

Sygn. akt: KIO 1512/11

Sygn. akt: KIO 1515/11

WYROK
z dnia 29 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**
 Marek Koleśnikow
 Piotr Kozłowski

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 15 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**
- B. w dniu 15 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Exatel S.A., Telekomunikacja Polska S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, al. Ujazdowskie 11**

przy udziale:

- A. wykonawcy **GTS Poland Sp. z o.o., 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1512/11 oraz KIO 1515/11 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1515/11 po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Exatel S.A., Telekomunikacja Polska S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1512/11 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala oba odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Exatel S.A., Telekomunikacja Polska S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Exatel S.A., Telekomunikacja Polska S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawcy **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Exatel S.A., Telekomunikacja Polska S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** na rzecz **Ministerstwa Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, al. Ujazdowskie 11** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Exatel S.A., Telekomunikacja Polska S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:
.....
.....

Sygn. akt 1512/11

Sygn. akt 1515/11

UZASADNIENIE

Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, al. Ujazdowskie 11 zwane dalej Zamawiającym prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest „Usługa transmisji danych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.04.2011r. pod numerem 2011/S 77-126623

W dniu 5 lipca Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu, wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana przez Zamawiającego oferta złożona przez wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o., 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15..

W przedmiotowym postępowaniu złożono cztery następujące oferty:

- GTS POLAND kwota brutto 32.998.440 zł – I miejsce
- konsorcjum ATM kwota brutto 57.133.500 zł – IV miejsce
- konsorcjum EXATEL S.A. oraz TP S.A. kwota brutto 46.740.000,00 zł – III miejsce
- Netia S.A. kwota brutto 44.567.820,00 zł- II miejsce.

Do postępowań odwoławczych przystąpienie zgłosili następujący wykonawcy ;

- D. wykonawcy **GTS Poland Sp. z o.o., 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1512/11 oraz KIO 1515/11 po stronie zamawiającego, zwany dalej „Przystępujący GTS”
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ATM Systemy Informatyczne S.A., ATM S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1512/11 oraz KIO 1515/11 po stronie zamawiającego
- F. wykonawcy **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1515/11 po stronie zamawiającego, zwany dalej „Przystępującym Netia”
- G. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Exatel S.A., Telekomunikacja Polska S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1512/11 po stronie odwołującego , zwany dalej „Przystępujący Exatel”

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/1512/11:

W dniu 15 lipca 2011 roku (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „ustawa pzp”, Netia S.A. ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa zwana dalej [”Odwołującym”, wniosła odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy GTS Poland sp. z o.o. .W odwołaniu Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7, art. 8 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3) i 4), a także art. 89 ust. 1 pkt. 4) Ustawy pzp.

. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert;
- powtórzenie czynności obejmującej badanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę GTS POLAND Sp. z o.o.
- odrzucenia oferty wykonawcy GTS POLAND;
- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy GTS POLAND powinna zostać odrzucona:

- gdyż wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy Pzp z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- gdyż wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy Pzp z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy Pzp, gdyż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto Zamawiający naruszył art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, iż złożone przez wykonawcę GTS POLAND informacje i oświadczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili następujący wykonawcy

- GTS do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- konsorcjum Exatel do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

We wniesionym odwołaniu Odwołujący:

- odnośnie zarzutu naruszenia art. z 8 ust.3 ustawy pzp, wskazał ,że w dniu 7 lipca 2011 roku zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie treści wyjaśnień, jakie wykonawca GTS POLAND udzielił na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz wyjaśnień wykonawcy w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

- pismo z dnia 7 czerwca w sprawie rażąco niskiej ceny;

- kalkulacja kosztów będąca załącznikiem do pisma;
- raport audytorów będący załącznikiem do pisma;
- wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 8 czerwca 2011 roku;
- wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 17 czerwca 2011 roku

Wskazał że Zamawiający odmówił ujawnienia większości z istotnych informacji zawartych w tych dokumentach stwierdzając, iż informacje w nich zawarte zostały przez wykonawcę skutecznie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający odmówił także wglądu do części załączników do protokołu, takich jak korespondencja wysłana przez Zamawiającego do spółki GTS oraz opinie prawne dotyczące prawidłowości zastrzeżeń dokonanych przez tego wykonawcę. W jego ocenie Zamawiający wadliwie zaniechał ujawnienia treści opisanych powyżej dokumentów, w tym treści wyjaśnień złożonych przez GTS POLAND w sprawie rażąco niskiej ceny oraz w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W niniejszym postępowaniu wykonawcy zostali faktycznie pozbawieni jakiegokolwiek możliwości weryfikacji prawidłowości złożonej oferty przez wykonawcę GTS POLAND. Zastrzeżenie niemalże wszystkich istotnych informacji na temat złożonej oferty w ocenie Odwołującego rażąco godzi w zasadę uczciwej konkurencji.

- w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i 3) Ustawy pzp z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu; podniósł fakt iż zgodnie z postanowieniami rozdziału V siwz, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał od wykonawców, aby w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a) wykonali (świadczyli, zrealizowali) usługi transmisji danych dla co najmniej 2 (dwóch) różnych infrastruktur sieciowych IP VPN każda dla co najmniej 200 lokalizacji w okresie nie krótszym niż 12 miesięcy, tj. w okresie co najmniej 12 miesięcy, lub
- b) aktualnie wykonują (świadczą, realizują) usługi transmisji danych dla co najmniej 2 (dwóch) różnych infrastruktur sieciowych IP VPN każda dla co najmniej 200 lokalizacji od co najmniej 12 miesięcy, lub
- c) wykonali (świadczyli, zrealizowali) usługi transmisji danych dla co najmniej 1 (jednej) infrastruktury sieciowej IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji w okresie nie krótszym niż 12 miesięcy, tj. w okresie co najmniej 12 miesięcy i aktualnie wykonują (świadczą, realizują) usługi transmisji danych dla co najmniej 1 (jednej), różnej od wyżej wymienionej, infrastruktury sieciowej IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji od co najmniej 12 miesięcy.

Uzasadniając podniesiony zarzut wskazał, że w toku postępowania (rozprawa przed KIO w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa) podane zostało, iż w zakresie jednej ze wskazanych usług GTS POLAND wskazywał na własne doświadczenia, a w przypadku kolejnej na

doświadczenie podmiotu zagranicznego udostępniającego swój potencjał na podstawie art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp.

Nie posiadając szczegółowych informacji na temat wskazanego przez GTS POLAND doświadczenia, jednak opierając się na znajomości rynku usług telekomunikacyjnych oraz posiadanego w tym zakresie doświadczenia spółki GTS POLAND, Odwołujący zakwestionował istnienie doświadczenia tego wykonawcy w zestawieniu i uruchomieniu infrastruktury sieciowej IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji wraz z rocznym wykonywaniem usług transmisji danych, gdyż spółka GTS realizowała dotąd przedsięwzięcia inwestycyjne o znacznie mniejszym zakresie. Natomiast odnosząc się do posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego podniósł, że przedmiotowe postępowanie obejmuje realizację wysoce skomplikowanego przedsięwzięcia inwestycyjnego związanego z zestawieniem i uruchomieniem usług transmisji danych w około 500 lokalizacjach na terenie całego kraju (siedziby Sądów Apelacyjnych, Sądów Okręgowych, Sądów Rejonowych oraz dwa ośrodki przetwarzania danych). W skład przedmiotowego zamówienia wchodzi zarówno usługi telekomunikacyjne, jak i dostawa sprzętu wymaganego do ich uruchomienia, a także roboty budowlane w zakresie budowy infrastruktury telekomunikacyjnej. Wysoki stopień trudności realizacji przedmiotowego zamówienia, wysoka wartość przedmiotu zamówienia jak na rynek usług telekomunikacyjnych (kwota netto ponad 92.000.000 zł), relatywnie krótki okres realizacji, a także wysoki poziom oczekiwań Zamawiającego co do standardów świadczenia usług, winny skutkować dopuszczeniem do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jedynie wykonawców rzeczywiście dysponujących wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Wskazał że w piśmiennictwie i orzecznictwie zgodnie stwierdza się, iż udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego zasoby w realizację zamówienia. Natomiast możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich nie może oznaczać akceptacji dla fikcyjnego potwierdzania dysponowania wymaganym potencjałem, potwierdzania ograniczającego się jedynie do przekazania oświadczenia podmiotu trzeciego wraz z referencjami. Podniósł, że Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawcę w treści oferty części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. GTS POLAND w punkcie 1.4 formularza ofertowego poinformował, iż zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom jedynie w zakresie:

- systemu monitorowania i zarządzania siecią;
- instalacji i serwisu urządzeń telekomunikacyjnych.

Powyższe oświadczenie, jego zdaniem wskazuje na wyłączenie podwykonawstwa z większości realizowanego przez GTS przedmiotu zamówienia. Tym samym możemy mieć do

czynienia z fikcyjnym udostępnieniem potencjału, a wykonawca GTS przy realizacji zamówienia faktycznie opierać się będzie jedynie na własnym, niewystarczającym dla udziału w tym postępowaniu doświadczeniu. Tym samym z powyższego Odwołujący wywiódł również zarzut złożenia przez wykonawcę GTS POLAND nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Ustawy Pzp

- w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy Pzp, gdyż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazał, że w niniejszym postępowaniu złożona została oferta GTS POLAND na kwotę brutto 32.998.440 zł, w sytuacji gdy wartość przedmiotu zamówienia została przez Zamawiającego określona na kwotę netto 92.847.479,67 zł (brutto 114.202.399,99 zł) z uwzględnieniem zamówień uzupełniających. Podniósł, że cena zaoferowana przez wykonawcę GTS istotnie odbiega nie tylko od wartości przedmiotu zamówienia, ale i od cen innych wykonawców. Cena ta stanowi jedynie 40% wartości przedmiotu zamówienia (uwzględniając zamówienia uzupełniające) oraz 66,68% wartości pozostałych ofert

Ponadto wskazał, że Zamawiający wykluczył w niniejszym postępowaniu możliwość korzystania z łączy w technologii radiowych w paśmie niepodlegającym koncesjonowaniu w Urzędzie Regulatora oraz łączy na bazie zasobów publicznej sieci Internet. Nadto w ostatnich dwóch latach udzielono dziesięć zamówień publicznych na budowę sieci WAN finansowanych ze środków Sądów Apelacyjnych. W większości zamówienia te zostały udzielone Telekomunikacji Polskiej S.A. Okoliczność ta oznacza, iż wykonawca w niniejszym postępowaniu będzie istotnie ograniczony w możliwości skorzystania z infrastruktury TP S.A. przy realizacji zamówienia. TP SA została *de facto* została zobowiązana do udostępnienia operatorom alternatywnym dostępu do własnej sieci, dostęp ten obejmuje jedynie niektóre łącza. W pozostałym zakresie GTS zmuszony będzie do stworzenia własnej infrastruktury lub też do nabywania łączy na zasadach rynkowych. Wskazał na fakt, że GTS w porównaniu z pozostałymi wykonawcami dysponuje najuboższymi możliwościami technologicznymi świadczenia usług, gdyż może zastosować jako podkłady pod usługę jedynie łącza dzierżawione kablowe lub światłowodowe, radio licencjonowane punkt-punkt lub punkt-wielopunkt..Nadmienił, że konsorcjum TP S.A. i Exatel świadczą obecnie usługi w 420 lokalizacjach objętych niniejszym zamówieniem. W ocenie Odwołującego okoliczność ta w największym stopniu pozwala na przyjęcie, iż oferta konsorcjum TP S.A. oraz Exatel winna być punktem odniesienia do badania przez Zamawiającego występowania w ofercie wykonawców rażąco niskiej ceny. Istotna różnica pomiędzy ofertami tych wykonawców wskazuje na błąd GTS w zakresie oszacowania kosztów świadczenia usług objętych zamówieniem. Reasumując swoją argumentację zarzutów wskazał na brak doświadczenia

wykonawcy GTS w realizacji podobnych zamówień oraz posiłkowanie się w tym zakresie doświadczeniem podmiotu trzeciego nieznanego realiów rynku polskiego skutkowało złożeniem przez tego wykonawcę oferty z nierealistyczną, nieuwzględniającą wszystkich kosztów wykonania zamówienia ceną. Tym samym zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Przystępujący GTS wniósł o oddalenie odwołania i wskazał w złożonym piśmie, że argumentacja Odwołującego w zakresie nie spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i podania nieprawdziwych informacji opiera się na domysłach i nieprawdziwych założeniach. Wykaz dostaw jak i wszelkie dokumenty związane z wykazaniem spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wszelka argumentacja przedstawiona w odwołaniu, a dotycząca niespełniania warunków udziału w postępowaniu jest chybiona. Odwołujący nie może podważać sensu i możliwości nadanych wykonawcom przez przepis art. 26 ust. 2b Pzp. Skoro ustawodawca dopuścił możliwość powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, to Odwołujący nie może twierdzić, iż Zamawiający powinien taką możliwość wykluczyć. Załączone do oferty zobowiązanie do udostępnienia zasobów ma charakter bezwarunkowy i rzeczywisty, a nie pozorny. Podmiot, który udostępnił GTS swoje zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia. Zarzuty zatem nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i podania nieprawdziwych informacji są bezzasadne. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego podniósł, że zarzuty te nie znajdują uzasadnienia, a Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu. Wskazał, że dla uzyskania niższej ceny oferty GTS Poland negocjuje kontrakty z dostawcami sprzętu w ramach grupy GTS Central Europe. To, że warunki, które GTS Poland uzyskuje u dostawców są korzystniejsze od warunków konkurencji najlepiej pokazuje porównanie cen zakupu routerów przez konsorcjum TP S.A./Exatel (wykonawcę znacznie większego od Netii) z cenami uzyskanymi przez GTS Poland.

GTS Poland w 1 i 2 kwartale 2011 przeprowadziło 2903 instalacje usług wykorzystując istniejące zasoby osobowe. Przy tej ilości 483 łączy dla Ministerstwa Sprawiedliwości to ok. 17% tej kwoty. Trzeba je wdrożyć w czasie, w którym GTS bez problemu radził sobie z wdrożeniem prawie 3000 usług. W oparciu o obecną sieć szkieletową GTS Poland, bazującą na włóknach TK SA, działa większość usług świadczonych jego klientom. Przyrost o 483 łączy usługi jest na tyle znikomy, że nie wymaga specjalnego uwzględniania kosztów istniejącej sieci szkieletowej bez względu na to czy jest dzierżawiona, czy własnością operatora. Ponadto, opłata za infrastrukturę dzierżawioną od TK SA została wniesiona jednorazowo w momencie zawierania umowy. Żadne usługi uruchomione w sieci po tej dacie nie pociągają za sobą dodatkowych kosztów dla GTS Poland, wymagających uwzględniania w kosztorysach projektów. Przystępujący GTS odnosząc się do zarzutu Odwołującego

dotyczącego podwykonawstwa podnosi, iż zgodnie z art. 36 ustęp 4 wykonawca nie ma obowiązku wskazywania konkretnego podwykonawcy, ale ma obowiązek wskazania robót, które będą powierzone podwykonawcy.

Oświadcza, iż GTS spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a dzisiejsze zarzuty służą bardziej podważaniu renomy firmy niż wykazaniu, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący konsorcjum Exatel poparł stanowisko Odwołującego i w dodatkowo podniósł, że zasadne jest żądanie odtajnienia pism, w szczególności wyjaśnienia GTS co do przesłanek zaoferowania takiej ceny ofertowej, gdyż powstają uzasadnione wątpliwości czy oferta cenowa wykonawcy uwzględnia wszystkie niezbędne dla realizacji zamówienia pozycje kosztowe. Podniósł, iż w zakresie łącz radiowych wysoce prawdopodobne jest, że wykonawca GTS nie uwzględnił, jak podaje w swoich informacjach, lokalizacji 90% miejsc, gdyż Zamawiający podał dane kontaktowe tylko do ok. 100 tego typu miejsc, tym samym uzasadnia to również wątpliwości co do realności wyliczeń wykonanych przez wykonawcę GTS. Ponadto złożył wniosek o włączenie do akt sprawy protokołu Zamawiającego z odbytych wizji lokalnych przez GTS w nawiązaniu do pisma zamawiającego z dnia 16 maja 2011r. Składając taki wniosek przystępujący wywodzi fakt, iż brak było możliwości faktycznych, iż wykonawca przy posiadaniu 200 pracowników i wskazanej konkretnej dacie dziennej wizji, mających odbyć się w dniach pomiędzy 18 maja 2011r., a 20 maja 2011r. był w stanie w zakresie wskazywanym przez siebie takie wizje wykonać. Z tego wynika, że jeśli GTS nie uczestniczył w ilości wizji, które wskazał to brak jest podstaw do przyjęcia argumentacji, iż w ok. 90% lokalizacji możliwe jest ustawienie łącza.

Zamawiający nie przedstawił na piśmie odpowiedzi na odwołanie, pomimo iż złożenie takiej odpowiedzi w tak skomplikowanej sprawie Izba uważa za wysoce pożądane. Pomimo iż z art. 186 ust.1 ustawy pzp wynika, że zamawiający **może** wnieść odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej, to jednak Izba biorąc pod uwagę wynikającą z art, 9 ust. 1 ustawy pzp zasadę pisemności postępowania, Izba uważa stosowanie pisemnej odpowiedzi na odwołanie za wskazane.

Odnoszą się w trakcie rozprawy do treści zarzutów podniesionych w odwołaniu jak również przywołanej na ich poparcie argumentacji Zamawiający wskazał, że w zakresie prawidłowości rozumienia istoty podwykonawstwa przywołuje wyrok KIO 250/11, gdzie Izba dokonała interpretacji stosowania art. 26 ustęp 2b dotyczącego powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego i ewentualnego uznania tego jako podwykonawstwa. Podnosi, iż Odwołujący nie widział dokumentu w tym zakresie, gdyż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a z tego faktu wywodzi zarzuty. Wskazuje, iż w tym zakresie Odwołujący winien udowodnić prawidłowość swoich twierdzeń, gdyż tutaj wymagane jest udowodnienie faktu, a niewystarczające jest jego uprawdopodobnienie. Stwierdził, iż w oparciu o

dokumenty, które złożył wykonawca, zarówno te, które zostały zastrzeżone jako tajemnica, jak i te będące jawnymi elementami oferty, jednoznacznie wynika, iż wykonawca GTS spełnia postawione przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ warunki udziału w postępowaniu.

Podniósł, iż Zamawiający w zakresie spełniania warunków udziału przez GTS nie korzystał z wezwania w trybie art. 26 ustęp 3. gdyż ten wykonawca od początku spełniał warunki udziału w postępowaniu. Powołał się na pismo z 16 maja 2011r., które zostało skierowane do wszystkich wykonawców, w którym zostało podane, że w dniach pomiędzy 18 maja 2011r., a 20 maja 2011r. będą odbywać się wizje lokalne w lokalizacjach, gdzie mają być instalowane urządzenia do teletransmisji danych. Odnosząc się do tej możliwości zamawiający wskazuje, iż według jego wiedzy tego rodzaju wizji lokalnej brali udział przedstawiciele lub pełnomocnicy tylko wykonawcy GTS. Odnosząc się do żądania odtajnienia dokumentów wymienionych na stronie 3 odwołania podniósł, iż gospodarzem utajnienia dokumentów jest GTS i nikt z wykonawców nie udowodnił, że brak jest podstaw do utajnienia tych dokumentów, a Zamawiający w toku dokonanej oceny nie stwierdził aby zastrzeżone dokumenty zostały zastrzeżone nieprawidłowo, a tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, iż winny zostać odtajnione.

W nawiązaniu do wniosku Odwołującego, iż winny być odtajnione pisma wymienione na stronie 3 odwołania, to jego zdaniem taki zarzut może być czyniony tylko w stosunku do pisma z 7 czerwca 2011r. gdyż pozostałe pisma były przedmiotem rozpoznania odwołania w sprawie 1195/11, a zarzut co do tego pisma jest spóźniony.

Wskazał, iż uczestnicy postępowania nie są uprawnieni do kontroli Zamawiającego w zakresie jego decyzji, co do uwzględnienia, bądź nie, wniosku wykonawcy o utajnienie konkretnych dokumentów. Dla uwzględnienia zarzutu wymagane jest przedstawienie dowodu potwierdzającego prezentowaną tezę, a nie wystarcza, tak jak w przypadku interesu, tylko jego uprawdopodobnienie.

Odnosząc się do wniosku Przystępującego Exetel dotyczącego włączenia do akt sprawy dowodów z przeprowadzonych wizji lokalnych stwierdził, że wniosek jest niezasadny, gdyż w brak jest podstaw do twierdzenia, o konieczności sporządzania protokołów, brak było w siwz wskazania takiego obowiązku udziału w wizjach. Zamawiający umożliwił wykonawcom oględziny miejsc, gdzie mogły być lub mogą być montowane anteny. Oświadczył, iż protokołu z takiej wizji nie ma. Ponadto odnosząc się do zarzutu ilości pracowników GTS, wskazał że Zamawiającego nie interesowało czy w wizji brał udział przedstawiciel przystępującego czy pracownik.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/1512/11

W dniu 15 lipca 2011 roku (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy pzp konsorcjum Exatel S.A., Telekomunikacja Polska S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47 zwane dalej "Odwołującym", wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy GTS Poland sp. zo.o. Wnosząc odwołanie zarzucił Zamawiającemu nie odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa, oraz Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa; tym samym naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy pzp. Ponadto Odwołujący sformułował kolejny/kolejne zarzut/ty, w ten sposób że określił je jako "naruszenie wszelkich innych przepisów jakie wynikają z treści uzasadnienia niniejszego odwołania".

Odnosząc się do określeń pojęcia rażąco niskiej ceny nawiązał do faktu iż część wyjaśnień wykonawców których dotyczy odwołanie została przez nich utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa .Podniósł ,że w piśmie z dnia 05 lipca 2011 r. tj. informacji o rozstrzygnięciu postępowania, Zamawiający wskazał, że nie ujawni informacji zawartych w wyjaśnieniach firmy GTS Poland Sp. z o.o. na str. 3-5 dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na str. 8-21 dotyczących kalkulacji kosztów oraz na str. 23-26 dotyczących raportu audytorów; gdyż zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie Zamawiający postąpił w odniesieniu do szczegółowej kalkulacji, dołączonej do wyjaśnień Netia SA.

Wyjaśnieniom obu wykonawców które złożyli na wezwanie Zamawiającego, zarzucił iż wyjaśniając uwarunkowania mające wpływ na kalkulację ceny wskazali podobne okoliczności umożliwiające zaproponowanie takiej ceny: tj. realizacja usługi w dużej części w oparciu o infrastrukturę własną, rozbudowana własna sieć szkieletowa i dostępową, realizacja usługi przez własnych pracowników lub podwykonawców z którymi spółki zawarły długotrwałe korzystne umowy, możliwość nabywania urządzeń w cenach niedostępnych innym uczestnikom rynku, itp. Wyjaśnienia te zdaniem Odwołującego mają charakter ogólnikowy i nie wskazują na jakąkolwiek przewagę konkurencyjną względem innych wykonawców, w tym Odwołującego, która umożliwiłaby im tak znaczne obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazane zasoby są dostępne w znacznie większym stopniu Odwołującemu.

Niezależnie jednak od kalkulacji, która została uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący postawił tezę że **wskazana przez GTS Poland sp. z o.o. cena nie jest ceną, za którą którykolwiek z wykonawców działających na rynku polskim byłby w stanie zrealizować niniejsze zamówienie.** Podniósł również ,że podobne stanowisko co do ceny zaofiarowanej przez GTS prezentuje w odwołaniu również Netia S.A. Odnosząc się do

wyjaśnień obu wykonawców stwierdził, że zdaniem Odwołującego, wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. i Netia S.A. nie wykazali należytej staranności i nie zdołali wykazać, że cena przez nich oferowana nie jest rażąco niska. Jednocześnie Zamawiający zaniechał odrzucenia tych ofert, przez co naruszył przepisy ustawy Pzp., a ocenę czy zaproponowane zarówno przez GTS Poland Sp. z o.o. jak i Netia S.A. w niniejszym postępowaniu ceny są cenami rażąco niskimi należy oprzeć o przedmiot i specyfikę zamówienia oraz indywidualną zdolność każdego z wykonawców do jego realizacji.

Wskazując na rodzaj kosztów jakie wykonawcy muszą ponieść aby zrealizować przedmiotowe zamówienie wskazał trzy grupy kosztów:

- 1) Koszty Wdrożenia, które w tym przypadku należy rozumieć głównie jako koszty budowy lub pozyskania infrastruktury sieciowej do świadczenia usług. Są to także koszty sprzętu transmisyjnego instalowanego zarówno w lokalizacjach Zamawiającego, jak i w sieci Wykonawcy oraz koszty związane z przygotowaniem i zarządzaniem procesem wdrożenia usługi, która z uwagi na ogólnopolską skalę i krótki termin wdrożenia wymaga zaangażowania profesjonalnego zespołu. Niebagatelnym kosztem wdrożenia w przypadku łączy realizowanych drogą radiową (jeżeli taka droga jest planowana do wykorzystania przez Wykonawcę) jest również koszt uzyskania pozwoleń formalno-prawnych, związanych zarówno z wymogami prawa budowlanego, jaki i pozyskania pozwoleń na korzystanie z częstotliwości radiowych (co jest szczególnie istotne w przypadku, gdy Zamawiający wymaga realizacji usługi w paśmie koncesjonowanym) oraz koszt pozyskania miejsca na instalację linii radiowych (dzierżawa powierzchni dachów, masztów itp.).
- 2) Koszty świadczenia usługi, rozumiane głównie, jako koszty związane z dostarczaniem usługi i serwisowaniem infrastruktury technicznej zbudowanej na potrzeby sieci WAN. W tej kategorii również należy wziąć pod uwagę koszty obsługi kontraktu, tj. przygotowanie raportów, fakturowanie, przyjmowanie i obsługa zgłoszeń serwisowych, nadzór nad jakością świadczonych usług.
- 3) Koszty ryzyk związanych z realizacją umowy, rozumiane jako koszty wynikające z potencjalnych kar ponoszonych przez Wykonawcę za nieterminowe uruchomienie usług będących przedmiotem zamówienia oraz za przerwy w świadczeniu tych usług w trakcie trwania umowy. Koszty tych ryzyk powinny zostać zdiagnozowane przed podjęciem się realizacji każdego przedsięwzięcia na podstawie wnikliwej analizy jego wykonalności w ramach danej organizacji, a w przypadku zdiagnozowania elementów, których wykonanie w odpowiednim standardzie lub terminie może być trudne do spełnienia, konieczne jest znalezienie odpowiednich rozwiązań technicznych i organizacyjnych zapewniających wykonalność projektu.

Odnosząc się do tej kwestii wskazał, że wykonawcy Netia SA i GTS Poland sp. z o.o. w celu wdrożenia przedmiotowej usługi będą musieli wybudować łącza dostępowe do większości lokalizacji Zamawiającego, lub pozyskać je od innych operatorów. W przypadku przedmiotowej sieci największą częścią składową kosztu wdrożenia stanowi zestawienie łączy warstwy fizycznej i transmisyjnej oraz koszty urządzeń abonenckich (routerów) instalowanych w lokalizacji Zamawiającego. Zestawienie łączy różni się zasadniczo w zależności od tego czy rozpatrujemy sposób działania operatora alternatywnego, czy też TP SA. Wskazał, że członek konsorcjum Exatel S.A., świadczy od kilku lat usługi transmisji danych dla Ministerstwa Sprawiedliwości dla 432 lokalizacji. Okoliczność ta w dużym stopniu umożliwiła szczegółowe określenie możliwości technicznych oraz dokładne oszacowanie kosztów i nakładów niezbędnych dla prawidłowej realizacji zamówienia. Odwołujący dysponuje aktualnie działającą w lokalizacjach Zamawiającego siecią, która jest możliwa do wykorzystania w realizacji zamówienia. Ponadto Odwołujący posiada rozległą sieć placówek terenowych, co umożliwia szybki dojazd służb serwisowych do praktycznie każdej lokalizacji Zamawiającego.

W zakresie kosztu budowy łączy wskazał, że zarówno Netia S.A. jak i GTS Poland Sp. z o.o. nie posiadają na tyle rozbudowanej sieci szkieletowej, aby bez przeszkód zrealizować projekt. Obie firmy muszą pozyskiwać (wybudować) nie tylko łącza dostępowe, ale i elementy sieci szkieletowej, co utrudnia realizację i znacznie podnosi koszty. Należy przy tym uwzględnić koszty utrzymania sieci szkieletowej. Łącznie koszty rozbudowy sieci szkieletowej i jej utrzymania liczone są w milionach złotych.

Ponadto wykonawca Netia S.A. jak i GTS Poland Sp. z o.o. nie posiadają własnej infrastruktury sprzętowej w miejscach świadczenia usług, która w chwili obecnej należy do Odwołującego i w celu przygotowania do realizacji niniejszego zamówienia wymaga tylko doposażenia. Inni wykonawcy, w tym GTS Poland Sp. z o.o. i Netia S.A. zmuszeni są dostarczyć, zamontować i uruchomić nowy sprzęt co znacznie zwiększa koszty realizacji zamówienia. Wskazał, że odnośnie wykonania przedmiotu w większości za pośrednictwem łączy radiowych to nie sposób sprawdzić możliwości uruchomienia łączy radiowego bez przeprowadzenia wizji lokalnej w konkretnej lokalizacji, ponieważ dla łączy radiowego konieczna jest widoczność radiowa między dwiema antenami (dach klienta i stacja bazowa). W przypadku większych odległości, lub złej widoczności anten, konieczna jest budowa nie jednego, lecz kilku przęseł radiowych, często bazujących na sprzęcie instalowanym na obiektach stron trzecich. Natomiast jego zdaniem dla wykonania wizji lokalnej potrzebna jest osoba kontaktowa na miejscu, Zamawiający wskazał tylko około 50 takich osób wraz z harmonogramem wizji, tak więc nie było realnej możliwości wykonania wizji we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego. Tym samym założenie realizacji znacznej części zamówienia w oparciu o omawiana technologię jest założeniem złudnym, a instalacja linii radiowej jest

dość skomplikowanym zadaniem. Natomiast w zakresie wykonywania połączeń za pomocą łączy transmisyjnych to są one zamawiane są w TP SA, zgodnie z procedurami ustanowionymi przez UKE (RLLO, BSA, LLU). W przypadku braku dostępności odpowiedniej infrastruktury technicznej, TP S.A. przedstawia operatorowi wnioskującemu alternatywne rozwiązanie techniczne, specyfikując czas potrzebny na wykonanie inwestycji oraz specjalne warunki umowne (długość Umowy, cena), o ile oczywiście takie rozwiązanie alternatywne jest możliwe do realizacji. Innymi słowy jeżeli TP S.A. nie posiada w danej lokalizacji pozytywnych warunków technicznych inni operatorzy muszą zbudować swoją infrastrukturę lub podjąć ryzyko wykonania przez TP S.A. inwestycji w deklarowanym terminie.

Wskazał również na znaczne koszty które będzie musiał ponieść wykonawca na koszty utrzymania sieci WAN oraz koszty bieżącego serwisowania sieci i dostarczania usług, a także na koszty utrzymania łączy podkładowych ponoszony przez GTS oraz Netia SA przy wykorzystaniu łączy TP SA (na bazie regulacji UKE). Jeśli dokonać skalkulowania kosztów utrzymania łączy głównie na bazie RLLO dla całej sieci MS WAN, to dla trzyletniego okresu funkcjonowania usługi wynosi on ok. 39,66 mln zł netto/ 48,78 mln zł brutto, a jest to jedynie koszt związany z samym utrzymaniem łączy podkładowych w ramach oferty RLLO, bez zapewnienia odpowiedniej przepływności w sieci szkieletowej oraz kosztów zarządzania i utrzymania CE. Podobnie również wysokie są koszty utrzymania łączy radiowych które wg Odwołującego wynoszą od 1775 -2075 złotych miesięcznie za jedną radiolinię.

Uzasadniając podniesiony zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy pzp dotyczący niezgodności treści oferty z treścią siwz wywodzi ,że niezgodność ta wynika z powodu braku określenia w ofercie informacji o częściach zamówienia jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Stanowi to podstawę do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 pzp.

Podniósł ,że GTS Poland S.A. i Netia S.A. w formularzach ofertowych oświadczyli, że usługę w zakresie dostępu łączy wykonają samodzielnie (bez udziału podwykonawców), co oznacza, że zestawiają wszystkie łącza samodzielnie. Oświadczenie to stoi w sprzeczności z wyjaśnieniami elementów oferty mających wpływ na cenę oferty złożonymi przez GTS Poland sp. z o.o. i Netia SA. W wyjaśnieniach tych wykonawcy ci potwierdzili, że nie posiadają infrastruktury sieciowej we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, zmuszeni będą pozyskać łącza od innych operatorów, czyli podwykonawców. Dodatkowo wskazać należy, że w innym postępowaniu GTS Poland sp. z o.o. w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na cenę z 10 marca 2010 r. stwierdził, że zatrudnia 192 pracowników. Przy takiej liczbie pracowników realizacja przedmiotu zamówienia, obejmującego 480 lokalizacji, bez udziału podwykonawców jest niemożliwa. Tym samym Odwołujący z powyższego wnioskuje ,że zadem z wykonawców nie jest w stanie samodzielnie zrealizować istotnej

części zamówienia. Jednocześnie w formularzu oferty wykonawcy GTS Poland Sp. z o.o. i Netia S.A. wskazali, że wykonają zamówienie samodzielnie - bez udziału podwykonawców.

Ponadto w złożonym na rozprawie piśmie procesowym rozszerzył argumentację podniesioną w odwołaniu, dokonując szeregu wyliczeń dotyczących kosztu pozyskania i utrzymania łączy podkładowych od innych operatorów w tym w szczególności od TPSA w ramach oferty hurtowej. Dokonał również szeregu wyliczeń kosztów niektórych elementów składających się na przedmiot zamówienia, wskazując, że są to wyliczenia teoretyczne.

Ponadto przedłożył raport analityczny opracowany na jego zlecenie przez firmę Audytel w którym wskazano, przede wszystkim porównanie cen za podobne do przedmiotowego postępowania, usługi wykonane na rzecz innych podmiotów, a także Benchmarking cen za usługę kupowanej przez Zamawiającego sieci WAN.

Zamawiający odpowiadając na zarzuty odwołania i zawartego tam ich uzasadnienia oraz argumentów przedstawionych w trakcie rozprawy, wskazał, że Zamawiający po zapoznaniu się z ofertami wykonawców uznał, iż ceny zaoferowane w ofertach w sposób znaczny odbiegają od ceny oszacowania zamówienia i tym samym wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień czy zaoferowane ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto podniósł, iż Odwołujący nie widział wyjaśnień, ani dostarczonych wraz z nimi dowodów złożonych przez wykonawców, uzasadniających, że zaoferowana przez nich cena jest ceną realną, tym samym brak jest podstaw do stawiania zarzutów, że Zamawiający w sposób niewłaściwy dokonał oceny złożonych wyjaśnień.

Odnosząc się do pozycji kosztowych, które wykonawca winien podnieść aby móc świadczyć usługę w ramach przedmiotu zamówienia wskazuje, iż nie wszystkie nakłady na zamówienie wykonawcy muszą zaliczyć od razu do kosztów w chwili ich poniesienia, gdyż część z nich jest inwestycjami, a tym samym rozliczane są w czasie przeznaczonym dla amortyzacji danego typu inwestycji. Wskazuje, iż Odwołujący podnosząc bardzo wiele zarzutów nie wskazał ani razu ceny, poniżej której wykonanie zamówienia staje się nieopłacalne, a tym samym cena byłaby ceną rażąco niską. Odwołujący raczej domniemywa, a nie stara się dowieść rażąco niskiej ceny. Bezzasadne są też zarzuty co do zdolności technicznych i technologicznych konkurentów, gdyż wykonawcy zastrzegli w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa dane dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do poziomu ceny oferty Netii i Odwołującego podniósł, że należałoby domniemywać, iż różnica w kwocie 2,2 mln zł nie jest ceną dotyczącą wysokości kosztów nakładów, ale kwotą mającą uzasadnienie w stopie zyskowności danego wykonawcy. Ponadto odnosząc się do zaoferowanej przez GTS ceny Zamawiający stwierdził, że opierając się na zasadach wyjaśnienia wątpliwości wskazanych w art. 90 ustęp 3 PZP

Zamawiający nie ustalił aby wystąpiły przesłanki do stwierdzenia, iż zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odnosząc się do ilości łączy wskazanej przez odwołującego w ramach świadczonych przez niego usług podaje, iż zarówno Exatel jak i TP S.A. obecnie dokonują obsługi 432 łączy dla zamawiającego. Na te 432 łącza tylko 2 są o przepustowości 2Mb, jedno o pojemności 1 Mb, a pozostałe o prędkościach znacznie niższych, nawet 128Kb/s. W ramach dotychczasowych usług do każdego punktu prowadzone było więcej niż jedno łącze, co wskazuje, iż według nowego zamówienia do jednego punktu prowadzone byłoby tylko jedno łącze, a nie jak obecnie kilka. Tak więc należy wskazać, że z dotychczasowej sieci, po której świadczone są usługi dla Zamawiającego, Odwołujący mógłby wykorzystać tylko 127 łączy spełniających parametry wymagane w SIWZ. Wszystko to wskazuje na to, iż nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący, że posiada już gotowe ponad 400 łączy, w oparciu o które może świadczyć usługi dla Zamawiającego.

Przystępujący Netia stwierdza, iż brak jest podstaw do uznania, iż jego cena jest rażąco niska, cena zaproponowana przez Odwołującego TP S.A. jest wyższa od ceny Netii jedynie o 4,87%. Można stwierdzić, iż są to oferty skalkulowane na tym samym poziomie cenowym. Skoro ceną rażąco niską jest cena niewiarygodnie niska, znacząco odbiegającą od cen rynkowych to trudno uznać, iż cena konsorcjum Exatel ma charakter rynkowy, a taka sama cena zaoferowana w ofercie Netii tej cechy nie posiada.

Przystępujący kwestionuje prawdziwość dokonanych przez Konsorcjum obliczeń w zakresie szacowanych kosztów świadczenia usług przez Netię. Przykładowo w zakresie ponad 350 lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego usługa ma być realizowana przez Netię w wykorzystaniem sieci ziemnej (miedzianej lub światłowodowej), z czego prawie 300 lokalizacji jest już obecnie w zasięgu istniejących węzłów LLU. Przystępujący będzie także korzystał z zastosowania różnych innych rozwiązań (dostępny radiowo - radiolinia, systemy punkt-wielopunkt, dzierżawa łączy od innych operatorów), ale w istotnej części planuje wykorzystanie własnych zasobów. Odwołujący w swojej argumentacji pomija szereg znanych mu okoliczności. Przykładowo szacując zasięg sieci dostępowej Netii należy wziąć pod uwagę także zasoby, jakimi dysponuje ona w ramach Grupy Kapitałowej Netia, w szczególności zasoby firmy Internetia Sp. z o.o. oraz zasoby kilkudziesięciu przejętych mniejszych spółek, mających swoje kable światłowodowe w kilkudziesięciu miastach Polski.

Przystępujący GTS również w złożonym piśmie procesowym odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu stwierdza, że oferta Przystępującego została skalkulowana w oparciu o ceny rynkowe, Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie złożono odpowiednie wyjaśnienia które nie potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska tym samym stanowiska Zamawiającego w tym zakresie uważa za prawidłowe.

Przedstawił również szereg pism mających wykazać że jest możliwe wbrew temu co twierdzi Odwołujący, wykonanie zamówienia po cenach niższych niż ta zaoferowana przez Odwołującego. Wskazał, że na rynku istnieje jeszcze co najmniej kilkunastu operatorów, przy pomocy których może być świadczona usługa. Wskazuje również, iż ci operatorzy są w stanie świadczyć usługi za kwotę znacznie niższą niż Odwołujący. Jako przykład wskazał wydruk ze strony internetowej, z którego wynika, że firma Ex.T Sp. z o.o. oferuje zakup linku radiowego za kwotę 17 700 zł przy jednym łączu, a oferta radiolinii wg TP S.A. wynosi 30 000 zł., a przy zakupie większej ilości cena ta jest jeszcze niższa. Oznacza to, iż jest możliwe nabycie tego samego łącza, za pomocą którego możliwe jest świadczenie usług i za cenę prawie o połowę niższą niż umożliwia to TP S.A. Ponadto wskazał, że obecnie na rynku regulowanym trudno mówić o uprzywilejowanej pozycji jakiegoś podmiotu do realizacji niniejszego zamówienia. Zwrócił uwagę na fakt, iż Odwołujący opiera cenę w oparciu o własne wyliczenia i własne cenniki, natomiast Przystępujący wyliczenia te oparł o rozwiązania różnych operatorów, jak również komponentów i usług przez nie oferowanych dbając aby były to usługi za najniższą cenę. Wszystko to wskazuje, iż możliwe jest nabycie sprzętu za kwotę 2-3 krotnie niższą niż podaje to Odwołujący TP S.A. Ponadto wykazał, że GTS Poland jest wykonawcą który posiada najwięcej otrzymanych pozwoleń radiowych Urzędu Komunikacji Elektronicznej bo aż 4618 tj ponad czterokrotnie więcej niż drugi na liście Odwołujący Exatel, również ponad czterokrotnie więcej niż Exatel posiada czynnych radiolinii. Z tego wyciąga wniosek iż jest na rynku polskim podmiotem który posiada największe doświadczenie w zakresie transmisji danych przy pomocy radiolinii.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie, uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożone przez strony i przystępujących dokumenty, a także stanowiska stron postępowania i uczestników, zaprezentowane do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

Wobec obu odwołań, biorąc pod uwagę dowody przedstawione przez strony, Izba nie znalazła podstaw do ich uwzględnienia.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali swój interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący którzy zostali dopuszczeni do udziału w obu sprawach, w należyty sposób uprawdopodobnili posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosili przystąpienie.

W sprawie o sygn. 1512/11 w stosunku do zgłoszonego przystąpienia konsorcjum ATM do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Odwołujący Netia zgłosił

opozycję wskazując że niezależnie od wyniku postępowania, wykonawca nie ma interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpił. Jego pozycja nie ulegnie zmianie, gdyż nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a ponadto popiera Zamawiającego który jego ofertę sklasyfikował na czwartej pozycji. Izba postanowiła opozycję uwzględnić.

W sprawie o sygn. 1515/11 w stosunku do zgłoszonego przystąpienia konsorcjum ATM do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Odwołujący zgłosił opozycję wskazując, że niezależnie od wyniku postępowania sytuacja przystępującego wykonawca nie ma interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpił. Ponadto Odwołujący zgłosił opozycję co do zgłoszonego przystąpienia do postępowania przez wykonawcę Netia, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, wskazując również ,że wykonawca ten nie posiada interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpił.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję co do zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę ATM, gdyż wykonawca ten sklasyfikowany na czwartym miejscu w rankingu ofert i nie ma interesu w utrzymaniu stanowiska Zamawiającego w tym zakresie. Przystąpienie, zgłoszone po stronie Zamawiającego, należy rozpoznawać na dzień jego złożenia, biorąc pod uwagę czynność Zamawiającego, bądź jego zaniechanie podlegające zaskarżeniu w trybie złożonego odwołania. Dla wykazania interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie ma znaczenia możliwość uzyskania przez wykonawcę zamówienia. W art. 185 ust. 2 ustawy Pzp mówi się o interesie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, a więc jakiegokolwiek korzyści dla wykonawcy, którą uzyska jeśli strona do której przystępuje wygra postępowanie odwoławcze. Przystępujący nie wykazał jaki ma interes aby popierać stanowisko Zamawiającego, który sklasyfikował go na ostatnim miejscu w rankingu ofert. Izba wskazała w uzasadnieniu stanowiska dotyczącego uwzględnienia opozycji iż wykonawca ATM posiadałby interes gdyby zgłosił przystąpienie w tej sprawie, po stronie Odwołującego.

Izba postanowiła nie uwzględnić opozycji zgłoszonej co do przystąpienia wykonawcy Netia.

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w tym przedmiocie.

Oprócz faktu ,że odwołania dotyczyły tego samego Zamawiającego i przedmiotu zamówienia to ponadto w obu odwołaniach były podniesione dwa takie same zarzuty. Pierwszy dotyczył naruszenia art. 8 ust.3 ustawy pzp dotyczącego zastrzeżenia pewnych fragmentów oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a drugi naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt. 4 poprzez nieodrzućenie ofert, w stosunku do wykonawców których

przedmiotowe odwołania dotyczą, z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny złożonych ofert. Wobec tych dwóch zarzutów, stanowisko Izby w tym zakresie zostanie przedstawione łącznie co do obydwu odwołań.

Sprawa KIO 1512/11

Odwołujący podnosząc zarzut niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i tym samym wnosząc o odrzucenie oferty na podstawie art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy pzp wskazał, że w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał od wykonawców, aby w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a) wykonali (świadczyli, zrealizowali) usługi transmisji danych dla co najmniej 2 (dwóch) różnych infrastruktur sieciowych IP VPN każda dla co najmniej 200 lokalizacji w okresie nie krótszym niż 12 miesięcy, tj. w okresie co najmniej 12 miesięcy, lub
- b) aktualnie wykonują (świadczą, realizują) usługi transmisji danych dla co najmniej 2 (dwóch) różnych infrastruktur sieciowych IP VPN każda dla co najmniej 200 lokalizacji od co najmniej 12 miesięcy, lub
- c) wykonali (świadczyli, zrealizowali) usługi transmisji danych dla co najmniej 1 (jednej) infrastruktury sieciowej IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji w okresie nie krótszym niż 12 miesięcy, tj. w okresie co najmniej 12 miesięcy i aktualnie wykonują (świadczą, realizują) usługi.

Wykonawca GTS Poland składając ofertę zastrzegł niejawnosć wykazu wykonanych usług wraz z referencjami, a także niejawnosć zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału. Z tego faktu Odwołujący wywiódł tezę, że jeśli dokumenty mające potwierdzać spełnianie w/w warunku podmiotowego zostały zastrzeżone przez wykonawcę GTS to musi być w nich „coś nie tak”, a Zamawiający tego pewnie dokładnie nie sprawdził. Ponadto wskazał, że opierając się na znajomości rynku usług telekomunikacyjnych oraz posiadanego w tym zakresie doświadczenia spółki GTS Poland, kwestionuje istnienie doświadczenia tego wykonawcy w zestawieniu i uruchomieniu infrastruktury sieciowej IP VPN dla co najmniej 200 lokalizacji wraz z rocznym wykonywaniem usług transmisji danych.

Odnosząc się do tego zarzutu, Izba wskazuje również na zastrzeżenia Przystępującego GTS, odnośnie tego zarzutu w którym podniósł że sprawa ta była już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku KIO 1195/11.

Zastrzeżenia w tym zakresie, zdaniem Izby nie znajdują potwierdzenia w sprawie, gdyż przedmiotem w/w postępowania była kwestia prawidłowości zastrzeżenia pewnych dokumentów oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa, a nie ich ocena merytoryczna pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe Izba stwierdza, że brak jest podstaw do rozpoznawania w tym postępowaniu zarzutu z art. 8 co do utajnienia pewnych elementów oferty, jednak ten fakt, nie pozbawia Odwołującego prawa do kwestionowania prawidłowości oceny przez Zamawiającego, zawartych tam danych.

Kwestionowanie to, polega po pierwsze na założeniu przez Odwołującego, że nieujawnione dokumenty mające potwierdzać te fakty mogą być nieprawidłowe lub niewłaściwie ocenione przez Zamawiającego, a po drugie podnosi że wysoki stopień trudności realizacji przedmiotowego zamówienia, wysoka wartość przedmiotu zamówienia jak na rynek usług telekomunikacyjnych, relatywnie krótki okres realizacji, a także wysoki poziom oczekiwań Zamawiającego co do standardów świadczenia usług, winny skutkować dopuszczeniem do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jedynie wykonawców rzeczywiście dysponujących wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Tym samym uważa, że dla realizacji tak skomplikowanego zamówienia wykonawca powinien sam posiadać wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Natomiast jeżeli powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, to podmiot ten winien uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

W tym zakresie Izba również dokonała oceny zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty, w zakresie podniesionym w odwołaniu dotyczącym prawidłowości udostępnienia przez podmiot trzeci swoich zasobów dla spełnienia warunku posiadanego doświadczenia. Na podstawie dokonanych ustaleń Izba stwierdza prawidłowość udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Ponadto zarzut w tym zakresie uważa za niezasadny, gdyż Odwołujący ponad uregulowanie ustawowe, uzależnia możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego od stopnia trudności realizacji danego zamówienia. Ponadto brak jest podstaw do przyjęcia tezy odwołania, że w tak skomplikowanych zamówieniach udział podmiotu udzielającego swoich zasobów winien zawsze wiązać się z podwykonawstwem w realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, brak udziału podmiotu udostępniającego swoje zasoby, w realizacji przedmiotu zamówienia jako podwykonawca, nie może – jak to argumentuje Odwołujący tylko z tego faktu, wskazywać na fikcyjne udostępnienie potencjału.

Na podstawie dokonanych ustaleń Izba stwierdza, że brak jest podstaw do kwestionowania spełnienia przez Przystępującego w tym zakresie, warunków udziału w postępowaniu i tym samym uwzględnienia tego zarzutu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24.ust.2 pkt.3 dotyczącego niewykluczenia z postępowania wykonawcy GTS Poland z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, Izba wskazuje że Odwołujący z zarzutu niespełnienia przez wykonawcę GTS Poland warunków udziału w postępowaniu wywodzi zarzut, że wykonawca GTS Poland nie wykazał faktycznego

disponowania doświadczeniem podmiotu trzeciego, jak również nie posiada samodzielnie wymaganego doświadczenia do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wobec tego stawia zarzut Zamawiającemu że oferta wykonawcy GTS Poland powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy Pzp.

Wobec wyżej opisanych faktów w oparciu o które Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy pzp. to tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego złożenia przez GTS Poland nieprawdziwych informacji w tym zakresie. Tym samym podniesiony przez Odwołującego zarzut nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania i nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie odwołania KIO 1515/11

W odwołaniu konsorcjum Exatel SA i Telekomunikacja Polaska SA, Odwołujący podniósł trzy zarzuty ; pierwszy z nich dotyczył zaniechania odrzucenia ofert wykonawców GTS Poland i Netia SA z powodu rażąco niskiej ceny złożonych przez nich ofert. Stanowisko Izby w tym zakresie zostanie przedstawione łącznie z takim samym zarzutem Odwołującego Netia w stosunku do wykonawcy GTS.

Drugi zarzut dotyczył zaniechania odrzucenia ofert wykonawców GTS Poland i Netia SA z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz. Odnośnie trzeciego zarzutu który Odwołujący wskazał jako zarzut naruszenia przez Zamawiającego „wszystkich innych przepisów jakie wynikają z treści uzasadnienia odwołania”. Izba stwierdza ,że tak sformułowany zarzut nie może być rozpoznawany przez Izbę gdyż nie spełnia wymogów z art. 180 ust.3. Z przepisu tego wynika ,ze odwołanie powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Izba wskazuje ,że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO „zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa a także wskazanie konkretnego przepisu prawa który Zamawiający swoim zachowaniem naruszył ” Samo powołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, który miałby naruszyć Zamawiający, nie tworzy zarzutu. Tak sformułowany przez Odwołującego zarzut, nie nadaje się do rozpoznania przez Izbę gdyż nie tylko nie wskazuje naruszonych czynności ,a ponadto Izba przy orzekaniu nie może domyślać się czy przywołany w uzasadnieniu odwołania przepis, jest przywołany dla wskazania nowego zarzutu czy stanowi wskazanie podstawy prawnej dla zarzutu wcześniej sprecyzowanego w odwołaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy pzp dotyczącego niezgodności treści złożonych ofert przez GTS Poland i Netia SA z treścią siwz, Izba jako uwagę wstępną do całości tego odwołania wskazuje ,ze Odwołujący z reguły

podnosi takie same zarzuty w stosunku do obu odwołujących ,a następnie wskazując argumenty na poparcie swoich twierdzeń wskazuje np. tylko na jednego z wykonawców. Ponadto w odwołaniu w tym zakresie brak jest jakiegokolwiek odniesienia do konkretnego zapisu siwz który miałby być sprzeczny z ofertą. Również na rozprawie Odwołujący nie wskazał konkretnego postanowienia siwz, nadto nie wskazał które postanowienia oferty każdego z wykonawców wskazują na jej niezgodność z siwz. Tym samym z tak ogólnego sformułowania zarzutu należy zdaniem Izby wywieść wnioski ,że Odwołujący kwestionuje wskazanie przez GTS Poland S.A. i Netia S.A. w formularzach ofertowych że usługę w zakresie dostępu do łączy wykonają samodzielnie. Oświadczenie to, zdaniem Odwołującego konsorcjum stoi w sprzeczności z wyjaśnieniami elementów oferty mających wpływ na cenę oferty złożonymi przez GTS Poland sp. z o.o. i Netia SA. W wyjaśnieniach tych wykonawcy ci potwierdzili, że nie posiadają infrastruktury sieciowej we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, a tym samym zmuszeni będą pozyskać łącza od innych operatorów, czyli podwykonawców. Tym samym brak określenia w ofercie o częściach zamówienia jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom stanowi podstawę do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust 1 pkt. 2).

Izba dokonując oceny tego zarzutu stwierdza ,że brak jest podstawy do uznania ,że pozyskanie łącza od zewnętrznego operatora winno być uznane jako udział tego operatora w realizacji zamówienia, jako podwykonawca. Warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione, nie zaś to że podmiot udostępniający będzie brał udział w wykonywaniu przedmiotu umowy jako podwykonawca. W tym zakresie zdaniem Izby należy przytoczyć tezę z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO/UZP 788/08 gdzie Izba stwierdziła że „w ocenie Izby za podwykonawcę nie można uznać udostępniania łącza(Telekomunikacja Polska) przez podmiot trzeci, nawet jeżeli ma charakter wykonywania usługi”. Oprócz braku podwykonawstwa w w/w zakresie podniesionym w przedmiotowym zarzucie Izba stwierdza, że GTS Poland na stronie 3 formularza ofertowego w pkt. 1.4 wskazał ,że powierzy podwykonawcom system monitorowania i zarządzania siecią oraz instalację i serwis urządzeń telekomunikacyjnych. Tym samym brak jest podstaw w oparciu o przedstawione dowody do stwierdzenia naruszenia przez GTS Poland przepisu art. 36 ust.4 ustawy pzp Dlatego też zdaniem Izby powyższy zarzut nie może być uwzględniony.

Odnosząc się do wykazania w obu odwołaniach takich samych zarzutów Izba stwierdza że, w zakresie naruszenia art. 8 ust.3 pzp zarzut ten został postawiony wprost w odwołaniu Netia SA , natomiast w odwołaniu konsorcjum Exatel i TP S.A. został podniesiony w stosunku do nieujawnienia treści wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu, przez wykonawcę GTS, a dotyczących wysokości ceny zaoferowanej w ofercie.

Zamawiającemu zarzucono wadliwe przyjęcie, iż złożone przez wykonawcę GTS POLAND informacje i oświadczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba stwierdza że sprawa przedmiotowego postępowania o zamówienie, na wcześniejszym etapie postępowania była przedmiotem odwołania i była rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą. w postępowaniu o sygn. 1195/11. W tamtym postępowaniu Odwołujący Konsorcjum Exatel przy uczestnictwie Netii S.A. wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) ujawnienia treści oferty złożonej przez GTS Poland S.A.
- 2) w przypadku uznania, któregośkolwiek zastrzeżonych dokumentów za tajemnicę przedsiębiorstwa, wniósł o ujawnienie ich treści w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa

Wykonawca GTS zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa; wykaz wykonanych usług, referencje, oraz zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia potencjału w trybie art. 26 ust. 2b.

Izba w wyroku z dnia 21 czerwca 2011 roku uznała że Zamawiający miał podstawy do uznania, że zastrzeżone przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. w ofercie informacje, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, zarówno charakter zastrzeżonych informacji, przedsięwziętych przez wykonawcę GTS Poland Spółka z o.o. czynności, w tym treść złożonych wyjaśnień łącznie potwierdzają spełnienie wszystkich przesłanek uprawniających do stwierdzenia, iż zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym Izba uznała w oparciu o ustalony stan faktyczny, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. i stwierdziła ,że biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższego Izba w niniejszym postępowaniu stwierdziła ,że wnoszący o ujawnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący Netia SA brał udział w postępowaniu w sprawie o sygn. KIO 1195/11 jako Przystępujący i jeśli nie akceptował orzeczenia Izby mógł wnieść skargę do Sądu ,czego nie uczynił. Tym samym Izba uznaje iż zarzuty będące przedmiotem rozpoznania Izby w w/w postępowaniu nie mogą podlegać ponownie rozpoznawaniu przez Izbę. Odnośnie zarzutu co do utajnienia wyjaśnień wykonawcy GTS sp. z o.o. złożonych Zamawiającemu, a dotyczących wyjaśnienia przyczyn zaoferowania takiej ceny oferty, to Izba wskazuje ,że po pierwsze zasadne jest utajnienie wyjaśnień będących wyjaśnieniem informacji już zastrzeżonych. Nadto fakt zastrzeżenia wyjaśnień był znany zarówno wykonawcom jak i Izbie w trakcie rozpatrywania sprawy o sygn. KIO 1195/11, a po drugie podniesienie tego zarzutu na obecnym etapie sprawy jest

spóźnione. Wszyscy wykonawcy zostali wezwani przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień o przyczynach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i winni byli złożyć wyjaśnienia w terminie do 7 czerwca 2011 roku. W ocenie Izby termin do wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji powinien być liczony od momentu podjęcia przez Zamawiającego decyzji odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Jeśli strona nie wniosła o odtajnienie treści złożonych dokumentów to termin na wniesienie odwołania biegnie daty kiedy wykonawca mógł powziąć informację o utajnieniu treści dokumentów przy zachowaniu należytej staranności. Takim terminem dla wszystkich wykonawców był termin biegnący od 8 czerwca 2011 roku.

W zakresie podniesionego w obu odwołaniach zarzutu rażąco niskiej ceny należy na wstępie wskazać, że w postępowaniu o sygn. KIO 1512/11 Odwołujący Netia SA kwestionował prawidłowość oceny w tym zakresie oferty GTS Poland, Odwołującego w tym zakresie wspomagało konsorcjum Exatel SA i TP SA, a GTS Poland wspierało w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, po którego stronie przystąpił do postępowania. Natomiast w drugim odwołaniu o sygn KIO 1515/11 Odwołujący konsorcjum Exatel, wnosił o odrzucenie ofert Netii SA i GTS Poland, którzy to wykonawcy przystąpili do postępowania po stronie Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący, kwestionowali stanowisko Zamawiającego uznającego, że ceny ofert niższych wymienionych wykonawców, nie są rażąco niskie

- GTS Poland Sp. z o.o., (cena oferty: 32 998 440,00 zł);
- Netia S.A (cena oferty: 44 567 820,00 zł);

Należy również wskazać, że cena oferty Odwołującego konsorcjum Exatel S.A. wynosiła : 46 740 000,00 zł i była wyższa o 2 172 180 złotych tj. około 4,8% o ceny ofert Netii SA. Cena oferty czwartego wykonawcy nie biorącego udziału w niniejszym postępowaniu odwoławczym wynosiła - 57 133 500,00 zł

Wartość oszacowania przedmiotu zamówienia na etapie przygotowania przedmiotowego zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na poziomie 81 573 400,00 złotych.

Zamawiający biorąc pod uwagę fakt, że zaoferowane przez wykonawców ceny są nieporównywalnie niższe od wartości oszacowania zamówienia wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, wskazując w wezwaniu między innymi o potrzebie wyjaśnienia „czy łączna ryczałtowa cena oferty wykonawcy, za cały przedmiot zamówienia obejmuje całkowity koszt realizacji przedmiotu zamówienia wymagany w siwz, w tym czy cena oferty obejmuje koszt świadczenia usług transmisji danych w okresie wymaganym w siwz oraz koszt zestawienia i uruchomienia zabudowanych urządzeniami aktywnymi łącza dostępowych?”

Wszyscy wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie złożyli w terminie stosowne wyjaśnienia i każdy z nich zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa pewne fragmenty tych wyjaśnień.

Obaj odwołujący kwestionując uznanie przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień jako prawidłowe, przywołali w treści odwołań wiele różnych argumentów przemawiających za stwierdzeniem, że ceny w ofertach wykonawców GTS i Netia są rażąco niskie. Zdecydowana większość opisanych zarzutów w tym przedmiocie została poparta nie konkretnymi argumentami lecz przywołanymi orzeczeniami sądów i Krajowej Izby Odwoławczej. W obu odwołaniach odwołujący przywołali kilkadziesiąt też z tych orzeczeń.

Odwołujący Netia SA wskazując, że Zamawiający dopuszcza realizację zamówienia jedynie w trzech technologiach:

- łączy światłowodowe zakończone dedykowanymi urządzeniami teletransmisyjnymi lub jako ciemne włókno bezpośrednio łączące router PE Wykonawcy z routerem CE w lokalizacji Zamawiającego,
- łączy radiowe punkt-punkt lub punkt-wielopunkt pracujące w paśmie koncesjonowanym,
- łączy z zastosowaniem par kabli miedzianych z zastosowaniem urządzeń pracujących w technologii G.SHDSL, HDSL oraz SDSL.

Podniósł zarzut, że wykonawca GTS źle skalkulował ofertę gdyż:

- bazuje przy wykonaniu zamówienia na możliwości uzyskania regulowanego dostępu do łącz TP S.A. które obciążone jest dużym ryzykiem
- nie może wbrew swoim twierdzeniom posługiwać się argumentem o możliwości nabywania sprzętu w wyjątkowo korzystnych cenach ze względu na skalę prowadzonej działalności
- posiada zdecydowanie mniejsze zasoby osobowe oraz organizacyjne, w porównaniu z innymi wykonawcami,
- nie posiada infrastruktury telekomunikacyjnej o porównywalnej wielkości do zasobów posiadanych przez niektórych uczestników tego postępowania, w tym zakresie inni wykonawcy posiadają przewagę nad wykonawcą GTS, itp.

To wszystko jego zdaniem wskazuje na niedoszacowanie kosztu wykonania zamówienia. Ponadto wskazał, że w zakresie nie utajnionym ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa należy stwierdzić, że wbrew wymaganiom z art. 90 ust.1 ustawy pzp wyjaśnienia GTS nie opierają się na konkretnych uwarunkowaniach jakie towarzyszyć będą realizacji danego zamówienia. Wezwany wykonawca nie wskazał w jaki sposób te uwarunkowania mają wpływ na ustalenie kosztów na takim poziomie jak w ofercie. To wszystko zdaniem Odwołującego wskazuje na zaoferowanie ceny poniżej progu rentowności wykonania zamówienia, a tym samym na niewłaściwą ocenę przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Odwołujący konsorcjum Exatel zakwestionował prawidłowość ustalenia ceny w ofercie GTS i Netii SA . W zakresie kwestionowania ceny oferty Netii Odwołujący przyjął tezę iż tylko cena za wykonanie przedmiotowego zamówienia skalkulowana na poziomie nie niższym, niż w jego ofercie, jest ceną za którą można wykonać to zamówienie. Tym samym jego zdaniem nawet fakt ,że cena oferty Netii jest niższa tylko o około 4,8% od jego oferty uzasadnia, zarzut rażąco niskiej ceny tej oferty.

Odnosząc się do złożonych przez GTS i Netię wyjaśnień i porównując je do swojej oferty wskazał iż Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny tych wyjaśnień, gdyż porównując infrastrukturę techniczną obu wykonawców, a także posiadaną kadrę, to tylko w tym zakresie Odwołujący posiada największy potencjał, jak również korzystne okoliczności pozwalające mu na wykorzystanie tych elementów do ustalenia ceny zamówienia. Podstawową kwestią wpływającą na cenę oferty jest sprawa budowy łączy. Złożone oferty opierają się o infrastrukturę istniejącą, a Odwołujący ma tej infrastruktury najwięcej. Wskazał iż za realnością ceny jego oferty, a tym samym rażąco niskiej ceny wykonawców wskazanych w odwołaniu przemawia fakt, iż świadczy już w chwili obecnej usługi tego typu dla 432 placówek Zamawiającego, przy czym jest to świadczenie usług teletransmisyjnych na mniejszym zakresie przesyłu. Gdyby wygrał to postępowanie, to pozostawiłby do wykorzystania zarówno same łącza, jak i urządzenia służące do odbioru informacji znajdujące się już w danej lokalizacji. W obecnej kalkulacji Odwołujący kalkulował swoje koszty biorąc pod uwagę tylko ewentualne zwiększenie mocy przesyłowych w placówkach, w których świadczy już usługi, tym samym odnosząc to do ceny zaoferowanej przez innych wykonawców wskazał że należy przyjąć, że winni oni byli przyjąć pełne koszty zarówno wykonania łączy, jak i wyposażenia danej placówki. Tym samym jego zdaniem Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił wyjaśnienia wykonawców, gdyż wobec powyższych faktów powinien uznać, że zawierają one cenę nierealistyczną za wykonanie zamówienia.

Jego zdaniem GTS czy Netia nie mogą mieć więcej niż po 20 % łączy dostępowych, a resztę muszą zbudować od podstaw. Koszt budowy 1 km kanalizacji kablowej w terenie miejskim wynosi około 50 tysięcy złotych. Wskazał również ,że koszt doprowadzenia do danej lokalizacji łącza radiowego wynosi około 30 tys. złotych.

W odpowiedzi Przystępujący GTS wskazał, na podstawie złożonej mu przez inne firmy oferty, że może zakupić np. trzy łącza radiolinii za kwotę 27 700 zł, a dwa uchwyty i dwie anteny za kwotę około 10 tysięcy złotych , tym samym zakwestionował prawdziwość twierdzeń Odwołującego co do wskazanego przez niego poziomu cen. Ponadto wskazał w oparciu o oświadczenia podmiotów- wnosząc o utajnienie ich nazw ,że na rynku usług telekomunikacyjnych są możliwości zakupu od innych operatorów urządzeń czy usług w cenach znacznie tańszych niż to wynika z szacunku Odwołującego. Ponadto Przystępujący GTS przedłożył dowód w postaci informacji z Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji

Rolnictwa z której wynika, że w prowadzonym postępowaniu z 2008 roku Odwołujący złożył ofertę na świadczenie usług porównywalnych rodzajowo z zakresem usług obecnego zamówienia, na kwotę niższą o prawie 3 miliony złotych niż obecna cena oferty Przystępującego GTS. Wywodzi z tego wniosek, że cena oferty Odwołującego w obecnym postępowaniu nie jest odzwierciedleniem koniecznych do poniesienia kosztów, ale jego „apetytem na marżę” czyli zysk na zamówieniu. Ponadto i Zamawiający i Przystępujący wskazali, że zarówno Exatel jak i TP S.A. obecnie dokonują obsługi 432 łączy dla Zamawiającego. Na te 432 łączy tylko 2 są o przepustowości 2Mb, jedno o pojemności 1 Mb, a pozostałe o prędkościach znacznie niższych nie nadających się do zastosowania w obecnym zamówieniu. Odwołujący mógłby wykorzystać maksymalnie tylko 127 łączy spełniających parametry wymagane w SIWZ. Dlatego też nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący, że posiada już gotowe ponad 400 łączy, w oparciu o które może świadczyć usługi dla Zamawiającego i przy uwzględnieniu tego faktu kalkulował swoją ofertę. Nadto Przystępujący negując twierdzenia Odwołującego wskazali, że obecnie na rynku istnieje co najmniej kilkunastu operatorów, przy pomocy których może być świadczona usługa i ich usługi są zdecydowanie tańsze niż usługi Konsorcjum Exatel.

Izba odnosząc się do kwestii rażąco niskiej ceny wskazuje, że za wyrokiem SO w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. XIX Ga 128/08 należy stwierdzić, że przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest **nierealistyczna i niewiarygodna** w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Postępowanie wyjaśniające prowadzone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy jest czynnością jednokrotną, obwarowaną w razie potwierdzenia się domniemania faktycznego Zamawiającego sankcją wynikającą z przepisu art. 89 ust.1 pkt.4 ustawy pzp. Wyjaśnienia wezwanego wykonawcy winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia. Wyjaśnienia wykonawcy zgodnie z przepisem art. 90 ust.3 ustawy mogą być poparte konkretnymi dowodami. Ta możliwość, a nie obowiązek wynika z faktu, że Zamawiający w myśl przepisu art. 90 ust.1 pzp wzywa wykonawcę do wyjaśnień, a nie do udowodnienia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Obowiązkiem wezwanego wykonawcy, jest udzielenie wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny, zaś brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień które potwierdzają, że cena została skalkulowana w sposób uchylający zasadom uczciwej konkurencji lub nierynkowy, skutkować winno odrzuceniem oferty.

Obowiązek złożenia wyjaśnień co do zarzutów rażąco niskiej ceny, występujący po stronie wykonawcy, jest skorelowany ustawowo, z obowiązkiem Zamawiającego dokonania

wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień. Z tego względu, dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06.

To na wezwanym wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest zaniżona, natomiast na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania powodów ewentualnego nie uwzględnienia złożonych wyjaśnień i dowodów oraz w razie odrzucenia z tego powodu oferty, podania prawnego i faktycznego uzasadnienia swojej decyzji.

W sytuacji złożenia stosownych wyjaśnień, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu co do braku przedstawienia w wyjaśnieniach, obiektywnych elementów mających wpływ na wysokość ceny i złożenia niewystarczających wyjaśnień spoczywa w całości na Odwołującym, który z tego faktu wywodzi skutki prawne. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, że *„Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne”*.

Problem dowodowy w tym zakresie skupia się przede wszystkim na właściwym wykazaniu przez wezwanego wykonawcę, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty, oraz wykonawca jeszcze z tego tytułu osiągnie zysk.

W przedmiotowym postępowaniu zarzut Odwołujących co do rażąco niskiej ceny skupia się na dwóch płaszczyznach, po pierwsze czy Odwołujący udowodnili, że zaoferowana cena w ofertach przez GTS i Netię jest rażąco niska i po drugie czy Zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień.

Odnosząc się do drugiej kwestii Izba stwierdza, iż niewątpliwie wystąpiła zbyt duża dysproporcja pomiędzy wartością oszacowania zamówienia, a zaoferowaną we wszystkich ofertach ceną. Zamawiający określił wynagrodzenie za przedmiot zamówienia na zasadzie ceny ryczałtowej. Wykonawcy mieli pełną możliwość dowolnego ustalania zasad wyceny danego zamówienia. Zamawiający wskazał tylko iż dopuszcza realizację zamówienia w trzech technologiach nie wymagając w ofercie, aby wykonawca wskazał jaka technologia będzie miała zastosowanie przy konkretnej lokalizacji. Tym samym brak jest podstaw aby potwierdzić np. tak jak twierdzi GTS, że około 90 % łącz będzie następowało przy pomocy łącz radiolinii. Każda technologia generuje specyficzne dla niej koszty. Trudno również wykazać iż wykonawcy wycenili wartość swojej oferty, na podstawie rzeczywistych

niezbędnych ustaleń. Zamawiający umożliwiał wykonawcom w określonych terminach poczynając od 9 maja 2011 roku dokonywanie wizji lokalnych w terenie, ale według wyjaśnień Zamawiającego tylko wykonawca GTS brał udział w około 90% wizji, a pozostali wykonawcy nie brali w nich udziału. Tym samym otwarta pozostaje kwestia w oparciu o jakie dane wykonawcy dokonali ustalenia ceny oferty. Tych faktów Zamawiający nie mógł potwierdzić przy pomocy dokumentu, np. protokołu z oględzin danej lokalizacji, gdyż jak twierdzi takich protokołów nie spisywano. Powyższe wskazuje na trudność w udowodnieniu przez Odwołujących, że ceny zaoferowane o ofertach GTS i Netii są rażąco niskie, a Zamawiający dokonał ich nieprawidłowej oceny. Sytuacja ta na pewno utrudniała odwołującym wykazanie rażąco niskiej ceny, ale tego nie uniemożliwiła – o czym w dalszych ustaleniach Izby.

Izba stwierdza, że Odwołujący szczególnie w wypowiedziach swoich pełnomocników na rozprawie, wskazali co najmniej kilkadziesiąt uwag co do prawidłowości wyceny obu ofert. .

Aby mówić o cenie rażąco niskiej oferty należy brać pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową, Izba podziela dotychczasowe stanowisko wypracowane w doktrynie i orzecznictwie, iż za cenę rażąco niską może być uznana tylko całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne składniki. Tymczasem obaj Odwołujący swoje zastrzeżenia oparli jedynie na pewnych elementach oferty, które stanowią pewien fragment elementów składowych ceny oferty.

Izba stoi na stanowisku, iż kalkulacja ceny jest prawem i jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Fakt iż pewna część oferty, czy pewna usługa mogłaby być uznana za cenę rażąco niską, nie skutkuje uznaniem ceny całej oferty, za rażąco niską, a tym samym koniecznością odrzucenia takiej oferty jako oferującej cenę rażąco niską.

W przedmiotowym zamówieniu mamy do czynienia z ceną ryczałtową. Wykonawca przy wynagrodzeniu ryczałtowym ma możliwość dokonywania ewentualnej kompensacji poniesionych kosztów, pomiędzy kosztami różnych elementów przedmiotu zamówienia.

Nie jest wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena może bardzo znacząco różnić się od wartości zamówienia, a nawet od cen pozostałych ofert, złożonych w postępowaniu. Musi to być cena, nie tyle obiektywnie niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a na to żadnego dowodu Odwołujący nie przedstawili.

Izba stoi na stanowisku że ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Podnoszone przez odwołujących zarzuty w odniesieniu do ofert, sprowadzają się natomiast do wykazania, iż poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, wycenione zostały poniżej realnych kosztów. Tego rodzaju

argumentacja nie może zostać uwzględniona. Zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania stawek jednostkowych. Każdy z wykonawców, w zależności od własnego potencjału i możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, dokonywał kalkulacji własnych za poszczególne roboty wchodzące w skład zamówienia. Nawet gdyby któreś z tych cen jednostkowych nie pokrywały kosztów świadczenia danej części prac, to stawiane zarzuty i przedstawiane dowody nie wykazują zaniżenia wszystkich cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego, składających się na cenę całej oferty. Wykonawca aby nie narazić się na zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny, musi tak skalkulować cenę aby ona w finalnym wymiarze pokryła wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia i zapewniła jeszcze osiągnięcie zysku. Niezależnie od kalkulacji cen jednostkowych, pozycji kosztorysowych, i tak liczy się wyłącznie cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania ofert. Stosownie do ugruntowanych poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,... Choćby nawet sama część oferty mogła by być oceniona jako rażąco niska, to żadną miarą nie czyniła ceny całej oferty za rażąco niską”.

W wyroku z dnia 24 marca 2005 r. sygn. akt II Ca 425/04 Sąd Okręgowy w Lublinie uznał również, że „ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę” .

Tym samym Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia ,że Zamawiający w sposób niewłaściwy ocenił wyjaśnienia wezwanych do wyjaśnień, wykonawców. Nadto Izba wskazuje ,że w postępowaniu mającym na celu ustalenie czy Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił wyjaśnienia wezwanych wykonawców, nie jest właściwe wykazywanie dopiero na rozprawie, przez uczestników postępowania, że istnieją również inne podstawy np. w formie dowodów potwierdzających prawidłowość skalkulowanej ceny. Izba oceniając Te wyjaśnienia i dowody winny być przedstawione w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu i to Zamawiający winien bronić swojego stanowiska w postępowaniu przed Izba. Izba w tym zakresie przywołuje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku KIO 2604/10 gdzie stwierdzono ,że ” rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny”. W podobnej sprawie SO w Warszawie w wyroku sygn. akt IV Ca 1299/09 stwierdził ,że składanie przez skarżącego na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania

prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Termin z art. 90 ust.1 oznacza „że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania odwoławczego lub skargowego”. W tym zakresie Sąd stwierdził ponadto iż w tej sytuacji nie ma zastosowania przepis */po nowelizacji ustawy/* art. 190 ust.1 dotyczący możliwości przedstawiania przez strony i uczestników postępowania dowodów, aż do czasu zamknięcia rozprawy.

Ponadto Izba oceniając złożone przez strony i uczestników postępowania dowody, wskazuje, że odnoszenie ceny oferty do niektórych elementów oferty składających się na przedmiot zamówienia nie może stanowić dowodu na potwierdzenia tezy odwołania. Tylko ustalenia wskazujące na nierealność np. cen łączy transmisji danych czy zakupu niezbędnych urządzeń, miałyby moc dowodu, gdyby Odwołujący dokonali wyliczeń, przy uwzględnieniu cen kwestionowanych pozycji oferty, na nową wartość, uzasadniającą postawioną tezę o fakcie zaoferowania przez obu wykonawców rażąco niskiej ceny.

Żaden z Odwołujących nie przedstawił dowodu bezpośredniego na potwierdzenie podniesionych zarzutów. Prezentowane przez nich dowody można oceniać w charakterze poszlak, mających uzasadniać postawioną tezę odwołujących „że jeśli dany składnik przedmiotu zamówienia został wyceniony poniżej cen uznanych za rynkowe, to winno to skutkować uznaniem że cena zaoferowana w ofercie jest niewiarygodna i tym samym rażąco niska.

W sprawie cywilnej nie można orzekać w oparciu o poszlaki. Poszlaka musi być albo udowodniona i wtedy stanowi dowód bezpośredni potwierdzający zasadność zarzutu, albo musi zostać odrzucona.

Nie potwierdził się podnoszony przez Netię SA, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż z czynności podjętych przez Zamawiającego nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Izba oddalając odwołania nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy pzp podniesionych w zarzutach obu odwołań

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku , orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący

Członkowie

.....