

Sygn. akt: XXIII Zs 13/23

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2023 r.

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

Przewodniczący:	sędzia Aleksandra Komór
Protokolant:	sekr. sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 9 marca 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

przeciwnika skargi (...) spółki akcyjnej w W.

zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych spółki akcyjnej w W.

na skutek skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej w W. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 27 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3120/22

1. oddala skargę;

2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej w W. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. 3600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem kosztów postępowania skargowego.

Aleksandra Komór

Sygn. akt XXIII Zs 13/23

## UZASADNIENIE

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych spółka akcyjna w W. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zestawienie i utrzymanie łączy WAN”. Postępowanie przetargowe prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca – (...) spółka akcyjna w W. (dalej jako „Odwołujący”) wniosła odwołanie wobec niezgodnych z przepisami prawa zamówień publicznych czynności/zaniechań Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej jako „Zamawiający”), polegających na:

1.1. zaniechaniu odrzucenia oferty (...) S.A, jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

1.2. błędnej ocenie oferty i wyjaśnień (...) oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty (...) jako oferty sprzecznej z warunkami zamówienia;

1.4. zaniechaniu odrzucenia oferty (...) jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

2. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

2.1. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2.2. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień (...) złożonych w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2.3. art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), jako oferty sprzecznej z warunkami zamówienia;

2.4. art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

3. Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

3.1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,

3.2. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez (...) jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, oferty sprzecznej z warunkami zamówienia oraz oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

3.3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, a także obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Wyrokiem z dnia 27 grudnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu Odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2022 r. w pkt. 1 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała Zamawiającemu ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty przystępującego po stronie zamawiającego, w pkt. 2 kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego i w pkt. 2.1. Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a w pkt. 2.2. zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie zawnioskowanych i przeprowadzonych na posiedzeniu oraz rozprawie dowodów wnioskowanych przez strony i uczestnika, dokonała ustaleń w sprawie, dokonując oceny argumentacji stawających w sprawie, które stanowiły podstawę uwzględnienia odwołania.

Dalej Izba wskazała, że przedmiotem Zamówienia są usługi pn. „Zestawienie i utrzymanie łączy WAN”, znak postępowania: (...). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz.U. UE z dnia 9.02.2022 r. pod numerem (...).

Co do warunków formalnych odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania, w myśl art.530 Pzp. Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Co do interesu odwołującego we wniesieniu odwołania, w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazano, że Odwołujący miał interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego, odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że podziela stanowisko Odwołującego, przyjmując jego argumentację formalną i prawną za własną/

Zasadniczym przedmiotem sporu było zagadnienie i konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy przystępujący/wykonawca wybrany miał prawo uwzględnić koszt zamówienia opcyjnego (niepewnego) w kosztach zamówienia podstawowego (gwarantowanego), powołując się na ryzyko co do braku pewności udzielenia zamówienia opcyjnego przez Zamawiającego.

W ocenie Izby nie było faktem spornym, na co szczegółowo zwracał uwagę przystępujący na rozprawie, że zamówienie opcyjne jest zobowiązaniem Zamawiającego niepewnym/niegwarantowanym i nie mającym odzwierciedlenia w ewentualnych roszczeniach odszkodowawczych wykonawcy wobec Zamawiającego, w przypadku braku zlecenia zamówienia opcyjnego. W tej sytuacji Izba nie znajdowała usprawiedliwienia do przenoszenia kosztów zamówienia opcyjnego w koszty zamówienia podstawowego czyli gwarantowanego przez Zamawiającego, zawierającego przesłanki do potencjalnych roszczeń odszkodowawczych w stosunku do Zamawiającego jako świadczenia gwarantowanego przez Zamawiającego.

Izba na wniosek Zamawiającego, jak i Przystępującego rozważała zagadnienie czy w kontekście sprawy o sygn. akt KIO 1285/22 w związku z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, Przystępujący posiadał mandat ulokowania kosztów zamówienia opcyjnego w kosztach zamówienia podstawowego. Według Izby po pierwsze z odpowiedzi na odwołanie nie wynikała taka przepustka prawna dla Przystępującego pominiawszy nawet, że Przystępujący cofnął zarzut uznając, Przyznanie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, prawa do umieszczenia kosztów opcji w kosztach zamówienia podstawowego. Bowiem nawet, jak dalej wskazała Izba, gdyby Zamawiający, niezależnie czy przed złożeniem ofert, czy po ich złożeniu dał takie prawo wykonawcom, to byłoby bezprawne zezwolenie dla opcji i obarczone skutkiem nieważności, bądź straciło by przymiot opcji, co miało miejsce przed złożeniem ofert, w przypadku zakupu dwóch ruterów centralnych. W ocenie Izby słusznie odwołujący powoływał się na dyscyplinę finansów publicznych co do nieuzasadnionych wydatków Zamawiającego, a także następnie Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 grudnia 2022 r. odniosła się do art. 442 Pzp. Tak więc Izba podniosła, że słuszna jest argumentacja Odwołującego, że Zamawiający jeżeli by akceptował przerzucanie kosztów zamówienia opcyjnego do zamówienia podstawowego/gwarantowanego, zobowiązany byłby do zapłaty, czy też roszczeń odszkodowawczych za to czego by nie otrzymał, w przypadku nie skorzystania z zamówienia opcyjnego.

Przechodząc do kolejnej argumentacji przystępującego, że Zamawiający żądał określenia jednej ceny za całe zamówienie w tym za prawo opcji, to Izba nie podzieliła tej argumentacji, ponieważ przyjmując ją nastąpiłaby nieuprawniona sfera włączenia zamówienia opcyjnego do zamówienia podstawowego/gwarantowanego.

Dalej, dzielając argumentację Odwołującego Izba podniosła, że wobec przedmiotowego uregulowania opcji, w niniejszym postępowaniu wykonawca miał prawo kalkulacji ryzyka, nie udzielenia w pełnym zakresie i w

maksymalnym czasie dzierżawy urządzeń CPE, ale w części dotyczącej zamówienia opcyjnego, a nie w części zamówienia podstawowego, jak to uczynił Przystępujący. Nawet nie w aktualnie „galopującej” inflacji kryzysu światowego, wycenę 1,23 zł. za dzierżawę miesięcznie jednego urządzenia CPE, w potencjalnie przewidzianym czasie dzierżawy do 42 miesięcy w ilości do 200 sztuk urządzeń CPE miesięcznie, Izba oceniła jako rażąco niską cenę, a właściwie jako brak wyceny.

Dalsze zagadnienie rozważane w procesie odwoławczym to definiowanie przedmiotu zamówienia w kontekście zamówienia podstawowego/gwarantowanego i zamówienia opcyjnego/niegwarantowanego oraz istotnych części składowych kosztu/ceny zamówienia w kontekście ceny globalnej za całość niniejszego zamówienia, jak i zaistnienia skutku zniżenia ceny za zamówienie opcyjne w kontekście całości ceny za zamówienie.

Jak podniosła Izba, stawający podnosili daleko idące propozycje co do tego w jakich okolicznościach Zamawiający w świetle prawa Pzp powinien odrzucić ofertę, sprowadzając argumentację nawet tylko do sytuacji gdy rażąco niska cena/koszt odnosi się do przedmiotu zamówienia, a nie do istotnego elementu składowego ceny lub kosztu. Zasadnicza argumentacja przystępującego w tej kwestii opierała się o okoliczność, że wartość zamówienia opcyjnego w stosunku do zamówienia podstawowego, z przywołaniem oferty przystępującego gdzie wartość opcji wynosiła 0,5% wartości całego zamówienia, a wartość w ofercie odwołującego 1,39% wartości zamówienia i w związku z tym nie jest to istotny element części ceny/kosztu. Niemniej w niniejszej sprawie w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej należało mieć na uwadze, że do kwalifikacji elementu wyceny jako istotnego, ma znaczenie że wycena całkowita zamówienia obejmuje zarówno świadczenie gwarantowane (podstawowe), jak i zamówienie niegwarantowane (opcyjne). O odrębności wyceny dzierżawy, a przez to istotności tego elementu wyceny w całej wycenie przedmiotu zamówienia, świadczy okoliczność, że Zamawiający ma prawo w trakcie 42 miesięcy nie korzystać nawet z jednego urządzenia CPE. Powyższe wynika z faktu, że Zamawiający określił tylko poziomy maksymalny czas do czasu trwania dzierżawy i ilości urządzeń dzierżawionych (do 200 sztuk), a nie określił minimum czy też jakiegokolwiek innej średniej. W związku powyższym Izba podniosła, że nie można Zamawiającego zmuszać do płacenia za to czego nie musi zamówić, powołując się na tzw. ryzyko biznesowe. Dalej Izba stwierdziła, że w zamówieniach publicznych, Zamawiający nie ma prawa obciążać zamówień, tutaj podstawowych, ryzykiem biznesowym zamówień, których nie realizuje, tutaj zamówień opcyjnych. Wobec powyższego Izba odpowiadając na zagadnienie, co należy rozumieć przez istotną część składową ceny lub kosztu to w przypadku niniejszego zamówienia istotną częścią składową ceny brutto według formularza cenowego jest cena lub koszt zamówienia opcyjnego, bez względu jaką jej wysokość ustalili wykonawcy.

Izba podzieliła argumentację odwołania i przywołała elementy, jakie obciążają wykonawcę w przypadku decyzji Zamawiającego, że będzie przez 42 miesiące zamówienia podstawowego żądać dzierżawy 200 urządzeń CPE miesięcznie (zakup sprzętu, dostawa do wskazanej lokalizacji zamawiającego, obsługa personalna techniczna, serwis techniczny). Propozycja Przystępującego czynienia powyższego za 1,23 zł. miesięcznie za jedno urządzenie, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, jest dowodem na to, że ta istotna część składowa, ceny/kosztu jest rażąco niska, a Przystępujący przywołując zresztą na tę okoliczność wyjaśnienia z dnia 26 sierpnia 2022 r. potwierdził, że Zamawiający ma za te dzierżawę (usługę/dostawę) zapłacić w zamówieniu podstawowym. Podsumowując, Izba podniosła, że Przystępujący potwierdził, że ryzyko biznesowe w związku z zamówieniem opcyjnym przerzucił do zamówienia podstawowego, a powinien tym ryzykiem obciążyć zamówienie opcyjne.

Na koniec Izba odniosła się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, że naruszenie przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu nie ma wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 554 ust.1 pkt 1 ) Pzp, ponieważ wliczenie kosztu ceny opcji w koszt zamówienia podstawowego nie zmienia faktu, że oferta przystępującego jest i tak tańsza od oferty odwołującego. Jednakże, jak zostało podniesione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, Izba rozstrzygając przedmiotową sprawę miała na uwadze, że nie należy pomijać naruszenia bezwzględnie obowiązującego prawa, mając na uwadze, że Zamawiający zapłaci mniej w przypadku wyboru oferty Przystępującego, niż oferty Odwołującego. Nie można bowiem pomijać aspektu, że oferta wybrana, nie może naruszać bezwzględnie obowiązującego prawa usankcjonowanego regulacjami art. 226 Pzp.

Podsumowując Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że gdyby Przystępujący nie przeniósł kosztów z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego, to Zamawiający by mniej zapłacił za zamówienie podstawowe, nie mając obowiązku płacenia kosztów opcji w zamówieniu podstawowym.

Izba rozstrzygając sprawę dostrzegła nieuprawnione działania Przystępującego, w związku z wyceną zamówienia ego jako zamówienia publicznego. W związku z powyższym Izba nie znalazła usprawiedliwienia dla praktyki, w zakresie wyceny zastosowanej przez Przystępującego, powołującego się na panujące zwyczaje na rynku usług telekomunikacyjnych, czy też na praktyki samego Odwołującego w innych postępowaniach, na dowód tolerowania subsydiowania skrośnego.

Również Izba nie znalazła podstaw to kształtowania praktyk, że Zamawiający ma prawo płacić za zamówienie (opcja) pomimo, że z niej nie skorzysta, ponieważ takie działanie oprócz tego, że narusza dyscyplinę finansów publicznych to narusza też zasadę uczciwej konkurencji wobec klienta, którym jest w tym postępowaniu Zamawiający.

W związku z powyższym na mocy art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp., Izba uwzględniła odwołanie w całości, orzekając jak w sentencji, orzekając o kosztach stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz Odwołującego od Zamawiającego kwotę 18 600 zł tytułem zwrotu uiszczanego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2022 r. wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (...) S.A w W. oraz (...) sp. z o.o. w W., zaskarżając powyższe orzeczenie w całości oraz zarzucając:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, mające istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez naruszenie zasad swobodnej oceny dowodów oraz dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z zebrany w sprawie materiałem, na skutek pominięcia postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz dokonania ustaleń faktycznych nie mających oparcia w zebrany w sprawie materiale, przez stwierdzenie, że:

1) niedopuszczalne jest uwzględnienie kosztów dotyczących świadczeń objętych prawem opcji w cenie oferty za całość zamówienia publicznego, ponieważ - zdaniem Izby - koszty te powinny być uwzględnione w cenie za prawo opcji, co nie ma oparcia w zebrany w sprawie materiale, a zakaz uwzględnienia kosztów dotyczących świadczeń objętych prawem opcji w cenie oferty nie wynika, ani z przepisów ustawy Pzp, ani z dokumentów zamówienia, ani też z oświadczeń Zamawiającego składanych w toku postępowania,

podczas gdy z pkt 5 SWZ pn. „Opis Sposobu Obliczenia Ceny Oferty”, tj. dokumentu kluczowego dla sposobu obliczenia ceny oferty, wynika jedynie, że cena oferty powinna zawierać wszystkie koszty wykonawcy oraz uwzględniać inne opłaty i podatki wynikające z realizacji umowy a także ewentualne upusty i rabaty oraz

jednocześnie brak jest w dokumentach zamówienia jakichkolwiek szczegółowych wytycznych odnoszących się do sposobu obliczenia ceny, w tym w szczególności za prawo opcji, tj. za Usługi dzierżawy do 200 szt. urządzeń dla połączeń zdalnych, a także jakichkolwiek wytycznych odnoszących się do sposobu obliczenia ceny za pozostałe elementy zamówienia wymienione w pkt 4 Formularza ofertowego pn. Formularz cenowy - takie jak: Usługa utrzymania łączy, Usługa utrzymania łączy MPLS dla (...), Usługa utrzymania łączy MPLS dla (...) i (...), Usługa utrzymania łączy dla laboratorium technologicznego, czy Pakiet 39 voucherów/kredytów (dla 39 osób);

2) z treści oferty Skarżącego wynika, że Zamawiający zapłaci wynagrodzenie za świadczenia objęte prawem opcji w sytuacji, gdy z prawa tego nie skorzysta;

podczas gdy z treści oferty Skarżącego, nie wynika, że Zamawiający zapłaci wynagrodzenie za prawo opcji w sytuacji, gdy z prawa tego nie skorzysta, wręcz przeciwnie - w treści oferty Skarżącego zostały potwierdzone wymagania Zamawiającego określone w dokumentach zamówienia, w tym warunki odnoszące się do zapłaty wynagrodzenia z tytułu realizacji prawa opcji obliczanego za rzeczywistą liczbę urządzeń dzierżawionych przez Zamawiającego, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1.3 oraz § 8 ust. 4 projektowanych postanowień umowy oraz zgodnie z pkt 5.9 SWZ, co Skarżący potwierdził w pkt 1.2, 1.3, 3.1 oraz 3.3 Formularza ofertowego, zobowiązując się do wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ oraz projektowanych postanowieniach umowy, a co oznacza, że Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia za rzeczywistą liczbę urządzeń wydzierżawionych w ramach prawa opcji,

- co w ocenie Skarżącego skutkowało błędem w ustaleniach faktycznych stanowiących podstawę rozstrzygnięcia Izby i miało istotny wpływ na wynik sprawy, ponieważ dokonanie przez Izbę prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, tj. ustalenia, że:

a) w przedmiotowym postępowaniu, w świetle dokumentów zamówienia, dopuszczalne było uwzględnienie kosztów dotyczących świadczeń objętych prawem opcji w cenie oferty za całość zamówienia publicznego, oraz

b) w przedmiotowym postępowaniu, w świetle treści oferty złożonej przez Skarżącego, Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia za rzeczywistą liczbę urządzeń wydzierżawionych w ramach prawa opcji;

2. naruszenie art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczenia woli Skarżącego złożonego w treści oferty Skarżącego bez uwzględnienia okoliczności, w których oświadczenie Skarżącego zostało złożone, poprzez ustalenie jako wyniku tej wykładni, iż Skarżący zaoferował spełnienie świadczeń objętych prawem opcji niezgodnie z warunkami zamówienia, ponieważ Zamawiający byłby zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia za świadczenia objęte prawem opcji w sytuacji, gdy z prawa tego nie skorzysta,

podczas gdy z wykładni treści oferty Skarżącego, wprost wynika, że Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia za rzeczywistą liczbę urządzeń wydzierżawionych w ramach prawa opcji, tj. zgodnie z warunkami zamówienia, w szczególności zaś z § 2 ust. 1 pkt 1.3 oraz § 8 ust. 4 projektowanych postanowień umowy, oraz zgodnie z pkt 5.9 SWZ, co Skarżący potwierdził w pkt 1.2, 1.3, 3.1 oraz 3.3 Formularza ofertowego, zobowiązując się do wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ oraz projektowanych postanowieniach umowy,

ponadto taki wynik wykładni, tj. że Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia za rzeczywistą liczbę urządzeń wydzierżawionych w ramach prawa opcji, zwłaszcza jest uprawniony, jeżeli się weźmie pod uwagę okoliczności w jakich zostało złożone oświadczenie Skarżącego, tj. złożenie oferty, której treść w istocie sprowadza się do potwierdzenia warunków zamówienia szczegółowo opisanych nie w ofercie, lecz w dokumentach zamówienia, a wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu składali swoje oświadczenia z wykorzystaniem Formularza ofertowego opracowanego przez Zamawiającego i stanowiącego załącznik do SWZ. Stąd też przyjęcie przez Izbę, iż Skarżący zaoferował realizację zamówienia na warunkach innych niż określone w dokumentach zamówieniach, nie da się pogodzić z obiektywnie przyjętym znaczeniem oświadczenia Skarżącego wyrażonym w Formularzu ofertowym;

3. niewłaściwe zastosowanie przepisów prawa materialnego (według kolejności wskazanej w odwołaniu), tj.:

a) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, polegające na uznaniu, że oferta Skarżącego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

b) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, polegające na uznaniu, że oferta Skarżącego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

c) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, polegające na uznaniu, że treść oferty Skarżącego jest niezgodna z warunkami zamówienia,

d) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, polegające na uznaniu, że oferta Skarżącego zawiera błędy w obliczeniu ceny,

- pomimo tego, iż przepisy te w ocenie Skarżącego nie powinny być zastosowane.

Wobec tak sformułowanych zarzutów, Skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości; obciążenie Przeciwnika skargi kosztami postępowania odwoławczego na zasadach opisanych w art. 575 ustawy Pzp, a także o obciążenie Przeciwnika skargi kosztami postępowania skargowego oraz zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę Wykonawca (...) S.A wniósł o jej oddalenie, a także zasądzenie od Skarżącego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, w tym opłaty od pełnomocnictwa, wraz z odsetkami za opóźnienie od dnia uprawomocnienia się orzeczenia do dnia zapłaty.

Zamawiający poparł skargę przedstawiając argumentację uzupełniającą.

### ***Sąd Okręgowy - Sąd Zamówień Publicznych ustalił i zważył, co następuje:***

Na podstawie art. 15zsz<sup>1</sup> pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2<sup>1</sup> k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów w prawa.

Przechodząc natomiast wprost do oceny skargi, w ocenie Sądu Okręgowego skarga jako bezzasadna nie zasługiwała na uwzględnienie.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w całości podzielił bowiem ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody prawne zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

W szczególności za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia przepisów procesowych poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i dokonanie oceny dowodów sprzecznie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (art. 542 ust. 1 Pzp). Zdaniem Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego i przedstawiła w tym zakresie logiczny wywód. Niezasadny okazał się zatem zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 Pzp. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), a wydając wyrok (art. 552 ust. 1 Pzp) bierze

za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Dodać tu też należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiałem dowodowym.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy wskazuje, że wyjaśniając samo pojęcie prawa opcji nie możemy sięgnąć do definicji ustawowej. Zarówno bowiem ustawa prawo zamówień publicznych, jak również przepisy dyrektyw (w szczególności dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE czyli tzw. dyrektywy klasycznej), nie definiują opcji. Przepisy unijne, a w konsekwencji również polska ustawa wskazują natomiast, iż konieczne jest uwzględnienie jej przy określaniu wartości zamówienia (art. 31 ust. 2 Pzp). Tej instytucji prawnej poświęcony został również przepis art. 441 Pzp, który określa jaką treść powinny mieć postanowienia umowne odnoszące się do opcji.

Jak podnosi się w doktrynie opcja służy zamawiającemu jako zastrzeżenie jednostronnego uprawnienia do zmiany zakresu świadczenia, które zostało przewidziane w dokumentach zamówienia, w sposób wynikający z warunków zamówienia. Skorzystanie z opcji nie stanowi więc zmiany umowy czy też zawarcia dodatkowej umowy (tak. H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021). W tym zakresie zasadnie podnosi przeciwnik skargi, który wskazuje, że istotą opcji jest to, że Zamawiający może z niej korzystać, ale nie musi, gdyż stosowanie omawianej instytucji sprowadza się do tego, aby Zamawiający – w tym przypadku Zakład Ubezpieczeń Społecznych, nie wydawał pieniędzy na dostawy/usługi, których nie wykorzysta. Zasadnie zatem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 grudnia 2022 r., iż jeśli Zamawiający akceptowałby przerzucenie kosztów zamówienia opcyjnego do zamówienia podstawowego/gwarantowanego, zobowiązany byłby do zapłaty, czy też roszczeń odszkodowawczych za to czego by nie otrzymał, w przypadku nieskorzystania z zamówienia opcyjnego.

Zasadnym w rozważaniach Sądu Okręgowego jest również odwołanie się do rozumienia pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji. Według art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233). Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 20 lutego 2008 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 93/08 stwierdził, że czynem nieuczciwej konkurencji jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta bądź go narusza. Sprzeczność z przepisami prawa zachodzi wtedy, gdy konkretne zachowanie jest sprzeczne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, zarówno z zakresu prawa karnego, prawa cywilnego, jak i prawa administracyjnego, jak również normami pozasystemowymi (np. normami wynikającymi z zasad współżycia społecznego lub kształtującymi dobre obyczaje), do których przepisy prawa odsyłają bezpośrednio lub pośrednio. Według wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 r. wydanego w sprawie o sygn. akt I NSK 61/18, za sprzeczne z dobrymi obyczajami uznaje się takie działanie, które potocznie określa się jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania. O tym, czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje przy tym całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań. Sąd Okręgowy wskazuje, iż na podstawie literatury prawa zamówień publicznych oraz bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej do przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji związanych z przygotowaniem ofert można zaliczyć stosowanie przez wykonawcę „inżynierii cenowej lub ofertowej” polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi lub innymi danymi mającymi przełożenie na kryteria oceny ofert, np. terminami gwarancji w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty, czy też manipulowanie wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to

uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie – wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy), podawanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wycenę oferty lub jej kolejność [zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 226 ustawy]. Ponadto w wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 509/19 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji.

Przyjęcie argumentacji Skarżącego, która wyłania się ze złożonego środka ochrony prawnej, a która to polega na przyjęciu, iż zakaz uwzględniania kosztów dotyczących prawa opcji w cenie oferty za zamówienie podstawowe nie wynika z przepisów, ani dokumentów zamówienia, prowadziłoby do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a także zasad uczciwej konkurencji. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, podlega oferta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W pewnym stopniu ma to związek z nałożonym na zamawiającego obowiązkiem stworzenia na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zobligowaniem wykonawców do uczciwego konkurowania o wybór ich oferty (zob. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226).

W konsekwencji poczynionych rozważań o charakterze teoretycznym, Sąd Okręgowy wskazuje, że postępowanie skarżącego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem zasadnie zastosowanie znalazł art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Następnie ważne jest odniesienie się do treści pisma, w którym to Zamawiający prosił o wyjaśnienia w zakresie rozbieżności w zakresie kosztów odnoszących się do prawa opcji. Dalej Zamawiający zwrócił uwagę, iż w podsumowaniu wyjaśnień z dnia 28 lipca 2022 r. znalazła się tabela, w której w pozycji 3 (...) zawarł informację o kosztach dotyczących urządzeń objętych prawem opcji w wysokości, która stanowi zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, (...) S.A wskazała, że Zamawiający uniemożliwił Wykonawcy przyjęcie innego podejścia do kalkulacji kosztów i przychodów z tytułu prawa opcji, niż ujęcie co najmniej części kosztów prawa opcji (jeśli nie całych) w ramach wyceny całości przedmiotu zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego, już powyższe okoliczności świadczą, że (...) S.A potwierdziła, iż przeniosła część kosztów prawa opcji, do wyceny zamówienia podstawowego. Takie zachowanie, niewątpliwie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, naruszający m. in. zasadę lojalności wobec kontrahenta, bowiem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia z odrębną wyceną zamówienia podstawowego (zestawienie i utrzymanie łączy WAN) i zamówienia opcyjnego (przez wydzielenie z zamówienia podstawowego – dzierżawa 200 urządzeń CPE). W tym miejscu Sąd Okręgowy wskazuje, że zgodnie z pkt 5.9. SWZ liczba urządzeń CPE (200 sztuk) wskazana w Formularzu cenowym (pkt 4 Formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ) jest liczbą maksymalną urządzeń, jaka może zostać wydierżawiona w ramach umowy. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktyczną dzierżawę urządzeń, zgodnie z Projektowanymi postanowieniami umowy. Przerzucenie przez (...) kosztów związanych z prawem opcji do ceny za zamówienie podstawowe powoduje, że (...) zapewnia sobie płatność za dzierżawę urządzeń CPE, bez konieczności dzierżawy tych urządzeń. Podnoszone w skardze stanowisko nie zasługuje zatem na aprobatę Sądu Okręgowego, gdyż takie postępowanie jest sprzeczne z treścią SWZ, a w szczególności z powołanym powyżej pkt. 5.9. SWZ, zgodnie z którym wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktyczną dzierżawę urządzeń. Omawiane okoliczności, prowadzą również do uznania, że takie zachowanie Skarżącego uzasadniało odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Tym samym Sąd Okręgowy aprobuje stanowisko doktryny, gdzie podniesiono, że dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia (tak. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226). W tym konkretnym przypadku, Zamawiający zmuszony byłby płacić za dzierżawę urządzeń CPE, co jest przedmiotem opcji, niezależnie od tego, czy do tej dzierżawy faktycznie dojdzie.

W tym zakresie zasadnie podnosi w odpowiedzi na skargę jej przeciwnik, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że zakaz przerzucania kosztów prawa opcji do zamówienia podstawowego jest sprzeczny z treścią pkt. 5.7 SWZ. W celu odniesienia się do omawianego zarzutu, zasadnym jest wskazanie, iż zgodnie z treścią powyższego zapisu SWZ, cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy oraz uwzględniać inne opłaty i podatki wynikające z realizacji umowy a także ewentualne upusty i rabaty, oraz nie może ulec zwiększeniu w czasie obowiązywania umowy z zastrzeżeniem Projektowanych postanowień umowy. Analiza powyższego zapisu prowadzi do wniosku, że cena za całość oferty musi zawierać wszystkie koszty, a nie wynika z niego natomiast okoliczność, iż stanowi to podstawę do przyzwolenia na przerzucanie kosztów.

Reasumując tę część rozważań Sądu Okręgowego, wskazać należy, iż w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą nie doszło do naruszenia art. 542 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasad swobodnej oceny dowodów oraz dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z zebrany w sprawie materiałem. Istotą prawa opcji jest bowiem niepewność świadczenia, co czyni nieuprawnionym zachowanie polegające na przerzucaniu kosztów, jak już to zostało omówione we wcześniejszej części rozważań.

W tym miejscu Sąd Okręgowy odnie się do zarzutu sformułowanego w pkt. 2 skargi, a w którym to skarżący upatruje naruszenia art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczenia woli złożonego w treści oferty Skarżącego. Zgodnie z treścią art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Działania Skarżącego, zostały prawidłowo dostrzeżone przez Krajową Izbę Odwoławczą, w konsekwencji czego w pkt. 1 wyroku z dnia 27 grudnia 2022 r. nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty przystępującego po stronie Zamawiającego. Izba zasadnie nie znalazła usprawiedliwienia do przenoszenia kosztów zamówienia opcyjnego, w koszty zamówienia podstawowego, czyli gwarantowanego przez zamawiającego. Prawidłowo również podniesiono, w odpowiedzi na skargę, iż to właśnie wszechstronne spojrzenie na ofertę skarżącego, pozwala stwierdzić, że jej konstrukcja zmusza Zamawiającego do obowiązkowej zapłaty za prawo opcji.

Odnosząc się do zarzutu niewłaściwego zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z treścią powyższego przepisu, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wprawdzie przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w tym zakresie orzecznictwo Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. Z tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, a więc każdorazowo należy ją odnieść do danego opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś, wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione. Ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu poprzedzone musi zostać przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 Pzp. Jak podnosi się jednak w doktrynie, ustawodawca w art. 224 ust. 5 Pzp wprowadził odwrócony ciężar dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu (zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 226). Krajowa Izba Odwoławcza, zasadnie podniosła, iż wycenę 1,23 zł. za dzierżawę miesięcznie jednego urządzenia CPE, w potencjalnie przewidzianym czasie dzierżawy do 42 miesięcy w ilości do 200 sztuk urządzeń CPE miesięcznie, należy ocenić jako rażąco niską cenę. Odnosząc się ponownie do złożonych przez Skarżącego wyjaśnień wynika, że koszt realizacji opcji jest wyższy niż zaoferowana przez niego cena za opcję. W ocenie Sądu Okręgowego prowadzi to zatem do uznania, że Skarżący oferuje cenę za opcję poniżej jej kosztów. Niezasadnie przy tym podnosi, że Izba nie była uprawniona do badania ceny za prawo opcji, gdyż przesłanka rażąco niskiej ceny odnosi się jedynie do całości

oferty. W tym zakresie należy przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3324/20, w którym podniesiono, że Zamawiający zobowiązany jest, w toku procedury badania i oceny ofert, oceniać nie tylko cenę ogółem, ale także każdą cenę jednostkową za zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte prawem opcji jako cenę do zapłaty w kategorii rażąco niskiej ceny.

Na koniec Sąd Okręgowy wskazuje, że skoro koszty prawa opcji zostały ujęte w zamówieniu podstawowym, to nie zostały ujęte w cenie prawa opcji. Takie postępowanie wypełnia przesłankę dorzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Mając na uwadze powyższe rozważania Sądu Okręgowego, zasadnym jest stwierdzenie, iż stanowisko Zamawiającego oraz Skarżącego jest błędne. Nie można bowiem zgodzić się ze stwierdzeniem, iż gdyby przyjąć, że wartość prawa opcji w ofercie Skarżącego wynosiłaby tyle samo co wartość wskazana przez Przeciwnika skargi to i tak oferta Skarżącego nadal pozostawałaby korzystniejsza od oferty Przeciwnika skargi, będąc tańszą w zakresie wyceny świadczenia podstawowego o przeszło 10 milionów złotych. Oferta Skarżącego została złożona z naruszeniem bezwzględnie obowiązującego prawa, co stanowiło podstawy do jej odrzucenia, a jak to zostało omówione we wcześniejszej części uzasadnienia Sądu Okręgowego.

Powyższe zaś stanowiło o bezzasadności skargi, co było podstawą jej oddalenia w oparciu o art. 588 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp stosownie do wyniku postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez Przeciwnika skargi w całości. Na koszty te składało się wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika ustalone w oparciu o § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 265 z późn. zm.) w kwocie 3.600 zł.

Sędzia Aleksandra Komór