprzeczny i jak już wspomniano prowadzić może do odrzucenia oferty, której cena w żadnym razie nie jest rażąco zaniżona, co w konsekwencji oznaczać będzie niczym nieuzasadnione zawyżanie kosztów realizacji zadań zlecanych w trybie zamówień publicznych.

Zwrócić należy też uwagę, że postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą nie jest odrębnym, niezależnym bytem oderwanym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz innych postępowań odwoławczych toczących się i zakończonych na gruncie tego samego postępowania o udzielenie zamówienia. Jego przedmiotem nie była zatem ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (...) sp. z o.o., a **kontrola czynności zamawiającego** który oceny tych wyjaśnień dokonał. Co ciekawe z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że podobnie swoją rolę pojmowała Izba. Tymczasem skarżący chce by Izba dokonała nie tyle kontroli czynności zamawiającego, a samodzielnej, niezależnej od stanowiska zamawiającego w tym zakresie, autonomicznej oceny wyjaśnień wykonawcy, całkowicie

ignorując przy tym poglądy zamawiającego. W odpowiedzi na skargę zamawiający przedstawił bowiem spójne, konsekwentne i logiczne stanowisko w jasny i przystępny sposób wyjaśniające dlaczego jego zdaniem cena oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. pozwala na wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a co za tym idzie nie jest rażąco niska. Skarżący oczekuje natomiast by Izba, a obecnie Sąd pominął stanowisko zamawiającego w tym zakresie, skonstruował własne oczekiwania co do treści wyjaśnień i po stwierdzeniu, że wyjaśnienia wykonawcy (...) sp. z o.o. oczekiwania tych nie realizują, domaga się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 224 ust 6 w zw. z art. 226 ust. pkt 8 p.z.p.

Podkreślić należy, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 16 października 2023 r. przedstawione przez wykonawcę (...) sp. z o.o. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przekonały nie tylko zamawiającego, który nie doszukał się podstaw by ofertę tego wykonawcy odrzucić czy to na podstawie art. 224 ust. 6 p.z.p., czy to na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) p.z.p., ale również samego skarżącego. Nie tylko bowiem w odwołaniu nie zarzucił on naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) p.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty (...) sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, ale w toku postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą wprost przyznał, że oferta (...) takiej rażąco niskiej ceny lub kosztu nie zawierała.

Jak to słusznie zauważył (...) sp. z o.o. w odpowiedzi na skargę, skarżący w odwołaniu poza wskazaniem rzekomych braków w wyjaśnieniach ceny (...) nie podejmuje jakiegokolwiek merytorycznej polemiki z ich treścią. Nie wskazuje na nierealność założeń, nie kwestionuje przyjętych cen i kosztów, nie prezentuje choćby odrobiny argumentacji mającej dowieść kwestii kluczowej dla uwzględnienia odwołania, tj. faktu, że realizacja zamówienia na zaproponowanych warunkach finansowych jest niemożliwa. Oceniając treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie można pomijać celu tych wyjaśnień. Wyjaśnienia nie są bowiem składane w oderwaniu od konkretnej oferty, a jeśli oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - tej bowiem skarżący nie zakwestionował - to trudno mówić o tym, że wyjaśnienia były nieprawidłowe i nie sprostały wymaganiom zamawiającego oraz ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak to słusznie zauważyła Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 czerwca 2023 r. (sygn. akt KIO 1556/23) *„Odwołujący ani nie zakwestionował poszczególnych wyliczeń dotyczących pozycji cenowych przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach, ani nie odniósł się do wskazanych tam kosztów czy założeń co do sposobu realizacji zamówienia. Odwołujący jedynie twierdził, że podano zbyt mało informacji albo posiłkowano się niewiarygodnymi dowodami, nie referując w ogóle do ceny oferty i do cen spornych pozycji kosztorysowych. Tymczasem dokonując oceny prawidłowości działania Zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę*

*możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Argumentacja odwołania od tego celu abstrahuje.”*

W złożonych wyjaśnieniach (...) wskazał między innymi:

*„Tym samym, wymaganie Zamawiającego co do utrzymania przez cały okres Zamówienia pojemności 1,25mln sztuk wymusza na Wykonawcy uwzględnienie tego faktu w ofercie i nie można rozdzielać kosztów kart USIM z kosztami licencji, które będą dotyczyć tych kart. Zamawiający wymaga 1,25mln pojemności systemów. Skoro Zamawiający w wymaganiach pkt 4.9 SWZ określił ze Wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania przez cały okres Zamówienia pojemności platformy na 1,25 mln kart USIM Zamawiającego, to Wykonawca:*

- a. musi zakładać, że Zamawiający skorzysta z zamówienia 750 tys. kart USIM (w ramach prawa opcji) w czasie okresu Umowy;*
- b. musi założyć koszty zakupu tych 750 tys. kart SIM (w ramach prawa opcji);*
- c. musi uwzględnić koszty pojemności tych 750 tys. kart USIM w platformie Wykonawcy (niezależnie od podstawowego Zamówienia).*

*W celu zaproponowania dla Zamawiającego jak najkorzystniejszej ceny realizacji zamówienia, a z drugiej strony zapewnienia sobie odpowiedniej marży, Wykonawca uwzględnił w ofercie alokację kosztów zarezerwowania 1,25 mln kart USIM u producenta oraz pojemności dla tych 1,25 mln kart SIM na początku kontraktu. To pozwoliło (...) na zaproponowanie atrakcyjnej ceny zakupu 1 kart USIM dla Zamawiającego w czasie trwania Zamówienia, która pokrywać ma koszty logistyki, „plastiku”, różnic w kursie wymiany Euro/PLN. Dzięki temu Wykonawca jest w stanie zaproponować atrakcyjną cenę karty SIM dla Zamawiającego.*

*Podsumowując, aby zagwarantować dostępność fizyczną kart USIM w trakcie całego kontraktu oraz stały koszt kart USIM dla Wykonawcy oraz szybką dostępność kart USIM przez cały okres kontraktu Wykonawca musi zakontraktować u dostawcy kart USIM (dokonać rezerwacji zasobów chipów u dostawcy) stąd główny koszt ponoszony przez Wykonawcę z tego tytułu (cena karty USIM) i ryzyko został alokowany w kosztach wdrożenia na początku Zamówienia bowiem powstaje on na początku realizacji kontraktu nieważne czy dojdzie później do fizycznego zamówienia tych kart USIM przez Zamawiającego. Późniejszy koszt samego dostarczenia kart USIM jest już niski stąd przyjęta kalkulacja że w ofercie Wykonawcy skalkulował w punkcie cena zakupu kart USIM koszty dostawy, logistyki i koszty procesów po stronie Wykonawcy.”*

Analizując kwestię obowiązku wykazania ceny nabycia kart USIM w pierwszej kolejności odwołać należy się do treści wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wystosowanego do (...) sp. z o.o. W wezwaniu tym wprost wskazano, że:

*„Dodatkowo, wyjaśnienia i dowody Wykonawcy powinny odnosić się szczegółowo do następujących pozycji w Arkuszu cenowym Wykonawcy (Załącznik nr 4 do SWZ):*



- 1) Pozycja 2 - cena zakupu kart USIM (w zakresie zamówienia podstawowego),
  - 2) Pozycja 5 - cena zakupu dodatkowych kart USIM (w zakresie zamówienia opcjonalnego),
  - 3) Pozycja 6 - robocizna pracy konsultanta (w zakresie zamówienia opcjonalnego),
- w tym poprzez wykazanie, że ceny zaoferowane w tych pozycjach są cenami realnymi, rynkowymi, wiarygodnymi i adekwatnymi do zakresu kosztów i prac”.

Z cytowanego fragmentu nie wynika zatem, że zamawiający jednoznacznie wymagał przedłożenia dowodu na cenę zakupu karty USIM. „Cena zakupu kart USIM” oraz „cena zakupu dodatkowych kart USIM” to nazwy pozycji formularza cenowego - nawet samo wezwanie wskazuje „Pozycja...”. Nie można też zgodzić się ze skarżącym, że nieprzedłożenie dowodu, z którego wynikałaby jednoznacznie cena zakupu karty USIM, oznacza, że Przeciwnik nie sprostał obowiązkowi w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Skarżący ani zamawiający nie mogą bowiem narzucić przeciwnikowi treści wyjaśnień. Sama ustawa nie określa jednoznacznie, co musi być zawarte w wyjaśnieniach i jakie muszą być przedłożone przy nich dowody. Brak jest katalogu dowodów, jakich może żądać zamawiający i brak jest uniwersalnej treści wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Słusznie wskazywała Izba, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska i w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Z kolei fakt, że złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie zdaje się narzucać odwołujący, nie może stanowić automatycznie podstawy do stwierdzenia, że cena oferty przystępującego jest ceną rażąco niską. Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są zindywidualizowane dla każdego wykonawcy. Nie ma bowiem jednego uniwersalnego wzorca czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień. Właśnie tego typu odrębności powodują odmienność cen. Również dostępność do różnych elementów wpływających na realizację zamówienia, właściwych każdemu przedsiębiorcy oddzielnie, stanowią o konkurencyjności na rynku (tak wyrok z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1134/23).

Podsumowując powyższe rozważania, zgodzić należy się z oceną Krajowej Izby Odwoławczej, która nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającej się na braku odrzucenia oferty (...) sp. z o.o., uznając tym samym pierwszy zarzut odwołania za bezzasadny.

Kolejno odnieść się należy do oceny zasadności zarzutów skargi mających swoje oparcie w drugim zarzucie odwołania. W ramach tego zarzutu odwołujący wskazał na konieczność odrzucenia oferty (...) sp. o.o. z uwagi na to, że ten przerzucił koszty kart. USIM objętych prawem opcji do kosztów i wyceny zamówienia podstawowego, niezależne od tego czy zamawiający z prawa opcji skorzysta czy też nie. Zdaniem skarżącego, z uwagi na taką konstrukcję oferty (...) sp. z o.o. powinna ona być uznana za:

- czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- niezgodną z warunkami zamówienia,
- zawierającą błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,

a to oznacza, że powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) p.z.p., art. 226 ust. 1 pkt. 5) p.z.p. i art. 226 ust. 1 pkt 10) p.z.p.

W pierwszej kolejności rozważyć należy, czy odwołującemu, a obecnie skarżącemu udało się wykazać, że (...) sp. z o.o. rzeczywiście przerzucił część kosztów zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego. Podkreślić przy tym należy, co wyżej szeroko wyjaśniono, że ciężar dowodu w zakresie podniesionych zarzutów, z uwagi na to, że w odwołaniu nie został podniesiony zarzut rażąco niskiej ceny, **sպoczywał właśnie na odwołującym**.

Bardzo dużo miejsca poświęcił skarżący zarówno w zarzutach skargi jak i jej uzasadnieniu, dość oczywistej kwestii, że ani ze Specyfikacji Warunków Zamówienia, ani z Proponowanych Postanowień Umowy, ani żadnego innego dokumentu postępowania, czy deklaracji zamawiającego nie wynikał obowiązek zamówienia przez niego części kart USIM objętej opcją. Co więcej nie wynikało to ani z twierdzeń zamawiającego, ani argumentacji prezentowanej przez wykonawcę (...) sp. z o.o. w toku postępowania. Niezrozumiałe, a na pewno zbędne są wywody skargi, w których skarżący próbuje przekonać sąd zamówień publicznych, że zamawiający nie miał obowiązku zamówienia realizacji prawa opcji obejmującej zamówienie dodatkowych 750 000 kart USIM. Z drugiej jednak strony, co zresztą dostrzegł również skarżący prezentując w skardze porównanie do budowy parkingu podziemnego na 1,25 mln samochodów, zamawiający wymagał zbudowania platformy (...) gotowej do obsługi właśnie 1,25 mln kart USIM, a wszelkie koszty związane z budową tej platformy ponoszone są na początku realizacji umowy. Być może stąd wzięło się przekonanie skarżącego, że (...) sp. z o.o. przygotowując swoją ofertę założył realizację całości zamówienia, tj. zarówno jego części podstawowej jak i opcjonalnej. Przekonane to nie ma jednak najmniejszego oparcia ani w treści oferty (...), ani w prezentowanym przez niego stanowisku.

Z powyższym, tj. z brakiem obowiązku zamawiającego realizacji prawa opcji powiązana jest argumentacja skarżącego skazująca na wadliwość kalkulacji ceny oferty (...), gdyż zakłada ona realizację całości zamówienia, tj. zarówno zamówienia podstawowego, jak i całego zamówienia objętego opcją. Skarżący wskazywał, że właśnie w taki sposób skonstruowana została cena oferty (...), jak i jej poszczególne części składowe. Tymczasem nic takiego z oferty nie wynika, w szczególności do takiego wniosku nie może prowadzić to, że zarówno w zamówieniu podstawowym jak i opcjonalnym cena karty USIM określona została na taką samą kwotę 0, 10 zł. Ta część argumentacji skarżącego jest o tyle bezzasadna, że poza szerokimi rozważaniami skargi, jakoby (...) przygotowując ofertę założył, że wykona również część zamówienia objętego opcją,

skarżący przekonująco nie wyjaśnił na czym opiera swoje przekonanie w tym zakresie. Sama treść oferty, ani wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, czy przebieg postępowania odwoławczego w żadnym razie nie potwierdzają stanowiska, że oferta (...) oparta została na założeniu wykonania całości zamówienia, w tym również część objętą opcją. Co więcej stanowisko (...) konsekwentnie prezentowane w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia, w postępowaniu odwoławczym jak i odpowiedzi na skargę w żadnym razie tego nie potwierdza.

Na marginesie zwrócić należy uwagę, że gdyby rzeczywiście było tak jak sugeruje to skarżący i (...), kalkulując cenę oferty założył, że zrealizuje całość zamówienia, tj. zarówno jego część podstawową jak i opcjonalną, to działał by na swoją niekorzyść. Abstrahując od okoliczności niniejszej sprawy, zasady logiki i doświadczenia życiowego podpowiadają, że cena jednostkowa przy zamówieniu 1, 25 mln kart USIM powinna być niższa niż, przy zamówieniu 0,5 mln kart. Dlatego gdyby (...) przygotowując ofertę przyjął ceny kart USIM dla zamówienia podstawowego, przy założeniu, że dostarczy 1,25 mln kart, tj. że zrealizuje również opcje, narażałby się na ryzyko strat, gdyby zamawiający opcji nie zrealizował.

Kluczowym jednak argumentem, który uzasadniać miał zarzut numer dwa odwołania było rzekome przerzucenie kosztów kart USIM objętych prawem opcji z do kosztów i wyceny zamówienia podstawowego. W tym zakresie argumentacja przedstawiona zarówno w odwołaniu jak i skardze zasługiwała na aprobatę i gdyby dowodzącemu (skarżącemu) udało się wykazać, że (...) sp. z o.o. rzeczywiście przerzucił część kosztów z opcji do zamówienia podstawowego, można byłoby rozważać tak skonstruowaną ofertę jako czyn nieuczciwej konkurencji, ewentualnie jako niezgodną z warunkami zamówienia, czy zawierającą błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Niewątpliwie bowiem przerzucenie kosztów opcji do zamówienia podstawowego uznać należy za praktykę niedopuszczalną i w tej części podzielić należy stanowisko przedstawione przez skarżącego. Poza argumentacją przedstawioną w skardze, konstrukcja oferty zakładająca przerzucenie kosztów opcji do zamówienia podstawowego wprost naruszałaby zasadę postępowania o udzielenie zamówienia sformułowaną w art. 16 pkt 1) p.z.p. **Skarżący przerzucenia kosztów zakupu kart USIM w ramach zamówienia opcjonalnego do kosztów zamówienia podstawowego jednak nie wykazał**, a jak to już kilkakrotnie podkreślano to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Na wstępie podkreślić należy, czego nie chciał dostrze skarżący, że cena zakupu kart USIM w ramach zamówienia opcjonalnego wskazana w pozycji nr 5 Formularza Cenowego **jest dokładnie taka sama jak cena zakupu kart USIM w ramach zamówienia podstawowego wskazana w pozycji nr 2 Formularza Cenowego**. Z porównania tego wynika zatem, że z całą pewnością nie doszło do ukrycia części kosztów zakupu kart USIM będących przedmiotem opcji, w kosztach zakupu kart USIM będących przedmiotem zamówienia podstawowego.

Rozważyć zatem należało czy postępowanie dowodowe przeprowadzone w niniejszej sprawie pozwala przyjąć, że koszt zakupu wszystkich kart USIM, tj. zarówno tych przewidzianych dla zamówienia podstawowego, jak i tych, które mogły być nabyte w ramach opcji, w sposób niedopuszczalny przeniesiony został do kosztów wdrożenia, czy też innych kosztów, które ponoszone miały być na wstępnym etapie realizacji umowy. Przy czym przeniesienie takie, nawet gdyby do niego doszło, aby mogło być uznane za niedopuszczalne, musiało by być sprzeczne z dokumentami zamówienia, w szczególności zaś z SWZ.

W tym zakresie zdaniem sądu zamówień publicznych na pełną aprobatę zasługuje argumentacja przedstawiona przez wykonawcę (...) sp. z o.o. w odpowiedzi na skargę. Przy czym argumentacja ta zaakceptowana została przez zamawiającego w ramach oceny złożonych ofert, a następnie przez Krajową Izbę Odwoławczą, która oddaliła odwołanie (...) S.A.

Jak to wyjaśnił (...) sp. z o.o., skarżący nie miał racji podnosząc w skardze, że funkcją platformy jest jedynie zapewnienie możliwości aktywacji kart USIM należących do zamawiającego i realizacji usług telekomunikacyjnych w ramach trwającej subskrypcji, którą rozpoczyna aktywacja każdej zakupionej przez zamawiającego na własność karty USIM. Zdaniem (...) treść skargi wskazuje, że przygotowanie platformy (...) do obsługi kart USIM zamawianych przez Zamawiającego niczym nie różni się od przygotowania sieci dla innych kart SIM, a wszystkie usługi są rzekomo zawarte w karcie USIM. Tymczasem jest to całkowicie sprzeczne z tym projektem z następujących względów:

- jest to dedykowany produkt z dedykowanym IMSI, dedykowanymi APNami, dedykowanymi łączami i routerami;
- należy przygotować i zakupić dedykowany algorytm szyfrujący;
- należy przygotować i wdrożyć platformę (...) do obsługi poprzez API/internet przez Konsultantów Zamawiającego;
- należy zapewnić brak jakichkolwiek innych usług niż te wskazane przez Zamawiającego;
- należy przygotować i wdrożyć dedykowany Profil elektryczny i graficzny dla kart USIM;
- należy zapewnić możliwość migracji tych kart USIM;
- należy przygotować wymaganą pojemność dla tych dedykowanych usług (do 1,25 min kart USIM);
- należy całość rozwiązania przetestować i przygotować Zamawiającego (warsztaty).

Wszystkie powyższe są kosztami startowymi/kosztami platformy, a nie kosztem kart USIM. Karty USIM stanowią jedynie element, który będzie (ale nie musi) być obsługiwany przez tę szczególną platformę.

Dalej (...) zwrócił uwagę, że przytoczone argumenty dotyczące:

- a. dedykowanego profilu elektrycznego,
- b. dedykowanego algorytmu szyfrującego,

c. możliwość migracji do sieci Zamawiającego

nie mają nic wspólnego z ceną karty USIM, ale tylko z kosztem platformy (...), gdyż samo określenie tych elementów/parametrów wpływa właśnie na funkcjonowanie platformy (...). Kupując karty USIM (...) nie ponosi z tego tytułu żadnych dodatkowych kosztów a ponosi je budując odpowiednią dla nich platformę. Warto zauważyć, że koszt profilu elektrycznego oraz algorytmu szyfrującego są kosztami jednorazowymi. Późniejsze ewentualne zmiany są kosztem pomijalnym. Z wieloletniego doświadczenia (...)u wynika, że dostawcy takie niewielkie zmiany profili oferują „w cenie”, a zmiana profilu nie jest zjawiskiem niespotykanym w obsługiwanych obecnie przez (...) projektach.

W skardze można przeczytać, że „Po zbudowaniu sieci GSM Zamawiającego, będzie on mógł nabyć karty USIM bezpośrednio od producenta, na podstawie odrębnych umów, wykorzystując jednocześnie licencję na oprogramowanie do kart USIM udzieloną mu przez wykonawcę w ramach niniejszego Postępowania”. Potwierdza to jedynie prawidłowość założenia przyjętego przez (...), że koszty licencji stanowią koszt ponoszony na początku realizacji umowy bez względu na to, czy Zamawiający zamówi 500 000 kart USIM czy zamówi ich 1 000 000 sztuk. Wykonawca udzieli Zamawiającemu licencji jednorazowo, bez względu na ostateczny zakres zamówienia. Trudno zatem uznać, że cena licencji powinna być podzielona na 1250 000 i wliczona w cenę każdej jednej karty USIM. Umożliwienie migracji nie wiąże się z jakimikolwiek specjalnymi ustawieniami na karcie USIM - tylko ze skomplikowanymi ustawieniami w sieci (...), które są związane bezpośrednio z oprogramowaniem platformy (...). (...) musi bowiem przystosować do migracji właśnie własną sieć przez odpowiednie oprogramowanie/aplikacje, które będą stanowić element platformy (...). Sieć (...) będzie musiała zostać przystosowana do odpowiedniej obsługi tych wydzielonych IMSI Zamawiającego, tak by było możliwe przeniesienie tych subskrypcji do innej sieci, tj. sieci LTE450. Największy koszt to koszt platformy (...). (...) sam potwierdza, że może być wymagana pojemność nawet 1,25 min subskrypcji i tak należy zwymiarować platformę (...). Platforma o mniejszej pojemności nie będzie spełniać wymagań Zamawiającego i nie będzie mogła być przez niego odebrana. Przykładowo profil elektryczny, klucze szyfrujące, IMSI, numer seryjny karty USIM, PIN, PUK będą również implementowane po stronie platformy (...), tak by te karty USIM mogły w ogóle działać z platformą (...). Platforma (...) i karty USIM stanowią naczynia połączone i trudno zapewnić działanie kart USIM bez odpowiedniego przygotowania w tym celu platformy. Przygotowanie platformy (...) następuje zaś na początkowym etapie projektu. Zamawiający mógł przyjąć inne rozwiązanie, tj. mógł przewidzieć pojemność platformy (...) na poziomie 500 000 aktywowanych kart USIM w ramach zamówienia podstawowego oraz możliwość jej rozbudowy o kolejne partie kart USIM na etapie prawa opcji. Zamawiający wymagał jednak, aby platforma miała maksymalną pojemność już na I wstępnym etapie.

Argumentacja (...) sp. z o.o. wygląda bardzo przekonująco i została zaakceptowana przez zamawiającego, który nie dopatrył się wadliwości tak skonstruowanej oferty.

Podkreślić należy, że przyjęcie przez skarżącego (...) S.A. innych założeń przy formułowaniu oferty, niż te przyjęte przez (...), nie muszą przesądzać o tym, że oferta (...) narusza wskazane w ramach zarzutu numer dwa odwołania przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5), 7) i 10) ustawy p.z.p. i powinna zostać odrzucona. Do puki bowiem skarżący nie wykaże, że oferta ta przepisy te narusza, a naruszenia tego nie dopatrył się też zamawiający, brak podstaw do jej odrzucenia. Zwrócić należy uwagę, że nie ma jednego wiążącego sposobu konstruowania przez wykonawców oferty i rozbieżności pomiędzy ich założeniami, jeżeli pozostają w granicach ustawy p.z.p. i zgodne są wymaganiami zamówienia, nie tylko nie są niczym złym, ale są zjawiskiem typowym i normalnym.

Analizując zasadność zarzutu opartego na rzekomym przeliczeniu części kosztów zamówienia opcjonalnego do kosztów zamówienia podstawowego, nie sposób pominąć okoliczności, na którą uwagę zwrócił też zamawiający w odpowiedzi na skargę. Otóż słusznie zauważył on, że jego interes chroniony jest również przez to, że oferta skarżącego w zakresie świadczenia podstawowego **jest droższa** niż oferta (...) sp. z o.o. Oferta (...) sp. z w zakresie zamówienia podstawowego jest bowiem o ponad milion zł tańsza od oferty skarżącego. Porównanie ofert obu wykonawców w zakresie zamówienia podstawowego, pośrednio podważa zatem forsowaną przez skarżącego tezę, że (...) sp. z o.o. przeliczył (alokował) część kosztów zamówienia opcjonalnego do kosztów zamówienia podstawowego. Gdyby rzeczywiście tak było, oferta (...) w zakresie zamówienia podstawowego powinna być bowiem wyższa niż oferta skarżącego, tymczasem jest o przeszło milion zł niższa. Z tego powodu, nawet gdyby rzeczywiście do niej doszło, zamawiający nie poniósłby negatywnych skutków alokacji części kosztów realizacji zamówienia opcjonalnego w ramach zamówienia podstawowego.

W tym miejscu wypada się odnieść do najmocniej chyba eksponowanego przez skarżącego argumentu, który świadczyć miał o tym, że przygotowując ofertę (...) sp. z o.o. przeliczył (alokował) część kosztów zakupu kart USIM, które miały zostać zamówione w ramach opcji do kosztów zamówienia podstawowego. Czy wręcz, że część kosztów zakupu wszystkich kart USIM zakwalifikowana została jako koszty wdrożenia platformy (...). Podnosząc ten zarzut skarżący powoływał się na stanowisko (...), który w jego opinii przyznał, że dokonał alokacji kosztów zakupu kart USIM do kosztów realizacji zamówienia podstawowego. Tymczasem, co należy z całą mocą podkreślić, to (...), owszem przyznał, że dokonał alokacji kosztów, ale jedynie „**rezerwacji kart**”, czy też procesorów będących ich elementem. Być może wywód w tym zakresie przedstawiony przez (...) w trakcie rozprawy przed KIO nie jest wystarczająco precyzyjny, choć i z niego ponad wszelką wątpliwość wynika, że alokacja dotyczyła jedynie kosztów rezerwacji kart, a nie ich zakupu. W tym zakresie odwołać należy się do stanowiska jakie

przedstawił (...) w odpowiedzi na odwołanie, gdzie w sposób jasny i jednoznaczny wskazał, że: *„Nie sposób także zgodzić się z odwołującym, że oferta (...) jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jak już wcześniej wskazano, Przystępujący nie wkalkulował w cenę zamówienia podstawowego kosztu fizycznego zakupu kart USIM. Wkalkulowane zostały koszty związane z zapewnieniem pojemności Platformy (...) oraz rezerwacji kart USIM w wolumenie określonym przez zamawiającego.”* Zacytowane fragment odpowiedzi na odwołanie (...) sp. z o.o. najlepiej oddaje stanowisko konsekwentnie prezentowane przez tego wykonawcę w toku całego postępowania począwszy od wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowanych do zamawiającego, na odpowiedzi na skargę kończąc. W tym miejscu jeszcze raz odwołać należy się do cytowanego już fragmentu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdzie (...) wskazał, że *„W celu zaproponowania dla Zamawiającego jak najkorzystniejszej ceny realizacji zamówienia, a z drugiej strony zapewnienia sobie odpowiedniej marży, Wykonawca uwzględnił w ofercie alokację kosztów zarezerwowania 1,25 mln kart USIM u producenta oraz pojemności dla tych 1,25 mln kart SIM na początku kontraktu. To pozwoliło (...) na zaproponowanie atrakcyjnej ceny zakupu 1 kart USIM dla Zamawiającego w czasie trwania Zamówienia, która pokrywać ma koszty logistyki, „plastiku”, różnic w kursie wymiany Euro/PLN. Dzięki temu Wykonawca jest w stanie zaproponować atrakcyjną cenę karty SIM dla Zamawiającego.”* Wyjaśnienia te potwierdzają, że rezerwacja kart USIM w pełnym wolumenie, tj. zarówno co do zamówienia podstawowego jak i opcji na wstępnym etapie realizacji umowy była racjonalną i rozsądną decyzją biznesową, która nie tylko pozwoliła zapewnić harmonijne dostawy kart w terminach przewidzianych w PPU, ale również zapewnić atrakcyjną cenę, którą ostatecznie ponieść będzie musiał zamawiający. Trudno zatem nie zgodzić się ze stanowiskiem (...) zaakceptowanym przez zamawiającego i następnie Izbę, że koszty **rezerwacji** (a nie nabycia) kart USIM powinny być poniesione na wstępnym etapie realizacji umowy.

Nie znajdują zatem oparcia w materiałach postępowania twierdzenia skarżącego, a wręcz są lekkim nadużyciem z jego strony, twierdzenia, że (...) alokował (przerzucił) część kosztów **zakupu** kart USIM do kosztów wykonania zamówienia podstawowego, czy też wdrożenia.

Przekonujące są też przedstawione przez wykonawcę (...) w odpowiedzi na skargę wyjaśnienia pojęcia „plastik”, którym tak chętnie posługuje się skarżący w skardze. Wynika z nich, że użyte przez (...) sformułowanie dotyczące ceny „plastiku” oznacza wyłącznie część ceny za element plastikowy karty nie uwzględniając ceny za mikroprocesor. (...) stanowczo zaprzeczył jakoby w cenie w pozycji 2. i 5. uwzględnił tylko koszt części plastikowej karty a nie uwzględnił części z mikroprocesorem. Wskazał, że cała „fizyczna” karta została wkalkulowana w cenę pozycji 2. i 5 (tj. zarówno część plastikowa jak i część z kompletnym mikroprocesorem). Pojęcie „plastik” odnosi się do całej karty USIM, i jest powszechnie stosowanym zwrotem dla tego typu kart USIM. Podkreślić należy, że na rynku funkcjonują obecnie: dwa rodzaje kart USIM, tj. karty

„plastikowe” oraz karty e-sim. Dlatego wszelkie twierdzenia (...), jakoby (...) wliczył w cenę wdrożenia platformy (...) koszty działających mikroprocesorów są nieprawdzie i nieuprawnione.

Stanowisko konsekwentnie prezentowane przez (...) sp. z o.o. w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie w toku postępowania odwoławczego i skargowego nie pozwalało zatem przyjąć by przyznał on, że alokował (przerzucił) część kosztów **zakupu** kartu USIM z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego, czy wręcz do kosztów wdrożenia. (...) jasno bowiem wskazywał, że chodzi nie o koszty zakupu, a koszty **rezerwacji** kart i wyjaśniał, że koszty zakupu miały być poniesione odpowiednio dla kart z zamówienia podstawowego na etapie realizacji zamówienia podstawowego, a dla kart z zamówienia opcjonalnego, po skorzystaniu przez zmwawiającego z prawa opcji, na etapie jego realizacji. Tym, skoro brak podstaw by przyjąć, że (...) przyznał, że część kosztów zakupu kart USIM z zamówienia opcjonalnego przerzucił do zamówienia podstawowego, **to odwołujący** okoliczność tą, tj. że do takiego przerzucenia doszło, **obowiązany był wykazać**. Jak to już omówiono na wstępie stosowanie do treści art. 534 ust. 1 p.z.p. oraz art. 535 p.z.p. ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym. Skoro zatem odwołujący (...) S.A. twierdził, że (...) dokonał alokacji części kosztów zakupu kart USIM, to okoliczność tą powinien wykazać, a w braku tego wykazania, to odwołujący (skarżący) ponosi negatywne konsekwencje z tym związane w postaci oddalenia odwołania.

Wyżej przedstawione rozważania nie potwierdzają zatem by oferta złożona przez (...) sp. z o.o. mogła być uznana za czyn nieuczciwej konkurencji i odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) p.z.p. Pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowane zostało w art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2022 r., poz. 12331). Zgodnie z tym przepisem *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.* (ust. 1). *Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi* (ust. 2).

Skarżący przyznał w skardze, że zarzucane (...) zachowanie nie mieści się w katalogu czynów nieuczciwej konkurencji opisanych w art. 3 ust. 2 u.z.n.k. Zaznaczył jednocześnie, że katalog ten jest jedynie przykładowy i nie wyczerpuje wszystkich zachowań mających znamiona



czynów nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji ma charakter otwarty. Ze stanowiskiem tym należy się zgodzić. Miał bowiem rację skarżący, że można sobie wyobrazić zachowanie, które nie mieszcząc się w katalogu wymienionym w art. 3 ust. 2 p.z.p. będzie mogło być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie ust. 1 tego przepisu.

Zdaniem skarżącego czyn nieuczciwej konkurencji stanowić miała alokacja części kosztów zakupu kart USIM, które miały być objęte zamówieniem opcjonalnym w ramach zamówienia podstawowego. Stanowi to nieuprawnioną manipulację ceną, jest niezgodne z prawem, narusza zasadę lojalności wobec kontrahenta i w konsekwencji czyn nieuczciwej konkurencji. Zaproponowany przez (...) sposób kalkulacji ceny powoduje, że mamy do czynienia jedynie z iluzorycznym prawem opcji. Takie przerzucanie kosztów opcji do zamówienia podstawowego jest niedopuszczalne, zaś przedstawiona przez (...) wyjaśnienia w tym zakresie za niewystarczająca. Takie ukształtowanie cen w ofercie (...) jest manipulacja cenową, gdyż zawiera fikcyjne ceny jednostkowe. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez odwołującego na poparcie tezy, że sposób kalkulacji ceny w ofercie (...) był czynem nieuczciwej konkurencji wskazać należy, że można by się z nią zgodzić i w pewnych szczególnych okolicznościach zachowanie tego wykonawcy tak jak je prezentował odwołujący (skarżący) mogłoby być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Niemniej co należy po raz kolejny podkreślić odwołujący (skarżący) **nie wykazał**, że cena oferty (...) ukształtowana została w taki sposób jak to zostało opisane w odwołaniu (skardze). W szczególności odwołujący nie wykazał, że jakiegokolwiek elementy ceny zakupu kart USIM z zamówienia opcjonalnego przerzucone zostały do zamówienia podstawowego – w obu częściach zamówienia cena zakupu kart USIM jest taka sama. Odwołujący nie wykazał, że uwzględnienie wskazanych w odwołaniu wydatków, w tym kosztów rezerwacji kart USIM, czy procesorów do tych kart było niezasadne i nieuprawnione. W konsekwencji odwołujący nie wykazał, że cena zakupu kart USIM w zamówieniu czy to podstawowym, czy opcjonalnym jest ceną fikcyjną, nierealną, niemożliwą do uzyskania na rynku. Zwrócić należy uwagę, że zarówno na aprobatę zamawiającego, Izby jak i sądu zamówień publicznych, zasługiwał argumentacja wykonawcy, który wyjaśnił uwzględnienie poszczególnych wydatków w ramach kosztów wdrożenia, w tym przekonująco uzasadnił zawarcie w tych kosztach również kosztów rezerwacji kart. I tu po raz kolejny raz zwrócić należy uwagę, że czym innym były koszty zakupu tych kart.

Wobec nie wykazania przez odwołującego (skarżącego) okoliczności, które jego zdaniem miały uzasadniać odrzucenie oferty (...) jako wypełniającej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) p.z.p. nie mógł zasługiwać na uwzględnienie.

Podobnie trudno przyjąć by treść oferty (...) sp. z o.o., w tym pozycje zawarte w Formularzu Cenowym były niezgodne z warunkami zamówienia. Jak to już wyjaśniono odwołujący (skarżący) nie wykazał forsowanych przez siebie też jakoby (...) przygotowując ofertę

dopuszczył się niedopuszczalnego przerzucenia części kosztów wykonania zamówienia opcjonalnego do ceny zamówienia podstawowego, nie uwzględnił opcjonalnego charakteru części zamówienia, czy innych niedopuszczalnych, niezgodnych z warunkami zamówienia manipulacji cenowych. **Podkreślić należy, że inne założenia, inna kwalifikacja poszczególnych wydatków niż przyjął to skarżący, nie oznacza samo przez się, że oferta (...) była niezgodna z warunkami zamówienia.** Brak zatem było również podstaw by ofertę (...) odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p.

Z przedstawionych już względów nie sposób zgodzić się z odwołującym (skarżącym), że oferta (...) zawierała błędy w obliczeniu lub kosztu. Skarżący zdaje się traktować przyjęty przez samego siebie sposób skalkulowania kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i jego poszczególnych elementów wyodrębnionych w Formularzu Cenowym, jako jedynie słuszny i właściwy. Tymczasem tak nie jest i każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu może cenę oferty i jej części składowych określić według własnych założeń, byleby oferta ta odpowiadała warunkom zamówienia i nie zawierała błędów w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak się zaś wydaje odwołujący (skarżący) domagając się odrzucenia oferty (...) za punkt wyjścia przyjął nie tyle dokumentację zamówienia i wynikające z niej oczekiwania zamawiającego, ile przyjęty przez siebie sposób konstrukcji oferty i wynikające z tego koszty jej poszczególnych części składowych. Za prawidłowy uznać jednak należy sposób oceny ofert przyjęty przez zamawiającego oraz izbę, gdzie punktem odniesienia jest nie oferta konkurencyjnego wykonawcy, a dokumentacja przetargowa.

Słusznie uznała zatem Izba, że na uwzględnienie nie zasługiwał drugi zarzut odwołania. Brak bowiem podstaw by przyjąć, że oferta (...) sp. z o.o. może być uznana za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oferta ta, a w szczególności kalkulacja cen zawartych w poszczególnych pozycjach Formularza Cenowego odpowiada warunkom zamówienia. Nie sposób też w ofercie (...) doszukać się tego typu wadliwości, niekonsekwencji czy niespójności, które pozwalałyby przyjąć, że cena oferty lub jej poszczególne elementy zawierały błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Bezzasadny był też trzeci zarzut odwołania i argumentacja podniesiona w tym zakresie w skardze oceny tej nie może zmienić.

W ramach trzeciego zarzutu odwołujący podnosił, że oferta wykonawcy (...) sp. z o.o. w zakresie wartości kosztów pracy konsultanta zakłada wynagrodzenie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zdaniem odwołującego (...) zaoferował cenę za roboczodzień pracy konsultanta obejmujący 8 godzin w wysokości 100 zł netto, podczas gdy uwzględnienie minimalnej stawki godzinowej lub

minimalnego wynagrodzenia za pracę skutkuje powstaniem kosztu pracy przewyższającego 100 zł netto, co stanowi naruszenie art. 224 ust. 3 pkt 4) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) p.z.p. i jest niezgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Odnosząc się do tego zarzutu sięgnąć należy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę (...) dnia 16 października 2023 r. Wykonawca wyjaśnił tam, „*że cena za roboczodzień uwzględnia to, że konsultanci to pracownicy (...), którzy będą pracować na rzecz Projektu wykonywać w trakcie swoich służbowych obowiązków, przy okazji innych prac zleconych przez pracodawcę. Oznacza to, że nie będzie potrzeby zatrudniania żadnych dodatkowych zasobów (konsultantów spoza (...)), którzy byliby dedykowani wyłącznie do realizacji przedmiotu Zamówienia. (...) wskazuje ponadto, że dzięki organizacji pracy, nie musi przewidywać żadnych nadgodzin dla pracowników, którzy zapewnią szkolenia/warsztaty/inne prace dla Zamawiającego. (48) Zakres prac obejmujących pracę konsultantów (konfiguracja APN, modyfikacje prywatnego APN, warsztaty techniczne) są czynnościami powtarzalnymi, zstandaryzowanymi częściowo zautomatyzowanymi, które zajmują niewiele czasu i koszt i czas ich realizacji jest bardzo krótki. Wykonawca posiada odpowiednio przeszkoloną kadrę a także materiały niezbędne do przeprowadzenia warsztatów technicznych, stąd nie są potrzebne dodatkowe koszty związane z np. przygotowaniem prezentacji itp.*”

Wyjaśnienia te zaakceptował zamawiający. Dostrzegł on bowiem, że przyjmując założenia przedstawione w wyjaśnieniach, zostanie on obciążony kosztami pracy konsultanta, które odpowiadają rzeczywiście wykonanej pracy na rzecz zamawiającego, nie mając woli ponoszenia kosztów pozostawiania konsultanta w gotowości do świadczenia usług na rzecz zamawiającego, w tym kosztów odpowiadających realizowaniu pracy przez konsultanta na rzecz podmiotów trzecich w trakcie dostępności dla zamawiającego.

Tak też podeszła do kosztów pracy konsultanta Izba. Przyjęła ona, że skoro cena za roboczodzień pracy konsultanta wyliczona została przez (...) w oparciu o założony czas zaangażowania personelu w realizację przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, który jest niższy niż wymiar czasu pracy danego pracownika, to brak podstaw do przyjęcia, że naruszone zostały przepisy dotyczące ustalenia minimalnego wynagrodzenia czego jedyną przesłanką jest proste przeliczenie ceny ofertowej za roboczogodzinę i 8 godzin pracy.

Takie podejście do kosztów obciążenia zamawiającego kosztami pracy konsultanta było o tyle uczciwe, że jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny popartych argumentacją przedstawioną w toku postępowania przed Izbą oraz odpowiedzi na skargę, niemal pewnym jest, że konsultanci (...) (poza pewnymi wyjątkami dotyczącymi przeprowadzenia 5 warsztatów technicznych i dodania 15 prywatnych APN), nie będą zaangażowani w pracę dla zamawiającego przez pełne 8 godzin, a nawet gdyby to wykonywali będą równoległe prace dla innych klientów

(...). W takiej sytuacji obciążenie zamawiającego pełnymi kosztami pracy konsultanta za pełen dzień jego pracy, nie miałyby podstaw w rzeczywistości wykonanej pracy. Stąd (...) przygotowując ofertę ustalił koszt dnia pracy konsultanta w oparciu o realny czas jego zaangażowania w prace wykonywaną dla zamawiającego, oparty na własnych dotychczasowych doświadczeniach w realizacji tego typu zleceń. Wyszedł on przy tym z założenia, że obciążenie zamawiającego kosztami pełnego dnia pracy konsultanta, w sytuacji gdy jedynie wyjątkowo konsultant taki rzeczywiście przez pełen dzień pracy świadczył będzie usługi na rzecz zamawiającego byłoby nadużyciem względem zamawiającego, stąd oferta (...) zakładała pozornie niższą stawkę wynagrodzenia konsultanta niż przepisy o minimalnym wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawce godzinowej.

W tym miejscu jeszcze raz odwołać należy się do treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę (...), gdzie zaznaczono, że *„wartość kosztów pracy przyjętych do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Zamówienie będzie wykonywane zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu realizacji, a także zgodnie z przepisami z zakresu ochrony środowiska.”*

Podsumowując stwierdzić należy, że kalkulując ofertę i w jej ramach koszt Dnia Pracy Konsultanta w części opcjonalnej zamówienia, wykonawca (...) sp. z o.o. nie naruszył przepisów dotyczących kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Mimo, że cena tej części przedmiotu zamówienia, w wysokości 100 zł netto, wydaje się nie uwzględniać wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej i być od nich niższa, to zwrócić należy uwagę, że cena a został ustalona przy założeniu, że konsultant będzie świadczył usług na rzecz zamawiającego jedynie przez część dnia pracy. **Stąd to nie stawki wynagrodzenia nie odpowiadały minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, ale przyjęto, że dzień pracy konsultanta będzie krótszy niż 8 godzin.** Nie sposób zatem przyjąć by oferta wykonawcy (...) sp. z o.o. była niezgodna z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę albo minimalnej stawce godzinowej (art. 226 ust. 1 pkt 3) p.z.p.

W Formularzu Cenowym zamawiający oczekiwał wskazania ceny dla 100 roboczodni pracy konsultanta, które powinny się przełożyć na 800 godzin pracy konsultanta. Wynika to

wprost z pkt 2.7 Opisu Przedmiotu Zamówienia, gdzie zamawiający wskazał, że dzień pracy należy rozumieć jako 8 godzinny dzień pracy konsultanta. Tym samym w ramach każdego zamówionego robocznodnia zamawiający oczekiwał zapewnienia konsultanta do wykonywania prac przewidzianych w SWZ przez pełne 8 godzin. Mógł mieć zatem w tym zakresie rację skarżący, podnosząc w skardze, że przyjmowane przez (...) sp. z o.o. do wyceny dnia pracy konsultanta, że konsultant nie będzie realizował prac przewidzianych przez zamawiającego w SWZ przez 8 godzin, ale wykonywał w czasie zamówionym i opłaconym przez zamawiającego inne zdania służbowe, jest niezgodne z wymogami dokumentów zamówienia. Skarżący sam zatem przyznaje, że ustalenie wysokości wynagrodzenia za dzień pracy konsultanta tak jak to zrobił (...), tj. przy założeniu, że konsultant nie będzie pracował na rzecz zamawiającego przez całe 8 godzin, mogłoby być uznane za niezgodne z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p.. W kontekście wyceny dnia pracy konsultanta skarżący zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. jednak nie podniósł. Skarżący zarzucił zaś co innego, mianowicie, że oferta wykonawcy w tej części narusza przepisy ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę albo minimalnej stawce godzinowej (art. 226 ust. 1 pkt 3), ten zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Z przedstawionych względów, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, skargę tą oddalił.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obciążając obowiązkiem ich zwrotu skarżącego (...) S.A. w W., którego skarga została w całości oddalona, na rzecz przeciwnika skargi (...) sp. z o.o. w W. oraz zamawiającego (...) S.A. w W.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez przeciwnika skargi – (...) sp. z o.o. oraz zamawiającego – (...) S.A. sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentujących ich radców prawnych w kwocie po 3 600 zł ustalonego na podstawie § 14 ust. 2a pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U z 2023 r., poz. 1935 ze zm.).

*SSO Monika Skalska*

*SSO Andrzej Sobieszczęński*

*SSO Andrzej Sobieszczęński*