

Sygn. akt: KIO 23/15

WYROK

z dnia 29 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 20 i 26 stycznia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2015 r. przez **wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 i GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15** zgłaszających swój udział w sprawie sygn. akt KIO 23/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie w całości,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **wykonawcy Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160** na rzecz zamawiającego **Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2** kwotę 3 600 zł. 00 gr

(słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN-PP dla Poczty Polskiej S.A. zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 września 2014r. za numerem 2014/S 177-313649.

W dniu 23 grudnia 2014r. zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców o wyniku postępowania i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 i GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15.

W dniu 2 stycznia 2015r. odwołujący – Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160 wniosła pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 października 2014r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 stycznia 2015r. drogą elektroniczną.

Odwołujący oświadczył, iż jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Netia S.A. - GTS Sp. z o.o. (dalej Netia - GTS), podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nadto, zamawiający zaniechał czynności ujawnienia pełnej treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez wykonawców Netia - GTS, z uwagi na okoliczność, iż wyjaśnienia te nie zawierają informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co wynika z faktu niewykazania przez wykonawców Netia - GTS istnienia przesłanek skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W przypadku prawidłowego działania zamawiającego i wykonania przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy), przez nieuprawnione ograniczenie przez zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem, tj. części wyjaśnień złożonych przez wykonawców Netia - GTS dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy wykonawcy ci nie wykazali należycie istnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniach, jako mających charakter tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. art. 90 ust, 2 i 3 ustawy, przez nieprawidłową ocenę przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez wykonawców Netia - GTS,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Netia - GTS, jako zawierającej rażąco niską cenę, oraz z ostrożności procesowej:
4. art. 89 ust, 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Netia - GTS, jako oferty zakładającej realizację zamówienia w sposób niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”). szczególnie w zakresie łączny dostępowych (ich parametrów jakościowych),

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym:
 - a) ujawnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców Netia - GTS dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ,
 - b) odrzucenia oferty wykonawców Netia - GTS jako zawierającej rażąco niską cenę,
 - c) odrzucenia oferty wykonawców Netia - GTS, jako oferty zakładającej realizację zamówienia w sposób niezgodny z treścią siwz,
3. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem odrzuconej oferty wykonawców Netia - GTS.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że wybór oferty wykonawców Netia - GTS jako najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy, z uwagi na fakt, iż zamawiający zaniechał wykonania czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ustawy odwołujący wskazał na podstawową zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Wskazał na treść art. 8 ust. 3 ustawy i definicję tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Podniósł, że dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy niezbędne jest oznaczenie informacji jako niepodlegających udostępnieniu i wykazanie, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołał wyrok KIO 9 stycznia 2014r. sygn. KIO 2932/13, wyrok KIO 4 czerwca 2013 r. sygn. KIO 1187/13. W świetle powołanego orzecznictwa odwołujący wskazał, że zamawiający jest zobowiązany zbadać, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia, czy w danym przypadku występują podstawy do uznania tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający winien ustalić, czy w stanie faktycznym występują, omówione powyżej przesłanki jej zastosowania. Zamawiający powinien bardzo szczegółowo odnieść się do treści poszczególnych dokumentów, może się bowiem okazać, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

W okolicznościach sprawy, wykonawcy Netia - GTS w wyjaśnieniach dotyczących ceny z dnia 19 grudnia 2014 r. na str. 11 zawarli „uzasadnienie” zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części wyjaśnień, niemniej nie wykazali w żaden sposób, że dokonane przez nich zastrzeżenie niejawności części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jest zasadne. Nie wykazali jaki charakter mają rzeczony wyjaśnienia, jakie treści zostały w nich zawarte, czy i z jakich przyczyn informacje te posiadają wartość gospodarczą, a wreszcie - co istotne - jakie niezbędne działania wykonawcy podjęli w celu zachowania poufności informacji i kiedy to miało miejsce.

Z przywołanych wyżej okoliczności według odwołującego wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż zastrzeżenie niejawności części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez wykonawców Netla - GTS, było niezasadne.

W ocenie odwołującego brak jest podstaw do uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji na temat technologii przyjętych przez wykonawców Netla - GTS do realizacji zamówienia, Analiza treści siwz - w kontekście przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - wskazuje, że informacje dotyczące przyjętych przez wykonawców technologii dla potrzeb realizacji zamówienia odnoszą się do danych, które określił zamawiający w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu - zamawiający bowiem w taki sposób opisał parametry zamawianej usługi, że dobór właściwych technologii jest oczywisty i każdy z wykonawców uczestniczących w postępowaniu ma w tym zakresie tożsame uwarunkowania. Co więcej, preferowanym przez zamawiającego sposobem realizacji usług sieci WAN jest wykorzystanie infrastruktury

kablowej. zamawiający dopuścił zastosowanie radiolinii punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym, ale jedynie po uprzednim uzgodnieniu z zamawiającym (OPZ, rozdz.1, pkt 2, ppkt 2).

Z uwagi na powyższe odwołujący twierdzi, że zastrzeżenie niejawności informacji o przyjętych przez wykonawców Netia - GTS technologiach stanowi obejście reguł wynikających z zasady jawności postępowania i zmierza wyłącznie do niedopuszczenia pozostałych uczestników postępowania do dostępu do informacji zawartych w tym dokumencie, podlegających weryfikacji podczas oceny złożonych ofert, w celu ograniczenia możliwości weryfikacji treści złożonych wyjaśnień przez potencjalnych konkurentów, w tym również w kontekście zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia oraz zgodności treści oferty z treścią siwz.

Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, poprzez nieprawidłową ocenę przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez wykonawców Netla – GTS, to odwołujący podniósł, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy. Wyjaśnienia muszą być wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Odwołujący powołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06.

Takie stanowisko wynika pośrednio z art. 90 ust. 3 ustawy. Skutkiem tego jest obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone, albo swoją lakonicznością i brakiem wskazania obiektywnych czynników potwierdzą, iż przyjęte domniemanie rażąco niskiej ceny jest zasadne. Zaoferowanie niskiej ceny usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, ale muszą mieć one charakter obiektywny. Nie może to być więc polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy czynniki muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy. Oznacza to w ocenie odwołującego, że wykonawca, podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na wyjaśnieniu, jakim sposobem ten właśnie wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen. Istotne jest, aby wykonawca wykazał, iż dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym takie akurat czynniki nie są dostępne. Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wskazanym wyżej wyroku sygn. Akt V Ca 2214/06, nie można powoływać się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów,

gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę.

Odwołujący uważa, że szczególnie korzystnymi warunkami realizacji zamówienia dysponuje jedynie on sam, gdyż aktualnie świadczy usługę sieci WAN w ponad 4700 lokalizacjach zamawiającego, a zatem dysponuje niezbędną infrastrukturą telekomunikacyjną w większości lokalizacji zamawiającego. W związku z tym o szczególnie korzystnych warunkach realizacji zamówienia nie może przesądzać ewentualny opis posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej zawarty w wyjaśnieniach Netia-GTS. Przede wszystkim posiadanie określonej liczby węzłów sieciowych, czy rozbudowanej sieci szkieletowej nie przesądza o możliwości świadczenia usługi bez poczynienia kosztownych nakładów inwestycyjnych lub pozyskania infrastruktury od innych operatorów w tym np. Orange Polska SA. Wynika to z faktu, że sieć telekomunikacyjna operatora musi zostać połączona łączami z lokalizacjami zamawiającego (tzw. łącza „ostatniej mili”). Łączami takimi w chwili obecnej dysponuje w większości lokalizacji jedynie odwołujący, a co więcej z informacji opublikowanych przez Netia-GTS wynika, że nie dysponują oni jakąkolwiek infrastrukturą telekomunikacyjną w znacznej części gmin, w których zlokalizowane są placówki zamawiającego.

W tej sytuacji na koszt realizacji zamówienia mogłyby wpływać wybrane rozwiązania techniczne, bądź oszczędność metody wykonania zamówienia. Możliwości te, ze względu na specyfikę działalności telekomunikacyjnej oraz postanowienia siwz, są w ocenie odwołującego jednak iluzoryczne, Przede wszystkim wobec wymagań siwz istnieje skończona (niewielka) liczba rozwiązań technicznych umożliwiających realizacją zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Każde z wybranych rozwiązań cechuje się określonymi kosztami, które nie mogą spaść poniżej pewnego poziomu. Co więcej, każda z metod realizacji przedmiotowego zamówienia, która mogłaby zostać zaproponowana przez wykonawców Netia - GTS jest również dostępna innym znaczącym operatorom w tym w szczególności odwołującemu. W tym stanie rzeczy cena zaoferowana za przedmiot zamówienia, wskazuje na to, że przedmiotowe zamówienie zostanie wykonane tańszymi metodami niezgodnymi z siwz, bądź też z wykorzystaniem finansowania zewnętrznego np, finansowania skrośnego (krzyżowego) niedopuszczalnego w myśl przepisów dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zobowiązany jest, w ocenie odwołującego, dokonać oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę i ustalić w wyniku tej oceny, czy pierwotne stanowisko co do rażąco niskiej ceny było zasadne. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie dochował należytej staranności i nie przeprowadził procedury oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców Netia - GTS w sposób rzetelny i prawidłowy.

W ocenie odwołującego elementy wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy mają jednak charakter niemalże obligatoryjny i wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien odnieść się do wszystkich tych elementów.

Odwołujący uważa, że jeżeli zamawiający ma prawidłowo ocenić ofertę wykonawcy pod względem tego, czy nie podaje ona ceny zaniżonej poniżej kosztów świadczenia usługi - musi mieć niezbędne rozeznanie rynkowe, które pozwoliłoby mu na prawidłową weryfikację ceny i ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty wykonawcy z tej przyczyny.

Prowadzone przez zamawiającego postępowanie zostało poprzedzone procesem rozeznania rynku (dwukrotnie), w którym to procesie zamawiający nie tylko pozyskał dane do dokonania opisu przedmiotu zamówienia, ale również otrzymał informację od poszczególnych wykonawców uczestniczących w tym procesie o kosztach realizacji zamówienia. Na podstawie tak pozyskanej wiedzy zamawiający oszacował wysokość budżetu - 100.000 zł brutto. Wartość ta uzasadniona była szacunkami przekazanymi przez wykonawców w trakcie procedury rozeznania rynku. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentacji przeprowadzonej przez zamawiającego procedury rozeznania rynkowego, wraz z wnioskiem o zobowiązanie zamawiającego przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, do przekazania rzeczowej dokumentacji będącej w posiadaniu zamawiającego, względnie ujawnienia przez zamawiającego szacunkowych cen za realizację zamówienia podanych przez wykonawców w trakcie procedury rozeznania rynku. Z uwagi na prowadzone rozeznanie analiza rynku wskazuje, że zamawiający ocenił wyjaśnienia Netia-GTS z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący wskazał, co jest przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz w jaki sposób zamawiający ten przedmiot podzielił. Odwołujący podał, że oczekiwaniem zamawiającego jest dostarczenie usługi IPVPN, którą zamawiający definiuje następująco - P VPN to wydzielona z sieci operatora podsieć o gwarantowanej prędkości transmisji rozumiana, jako usługa sieci prywatnej o charakterystyce funkcjonalnej zgodnej z RFC4364. W przedmiocie wymagań na usługi sieciowe zamawiający oczekuje, aby dostarczone rozwiązanie umożliwiło implementację szeregu zaawansowanych usług sieciowych. Zamawiający postawił także wymagania dotyczące zapewnienia jakości w ramach parametrów SLA, a przekroczenie przez wykonawcę zdefiniowanych w siwz wartości brzegowych dla tych parametrów, będzie skutkowało naliczeniem przez zamawiającego stosownych bonifikat. Wskazał także na ryzyka związane z zastrzeżonymi karami umownymi związanymi z SLA.

Reasumując, przedmiot zamówienia (sieć WAN w ponad 4 700 lokalizacjach rozproszonych na terenie całego kraju) jest zdecydowanie największym tego typu przedsięwzięciem, ze

wszystkich realizowanych dotychczas w Polsce. Dodatkowo mając na uwadze szereg specyficznych wymagań zamawiającego dotyczących przykładowo ilości możliwych do uruchomienia podsieci (VRF), czy też wymagań z zakresu dotrzymania parametrów jakościowych, należy przyjąć, iż będzie to przedsięwzięcie skomplikowane do wdrożenia oraz obarczające wykonawcę wysokim ryzykiem na etapie świadczenia usługi.

W niniejszym postępowaniu, zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia kwotę 100 000,00 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) Konsorcjum Netia - GTS - 40 044 719,97 zł brutto
- 2) Odwołujący - 79 267 872,99 zł brutto

Już same różnice w cenach, zdaniem odwołującego muszą budzić uzasadnione wątpliwości co do podstaw ustalenia ich wysokości oraz możliwości pokrycia kosztów niezbędnych do uruchomienia usługi z przychodów osiąganych przez wykonawców Netia - GTS z realizacji zamówienia po wskazanej cenie ofertowej. Szczególnie, że odwołujący świadczy obecnie usługi na rzecz zamawiającego, a zatem koszt inwestycji w infrastrukturę niezbędną do uruchomienia usługi - jaki musi ponieść Orange Polska SA - będzie znacząco niższy niż u pozostałych wykonawców, Okoliczność, że Orange Polska S.A, posiada infrastrukturę niezbędną do świadczenia usług, natomiast wszyscy pozostali wykonawcy będą musieli przeprowadzić inwestycje, podnoszona była uprzednio przez uczestników postępowania - w tym wykonawców Netia I GTS, którzy w odwołaniach dotyczących treści siwz kwestionowali ustaloną przez zamawiającego datę rozpoczęcia świadczenia usługi oraz sposób realizacji zamówienia (ograniczenia dotyczące zastosowania dostępow radiowych). Okolicznością zdaniem odwołującego niesporną jest więc fakt, że Orange Polska S.A. dysponuje szczególnie korzystnymi warunkami realizacji zamówienia, które nie są dostępne wykonawcom Netia - GTS. Istotne jest również zwrócenie uwagi na fakt, iż preferowanym przez zamawiającego sposobem realizacji usług sieci WAN jest wykorzystanie Infrastruktury kablowej. Wszakże zamawiający dopuszcza zastosowanie radiolinii punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym, ale jedynie po uprzednim uzgodnieniu z zamawiającym (ORZ, rozdz.1, pkt 2, ppkt 2). Zapis ten był kwestionowany w postaci odwołania m.in. przez wykonawcę GTS - nieskutecznie, KIO odrzuciło wszystkie zarzuty.

Odwołujący przedstawił szczegółową analizę przedmiotu zamówienia oraz możliwości jego realizacji przez wykonawców Netia - GTS. Wykonawca realizujący zamówienie będzie musiał dotrzeć z usługą do 2 413 miejscowości na terenie całego kraju (jest to łączna liczba miejscowości, w których występują placówki zamawiającego objęte postępowaniem). 1 409 miejscowości (spośród 2 413) to miejscowości wiejskie, Oznacza to, że stopień trudności w realizacji niniejszego postępowania jest znacząco wyższy niż w innych postępowaniach na

analogiczne rozwiązania (przykładowo sieci WAN dla Ministerstwa Sprawiedliwości, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, KRUS etc.).

Z Informacji powszechnie dostępnych (źródło: oficjalna strona internetowa Netii <http://biurozamowien.pl/Netia/Zasieg/oraz> oraz oficjalna strona internetowa GTS <http://www.ats.pl/siec/sieci-metropolitarne>) wynika, iż wykonawcy Netia - GTS posiadają własną infrastrukturę telekomunikacyjną jedynie w 149 różnych miejscowościach (liczba ta uwzględnia spółki z grupy kapitałowej Netii tj. Intemetia, Dialog, Petrotel oraz operatora GTS). Z pośród tych lokalizacji tylko 1 stanowi miejscowość wiejską. Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę, że infrastruktura własna wykonawców Netia - GTS na terenie poszczególnych miejscowości jest w znacząco ograniczonym zakresie. Jako przykład odwołujący załączył mapkę miasta Kraków (źródło: <http://blog.netia.pl/netia/entrv/tacza-do-300-mb-s-i-Pakiet-internet-z-tv-za-39-90-zi-na-sieci-po-dawnym-aster>), która ilustruje zasięg sieci wykonawcy Netia, ograniczony w zasadzie do kilku wybranych osiedli mieszkaniowych na terenie miasta.

Zdaniem odwołującego zatem realizacja przedmiotu zamówienia przez wykonawców Netia - GTS przy wykorzystaniu usług uruchomionych na własnej sieci telekomunikacyjnej będzie możliwa dla bardzo niewielkiego zakresu lokalizacji zamawiającego. Według odwołującego, innym sposobem realizacji zamówienia może być wykorzystanie istniejącej infrastruktury kablowej Orange Polska Operatorzy alternatywni mogą dzierżawić Infrastrukturę Orange Polska na bazie następujących usług regulowanych:

- a) LLU (tj. dostęp do lokalnej pętli abonenckiej)
- b) BSA (tj. dostęp do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych)
- c) RLLO (tj. dzierżawa łączy telekomunikacyjnych)

Ad, a)

Ze względu na wymaganą przez zamawiającego wielkość pasma zastosowanie usług LLU nie będzie możliwe dla łączy kategorii T1-T3 (technologiczne ograniczenie realizacji pasma większego niż 10Mb na łączach miedzianych).

Aby realizować usługi na bazie ofert LLU operator alternatywny musi posiadać nawiązanie z Infrastrukturą Orange Polska w postaci tzw. węzła LLU. Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami z oferty LLU korzystał dotychczas głównie jeden operator - Netia (źródło; Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2013 r., UKE, czerwiec 2014 r. <http://www.uke.gov.pl/rynek-telekomunikacyjny-w-2013-r-14049>) Na podstawie wiedzy ogólnie dostępnej wykonawca Netia dysponuje łącznie 709 węzłami LLU zlokalizowanymi w 355 miejscowościach na terenie Polski (źródło: oficjalny blog Netii <http://blog.netia.pl/netia/entry/uwolnilismy-700-central-tp-llu> oraz <http://blog.netia.pl/netia/entry/jeszcze-wiekszy-zasieg-llu>). Z tych 355 lokalizacji tylko 11 stanowią miejscowości typu „wieś” w których operator Netia deklaruje posiadanie węzła LLU.

Dodatkowo z informacji dostępnych na oficjalnej stronie wykonawcy Netii wynika, że Netia nie planuje zwiększania ilości węzłów LLU, ponadto wskazuje na znaczący koszt jednostkowy budowy jednego węzła – około 200 tys. zł (źródło: http://www.netia.pl/files/inwestorzv/prezentacje/generic/2014/generyczna_wrzesień_2014.pdf)
Odwołujący uważa zatem, że z 2413 miejscowości, w których znajdują się placówki PR do których ma być dostarczona usługa objęta przedmiotem zamówienia zaledwie 16%, znajduje się potencjalnie w zasięgu usług bazujących na LLU oraz sieci własnej wykonawców Netia - GTS.

Ad. b)

Ze względu na wymaganą przez zamawiającego wielkość pasma zastosowanie usług typu BSA nie może być rozważane dla realizacji łączy z kategorii T1-T3 (technologiczne ograniczenie realizacji pasma większego niż 10Mb na łączach miedzianych).

Potencjalna realizacja rozwiązania na bazie usług BSA napotyka na ograniczenia, które w efekcie czynią takie rozwiązanie niezgodne z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz - usługi typu BSA nie gwarantują wielkości pasma, jak również nie dają gwarancji na parametry transmisyjne (dla takich parametrów jak wymienione w siwz, tj. RTD, PLR, jitter).

Wykonawca opierający realizację przedmiotu zamówienia na usługach BSA z pełną świadomością zakłada niespełnienie podstawowych oczekiwań zamawiającego, jak również z góry zakłada niedotrzymanie parametrów RTD, PLR, jitter (w szczególności dla klasy typu voice) - a co za tym idzie: konieczność ponoszenia wypłaty bonifikat z tego tytułu.

Ze względu jednak na fakt, iż wykonawca Netia na etapie trwającego postępowania był żywo zainteresowany zastosowaniem usługi BSA analiza kosztowa jaka jest przedstawiona w dalszej części odwołania zakłada wykorzystanie tychże usług.

Ad. c)

Dzierżawa kanałów transmisyjnych od Orange Polska jest optymalna ze względu na gwarancję spełnienia wymagań jakościowych postawionych przez zamawiającego w siwz natomiast z bardzo wysokim prawdopodobieństwem nie znajdzie ona zainteresowania u wykonawcy Netia - GTS ze względu na relatywnie wysoką cenę. Dlatego też w dalszej analizie usługa hurtowa RLLO nie będzie uwzględniona.

Innym sposobem realizacji zamówienia może być wykorzystanie na odcinku ostatniej mili łączy radiowych. Zaznaczamy, iż zgodnie z wymaganiami zamawiającego dopuszczone zostaną jedynie technologie gwarantując najwyższą niezawodność (łącza radiowe punkt punkt w paśmie koncesjonowanym) oraz oczekiwaniu, że radiolinie stanowiąc będą tylko ostateczne rozwiązanie („Intencją zamawiającego jest, aby technologia radiowa stanowiła wyjątkową i jedynie zastępczą metodę realizacji zamówienia (...).”).

Z zestawienia tych wymagań wynika, że preferowanym przez zamawiającego sposobem dostarczenia usługi do lokalizacji w których wykonawca nie dysponuje infrastrukturą kablową jest wybudowanie tej infrastruktury przez wykonawcę. Jedynie w sytuacji, w której wykonawca wykaże, że budowa nie jest uzasadniona (np. ze względu na nadmierne koszty), zamawiający może wyrazić zgodę na użycie radiolinii i takie też założenie zostało przyjęte w kalkulacji kosztów zaprezentowanej w odwołaniu.

Ostatnim możliwym sposobem realizacji zamówienia jest założenie, iż wykonawca Netia - GTS przeprowadzi inwestycję polegającą na rozbudowie własnej infrastruktury do trudnodostępnych lokalizacji w miejscowościach wiejskich. Niemniej jednak ze względu na wyższy koszt takiej budowy spowodowałoby wzrost kosztów w kalkulacji, co tym samym w jeszcze większym stopniu uzasadniałoby wniosek o niższej cenie oferty Netii-GTS.

Orange Polska w oparciu o powszechną wiedzę oraz posiadaną wiedzę ekspercką przeprowadził analizę kosztów, które wynikiem są tabele 1 i 2 (wszystkie wartości wskazane w tabelach są wartościami netto).

W Tabeli nr 1 zostały zaprezentowana analiza kosztów realizacji zamówienia w zakresie łączy kategorii T1-T3.

Dla łączy tej grupy odwołujący przyjął 3 możliwe sposoby realizacji łączy dostępowego:

1. wykonawca Netia - GTS wykorzystuje istniejącą obecnie Infrastrukturę własną - w takim modelu przyjęty koszt wynosi 0,00 zł. Ilość lokalizacji możliwych do zrealizowania w takim sposób odwołujący przyjął bazując na wiedzy własnej pozyskanej w okresie ostatnich 10 lat świadczenia usług transmisji danych dla zamawiającego,
2. wykonawca Netia - GTS poprzedzi realizację usług przeprowadzeniem stosownych inwestycji w infrastrukturę kablową światłowodową - w takim modelu przyjęte w analizie koszty wynoszą 25 000 zł netto za każdą inwestycję, Na tę kwotę składają się m. in, opracowanie projektu technicznego, uzyskanie stosowanych zezwoleń, budowa kanalizacji teletechnicznej bądź wykorzystanie usług hurtowych świadczonych przez Orange Polska w ramach oferty RIO, koszty zakupu kabli, koszty wykonania.
3. wykonawca Netia - GTS zrealizuje przedmiot zamówienia z wykorzystaniem zgodnych z treścią siwz dostępow radiowych (punkt - punkt, pasmo koncesjonowane) - w takim modelu łączy radiowe zostaną wykorzystane przez wykonawcę do realizacji łączy zapasowych, których realizacja drogą kablową jest mocno utrudniona (wymóg niezależnych przebiegów w stosunku do łączy podstawowych). Na koszty świadczenia usługi z wykorzystaniem radiolinii składają się m, in,: opracowanie projektu technicznego, zakup koncesji wyliczanych na bazie obowiązujących cenników uzależnionych od zastosowanej technologii oraz położenia geograficznego danej placówki, uzyskanie stosownych zezwoleń, zakup niezbędnego sprzętu, koszty wykonania.

Według wyliczeń z tabeli koszty te w wartości całkowitej wynosiłyby 5 182 797,98zł.

W Tabeli nr 2 została zaprezentowana analiza kosztów realizacji zamówienia w zakresie łączy kategorii T4-T6,

Dla łączy tej grupy odwołujący uznał za możliwe 3 sposoby realizacji łączy dostępowego:

1. wykonawca Netia - GTS zrealizuje przedmiot zamówienia z wykorzystaniem własnej infrastruktury dostępowej bądź na bazie usługi regulowanej LLU, Na wskazane w tabeli koszty składają się m.in.: cena usługi hurtowej LLU, koszt modemu, zakończenie usługi na DSLAM, Założono, że koszt realizacji usługi wyłącznie na bazie zasób własnych wykonawcy Netia - GTS nie będzie niższy niż koszty wynikające z oferty hurtowej LLU. Możliwość wykorzystania usługi LLU na potrzeby niniejszego projektu jest ograniczone ze względu na odległość placówek zamawiającego od węzłów telekomunikacyjnych i parametry infrastruktury kablowej.

2. wykonawca Netia - GTS zrealizuje przedmiot zamówienia z wykorzystaniem usługi regulowanej BSA, Odwołujący ponownie podkreślił, że usługi BSA nie spełniają wymagań opisanych przez zamawiającego w siwz. Na wskazane w tabeli koszty składają się m.in.: cena usługi hurtowej BSA w profilu zbliżonym do wymagań zamawiającego (w zakresie wielkości pasma).

3. wykonawca Netia - GTS zrealizuje przedmiot zamówienia z wykorzystaniem zgodnych z treścią siwz dostępow radiowych (punkt - punkt, pasmo koncesjonowane). W kalkulacji zostało przyjęte założenie, iż zastosowanie radiolinii będzie miało miejsce w sytuacji, kiedy wykonawca nie będzie miał dostępu w danej lokalizacji zamawiającego do usługi typu LLU, BSA, czy też nie będzie posiadał infrastruktury własnej, Na wskazane w tabeli koszty składają się m.in.: opracowanie projektu technicznego, zakup koncesji wyliczanych na bazie obowiązujących cenników uzależnionych od zastosowanej technologii oraz położenia geograficznego danej placówki, uzyskanie stosowanych zezwoleń, zakup niezbędnego sprzętu, koszty wykonania,

Przypisanie lokalizacji zamawiającego do ww sposobów realizacji łączy dostępowego zostało dokonane na podstawie wniosków z analizy danych z narzędzia Check (narzędzie powszechnie dostępne dla operatorów telekomunikacyjnych) oraz analizy odległości lokalizacji zamawiającego a najbliższym węzłem telekomunikacyjnym Orange Polska.

Do kosztów łączy dostępowych zostały dodane koszty zakupu routerów CE i systemu monitorowania.

Według analizy odwołującego w tabeli 2 łączne koszty wyniosłyby wówczas 37 661 620,22zł.

Poza kosztami przytoczonymi powyżej wykonawca Netia - GTS musi uwzględnić również szereg innych kosztów np. Koszty wdrożeniowe:

- prace projektowe,
- skonfigurowanie sprzętu i sieci,

- instalacja routerów,
- sporządzenie dokumentacji,
- szkolenia,

Koszty utrzymaniowe:

- koszty serwisowanie sieci
- koszt utrzymania własnego szkieletu w tym amortyzacja
- konieczność stworzenia i utrzymania punktu styku między Konsorcjantami
- koszt utrzymywania stoku części zamiennych
- koszty realizacji zmian w konfiguracji zgodnie z SIWZ
- koszty obsługi kontraktu m.in przygotowanie raportów, dokumentacji, fakturowanie, przyjmowanie i obsługa zgłoszeń serwisowych, nadzór nad jakością świadczonych usług, prowadzenie bieżącego rozliczania kontraktu.

Odwołujący oszacował te koszty na minimum 15% kosztów łączy dostępowych.

Odejmując wartość uzyskanych kosztów obliczonych przy założeniu możliwie najniższych metod wykonania, niegwarantujących spełnienia wymagań SIWZ, od wartości oferty Netia-GTS odwołujący otrzymał wartość 42 844 418,20 zł netto, tj. o blisko 10 000 000,00 zł netto wyższą niż poziom oferty.

Podkreślił, że w jego analizie nie zostały uwzględnione następujące pozycje:

- marża dla dwóch podmiotów za realizację największej sieci WAN w Polsce,
- koszty realizacji prawa opcji,
- kar z tytułu rygorystycznego SLA w zakresie dostępności i w szczególności parametrów jakościowych łączy (głównie w zakresie metody obliczania).
- dzierżaw sieci wewnętrznej od podmiotów trzecich
- budowy sieci wewnętrznej w lokalizacjach należących do Poczty Polskiej

Reasumując odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy Netia – GTS jest irracjonalnie niska. W ramach przedstawionej kwoty 32,5 mln netto nie jest możliwe zrealizowanie sieci WAN dla Poczty Polskiej nawet wykorzystując najtańsze możliwe metody dostępu, które i tak ze względu na swoją specyfikę nie pozwalają na świadczenie usługi zgodnie z wymaganymi w SIWZ parametrami.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Netla – GTS odwołujący podniósł, że wymagania jakie zamawiający definiuje w siwz w zakresie m. in, realizacji usług sieciowych oraz zagwarantowania parametrów jakościowych, determinują konieczność wykonania przedmiotu zamówienia w ściśle określony sposób i ograniczają tym samym ilość przyjętych przez wykonawców technologii.

Po raz kolejny odwołujący podkreślił, że zastosowanie przez potencjalnego wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia usług typu BSA z regulowanej oferty hurtowej Orange

Polska, czyni takie rozwiązanie niezgodne z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz. Mianowicie usługi typu BSA nie gwarantują wielkości pasma, jak również nie dają gwarancji na parametry transmisyjne (dla takich parametrów jak wymienione w siwz, tj, RTD, PLR, jitter).

W ramach regulowanej oferty BSA odwołujący wyróżnił dwa generalne typy dostępów:

- asymetryczne (gdzie prędkość łącza w kierunku „od użytkownika” jest inna niż prędkość w kierunku „do użytkownika”, przykładowo profil 4096Mb/1024kbit/s),
- symetryczne (gdzie prędkość łącza w kierunku „od użytkownika” oraz prędkość w kierunku „do użytkownika” jest taka sama, przykładowo profil 4000kbit/s).

W zakresie dostępów asymetrycznych w ofercie BSA dostępnych jest szereg profili usługowych różniących się od siebie dostępnymi prędkościami (przykładowo: do 256/128kbit/s; do 1024/512kbit/s; do 4096/1024kbit/s; do 8192/1024kbit/s etc.) natomiast dostępy symetryczne są dostępne jedynie w trzech opcjach prędkości (1000kbit/s; 2000kbit/s; 4000kbit/s).

Dodatkowo wyżej wymienione profile usługowe są dostępne dla operatorów telekomunikacyjnych z różnych poziomów sieci telekomunikacyjnej. Oferta BSA rozróżnia dostępy: ATM, Ethernet, IR Zarządzany, IP Niezarządzany, DSLAM/IPDSLAM.

Jedną z kluczowych cech różnicujących usługi BSA od innych usług transmisji danych (przykładowo usługa IP VPN, która spełnia w pełni opisane w siwz wymagania) świadczonych przez Orange Polska dla segmentu klientów biznesowych są stosowane w sieci Orange Polska mechanizmy gwarantujące pasmo (tzw. mechanizmy QoS, tj. klasyfikacja, priorytetyzacja oraz kolejkowanie, które gwarantują odpowiednią obsługę ruchu wrażliwego w momentach wystąpienia nieoczekiwanych przeciążeń w sieci bądź w przypadku wystąpienia awarii),

Odwołujący zwrócił uwagę, iż stosowane pojęcia klas usługowych są odzwierciedleniem klas występujących w zaleceniach i normach międzynarodowych, natomiast zastosowana w sieci Orange Polska inżynieria ruchu jest implementacją zasad ogólnych rekomendowanych przez normy międzynarodowe. I tak w modelu QoS zaimplementowanym w sieci Ethernet/IP Orange Polska stosowane są 4 klasy usług (4 Class of Serviced powiązane z odpowiednią strategią markowania /priorytetyzacji opartej o IEEE 802.1 p oraz kolejkowania,

- najwyższa klasa ORT -> markowanie p-bit: 5, kolejka SP (wykorzystywana jest dla usług IPVPN świadczonych przez Orange Polska dla Klientów biznesowych, natomiast nie jest odwzorowana w żadnym profilu oferty hurtowej BSA)
- klasa C1 -> markowanie p-bit: 4, kolejka SP (wykorzystywana jest dla usług IPVPN świadczonych przez Orange Polska dla Klientów biznesowych, natomiast nie jest odwzorowana w żadnym profilu oferty hurtowej BSA)

- klasa 02 -> markowanie p-bit: 2, kolejka WFQA/VRR z odpowiednią wagą (wykorzystywana jest dla usług typu Internet DSL świadczonych przez Orange Polska, jak również znajduje odwzorowanie w usługach oferty hurtowej BSA)

- klasa C3 -> markowanie p-bit: 0 (tzw. Best Effort), kolejka WFOAWRR z odpowiednią wagą (wykorzystywana jest dla usług typu Neotrada świadczonych przez Orange Polska, jak również znajduje odwzorowanie w usługach oferty hurtowej BSA)

Mając na uwadze powyższe - usługi typu BSA są świadczone odpowiednio w ramach klasy C3 oraz C2, natomiast usługa IP VPN Orange Polska jest świadczona w wyższej klasie usługowej C1.

W przypadku usług w klasie C1 (p-bit:4) zastosowanie ma wyższy priorytet niż w przypadku usług w klasie C2(p-bit:2) co oznacza, że ruch w klasie C1 będzie priorytetem miał pierwszeństwo przed ruchem w klasie C2 co więcej, przy zastosowaniu w klasie C1 kolejki SP (Strict Priority) gwarantowane jest, że dane znajdujące się w kolejce są natychmiast wysyłane i dopóki kolejka ta nie jest pusta nie są obsługiwane inne kolejki,

Reasumując powyższe, zastosowanie kolejki SP dla ruchu w klasie C1 wraz ze stosowanym w sieci OPL wymiarowaniem łączy pozwala stwierdzić, że dla usług typu IP VPN występuje gwarancja pasma. Natomiast w przypadku usług „pracujących” w klasie C2 (Neotrada, internet DSL oraz odpowiedniki tych usług w hurtowej ofercie BSA) występuje jedynie lepsze traktowanie ruchu („lepszej” gwarancji pasma) względem kolejki C3 (tzw. Best Effort),

Analogiczna sytuacja w zakresie stosowanych w sieci Orange Polska mechanizmów priorytetyzacji. podziału na klasy ruchowe, jak również przełożenie tych mechanizmów na realizowane w sieci Orange Polska usługi końcowe jest również w sieciach ATM.

W ofertach na rynek hurtowy odwołujący operuje klasami ruchu, które są odwzorowaniem klas występujących w zaleceniach i normach międzynarodowych. Dodatkowe wyjaśnienia dotyczące zasad zapewnienia QoS są opisane w oparciu o inżynierię ruchu dla sieci ETH i ATM w Orange Polska, która jest implementacją zasad ogólnych rekomendowanych przez normy międzynarodowe,

Odwołujący stwierdził zatem, że usługi o klasie usługowej C2, C3, a więc także BSA, nie spełniają wymagań określonych siwz w zakresie jakości usług oraz gwarancji pasma wymaganych przez zamawiającego,

Odwołujący zaznaczył, że produkty hurtowe o których mowa powyżej, tj. BSA są bezpośrednim odpowiednikiem usług oferowanych przez detaliczną część Orange Polska (konkretnie - każdy profil usługowy w ofercie hurtowej BSA ma swój tożsamy odpowiednik w ofercie kierowanej do rynku detalicznego). Odpowiednikami tymi są przykładowo produkty występujące pod następującymi nazwami handlowymi Neotrada, czy Internet DSL). Są to produkty kierowane do masowego rynku użytkowników, bądź też niewielkich przedsiębiorców, bez wyrafinowanych potrzeb w zakresie gwarancji pasma, gwarancji czasu

usuwania uszkodzeń, czy też gwarancji szeregu parametrów jakościowych. Dlatego też tego sposób technicznej realizacji tego typu produktów (tych oferowanych w ramach oferty hurtowej BSA, jak i w ramach oferty detalicznej Orange Polska) znacząco różni się od produktów stricte dedykowanych dużym firmom.

Na podstawie ciążących na Orange Polska obowiązków regulacyjnych, Orange Polska jest zobowiązana do zaoferowania przedsiębiorcom telekomunikacyjnym warunków takiego dostępu telekomunikacyjnego, tak aby mieli oni możliwość zaoferowania konkurencyjnej usługi detalicznej w tym samym czasie co rynkowe wdrożenie nowej usługi detalicznej Orange Polska (źródło: <http://www.uke.gov.pl/stanowiska-prezesa-uke-w-sprawie-procesu-time-to-market-oraz-metod-przeprowadzania-testow-msps-12215>)

Kolejnym argumentem przemawiającym za odrzuceniem usług z oferty hurtowej BSA do wykorzystania do realizacji zamówienia dla zamawiającego jest niespełnienie wymagań w zakresie obsługi serwisowej.

Jak wynika z (rozd. 5 OPZ) zamawiający wymaga dla łączy kategorii T4-T6 zagwarantowania czasów usunięcia awarii nie dłuższych niż 8 godzin od momentu ich wystąpienia (24h/ dobę przez 7 dni w tygodniu). Tymczasem dla usług hurtowych typu BSA czas usunięcia przyczyn awarii nie powinien przekraczać 24 godzin od momentu dokonania zgłoszenia przez awarii przez operatora telekomunikacyjnego (źródło: treść Umowy o dostępie telekomunikacyjnym rozdz. 1.12.4, pkt 6a, strona 44, <http://www.hurt-orange.pl/sor.phtml>). Nie gwarantuje to dotrzymania czasu usunięcia przyczyn awarii.

Wobec czego odwołujący stwierdził, że usługi BSA nie spełniają wymagań siwz zarówno w zakresie gwarancji pasma, gwarancji parametrów jakościowych oraz czasu usunięcia awarii. Z tej przyczyny oferta oferująca realizację usługi z wykorzystaniem usług BSA jest niezgodna z treścią siwz. Ponadto usługi BSA i LLU nie umożliwiają na realizację wielu VCC, co w praktyce uniemożliwia realizację wymaganych w SIWZ 5 VRFów. Analiza Architektów sieciowych, według odwołującego, wykazała, że realizacja ich w sposób sprzętowy choć w teorii możliwa w praktyce ze względu na wysokie koszty routerów lub dodatkowe opóźnienia nie jest realizowalna ze względu na wąskie pasmo 1 Mb/s upload na łączach asymetrycznych.

W dniu 5 stycznia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 8 stycznia 2015r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 i GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15

wskazując, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ich oferta została uznana za najkorzystniejszą, ponadto uwzględnienie odwołania spowoduje ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz odrzucenie ich oferty, podczas gdy argumenty podniesione w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia tak faktycznego jak i prawnego. Wnieśli o oddalenie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 listopada 2014r. udzielonego przez Netię SA w imieniu obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i podpisanego przez prezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Netia SA działała na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 29 października 2014r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego za Netia jak wyżej, zaś za GTS przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 8 stycznia 2014r.

W dniu 19 stycznia 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o

1. oddalenie odwołania z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nich zarzutów;
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Wskazując na bezzasadność zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający podniósł, że dane zastrzeżone przez Netia-GTS jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią wręcz podręcznikowy przykład informacji o znacznej wartości technicznej i organizacyjnej, co do których każdy racjonalny przedsiębiorca podejmuje działania w celu zachowania ich w poufności. Netia-GTS zastrzegając poufność tych informacji potwierdziło, że wyczerpują one wszystkie przesłanki do uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zamawiający uważa, że nie miał jakichkolwiek podstaw, aby kwestionować słuszność takiego oświadczenia - zwłaszcza w kontekście charakteru informacji zastrzeżonych przez konsorcjum. Zamawiający podkreślił, że dane zawarte w wyjaśnieniach obrazują możliwości finansowo -techniczne członków konsorcjum i efekt synergii, jaki przyniosło jego utworzenie. Danymi poufnymi są również m.in. ceny uzyskane przez członków konsorcjum od poddostawców w zakresie zakupu sprzętu (routery), jak również zasady współpracy między konsorcjantami oraz z innymi podmiotami zewnętrznymi. Upublicznienie danych na temat kosztów wewnętrznych, form współpracy z innymi podmiotami, jak również informacje na temat rabatów negocjowanych z

dystributorami sprzętu powodowałyby, w ocenie zamawiającego, naruszenie interesu firm, których tajemnicę przedsiębiorstwa te informacje stanowią oraz stawiałoby konkurencyjne firmy w uprzywilejowanej pozycji przy realizacji innych postępowań. Co zaś najistotniejsze, załącznik nr 4 do wyjaśnień z dnia 19 grudnia 2014 r., zastrzeżony przez Konsorcjum Netia zawiera szczegółowy opis kalkulacji łącznych kosztów realizacji zamówienia przez to konsorcjum, a zatem dane mające znaczną wartość gospodarczą których ujawnienie bez wątplenia naraziłoby wykonawców na szkodę. Na poparcie swoich twierdzeń zamawiający powołał wyrok z dnia 25 lutego 2014 r. (sygn. KIO 189/14), wyrok z dnia 22 listopada 2013 r., (sygn. KIO 2602/13) oraz wyrok z dnia 25 lutego 2013 r. (sygn. KIO 293/13). Zamawiający wskazał, że Netia - GTS zastrzegło poufność jedynie niewielkiej części złożonych wyjaśnień, zaś w pozostałym zakresie dokument ten był jawny i dostępny odwołującemu. Zamawiający uważa zatem, że Netia-GTS nie nadużyło swojego uprawnienia do zastrzeżenia części informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś działanie konsorcjum uznał za obiektywnie uzasadnione i adekwatne do charakteru zastrzeżonych danych.

Podnosząc bezzasadność zarzutu rażąco niskiej ceny zamawiający podniósł, że wywody odwołującego bazują wyłącznie na nieuprawnionych domysłach i hipotezach odwołującego. Zdaniem zamawiającego Netia GTS w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykazało, że cena oferty uwzględnia wszystkie koszty realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i nie jest ceną rażąco niską. Wskazał na rozumienie pojęcia ceny rażąco niskiej w orzecznictwie krajowym i TSUE i stwierdził, że cena zaoferowana przez Netia-GTS nie spełnia założeń w tym orzecznictwie wskazywanych. Powołał wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r., sygn. KIO 460/12, wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 listopada 2001 r., C-285/99 (*Impresa Lombardini*), wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 maja 2008 r., C-147/06 (*SECAP*), wyrok Sądu z dnia 6 lipca 2005 r., T-148/04 (*TQ3 Travel Solutions*), wyrok Sądu z dnia 11 maja 2010 r., T-121/08 (*PC-Ware*). Uznał, że w świetle złożonych przez Netia-GTS wyjaśnień oraz wiedzy posiadanej przez zamawiającego przedmiot zamówienia może być prawidłowo zrealizowany za zaoferowaną przez konsorcjum cenę 40.044.719,97 zł brutto, w sposób uwzględniający minimalną marżę i pozwalający na osiągnięcie zysku przez konsorcjum. Odwołujący natomiast, w ocenie zamawiającego, nie tylko nie wykazał, ale nawet nie podjął jakiegokolwiek konkretnej inicjatywy dowodowej w celu wykazania jakoby wyjaśnienia złożone przez Netia-GTS potwierdzały, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena była rażąco niska (a więc nieautentyczna, niepoważna czy nierzetelna). Odwołanie opiera się wyłącznie na przyjętych przez odwołującego założeniach i hipotezach. Przykładowo odwołujący na potrzeby prowadzonego przez siebie wywodu przyjmuje błędnie określony sztywny koszt jednostkowy inwestycji w infrastrukturę kablową na poziomie 25.000 zł nie podając przy tym co jest podstawą takich wyliczeń. Również w tabelach skonstruowanych przez odwołującego na potrzeby odwołania (str. 17-18 odwołania)

zamawiający znalazł szereg pozycji kosztowych, których wysokość nie została przez odwołującego w żaden sposób uzasadniona. Odwołujący także, zdaniem zamawiającego, w sposób całkowicie nieuprawniony przyjmuje założenia co do podziału realizacji zamówienia przez Netia-GTS w kontekście poszczególnych technologii (łącza własne, LLU, BSA, dostęp radiowy). Twierdzenia te są całkowicie nieuprawnione i nie sposób odgadnąć na jakiej podstawie odwołujący przyjął, że Netia-GTS zamierza zrealizować np. 1019 łączy kategorii T6 w technologii radiowej. Zamawiający podkreślił, że sposób realizacji zamówienia i kalkulacja związanych z tym kosztów jest rzeczą indywidualną każdego z wykonawców, zaś odwołujący nie posiada niezbędnych danych i nie jest uprawniony do „narzucania” drugiemu wykonawcy właściwego sobie sposobu wykonania umowy i kalkulacji ceny ofertowej.

Metodologia przedstawiona przez odwołującego nie jest jedyną możliwą metodą realizacji zamówienia (jest jedną z wielu), a wykonawcy mają swobodę w zastosowaniu technologii i zasad dostarczenia łączy, które będą najbardziej efektywne technologicznie oraz najmniej kosztowne, w zależności od uwarunkowań konkretnej lokalizacji. Jak zaś podkreśla się w orzecznictwie Izby *„w sytuacji kiedy każdy z wykonawców ma swobodę kalkulacji ceny oferty, kalkulacja ceny ich ofert następuje w innych uwarunkowaniach, przynależnych tylko danemu podmiotowi* tak wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2013 r. (sygn. KIO 1877/13; KIO 1878/13).

Zamawiający uznał wyliczenia przedstawione przez odwołującego za nieudolną i pozbawioną jakiegokolwiek waloru dowodowego próbę zdyskredytowania korzystniejszej cenowo oferty.

Zamawiający o prawidłowości kalkulacji kosztów i ceny w ofercie Netia –GTS przekonał się na podstawie złożonych wyjaśnień, do których w części odwołujący nie miał dostępu. Wyjaśnienia te w ocenie zamawiającego są wyczerpujące, obejmują wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia i stanowią wystarczający dowód na to, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W szczególności do wyjaśnień została załączona tabela z kalkulacją kosztów, z której wprost wynika, że całkowite koszty przyjęte przez Netia – GTS są niższe niż zaoferowana cena, co pozwoli wykonawcy na wypracowanie zysku w związku z realizacją kontraktu. Netia-GTS złożyło również dowody świadczące o możliwości uzyskania sprzętu niezbędnego do realizacji inwestycji w cenach bardzo korzystnych i znacznie niższych niż rynkowe. Niezwykle istotna, według zamawiającego, dla oceny realności ceny zaoferowanej przez konsorcjum jest również okoliczność połączenia potencjału Netii z potencjałem GTS. Pozwala to na wybór dla każdej lokalizacji optymalnego sposobu realizacji zamówienia pod względem ponoszonych kosztów i stanowi o szczególnie korzystnych warunkach wykonania umowy, jakie posiada Netia-GTS, a którymi nie dysponuje odwołujący. Netia-GTS w ocenie zamawiającego wskazało również na szereg innych

istotnych czynników wpływając na możliwość zaoferowania konkurencyjnej względem Orange ceny.

Zdaniem zamawiającego całkowicie pozbawiona podstaw jest również argumentacja odwołującego jakoby różnica między budżetem zamawiającego szacowanym na podstawie badania rynku, a przyjętą ofertą świadczyła o jej zaniżeniu. W badaniu rynku przeprowadzonym przez zamawiającego oferenci podając szacunkowe kwoty, w tym przypadku również odwołujący, nie prezentują wszystkich swoich możliwości, podając ceny nawet kilkukrotnie wyższe niż ostatecznie zawarte w ofertach złożonych w postępowaniu. Jest to nagminna praktyka co potwierdzają różnice między szacowanymi budżetami a najkorzystniejszymi ofertami innych zamawiających w tego typu postępowaniach (świadczy to również o tym, że na rynku można zaobserwować dynamiczny spadek cen usług telekomunikacyjnych). Godnym uwagi jest również fakt, że podczas badania rynku dla tego postępowania zamawiający otrzymał więcej wycen do przeanalizowania niż ofert w wyniku postępowania, a rozbieżności między najniższą a najwyższą ceną były większe niż 100%.

Co do bezzasadności zarzutu niezgodności oferty Netia-GTS z siwz, to zamawiający podniósł, że twierdzenia odwołującego są w żaden sposób niewykazane i nie znajdują oparcia w treści oferty Netia-GTS. W ofercie tej bowiem w jakimkolwiek miejscu nie została określona technologia (rodzaj dostępu) w jakim wykonywane będą usługi, zaś zamawiający nie wymagał podania tej informacji w formularzu ofertowym. Co więcej, zamawiający nie określił technologii, jakiej wymaga do realizacji przedmiotu zamówienia, natomiast określił minimalne parametry prędkości, jakości i dostępności. Zamawiający jednocześnie podniósł, że udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców w dniu 21 listopada 2014r. zamawiający wyraził zgodę na wykorzystanie pozostających w jego użytkowaniu linii telefonicznych jako podkładu dla usługi łącza asymetrycznych poprzez hurtowy dostęp do infrastruktury Orange. Według wiedzy i doświadczenia zamawiającego łącza w technologii DSL zapewniają wystarczającą jakość przy zastosowaniu odpowiedniej konfiguracji sieci.

Zamawiający dopuścił hurtowy dostęp do sieci Orange, określając parametry jakich oczekuje, natomiast sposób realizacji pozostawił w gestii wykonawców, zdając sobie sprawę z możliwości przyjęcia różnych rozwiązań i dostosowania sposobu świadczenia usługi do charakterystyki lokalizacji i dostępnych wykonawcy możliwości. Zamawiający nie zamierzał weryfikować sposobu realizacji łącza na etapie składania ofert, gdyż kwestia zagwarantowania odpowiedniej dostępności i poziomu SLA dla usług realizowanych w oparciu o BSA należy do sfery odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy i jest nieweryfikowalna na etapie badania ofert. W świetle treści oferty złożonej przez Netia-GTS, według zamawiającego, nie sposób natomiast twierdzić, że wykonawca ten zamierza zrealizować zamówienie niezgodnie z wymogami z siwz, zwłaszcza że do wykonania umowy

może skorzystać z szeregu różnych rozwiązań technicznych, które pozwalają na osiągnięcie wymaganych przez zamawiającego poziomów dostępności i SLA. Zamawiający dodatkowo podkreślił, że awarie infrastruktury w warstwie fizycznej (np. kradzież lub uszkodzenie fizyczne okablowania) zdarzają się niezwykle rzadko, a większość awarii dotyczy urządzeń aktywnych (routerów), które będą własnością wykonawcy i będą przez niego obsługiwane. Z doświadczenia zamawiającego wynika, że tego typu awarie stanowią nie więcej niż 1-2% wszystkich awarii w miesiącu. Zastosowanie odpowiednich urządzeń oraz odpowiednio zorganizowanych służb technicznych przez Netia-GTS umożliwi zatem realizację właściwego poziomu dostępności i dotrzymanie parametrów SLA.

W dniu 19 stycznia 2015r. Netia –GTS złożył pismo przygotowawcze, w którym podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa Netia-GTS uznał zarzut za bezzasadny i podkreślił, że prawidłowo dokonał zastrzeżenia obejmując nim tylko te informacje, która stanowią tę tajemnicę, przekazując je w sposób uniemożliwiający osobom niepowołanym zapoznanie się z ich treścią oraz wykazując spełnienie przez nie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający miał wiedzę co do procedur Netia-GTS ochrony informacji, gdyż zostały one podane zamawiającemu już w ofercie przy okazji objęcia tajemnicą wykazu osób i usług. Podniósł, że w orzecznictwie KIO przyjmuje się poufny charakter tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera listę czynników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, w szczególności zaś - kalkulacji i ofert handlowych załączanych do wyjaśnień, a także podniósł, że sam odwołujący notorycznie dokonuje zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, i to w zakresie dużo szerszym niż informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Netia-GTS w tym postępowaniu (np. wyjaśnienia Odwołującego przedkładane w postępowaniu prowadzonym przez Operatora Gazociągów Przesyłowych „Gaz-System” S.A., które były przedmiotem oceny przez KIO w sprawie KIO 1104/14). Podkreślił, że zastrzeżone przez niego informacje mają wartość gospodarczą, a także charakter handlowy, gdyż zawierają przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu. Na poparcie swoich twierdzeń powołał wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO/ 1432/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 175/13, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2835/12: Ponadto wskazał, że elementem wcześniej nieujawnianym jest zaprezentowane w wyjaśnieniach rozwiązanie przygotowane dla potrzeb

tego konkretnego zamówienia. Elementy oferowanego rozwiązania ujawnione w wyjaśnieniach nie były objęte wymogiem wskazania ich na etapie składania ofert, jak również nie stanowią prostego powtórzenia treści siwz. Podkreślił, że szczegółowy sposób świadczenia usługi nie został zdeterminowany przez siwz, a sam odwołujący wskazuje na alternatywne sposoby realizacji zamówienia i nie jest w stanie określić, który z nich został przyjęty przez Konsorcjum Netia-GTS. Zasadność zastrzeżenia sposobu realizacji zamówienia, jako informacji posiadającej dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, podkreśla się również w licznych orzecznictwie KIO, m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 października 2014 r., sygn. KIO 1977/14, jak również została ona potwierdzona w cytowanym przez samego Odwołującego wyroku z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. KIO 2932/13. Zamawiający, w ocenie przystępującego, był zatem uprawniony do wyłączenia jawności zastrzeżonej części dokumentu, bez konieczności żądania od Netia-GTS jakichkolwiek dodatkowych, czy też uzupełniających wyjaśnień. Netia-GTS wskazał, iż twierdzenie Odwołującego, iż *do zastrzeżenia powinno być dołączone uzasadnienie wyjaśniające, dlaczego wykonawca zastrzega konkretne informacje* (str. 4 odwołania), nie wynika w żaden sposób z przepisów ustawy, które podlegają zastosowaniu w niniejszym postępowaniu. Netia –GTS podniósł, że w obu spółkach wdrożony jest system ochrony informacji niejawnych, znajdujący swoje odzwierciedlenie w umowach o poufności zawieranych z pracownikami i kontrahentami obu członków Netia-GTS. Informacje o ponoszonych kosztach, osiąganey marży, czynnikach branych pod uwagę przy ustalaniu ceny oferty, a także zastosowanej technologii realizacji usługi, objęte są przez obie strony ścisłą klauzulą poufności. Zdaniem Netia-GTS odwołujący nie wykazał, iż wskazane informacje, co do czynników cenotwórczych oraz sposobu realizacji zamówienia, nie spełniają którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy to na nim, jako podnoszącym zarzut spoczywa ciężar dowodu. Tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 października 2014 r., sygn. KIO 1977/14. W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień, to Netia –GTS wskazał, że do niniejszego postępowania nie mają zastosowania przepisy ustawy w brzmieniu ustalonym nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014r. (DZ. U. z 2014r. poz. 1232), nie jest właściwe przyjęcie przez odwołującego, iż zwrócenie się z wezwaniem do złożenia wyjaśnień tworzy jakiegokolwiek domniemanie rażąco niskiej ceny złożonej oferty. Potwierdza to m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 (sygn. akt V Ga 122/10), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2011 r (sygn. akt: KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11) Zasadności postawionego zarzutu, w ocenie Netia-GTS, nie potwierdza również argumentacja odwołującego odnosząca się do potencjału posiadanego przez Orange i zakładająca, iż to koszty ponoszone przez odwołującego i przyjęty przez niego sposób realizacji zamówienia są referencyjne i stanowią

punkt odniesienia dla oceny rażąco niskiej ceny oferty Netia-GTS. Netia-GTS podniósł, że rażąco niski charakter ceny bada się w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i wyjaśnienia składane w tym zakresie odnosić się mają do kosztów i okoliczności właściwych danemu wykonawcy. Co najmniej bezzasadne jest wymaganie od niego, aby porównywał swoje koszty, posiadany potencjał i przewidywany sposób realizacji zamówienia, do tych, które właściwe są odwołującemu, choćby z tego oczywistego względu, iż nie znane są mu wysokość poszczególnych kosztów i sposób kalkulacji ceny ofertowej dokonany przez odwołującego. Niewłaściwe jest również założenie odwołującego, iż posiadanego przez niego zasoby infrastrukturalne wskazywane w odwołaniu przesądzą o tym, iż to Orange ponosi w każdym przypadku najniższe koszty realizacji przedmiotu zamówienia. Zdaniem Netia-GTS o błędności takiego założenia świadczą chociażby liczne inne projekty realizowane z sukcesem przez operatorów alternatywnych, a uzyskane dzięki zaoferowaniu niższej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi operatora sieci WAN, pomimo tak rozległej infrastruktury, którą dysponuje Orange, m.in. postępowania prowadzone w ostatnich latach przez: Centrum Informatyki Statystycznej (Dz. U. UE 2013/S 180-311075), Ministerstwo Sprawiedliwości (Dz. U. UE 2011 /S 77-126623), Polską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o. (Dz. U. UE 2013/S 251-441172), Górnośląską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o. (Dz. U. UE 2012/S 200-329517). Obaj członkowie Konsorcjum Netia-GTS również posiadają status dużych operatorów, świadczących podobne usługi dla innych podmiotów publicznych oraz posiadających własną gotową infrastrukturę, a także -mających dostęp do infrastruktury innych spółek z obu grup kapitałowych. W szczególności, odwołujący pomija okoliczność, iż GTS Poland sp. z o.o. jest częścią tej samej grupy kapitałowej co T-Mobile Polska S.A., która posiada rozbudowaną i wciąż rozwijaną sieć łączy w całym kraju. Odwołujący, w ocenie Netia-GTS, porównując cenę oferty Netia-GTS z ceną własnej oferty, nie wykazał w żaden sposób, iż zaoferowana przez niego kwota stanowi minimum kosztów koniecznych obiektywnie do poniesienia przez każdego operatora realizującego przedmiot zamówienia. Cena oferty Orange i koszty realizacji usługi wykazywane przez odwołującego w odwołaniu świadczą jedynie o tym, za jaką cenę odwołujący oferuje wykonanie zamówienia (bez rozróżnienia struktury kosztów i wykazania wysokości zakładanego zysku), i jakie koszty świadczenia usługi w jego ocenie, powinni ponosić inni operatorzy. W żaden sposób, elementy te nie mogą świadczyć o niepokrywaniu kosztów realizacji zamówienia przez Netia-GTS, a potwierdzają jedynie dodatkowo, iż informacje o sposobie realizacji usługi i czynnikach wpływających na obniżenie kosztów, istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa członków Konsorcjum i posiadają dla nich wartość gospodarczą. Netia GTS podniósł, że złożone wyjaśnienia ujawniają sposób kalkulacji ceny oferty przyjęty przez niego oraz wskazują te elementy zamówienia, w których ponosi ono istotne oszczędności, nie sposób zatem odmówić im charakteru wyjaśnień konkretnych, uwzględniających

specyfikę przedmiotowego postępowania oraz uwzględniających wszystkie te czynniki wpływające na cenę oferty, które są dla niego właściwe. W zakresie różnicy między ceną oferty Netia-GTS, a wartością szacowaną przez zamawiającego, to do tej kwestii odniesiono się obszernie w wyjaśnieniach z dnia 19 grudnia 2014 r. Netia-GTS wniosła o oddalenie złożonego przez Odwołującego wniosku o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji przeprowadzonej przez zamawiającego procedury rozeznania rynkowego, gdyż dowód ten jest nieprzydatny dla wykazania nieprawidłowości dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych przez Netia-GTS wyjaśnień. Zjawiskiem według Netia-GTS powszechnym jest zawyżanie przez wykonawców kwot przedstawianych w toku badań rynkowych, tak aby uniknąć sytuacji, w której budżet zamawiającego okaże się niższy niż faktyczne możliwości i pożądaną przez wykonawców poziom zysku. Jako przykład powołał zachowanie samego odwołującego, np. w postępowaniu na usługi transmisji danych prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości (nr sprawy BOF-II-3710-4/14), cena oferty złożonej przez Orange Polska S.A. stanowiła ok. 22,5% kwoty, którą wykonawca ten wskazał w odpowiedzi na zapytanie o szacowane koszty zamówienia. Ponadto w toku rozeznania rynkowego, obaj członkowie Konsorcjum Netia-GTS podawali ceny z perspektywy samodzielnej realizacji zamówienia, bez uwzględnienia wspólnego ubiegania się o jego uzyskanie. Ponadto, wykonawcy dysponowali wyjątkowo krótkim czasem na zaproponowanie kwoty obejmującej zakres zamówienia, a przede wszystkim dysponowali szczątkowymi informacjami co do zakresu i poszczególnych wymogów zamawiającego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty i niezgodności oferty z treścią siwz Netia GTS uznał zarzuty za bezzasadne, nieudowodnione i oparte na nietrafnych założeniach, co do sposobu świadczenia usługi w poszczególnych kategoriach łączy zawarte w odwołaniu Orange. Netia-GTS podkreśliła, że odwołujący nie wykazał w którym miejscu oferty (konkretnie który punkt, z której strony) jest niezgodny z siwz (z którym pkt, z której strony dokumentu) i uzasadnić dlaczego. Skoro odwołujący nie wskazał na konkretne postanowienie oferty, to należy uznać, że zarzut ten nie został w ogóle podniesiony i jako taki, należy pozostawić go bez rozpoznania. Dodatkowo dla Netia -GTS, nie jest zrozumiałą zarzut niezgodności oferty z treścią siwz dotyczący liczby VCC, która zgodnie z twierdzeniami odwołującego miałaby wynikać z faktu wykorzystywania usługi BSA i LLU, gdyż zamawiający w Rozdziale I pkt 6 ppkt 2.1.2 OPZ postawił wymaganie, iż: *„Urządzenia CE będą przygotowane do świadczenia zaawansowanych usług sieciowych: (...) Dla kategorii T5 - 17 minimum 5 VRF (...)”*, jak również, sam odwołujący przyznaje, iż realizacja tej funkcjonalności jest możliwa w sposób sprzętowy (w zależności od zastosowanego routera CE), a zatem nie jest zdeterminowana przez sposób zapewnienia łącza dostępowego.

Odwołujący nie podnosi zarzutów w stosunku do oferowanych przez Uczestnika postępowania urządzeń CE, a jedynie technologii łączy dostępowych.

Ponownie podkreślił, że zamawiający na etapie składania oferty nie wymagał przedstawienia przez wykonawców technologii i sposobu realizacji łączy w poszczególnych kategoriach czy lokalizacjach. Zrezygnował zatem z weryfikacji na etapie badania ofert, konkretnego sposobu, w jaki wykonawca świadczyć będzie usługę, pozostając przy określeniu stosownych wymagań, które mogą zostać spełnione z wykorzystaniem różnych rozwiązań szczegółowych. Co więcej, postanowienia siwz wyraźnie przewidywały konieczność uwzględnienia, iż w przypadku niektórych lokalizacji, ostateczny sposób świadczenia usługi będzie możliwy do ustalenia między stronami dopiero na etapie realizacji zamówienia, uwzględniając niejednokrotnie możliwość zmiany technologii czy to na żądanie zamawiającego czy też z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (np. w odniesieniu do możliwości zastosowania technologii radiowej, o której pisze odwołujący). Abstrakcyjne podnoszenie niemożliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami siwz, w sytuacji, w której zamawiający nie wymagał ujawnienia w ofercie szczegółowego sposobu realizacji usług, nie jest dopuszczalne w świetle przesłanek odrzucenia oferty określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 sierpnia 2013 r., sygn. KIO 1749/13 Nadto według Netia-GTS, Odwołujący błędnie wskazuje, iż świadczenie usługi z wykorzystaniem oferty typu BSA nie umożliwia spełnienia wymagań Zamawiającego i świadczy o niezgodności oferty z treścią siwz. Przede wszystkim, odpowiedź udzielona na pytanie nr 1 do SIWZ z dnia 21 listopada 2014 r. oznacza wprost dopuszczenie przez zamawiającego świadczenia usługi z wykorzystaniem łączy asymetrycznych, bez jakichkolwiek ograniczeń, poza zachowaniem ciągłości świadczenia dotychczasowych usług na wykorzystywanych liniach. Ponadto, zgodnie z wiedzą i doświadczeniem posiadanymi przez Netia-GTS, wykorzystanie usług BSA nie uniemożliwia spełnienia wymagań w zakresie wielkości pasma i parametrów jakościowych łączy, jak również czasu usuwania awarii postawionych przez Zamawiającego w odniesieniu do kategorii T5-T6.

Zdaniem Netia-GTS odwołujący czyni błędne i niczym nie poparte założenia, zarówno, co do rodzaju i wysokości kosztów, jak i dostępnego Netia-GTS potencjału. Określając posiadaną przez Netia S.A. infrastrukturę, odwołujący opiera się jedynie na szacunkowych i niewiarygodnych źródłach, znacznie zaniżając tym samym dostępne temu wykonawcy zasoby. Źródła internetowe, nawet te domeny, których właścicielami są członkowie Konsorcjum nie muszą prezentować i nie prezentują pełnych danych, a tym samym nie mogą stanowić przekonującego dowodu na potwierdzenie stawianej przez odwołującego tezy. Tym bardziej, jakiegokolwiek wiarygodności nie posiada informacja prezentowana na

blogu podmiotu nie związanego z Netia S.A., a powoływanego jako dowód na stronie 13 odwołania. Brak podstaw dla twierdzenia, iż stworzona przez jakiś podmiot trzeci i udostępniona w Internecie mapka, która zgodnie z opisem przedstawia łącza do 300 mb/s „po dawnym aster”, miałyby „*ilustrować zasięg sieci wykonawcy Netia*”. Blog wskazany jako źródło informacji odwołującego nie jest oficjalnym blogiem Netia S.A., zaś opis mapki wskazuje na to, że prezentuje ona jedynie część kanalizacji należącej wcześniej do Aster, którą Netia S.A. zakupiła od UPC. Mapka nie prezentuje w żaden sposób całej sieci, którą Netia S.A. posiada na terenie Krakowa.

W kolejnych pismach procesowych strony i uczestnik postępowania podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. notatki z przeprowadzonego badania rynku na świadczenie usług transmisji danych z dnia 19 sierpnia 2014r. wraz z załącznikiem, wezwania do udzielenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów z dnia 12 grudnia 2014r. oraz odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 grudnia 2014r, a także dowody dołączone do pism przygotowawczych stron.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający dokonał ustalenia wartości szacunkowej na podstawie rozeznania rynku za pomocą platformy marketplanet w okresie 21 lipca – 7 sierpnia 2014r. Z załącznika do notatki wynika, że w ramach rozeznania rynku udział wzięli następujący wykonawcy:

Netia oferując cenę netto bez opcji – 53 559 660,00zł, z opcją 94 206 660,00zł.

GTS Poland oferując cenę netto bez opcji 111 931 700,00zł., z opcją 147 972 200,00zł.

Orange oferując cenę netto bez opcji 194 312 915,00zł.

Exatel oferując cenę netto bez opcji 180 898 100,00zł., z opcją 185 480 992,00zł.

W ocenie Izby ustalenie tych okoliczności nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, albowiem oferty wstępnej nie złożyło Konsorcjum Netia-GTS, a ponadto z protokołu otwarcia ofert wynika, że również cena oferty odwołującego znacząco odbiega od złożonej przez niego oferty wstępnej. Tym samym dane te nie mogą stanowić wiarygodnego źródła informacji na temat cen obowiązujących na rynku usług operatorskich, co dodatkowo potwierdzają przykłady postępowań przedstawione przez przystępującego w piśmie z dnia 23 stycznia 2015r. dla Ministerstwa Sprawiedliwości i ZUS omówione poniżej.

Izba wzięła pod uwagę oświadczenie przystępującego zawarte w piśmie przygotowawczym z dnia 19 stycznia 2015r., w którym przystępujący wskazał, że „Ponadto, zgodnie z wiedzą i doświadczeniem posiadanymi przez Netia-GTS, wykorzystanie usług BSA nie uniemożliwia spełnienia wymagań w zakresie wielkości pasma i parametrów jakościowych łącza, jak

również czasu usuwania awarii postawionych przez Zamawiającego w odniesieniu do kategorii T5-T6.”. Zatem ustalenie dotyczące dopuszczalności zastosowania usługi BSA Izba ograniczy jedynie dla tych łącz, bo przystępujący czyniąc powyższe stwierdzenie a contrario wskazał, że nie wdaje się w polemikę, co do dopuszczalności zastosowania tej usługi dla łącz T1-T4 – w tym zakresie zatem spór pomiędzy stroną, a uczestnikiem postępowania należało uznać za nieistniejący.

W punkcie 4 podpunkt 2.2. str. 6 OPZ w ramach kluczowych cech uruchamianej usługi IP VPN, zamawiający wymaga, żeby zestawiona usługa została mu udostępniona za pośrednictwem wskazanych z rodzaju porów dostępowych za pomocą wtyku RJ45 na urządzeniu wykonawcy – stwierdzenie to dotyczy łącz T1-T4. Natomiast warunki szczegółowe na dostawę łącz asymetrycznych dla kategorii T5-T6 (IPVPN) i T7 (Internet z IPSec) regulują postanowienia OPZ na str. 7 pkt 5, gdzie zamawiający wskazał, że w lokalizacjach, w których wymagane jest łącze kategorii T5-T6, wykonawca dostarczy usługę IP VPN z łączem asymetrycznym, rozumianą jako usługa sieci prywatnej o charakterystyce funkcjonalnej zgodnej z RFC 4364 BGP/MPLS IP Virtual Private Networks (VPNs). Transmisja w ramach usługi IP VPN objęta będzie SLA w zakresie zarówno dostępności, jak i parametrów jakościowych dla zdefiniowanych klas ruchu. Zestawiona usługa zostanie zamawiającemu udostępniona za pomocą portów dostępowych 100 Base-T na urządzeniu CE wykonawcy przy pomocy wtyku RJ45, zaś w pkt. 6 (warunki na urządzenia CE) pkt. 2.1.2 zamawiający określił, że dla kategorii ruchu T5-T7 minimum 5 VRF oraz minimalna ilość wpisów w tablicy routingu 8192 oraz z QoS dla każdego VRF. Dodatkowo w wymaganiach ogólnych pkt. 1 str. 3 OPZ w pkt 2.2. zamawiający postanowił dla kategorii łącz T5-T7 usługi IP VPN łącze asymetryczne rozumianej jako usługa sieci prywatnej o charakterystyce funkcjonalnej zgodnej z RFC 4364. Transmisja w ramach usługi IP VPN objęta będzie SLA w zakresie zarówno dostępności jak i parametrów transmisyjnych dla zdefiniowanych klas ruchu. Zamawiający dopuścił dla tych kategorii możliwość uruchomienia łącz symetrycznych jednak ich przepustowość nie może być niższa niż większa z wartości przepustowości dla łącza asymetrycznego dla danej kategorii łącz. Dalej z OPZ punkt 13 str. 18 wynika, że gwarantowane są parametry jakościowe QoS dla dowolnej pary lokalizacji. Bonifikaty naliczane są na podstawie pomiaru parametrów jakości z lokalizacji POP. Zamawiający może dodatkowo badać zgodność parametrów jakości pomiędzy dwoma dowolnymi lokalizacjami w sieci IP VPN zamawiającego z wartościami parametrów SLA. W punkcie 15.3 str. 19 wskazane jest 10 pakietów o dł. 64B w odstępach 20 ms, próbki wysyłane są co 5 min pomiędzy elementami sieci zarządzanymi przez wykonawcę (dla klasy V1) zastosowanie urządzeń w POP, generujących pakiety testujące wszystkie ruchowe parametry jakości usług QoS będą mierzone w jednym cyklu rozliczeniowym między wszystkimi punktami sieci zamawiającego, z których z punktem początkowym jest lokalizacji

POP, a punktem docelowym jest dowolna lokalizacja, gdzie znajdują się router CE wykonawcy tzw. system „1 do wielu” (ang. one-to-many). Str. 20 i 21 pod tabelami 5, 6 i 7 bonifikata PLR = różnica RTD *miesięczna suma wynagrodzenia za usługi dla 2 lokalizacji połączonych ścieżką IP, dla danej klasy ruchu na której wystąpiło niedotrzymanie parametrów.

Z wyjaśnień treści siwz z dnia 30 października 2014r. wynika, że zamawiający posiada w lokalizacjach kategorii T5-T6 linie telefoniczne obsługiwane przez Orange Polska SA oraz innych operatorów. Zamawiający przekazał listę numerów linii telefonicznych we wszystkich lokalizacjach jednocześnie informując, że nie jest możliwe przekazanie informacji, w jakiej technologii (kablowej lub radiowej) są świadczone usługi na tych liniach.

Z informacji z zebrania wykonawców z dnia 7 listopada 2014r. załącznika nr 2 z odpowiedzi na pytanie 2 wynika, że zamawiający nie przewiduje wskazania Lokalizacji, w których z całą pewnością nie zostanie dopuszczona technologia radiowa, gdyż dopiero informacje przekazane przez wykonawcę na etapie realizacji umowy pozwolą określić, w których lokalizacjach nie ma warunków technicznych do zastosowania technologii radiowej. Odpowiadając na pytanie 3 wskazał, że w technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym punkt – punkt pracuje obecnie około 1,72% łączy, a w technologiach GSM 11,3% łączy. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 7 wskazał, że podstawą weryfikacji braku możliwości zastosowania technologii kablowej jest wykazanie przez wykonawcę obiektywnych przyczyn takiej niemożności, a zamawiający ma prawo zweryfikowania dowolnymi sposobami prawdziwości i wiarygodności informacji przekazanych przez wykonawcę. Również w odpowiedzi na pytanie 59 z dnia 6 listopada 2014r. zamawiający wskazywał na dopuszczalność technologii radiowej w sytuacji braku warunków technicznych do zastosowania technologii kablowej i nie przewidywał bezwzględnego limitu zastosowania tej technologii w lokalizacjach. W odpowiedzi na pytanie 65 z 6 listopada 2014r. wskazał, że wykorzystanie łączy internetowych i IPSec jest dopuszczalne wyłącznie dla łączy kategorii T7, wyjaśnił także w odpowiedzi 67, że przez łącza bezprzewodowe rozumie wszystkie łącza radiowe z wyłączeniem radiolinii punkt-punkt w paśmie koncesjonowanym. Pomędzy stronami nie był sporny fakt dopuszczania zaoferowania usługi w oparciu o łącza asymetryczne pod warunkiem zachowania wymaganych przez zamawiającego parametrów jakościowych.

Kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, ceny złożonych w postępowaniu ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej nie są sporne pomiędzy stronami.

W ofercie Netia –GTS znajdują się na str. 6 – 10 znajduje się uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla części załączonych do oferty dokumentów, z którego str. 9 – 10 wynika, że każda z firm wchodzących w skład konsorcjum posiada wdrożone procedury

zmierzające do zachowania poufności między innymi informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa. Dostęp do systemów ograniczony jest do zdefiniowanej grupy pracowników, zabezpieczony loginem i hasłem. Pracownicy na mocy podpisanego „Oświadczenia o zachowaniu poufności” zobowiązani są do zachowania poufności m.in. w wyżej wymienionym zakresie. Ponadto strony zawarły umowę konsorcjum, zgodnie z którą zobowiązane są do zachowania w poufności wszelkich informacji uzyskanych o innej stronie podczas przygotowywania wniosku, oferty, wykonywania zamówienia i umowy z zamawiającym oraz w związku z inną współpracą stron przewidzianą w tej umowie lub będącą skutkiem jej zawarcia. Tezy te przystępujący poparł dowodami w piśmie z dnia 23 stycznia 2015r. składając wyciągi dotyczące klauzuli poufności w ramach umów z pracownikami każdego z członków oraz umów z innymi podmiotami.

Na str. 79 – 83 oferty przystępującego znajdują się oświadczenia obu wykonawców o przynależności do grup kapitałowych i listy podmiotów wchodzących w skład tych grup.

W dniu 12 grudnia 2014r. zamawiający wezwał Netia-GTS do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę wskazując, że zaoferowana w ofercie cena jest istotnie niższa od oferty złożonej przez odwołującego, a także od szacunkowej wartości zamówienia.

W dniu 19 grudnia 2014r. Netia-GTS złożył wyjaśnienia, które częściowo zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W pkt III tych wyjaśnień w części jawnej Netia-GTS złożyli oświadczenie o skalkulowaniu wszystkich kosztów zgodnie z siwz, w tym kosztów uruchomienia usług transmisji danych, świadczenia usług w całym okresie obowiązywania umowy, a także koszty zagwarantowania wymaganych parametrów SLA, parametrów jakościowych oraz dostępności usług. Wskazał na orzecznictwo KIO dotyczące ceny rażąco niskiej np. wyrok z dnia 3 kwietnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 360/00, z dnia 30 lipca 2012r. sygn. akt Kio 1502/12, wyrok z dnia 5 sierpnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 952/09, z dnia 11 sierpnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 765/08, z dnia 27 czerwca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 587/08, z dnia 29 maja 2008r. sygn. akt KIO/UZP 466/08, z dnia 11 kwietnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 273/08, z dnia 9 kwietnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 257/08 i 258/08 z dnia 28 marca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 226/08, Sądu Okręgowego w Krakowie sygn. akt XII Ga 88/09. Netia-GTS kierował się rachunkiem kosztowym z załącznika nr 3 do odpowiedzi na wezwanie uwzględniając analizę aktualnych cen rynkowych. Cena obu ofert odbiega od szacunków zamawiającego, co oznacza, że obecnie zamawiana usługa jest na rynku tańsza niż w dacie szacowania wartości szacunkowej przez zamawiającego. Dla szacunku podstawą nie może być umowa zamawiającego z dotychczasowym dostawcą usług, gdyż nie była zawarta w postępowaniu konkurencyjnym. Wskazano na 9 postępowań z okresu 2011 – 2014 prezentując zaoferowane w nich ceny oraz stosunek tych cen do budżetu i stwierdzono, że z analizy tej wynika, że ceny na poziomie średnio 30% określonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia są powszechnym zjawiskiem w tym

segmencie rynku i wykazują tendencję spadkową cen. Netia-GTS powołała kolejne przykłady orzecznictwa KIO wskazujące, że występuje spadek cen na tym rynku. Sama różnica w cenach nie powoduje, że dana oferta jest ofertą z ceną rażąco niską, w tym zakresie powołano wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014r. sygn. akt KIO 523/14.

W pozostałym zakresie dotyczącym zaoferowanej ceny wyjaśnienia objęto tajemnicą przedsiębiorstwa. W pkt. V wyjaśnień podano uzasadnienie objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa cytując treść art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podnoszą, że zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny i handlowy przedsiębiorstwa oraz posiadają wartość gospodarczą i nie były i nie są ujawnione do publicznej wiadomości. Informacje w jaki sposób członkowie konsorcjum kalkulują cenę, jakie czynniki mają wpływ na jej wysokość i jaką posługują się marżą stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nadto Netia-GTS wskazali na dopuszczalność w świetle orzecznictwa i doktryny kilkakrotnego wzywania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy np. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010r. sygn. akt V Ga 122/10, wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014r. sygn. akt KIO 586/14 i Informator UZP nr 11/2013.

W części wyjaśnień objętej przez Netia-GTS tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca powołał się na:

- korzyści wynikające z połączenia potencjałów, w tym m. in. infrastruktury obu wykonawców, wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego, sposobu organizacji prowadzenia działalności gospodarczej,
- wpływu wielkości i czasu trwania przedmiotowego zamówienia na kształtowanie się kosztów jego realizacji,
- przynależność do grup kapitałowych i wskazywał na korzyści jakie posiada z tego tytułu, które pozwalają mu na ograniczenie kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia,
- przyjęty model realizacji przedmiotowego zamówienia.

Do wyjaśnień załączono dokument potwierdzający możliwość uzyskania sprzętu niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia z zastosowaniem korzystnego rabatu, a także przedłożono kalkulację kosztów obejmującą koszty uruchomienia usług transmisji danych w uwzględnieniu rodzajów łączny i zakupu sprzętu, koszty świadczenia usługi w trakcie trwania umowy, z uwzględnieniem kosztów dla poszczególnych rodzajów łączny, podano dodatkowe koszty dla administratorów budynków/galerii handlowych i pozostałe koszty związane z realizacją usług wskazano także kwotowo i procentowo na wysokość zakładanego zysku.

Izba ustaliła, że przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa były informacje o charakterze technologicznym – model realizacji przedmiotowego zamówienia oraz organizacyjnym w zakresie sposobu funkcjonowania obu członków konsorcjum w wyniku

połączenia ich potencjałów i korzyści z tym związanych, a także korzyści z posiadanego przez każdego z członków zaplecza w postaci przynależności do grup kapitałowych (informacja o liście podmiotów z grupy kapitałowej każdego z partnerów była informacją jawną w ofercie), uzyskanych ofert i związanych z nimi rabatów. Również dowody dołączone do wyjaśnień tj. kalkulacja kosztów – jako będąca wynikiem przyjętego modelu rozwiązania technologicznego w ocenie Izby zaliczona powinna być do informacji o charakterze technologicznym, gdyż jej ujawnienie prowadziłoby do możliwości ustalenia przyjętego modelu rozwiązania technologicznego, zaś załączona oferta ujawniałaby posiadany krąg kontrahentów, ceny za jakie przystępujący może uzyskać dane urządzenia lub usługi oraz udzielone rabaty, co w ocenie Izby mieści się w pojęciu informacji o charakterze organizacyjnym.

Z dowodów przedłożonych przez odwołującego do odwołania i pism przygotowawczych z dnia 19 i 23 stycznia 2015r. wynika, że :

Z mapki zasięgu sieci grupy Netia wynika, że zasięg sieci jest zróżnicowany i zasięg ten jest największy w województwach południowo - zachodnich.

Z mapki sieci metropolitalnych firmy GTS Poland wynika, że firma T-Mobile posiada 31 metropolitalnych sieci światłowodowych i radiowych w 4 krajach Europy Środkowo-Wschodniej w Polsce w Gdańsku, Katowicach, Krakowie, Poznaniu, Warszawie, Wrocławiu. Obie mapy w ocenie Izby nie stanowią dowodu na to, że przystępujący dysponuje łącznie infrastrukturą jedynie w 149 miejscowościach. Z mapy Netii nie można policzyć ilości miejscowości, zaś na mapie GTS nie ma miejscowości, a jedyną informacją jest informacja o posiadaniu sieci w Polsce w Gdańsku, Katowicach, Krakowie, Poznaniu, Warszawie, Wrocławiu, brak jednak możliwości ustalenia, czy to jest pełen wykaz miejscowości dostępnych GTS.

Według opracowania własnego odwołującego jest 149 miejscowości, gdzie Netia i GTS posiadają własną strukturę telekomunikacyjną.

Z artykułu na str. www.bankier.pl z dnia 6 listopada 2014r. wynika, że prezes Netia poinformował, że do końca 2014r. zamierza mieć zasięg łącznie 1,71 mln gospodarstwa domowych w standardzie NGA oraz 2,5 mln gospodarstwa bez potrzeby modernizacji. Na moment sporządzenia artykułu prezes Netia powiedział, że nie są planowane kolejne modernizacje sieci po roku 2014.

Z artykułu „Jeszcze większy zasięg LLU” na Blogu Netia z dnia 23 listopada 2010r. wynika pełna lista miejscowości w jakich na datę sporządzenia artykułu Netia posiada węzły LLU.

Z artykułu na blogu Netia z dnia 15 grudnia 2011r. „Uwolniliśmy 700 central TP (LLU) – czas na podsumowanie” wynika, że w dacie sporządzenia artykułu Netia wybudowała 700 węzłów LLU, a średni koszt budowy jednego węzła wyniósł 168 tys.zł.

Izba oceniła powyższe dwa dowody jako mało wiarygodne, gdyż odnoszą się do stanu najpóźniej na dzień 15 grudnia 2011r., zatem nie na termin składania ofert, a odwołujący nie wykazał, że po tej dacie przystępujący nie uzyskał większej liczby LLU.

Z umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń hurtowego dostępu do sieci OPL, dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych kolokacja dostęp do Infrastruktury OPL w zakresie Słupów OPL Wież OPL, Masztów OPL i Powierzchni OPL wynika, że opłaty dostępowe abonamentowe dla łącza abonenckiego aktywnego to koszt pełny do pętli 22,00, pełny do podpętli 16,77, współdzielony dla pętli i do podpętli 5,81, a dla łącza nieaktywnego pełny do pętli i współdzielony dla pętli 22,00 zaś pełny do podpętli i współdzielony do podpętli 16,77 (zł.), koszt opłaty dla poziomu dostępu ATM w technologii SHDSL o prędkości MBS to 106,08zł.

Izba oceniła te informacje jako w pełni wiarygodne, nie były one także zaprzeczone przez zamawiającego i przystępującego.

Z informacji ze strony www.hurt-orange.pl „Informacje ogólne lit. F) wynika, że możliwe jest nabycie usługi 1337. IDSL9.ATM.DSL: 10240.1024 za cenę 22,29 zł. i usługi 1338. IDSL9.ATM.DSL: 20480.1536 za cenę 29,53zł.

Z oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków nie będących zakończeniami łączy i odcinków end-to-end wynika, że koszt oferty hurtowej RLLO bez kosztów instalacji dla przepływności 34Mbps do 50 km to 3940zł. miesięcznie, dla przepływności 155Mbps to do 50km – 7 576zł. miesięcznie.

Z oferty nr 1 wynika, że w ramach Punktów Udostępniania Usługi o przepustowości od 9 Mbps do 54 MBPS cena opłaty instalacyjnej wahała się od 900 – 2100zł. i w taki sam sposób kształtowała się oferta w zakresie opłat miesięcznych

Z oferty nr 2 wynika, że usługa punktu końcowego łącza dla przepustowości 80 Mbps została zaoferowana za cenę 3200zł./m-c.

Z oferty nr 3 wynika, że średni koszt budowy łącza radiowego typu radiolinia punkt punkt na częstotliwościach koncesjonowanych był oferowany za cenę od 32 950zł. do 38 950zł. w zależności od częstotliwości.

Z oferty nr 4 wynika, że świadczenie usług transmisji danych w określonych lokalizacjach był oferowany w zależności od przepustowości od 2/2 Mbsp do 200/200Mbps w okresie 42 m-cy przy opłacie instalacyjnej 1zł. kształtował się do 600,00 do 6500,00zł.

Izba powyższe dowody uznała za wiarygodne.

Z ekspertyzy prywatnej dotyczącej rynkowej oceny uwarunkowań technicznych i kosztowych wykonania przedmiotu przetargu pod nazwą „Świadczenie usług operatora sieci rozległej

WAN-PP dla Poczty Polskiej SA” z dnia 18 stycznia 2015r. wynika, że zdaniem opiniującego :

1. poprawna z punktu widzenia wymagań siwz oferta skalkulowana przez Netia-GTS powinna zakładać brak możliwości skorzystania z oferty hurtowej OPL za wyjątkiem LLU, w takim przypadku oferowana cena za usługę powinna znacząco przekraczać 2,5 mln zł./m-c, czyli być trzykrotnie wyższa niż zaoferowana,
2. przy wkalkulowaniu ryzyka ponoszenia kar umownych z tytułu braku SLA określonego w siwz i zbudowanie oferty w oparciu o hurtową ofertę OPL i tak oferta Netia-GTS jest zaniżona blisko dwukrotnie, przy niemożliwości spełnienia wymagań SLA określonych w siwz,
3. operator Netia –GTS nie dysponuje żadnymi szczególnymi warunkami, które mogłyby uzasadnić zdolność do zbudowania sieci będącej przedmiotem zamówienia za cenę zaproponowaną w ofercie. Netia mimo dużego rozwoju sieci własnej cały czas ogranicza się głównie do inwestycji na terenach miejskich, zaś GTS posiada głównie sieć transmisyjną międzymiastową bez sieci ostatniej mili. Ani Netia, ani GTS nie posiadają własnej infrastruktury obejmującej swoim zasięgiem większość placówek Poczty Polskiej. Konsorcjum Netia-GTS nie posiada żadnego gotowego potencjału z którego może skorzystać, aby jego oferta była szczególnie atrakcyjna. Cała usługa IP VPN wykonana przez Netia-GTS musi być oparta o infrastrukturę operatora OPL lub o nowe, budowane łącza
4. jakość narzucona w warunkach przetargowych przy założeniu stosowania 5x VRF i przy założeniach budowy transmisji asymetrycznych łączy 4/1 i 6/1 jest praktycznie niemożliwa do spełnienia. Taki niskie przepustowości łączy dla 5x VRF niosą ze sobą zbyt wiele zagrożeń mogących zdegradować lub całkowicie uniemożliwić korzystanie z usług sieciowych.

Z ekspertyzy Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji wykonanej w dniu 17 stycznia 2015r. na zlecenie Wojciecha Kamienieckiego wynika, że :

1. koszt budowy przyłącza telekomunikacyjnego światłowodowego waha się w przedziale 17 000 – 23 000zł. netto/km, amortyzacja łącza dedykowanego wynosi od 405 – 595zł., a niededykowanego od 71 do 96zł. miesięcznie,
2. koszt budowy łącza radiowego waha się od 15 000 – 25 000zł. netto, amortyzacja łącza wynosi od 357 – 595zł.,
3. koszt opłaty za kanał 2000zł./rok,
4. serwis utrzymaniowy ok. 42zł./m-c
5. koszt zakupu routerów MPLS dla bardzo dużej przepustowości to 529zł./m-c, dużej przepustowości to 290zł./m-c, średnia przepustowość 206zł./m-c, podstawowa – 28zł./m-c

6. całkowity szacowany koszt wdrożenia – 150 -240 tys. zł.
7. inne koszty utrzymania usługi (administratorzy, technicy, świadczenia pracownicze, energia, materiały, usługi telefoniczne, szkolenia to od 24740zł. – 29 688zł./m-c
8. koszty modyfikacji usługi w granicach 0-5%,
9. ogólne koszty techniczne w tym transmisja w sieci rdzeniowej operatora i koszty ogólne zarządzania – narzuty od 9,4- 10,1%
10. marża 3,0-9,0%

Powyższe opinie prywatne Izba oceniła jako stanowisko własne odwołującego oparte o przyjęte przez niego możliwe model rozwiązań technologicznych i związane z nimi koszty oraz zagrożenia dla zgodności z wymaganiami wynikającymi z treści siwz. Opiniujący na str. 18 wskazał, że połączenie dużej liczby lokalizacji (T4-T6) na bazie BSA jest teoretycznie możliwe, ale nie daje gwarancji wypełnienia warunków SLA, z uwagi na to, że usługa nie daje gwarancji dla parametrów RTD, PLR i jitter oraz ograniczeniem jest wymóg zbudowania usługi w każdym oddziale zamawiającego na bazie 5xVRF, co może okazać się za mało aby wszystkie pakiety TCP wysyłane do łącza download były potwierdzane wystarczająco szybko. Opiniujący wskazał, że usługa mogła by być konstruowana na technologiach ASDL 20480/1536 VBRnrt dla łącz T5-T6, a drugim ograniczeniem jest jakość infrastruktury odwołującego na tzw. odcinku ostatniej mili, zatem w ramach wariantów BSA można rozważać w ocenie opiniującego dwie technologie Adaptive rate ASDL2+, z zastrzeżeniem, że możliwe jest jedynie dla około 11% zakończeń i generuje duże opóźnienia, zatem opiniujący wariant odrzucił, i o Fixed ADSL2+ AnnexM, które dotyczy około 79% węzłów OPL, ale stabilną transmisję pozwala utrzymać dla odcinków do 2,6 km, co w ocenie opiniującego ogranicza możliwość zastosowania tego rozwiązania do 46% lokalizacji T5-T6. Izba ustaliła na podstawie tego stanowiska, że mimo przeprowadzonej szczegółowej analizy rozwiązań odwołujący nie wyklucza całkowicie możliwości prawidłowej realizacji zamówienia dla kategorii T5-T6 w oparciu o usługę BSA, posługuje się bowiem stwierdzeniami „teoretycznie możliwa”, czy „praktycznie niemożliwa do spełnienia” przy jednoczesnym zastrzeżeniu „niosą z sobą zbyt wiele zagrożeń mogących zdegradować lub całkowicie uniemożliwić korzystanie z usług sieciowych”

Z oferty nr 5 wynika, że średni koszt budowy linii telekomunikacyjnej 1 km kabla światłowodowego od 45 – 50 tys. zł.,

Z oferty nr 6 wynika, że średni koszt budowy 1 km kabla światłowodowego w istniejącej kanalizacji w mieście to 22 tys. zł. a poza miastem 20 tys. zł., zaś koszt kanalizacji z kablem to 110 tys. zł. w mieście, a poza miastem 100 tys. zł.

Z oferty nr 7 wynika, że średni koszt budowy 1 km kabla światłowodowego w istniejącej kanalizacji to 40 tys. zł., zaś koszt kanalizacji z kablem to 75 tys. zł.

Izba uznała fakty wynikające z powyższych ofert za wiarygodne.

Z raportu pokrycia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej istniejącą infrastrukturą telekomunikacyjną zrealizowanymi w 2012r. i planowanymi w 2013r. inwestycjami oraz budynkami umożliwiającymi kolokację wynika, że przy tworzeniu infrastruktury sieciowej co najmniej 70% środków inwestycyjnych pochłaniają koszty prac budowlanych i inżynierskich potrzebnych do poprowadzenia łączy przewodowych lub instalacji łączy bezprzewodowych i udział tych kosztów nie spada. Średni koszt wybudowania 1km światłowodu zrealizowanego w ramach inwestycji w 2012r. to ok. 37 tys., zaś planowanego w 2013r. to ok. 60 tys. zł.

Informację o projekcie Sieć Szerokopasma Polski Wschodniej Izba oceniła jako nie nadającą się do ustalenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż z dokumentu nie wynika czym jest całkowita wartość projektu, czy jest to kwota jaka w poszczególnych projektach została zatwierdzona w ramach umowy o dofinansowanie, czy też jest to wartość oferty najkorzystniejszej uzyskanej w wyniku walki konkurencyjnej.

Z zestawienia własnego wynika, że projekty są tańsze im dłuższy jest okres realizacji umowy, a rok 2014 wykazał spadek cen za realizację przedmiotu zamówienia w stosunku do roku 2013 przy jednoczesnym stałym wzroście liczby lokalizacji.

Z oświadczenia dyrektorów odwołującego stanowiących stanowisko strony wynika, że usługi BSA nie gwarantują stałej w czasie prędkości transmisji, choć mają wyższy priorytet (nrt-VBR w sieci ATM i C2 w sieci Ethernet) w stosunku do usługi Neostrada i jej odpowiednika w ramach oferty BSA. Usługi BSA nie umożliwiają gwarancji parametrów jakościowych, ani przyporządkowania wielu wirtualnych kanałów (VC) jednemu łączu abonenckiemu (czego konsekwencją jest brak możliwości wykreowania na bazie ww usługi wielu VRFów). Izba ustaliła, że stanowisko to pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem odwołującego zawartym na str. 37 -38 opinii Wojciecha Kamienieckiego, który nie widzi trudności w konfiguracji w każdym oddziale 5xVRF, wskazując jedynie, że otrzymany wówczas upload będzie się kształtował na poziomie 200 kbps. W tym zakresie Izba oceniła, że stanowisko odwołującego w tej części jest niewiarygodne i wewnętrznie sprzeczne.

Z wydruku z prekwalfikacji dla usług transmisji danych wynika, że dla obiektu Łoniów EWSD RDLU przepływność stała dała wynik pozytywny dla 4 usług świadczonych w ramach ASDL i ASDL 2+, a przepływność zmienna dla 2 dla usług świadczonych w ramach ASDL i ASDL2+

Wyniki badań GUS – gospodarstwa domowe w 2011 roku – wyniki spisu ludności i mieszkań 2011 Izba pominęła uznając, że dane te nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Z ulotki Netia Wiodący operator telekomunikacyjny w Polsce Listopad 2014r wynika, że usługi świadczone przez dwie dywizje komercyjne B2B i B2C obsługiwane są przez tę samą infrastrukturę technologiczną i funkcje wsparcia 2,4 mln usług, w tym 1 372 tys. stacjonarnych usług głosowych i 806 tys. stacjonarnych usług szerokopasmowych na koniec

III kw. 2014r., 11,8% udział w rynku stacjonarnych usług szerokopasmowych i 17,8% udział w rynku stacjonarnych usług głosowych, blisko 3 mln gospodarstw domowych w zasięgu własnej sieci (~21% gospodarstw domowych ogółem), kolejne 11 mln. gospodarstw domowych w zasięgu usług oferowanych na bazie dostępu regulowanego, 8,4 tys. km sieci szkieletowej i ok. 16 tys. km sieci miejskich zlokalizowanych na terenie całego kraju, synergiczne aktywa sieciowe umożliwiają świadczenie usług zarówno typu B2C jak i B2B. W ulotce pokazano podłączone budynki biurowe w 10 największych polskich miastach z uwzględnieniem własnej sieci światłowodowej Netia, własnej sieci Netia opartej o inne technologie i dzierżawione w obcej sieci. Ogólnie w tych 10 miastach poziom podłączonych budynków we własnej sieci 72,3% i lokalizacji biznesowych 792. W ramach głównych inicjatyw i projektów Netii w ostatnich 6 latach w ulotce wskazano m. in. aktywizację ETTH oraz rozszerzenie zasięgu sieci NgA do około 1,7 mln gospodarstw domowych.

Z artykułu „Netia SA ogłasza wyniki za III kwartał 2014r. wynika, że w III kwartale 2014r. liczba portów w tysiącach w ramach poszczególnych oferowanych technologii wynosiła 389,5 dla xDSL, FastEthernet, HFC, PON we własnej sieci, w tym tradycyjne sieci (PON, VSDL, ADSL, HFC) 283,6, nabyte spółki ethernetowe – 105,9, oraz 13,4 – Wimax Internet, 156,4 – LLU, 246,9 – BSA, liczba linii głosowych we własnej sieci 643,2, w tym wąskopasmowy dostęp radiowy – 49,9, LLU przez IP – 111,0.

Z mapek dla Gdańska, Sopotu, Gdyni, Poznania, Krakowa, Wrocławia, Katowic, Warszawy wynika zasięg sieci GTS w tych miastach ilość metrów sieci oraz ilość budynków – brak informacji na temat źródła pochodzenia mapek.

Z opinii prywatnej odwołującego sporządzonej przez prof. nzw. dr hab. Inż. K. S. wynika, że oferta hurtowa odwołującego nie gwarantuje parametrów przepustowościowych i jakościowych, dla zestawienia usługi BSA konieczne jest wykorzystanie dodatkowych warstw i elementów sieci, a prawdopodobieństwo przekroczenia parametrów jakościowych mierzonych w relacji jest iloczynem prawdopodobieństw wystąpienia określonych wartości składowych parametrów jakościowych poszczególnych odcinków i urządzeń pośredniczących w transmisji w danej relacji. Opiniujący stwierdził, że jeśli jeden lub kilka z elementów sieci wprowadza znaczące opóźnienie (nie wskazując, który element jest elementem znacznie opóźniającym), opóźnienia większe lub równe oczekiwanym na danej relacji od końca do końca, wtedy jest w zasadzie pewne, że cała relacja nie zapewni wymaganej wartości opóźnienia. We wnioskach stwierdzono, że skoro świadczący usługę nie gwarantuje parametrów jakościowych, to nabywający usługę nie jest w stanie zagwarantować swojemu klientowi tych parametrów jeżeli pomiędzy lokalizacjami zestawionymi chociażby jedna jest dołączona z wykorzystaniem usługi BSA.

Zamawiający złożył jako dowód wydruk z urzędzeń monitorujących w ramach aktualnie świadczonej przez odwołującego na jego rzecz usługi i podniósł, że z dowodu tego wynika, że sam odwołujący nie opierając się na usłudze BSA nie dotrzymywał wymaganych parametrów, Izba pominęła ten dowód uznając go za nie służący wyjaśnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla niniejszej sprawy, gdyż jakość usługi obecnie świadczonej przez odwołującego nie mieści się w granicach postawionych zarzutów, a dowód nie dotyczy usługi BSA zatem nie może dowodzić tego, że przy zastosowaniu tej usługi wykonawca osiągnie wymagane przez zamawiającego parametry jakościowe.

Przystępujący do pisma przygotowawczego z dnia 23 stycznia 2015r. załączył dowody w większości stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd okoliczności faktyczne wynikające z tych dowodów nie będą przytaczane, a Izba ograniczy się podobnie jak w przypadku dowodów złożonych przez odwołującego i objętych jego tajemnicą jedynie do dokonanych przez Izbę ustaleń związanych z postawionymi zarzutami :

Z ofert wykorzystania łączy innych operatorów niż Orange pochodzących z listopada 2014r. załączniki 1 a i 1b do pisma wynika, że możliwe jest wykorzystanie łączy w kategoriach T4-T6 za cenę ok. 250zł. netto plus 1zł. aktywacja.

Z KRS GTS Poland sp. z o.o. wynika, że jego jedynym udziałowcem jest T-Mobile Polska SA.

Z artykułu internetowego „Łącza do 300 mb/s i pakiet internet z TV za 39,90zł na sieci po dawnym Aster” wynika, że mapy tam zawarte dotyczą Warszawy i Krakowie i że liczba lokali w zasięgu sieci HFC po dawnym Aster to około 314 tys. lokali w Warszawie i 106 tys. lokali w Krakowie.

Z Mapy – załącznik 4 z zaznaczonym zasięgiem sieci Netia w Krakowie – wynika, gdzie Netia w tym mieście ma sieć koncentryczną, miedzianą i światłowodową.

Z załącznika nr 5 - wydruku dotyczącego właściciela domeny wynika, że właścicielem domeny biuro-zamowien.pl jest M. S. TooMe.

Z załącznika nr 6 wynika, że dane na stronie biuro-zamowien.pl mają charakter ogólnoinformacyjny bez gwarancji co do ich treści.

Z załącznika nr 7 listy lokalizacji GTS połączonych światłowodem wynika, że ilość lokalizacji posiadanych przez GTS i możliwych do weryfikacji z uwagi na podanie kodu, miasta, ulicy i numeru jest znacząco większa od podanej przez odwołującego i przyjętej przez niego do kalkulacji i nie jest ograniczona tylko do dużych miast. Przystępujący nie kwestionował twierdzenia odwołującego, że w niektórych lokalizacjach szczególnie dużych miast dubluje ona infrastrukturę Netia.

Załącznik nr 8 – mapa Polski ze wskazaniem sieci Netia w tym węzłów LLU. Izba uznała ten dowód za przedstawienie graficzne przebiegu całości infrastruktury dostępnej Netia bez

konieczności rozbudowy, jednak podane poniżej mapy dane liczbowe Izba przyjęła jako stanowisko przystępującego, gdyż z graficznej prezentacji takie dane nie wynikają. Załącznik nr 9 – mapa Polski z zaznaczeniem powiatów, w których Netia ma już zawarte umowy ramowe z lokalnymi operatorami wraz z listą dostawców usług, z dowodów tych wynika prezentacja graficzna obszarów Polski, z które mogą się z mocy umów ramowych znaleźć w zasięgu tego operatora, zaś lista określa obszar działania operatora lokalnego z wyszczególnieniem powiatów podaniem nazwy operatora oraz rodzaju wykorzystywanej przez tego operatora technologii.

Załącznik nr 10 stanowi lista dostępnych GTS Poland podłączonych światłowodem należących do T-Mobile – potencjał ten nie był brany pod uwagę przez odwołującego w kalkulacji, wykazaną znaczącą ilość stacji połączonych światłowodem z podaniem miasta i ulicy, wśród adresów występują także nieliczne oznaczenia jedynie miejscowości i numeru lub wręcz numeru działki, co świadczy o terenie wiejskim.

Załącznik 11 opisuje sposób realizacji łączy zapasowych, w tym wskazuje jak zostanie wykorzystany fakt, że w większych miastach, gdzie zamawiający wymaga łączy zapasowych zostanie wykorzystana zdublowana infrastruktura Netii i GTS.

Załącznik 12 Izba oceniła jako stanowisko przystępującego przeczące twierdzeniu odwołującego o konieczności budowy łącza o długości około 7,5 km, a za dowody w tym zakresie uznała wydruki map z zaznaczonymi placówkami Poczty Polskiej wraz z przebiegiem infrastruktury jednego z członków Konsorcjum w zakresie łączy kategorii T2 – załącznik nr 13.

Załącznik nr 14a – 14f – dokumenty dotyczące podstaw kalkulowania kosztów przez przystępującego. Dokumenty te to oferty pozyskane przez członków Konsorcjum w zakresie kosztu wykonania łączy dostępowych światłowodowych (dokument wystawiony w styczniu 2015r., jednak nie budzi zastrzeżeń, co do możliwości oparcia o podane w nim wartości kosztowe kalkulacji załączonej do wyjaśnień, gdyż wprost w swojej treści wskazuje, że stanowi jedynie potwierdzenie ustaleń dokonanych przed 1 grudnia 2014r.), faktury wraz ze szczegółową specyfikacją kosztów dla zleconej lokalizacji dla instalacji i deinstalacji radiolinii – z listopada 2014r., zamówienia na sprzęt ze szczegółową specyfikacją techniczną i cenową ze stycznia 2015r., kalkulację kosztu zestawienia 1 łącza w radiolinii w oparciu o dane wynikające z faktury, zamówienia oraz opłaty jednorazowej za wydanie pozwolenia, faktury na zakup sprzętu do budowy radiolinii ze stycznia 2014r., która wskazuje możliwość zakupu sprzętu taniej niż wynika to z zamówienia ze stycznia 2015r., oferta z listopada 2014r. dotycząca kosztów zakupu routerów na potrzeby tego zamówienia, dwie oferty podwykonawców określające koszt budowy jednego łącza światłowodowego pochodzące z listopada 2014r.

Izba nie znalazła okoliczności, które mogły prowadzić do zakwestionowania wiarygodności przedstawionych dokumentów, stanowią one oferty handlowe podpisane przez właścicieli firm, członków zarządu, lub dyrektorów działów sprzedaży, a więc osoby zwyczajowo i prawnie upoważnione do wystawiania takich dokumentów, większość dokumentów pochodzi sprzed daty składania wyjaśnień przez przystępującego, co do elementów oferty składających się na cenę i potwierdzają prawidłowość dokonanej kalkulacji załączonej do wyjaśnień, jednocześnie przeczą założeniom i dowodom przedstawionym przez odwołującego w zaprezentowanej przez niego kalkulacji. Co oczywiście nie podważa wiarygodności ofert pozyskanych przez samego odwołującego i załączonych jako dowody do pisma z dnia 19 stycznia 2015r. Niemniej jednak należy ocenić, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego kalkulacja przedstawiona przez przystępującego była kalkulacją opartą na realnie pozyskanych ofertach, a więc w konsekwencji na realnych kosztach jakie przystępujący będzie musiał ponieść w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie w świetle przedstawionych ilości lokalizacji dostępnych członkowi Konsorcjum GTS Poland samodzielnie jak i przy wsparciu głównego jego udziałowca firmy T-Mobile, a także przy zbadaniu szczegółowości przebiegu infrastruktury drugiego członka Konsorcjum Netia oraz wykazu operatorów lokalnych z którymi GTS posiada podpisane umowy ramowe, a fakt konieczność dobudowy infrastruktury na krótszych odcinkach niż założone przez odwołującego przy opracowanej kalkulacji, Izba uznała, że przedstawione przez odwołującego dowody oparte są na innym modelu realizacji usługi niż założył, opisał i skalkulował w swoich wyjaśnieniach przystępujący, stąd dowody przez odwołującego złożone nie mogły służyć ustaleniu faktu, że oferta przystępującego jest ofertą z ceną rażąco niską.

W załączniku nr 15 przystępujący zawarł opracowanie własne podstawiając do tabeli 1 i 2 z odwołania dane liczbowe wynikające z uzyskanych przez niego ofert i w skutek wykonanych obliczeń uzyskał cenę łączną niższą niż sam zaoferował.

Załącznik nr 16 zawiera stanowisko przystępującego, co do tego jakie koszty uwzględnił w ramach kosztów dodatkowych, a jakie spośród wymienionych przez odwołującego w odwołaniu uznał za zbędne z uwagi na zakładany sposób realizacji usługi.

Załącznik nr 19 stanowi opinia sporządzona na zlecenie przystępującego pochodząca od Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji, która została potraktowana jako stanowisko własne strony, które w oparciu o załączone wcześniej dowody, stwierdza że cena oferty przystępującego została skalkulowana prawidłowo co do przyjętej metodyki, rozwiązanie techniczne jest możliwe do wykonania i spełnia wymagania siwz, załączona do wyjaśnień kalkulacja uwzględnia wszystkie konieczne elementy wyceny zgodnie z przyjętym modelem i sposobem świadczenia usług, wartości kosztów w poszczególnych pozycjach są

realne i wiarygodne, nałożona marża godziwa i pozwala na pokrycie ewentualnych kosztów dodatkowych i ryzyk.

Z załączników nr 18 – 20 wynika, że zarówno Netia jak i GTS chronią poufność swoich informacji stanowiących ich tajemnicę przedsiębiorstwa przez wymaganie składania oświadczeń o zachowanie poufności, umów o zakazie konkurencji w trakcie trwania stosunku pracy.

Na podstawie tych przedłożonych dowodów Izba ustaliła, że przystępujący podejmuje czynności zmierzające do zachowania w poufności informacji stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa, na co powoływał się na str. 9 -10 oferty i w złożonych wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę.

Z załączników 21 – 22 wynika, że w postępowaniach o zamówienie publiczne na usługę transmisji danych dla Ministerstwa Sprawiedliwości oraz na świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN KSI ZUS różnice pomiędzy szacunkowymi ofertami i wynikającymi z nich wartością szacunkową zamówienia, a rzeczywiście złożonymi ofertami. Oferty w pierwszym postępowaniu stanowiły od 29 – 36% wartości szacunkowej zamówienia, a własnych szacunkowych wycen – 21 – 54%, analogicznie na podstawie wycen ustalona wartość szacunkowa zamówienia tj. 65 100 tys. zł. była znacząco wyższa od złożonych ofert – oferta wybrana 14 706 786,51zł. W ocenie Izby ten materiał dowodowy stanowi potwierdzenie tezy przystępującego, że wstępne wyceny wykonawców nie mogą być uwzględniane w postępowaniach o świadczenie usług operatorskich jako element oceny przy badaniu wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę.

Z opinii Stowarzyszenia Inżynierów Telekomunikacji sporządzonej na zlecenie przystępującego wynika, że za pomocą usług bazujących na własnej infrastrukturze, oraz na usługach LLU i BSA możliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, w tym w zakresie dostępności, gwarancji parametrów jakościowych, czasu usunięcia awarii oraz liczby wymaganych VRF-ów. Nie można twierdzić, że wykorzystanie w zakresie łączy kategorii T5-T6 usługi BSA uniemożliwia spełnienie wymagań zamawiającego. W ocenie Izby to stanowisko przystępującego zawiera braki w logicznej argumentacji, gdyż opiniujący wskazuje, że parametry SLA dla usług sieci WAN –PP i BSA nie mogą być wprost porównywane, gdyż dotyczą inne fragmentu sieci, ale nie wyjaśnia z czego poza faktem innego miejsca w sieci ma wynikać brak porównywalności. Opiniujący nie odnosi się do stwierdzenia odwołującego zawartego w odwołaniu, że „Ponadto usługi BSA i LLU nie umożliwiają na realizację wielu VCC, co w praktyce uniemożliwia realizację wymaganych w SIWZ 5 VRFów. Analiza Architektów sieciowych, według odwołującego, wykazała, że realizacja ich w sposób sprzętowy choć w teorii możliwa w praktyce ze względu na wysokie koszty routerów lub dodatkowe opóźnienia nie jest realizowalna ze względu na wąskie pasmo 1 Mb/s upload na łączach asymetrycznych.”, choć

jak już Izba ustaliła to stanowisko zamawiającego w części dotyczącej VRF-ów jest wewnątrznie sprzeczne.

Zatem sam odwołujący nie wyklucza możliwości osiągnięcia parametrów jakościowych za pomocą urządzeń ograniczających domeny kolizyjne, czyli sytuacji, gdzie skutek jednoczesnej transmisji danych realizowanych przez dwa lub więcej urządzeń za pomocą współdzielonego medium transmisyjnego może dojść do kolizji, a w konsekwencji do opóźnień i nie zachowania parametrów określonych przez zamawiającego. Takimi urządzeniami mogą być wskazane przez samego zamawiającego routery. Jednak ekspert zatrudniony przez przystępującego do tego zagadnienia i możliwości zastosowania dla zachowanie zgodności z siwz nie rozważa, z tego względu Izba uznała to stanowisko za nielogiczne i niepełne.

W załączniku nr 24 przystępujący złożył ofertę w zakresie pilotażowego świadczenia usługi SLA dla usługi BSA oraz usługi PDU Ethernet. Z dokumentu tego wynika, że przedsiębiorca telekomunikacyjny może zamówić usługę podwyższonego SLA, która będzie realizować czas reakcji na awarię oraz czas usunięcia awarii w terminach wymaganych przez zamawiającego za cenę 15zł. miesięcznie. Jednocześnie taka gwarancja jest wyłączona m.in. z uwagi na wystąpienie przeciążenia mającego wpływ na usługę BSA lub usługę PDU Ethernet. Dowód ten jedynie w części stanowi potwierdzenie możliwości realizacji zamówienia w sposób określony przez zamawiającego, albowiem dotyczy jedynie parametrów SLA, a nie QoS.

W załączniku nr 25 przystępujący przedstawił czy i gdzie ewentualnie rozważał możliwość zastosowania łączy BSA- jest to stanowisko przystępującego. Do załącznika tego złożono oświadczenie członka zarządu firmy T-Mobile (o czym mówił sam przystępujący w toku rozprawy – zatem taka informacja nie ujawnia tajemnicy jego przedsiębiorstwa) co do tego czy są świadczone usługi w oparciu o zestawione łącza BSA i jakie osiągane są parametry jakościowe tych usług w zakresie RTT, jitter i RSD. Do oświadczenia załączono wykresy obrazujące zachowanie danych podanych w oświadczeniu, załączono także dokument potwierdzający możliwość należytego wykonania usług w oparciu o usługę BSA na warunkach podobnych jak opisane w siwz. Dołączono także statystyki dotyczące QoS usług świadczonych w oparciu o usługę BSA.

Izba uznała, że te dokumenty stanowią wiarygodne dowody potwierdzające tezę zamawiającego i przystępującego, że możliwe jest osiągnięcie parametrów QoS w oparciu o usługę BSA. Sam odwołujący kategorycznie temu nie przeczy zakładając możliwość rozwiązań sprzętowych jak również wskazując na teoretyczną możliwość zastosowania tej usługi, tym samym, w ocenie Izby odwołujący nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, że oparcie usługi dla zamawiającego dla kategorii łącznych innych niż T1-T4 o usługę BSA przy wykorzystaniu w ramach SLA oferty w zakresie pilotażowego świadczenia usługi SLA dla

usługi BSA oraz usługi PDU Ethernet, zaś w zakresie QoS w oparciu o routery CE. Przystępujący w ramach dowodów załączonych do wyjaśnień załączył ofertę w zakresie kosztów zakupu takich urządzeń.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzi którakolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu i została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, zatem w sytuacji potwierdzenia się zarzutów odwołania ma on szansę na uzyskanie zamówienia. W przypadku utrzymania w mocy wyboru oferty najkorzystniejszej (przy założeniu, że wybór ten obarczony był wadą, jak twierdzi odwołujący) może on ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ustawy przez nieuprawnione ograniczenie przez zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem, tj. części wyjaśnień złożonych przez wykonawców Netia - GTS dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy wykonawcy ci nie wykazali należyście istnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniach, jako mających charakter tajemnicy przedsiębiorstwa

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, jednak w ust. 3 tegoż przepisu zawarty jest wyjątek od tej zasady stanowiący, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. z późn. zm. ost z 2009r. Dz. U. nr 201 poz. 1540) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje

techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Izbę na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego informacje zastrzeżone przez przystępującego są informacjami o charakterze technologicznym i organizacyjnym oraz przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, stąd należało uznać, że stanowią one jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, a tym samym nie podlegały ujawnieniu zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy. W konsekwencji zamawiający nie popełnił błędu w ocenie złożonych wyjaśnień w zakresie odmowy ujawnienia ich zastrzeżonej części, który naruszałby treść art. 8 ust. 1 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, przez nieprawidłową ocenę przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez wykonawców Netia – GTS

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Przystępujący składając wyjaśnienia odwołał się przede wszystkim do dwóch wymienionych w tym przepisie czynników tj. wybranego rozwiązania technicznego oraz wyjątkowo sprzyjających mu warunków wykonania zamówienia. W ocenie Izby wskazane w wyjaśnieniach wybrane rozwiązania techniczne oraz związane z nimi koszty zostały oparte o realne uzyskane przez przystępującego oferty, co zostało przez przystępującego udowodnione dowodami dołączonymi do pisma z dnia 23 stycznia 2015r. stanowiącymi załączniki 14a-f i 15, nadto przyjęte rozwiązania techniczne oparte były o inne założenia niż wykazywane przez odwołującego w odwołaniu, w szczególności wynikające z wyjątkowo sprzyjającego wykonawcy połączenia potencjałów obu partnerów i możliwości korzystania przez nich z potencjałów ich grup kapitałowych, a także uzyskanych ofert w ramach umów ramowych z lokalnymi operatorami. Przedłożone listy dostępnych lokalizacji własnych, lokalizacji udostępnianych w ramach potencjału grupy kapitałowej, czy w ramach ofert innych operatorów potwierdzają w ocenie Izby, iż przyjęta przez odwołującego w kalkulacji infrastruktura sieciowa dostępna przystępującemu nie uwzględniała tych okoliczności i tym samym nie służyła udowodnieniu okoliczności, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Przystępujący przedstawił także dowody dotyczące kosztów korzystania z sieci innych niż odwołujący operatorów. W ocenie Izby zatem ze zgromadzonego materiału

dowodowego wynika, że dowody przedstawione przez odwołującego służą wykazaniu innych założeń kalkulacji ceny ofertowej przystępującego niż te, z których korzystał przystępujący, a także innej wysokości i rozkładu kosztów. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 ustawy przez niewłaściwą ocenę złożonych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami w postaci oferty oraz kalkulacji kosztów. Wyjaśnienia te wskazywałyby na czynniki, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy, zaś dane kosztowe zawarte w kalkulacji zostały przez przystępującego wykazane w toku postępowania odwoławczego. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdzały, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się zaniechania zamawiającego naruszającego treść art. 90 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Netia - GTS, jako zawierającej rażąco niską cenę

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgromadzony materiał dowodowy w ocenie Izby nie daje podstaw do uznania, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się u zamawiającego zaniechania skutkującego naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Oraz podniesiony z ostrożności procesowej zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Netia - GTS, jako oferty zakładającej realizację zamówienia w sposób niezgodny z treścią siwz szczególnie w zakresie łączy dostępowych (ich parametrów jakościowych)

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Bezsporne pomiędzy stronami było to, że zamawiający nie narzucił technologii łączy T5-T6, na jakich mają być świadczone dla zamawiającego usługi. Generalnie zakładał łącza asymetryczne, ale dopuszczał możliwość łączy symetrycznych, jak również udostępnił wykonawcom informację, co do tego jakie linie telefoniczne w tym

zakresie posiada we wszystkich lokalizacjach bez określenia technologii w jakich zostały udostępnione. Jednocześnie również ani w ofercie, ani wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na cenę przystępujący nie wskazał wprost, że zamierza zbudować infrastrukturę niezbędną do świadczenia usługi w oparciu o usługę BSA, a z pisma z dnia 19 stycznia 2015r. wynika, że wskazywał na zgodność z przedmiotem zamówienia zastosowania takiego rozwiązania w zakresie kategorii T5-T6. Jednocześnie Izba ustaliła, że odwołujący zarzut oparł w całości o założenie, że przystępujący zamierza zastosować tę usługę dla łączy T4-T6, jednak w zakresie swoich twierdzeń nie przedstawił poza stanowiskiem własnym dowodów. Nadto to stanowisko w części jest wewnętrznie sprzeczne, co do możliwości przyporządkowania wielu wirtualnych kanałów (VC) jednemu łączu abonenckiemu (tj. możliwości wykreowania na bazie ww usługi wymaganych 5x VRFów). Stwierdzenia odwołującego odnośnie braku zachowania parametrów jakościowych nie są jednoznacznie kategoriyczne, jak choćby „(...) operator realizujący tak usługę może zakładać, że w większości czasu parametry transmisyjne, mimo braku gwarancji, będą zachowane (...) – str. 20 opinii W. K. . Izba stwierdziła natomiast, że przystępujący przedstawił wydruki z monitoringu w zakresie aktualnie świadczonych usług wskazujące na możliwość osiągnięcia zakładanych przez zamawiającego parametrów jakościowych, co dodatkowo zostało poparte pozytywną referencją jednego z klientów dotyczącą właśnie usługi świadczonej w oparciu o usługę BSA jak również wykazał za pomocą oferty w zakresie pilotażowego świadczenia usługi SLA dla usługi BSA oraz usługi PDU Ethernet, że możliwie jest zagwarantowanie dodatkową usługą świadczoną przez odwołującego osiągnięcia jednego z parametrów wymaganych w zakresie SLA. W tym stanie rzeczy ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika w sposób bezsporny, że usługa oparta o usługę BSA w zakresie kategorii łączy T5-T6 jest niezgodna z treścią siwz, ani to, że treść oferty przystępującego nie odpowiada treści siwz. Izba nie dopatrzyła się zaniechania zamawiającego, które skutkowałoby naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uznając za koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego koszty zastępstwa prawnego w wysokości wynikającej ze złożonej faktury

VAT i nakazała odwołującemu zwrot tych kosztów zamawiającemu ograniczając jednakże wysokość tego zwrotu do wysokości maksymalnej wynikającej z § 3 ust. 2 lit. b cyt. rozporządzenia tj. do kwoty 3 600zł.

Przewodniczący: