

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 sierpnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 31 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie, Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup Usługi MPLS dla ARiMR* (nr postępowania DZP-2610-11/2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Netia S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie, Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. 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

Zamawiający: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie {dalej również: „ARiMR”} prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwana również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup Usługi MPLS dla ARiMR* (nr postępowania DZP-2610-11/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 kwietnia 2015 r. pod nr 2015/S_067-119982, z tym że 2 kwietnia 2015 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.arimr.gov.pl>), na której udostępnił od 7 maja 2015 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

21 lipca 2015 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Exatel”} oraz Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Orange”} wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia {dalej również w odniesieniu do obu Wykonawców: „Konsorcjum Exatel”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „T-Mobile”} oraz Netia S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Netia”} wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej również w odniesieniu do obu Wykonawców: „Konsorcjum T-Mobile”}.

31 lipca 2015 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum T-Mobile.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum T-Mobile.

3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum T-Mobile.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty Konsorcjum T-Mobile.
3. Powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 listy zarzutów – rażąco niska cena}

W pierwszej kolejności Odwołujący zakwestionował adekwatność powołania się przez Konsorcjum T-Mobile w wyjaśnieniach z 10 lipca 2015 r. na podobny poziom cen w innych postępowaniach na zbliżony przedmiot zamówienia (na rzecz odpowiednio: GDDKiA, Gaz System S.A. i Prokuratury Generalnej), gdyż były w tych przypadkach sieci WAN obejmowały dużo mniejszą liczbę lokalizacji (GDDKiA – 139, Gaz System S.A. – 8), inna była też przepustowość tych sieci.

Następnie Odwołujący zaprezentował w tabeli zestawienie cen ofert złożonych w trzech postępowaniach dotyczących sieci WAN IPVPN (MPLS) o liczbie lokalizacji większej niż w tym zamówieniu (Ministerstwo Sprawiedliwości – 511, Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej – 492, Prokuratura Generalna – 430 lokalizacji), aby następnie stwierdzić, że z uwagi na liczbę łączy, specyfikę techniczną, przepustowość i inne okoliczności, również w tym przypadku nie jest możliwe odniesienie tych cen do tego postępowania.

Ponadto zdaniem Odwołującego obserwowana na rynku tendencja spadku cen oferowanych za usługi telekomunikacyjne nie jest aż tak drastyczna i wartość ta w 2013 r. wyniosła 5,8% (*Zródło: PMR, 2014*), co również nie uzasadnia kalkulacji oferty dokonanej przez Konsorcjum T-Mobile.

Następnie Odwołujący wywiódł, że w tym przetargu następujące elementy wpływają na zaferowaną cenę ofert obu Konsorcjów:

1. Wybrana przez wykonawcę technologia, w tym: 1) zasięg sieci szkieletowej; 2) sposób realizacji łączy dostępowych; 3) wybór odpowiednich rozwiązań.
2. Wymagane przez Zamawiającego parametry jakościowe sieci WAN MPLS.
3. Zadeklarowany przez wykonawcę termin realizacji zamówienia.

Ad 1. Wpływ wyboru technologii na zaferowaną cenę

Odwołujący stwierdził na wstępie, że w celu ustalenia prawidłowej ceny oferty operator telekomunikacyjny musi dobrać rozwiązania techniczne adekwatne do do wymagań

zawartych z SIWZ, w tym odnośnie jakości świadczonych usług, oraz *prawidłowo skalkulować wszystkie niezbędne elementy kosztowe.*

Według Odwołującego koszt świadczenia usługi uzależniony jest od dwóch elementów: a) zasięgu posiadanej sieci szkieletowej oraz b) sposobu realizacji łączy dostępowych.

ad 1) Zasięg sieci szkieletowej

Zdaniem Odwołującego dla świadczenia usług sieci WAN w technologii MPLS przede wszystkim konieczne jest dysponowanie ogólnopolską siecią szkieletową, zdolną transportować ruch w standardzie MPLS, wraz z niezbędnymi systemami zarządzania i monitorowania dla zapewnienia wymaganych poziomów SLA i jakości.

Według Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu zasięg tej sieci istotnie wpływa na koszty realizacji łączy dostępowych: im większa i bardziej rozległa jest sieć szkieletowa wykonawcy, tym krótsze odcinki łączy dostępowych musi on wybudować, aby połączyć lokalizacje Zamawiającego w jedną sieć MPLS.

Dla porównania Odwołujący podał, że Konsorcjum Exatel dysponuje największymi w Polsce sieciami szkieletowymi (Orange – ponad 80 tys. km, Exatel – ponad 20 tys. km), których węzły znajdują się w każdej z miejscowości wskazanych przez Zamawiającego. Natomiast według Odwołującego Konsorcjum T-Mobile dysponuje bez porównania mniejszą siecią szkieletową (Netia – ok. 5 tys. km, T-Mobile (wcześniej GTS) – ok. 6 tys. km), znajdującą się głównie w dużych miastach {Odwołujący powołał się na artykuł K. Folgi z 14 lutego 2014 r. pt. „Sieci szkieletowe polskich operatorów”, opublikowany na portalu magazynu Computerworld, który stanowi załącznik nr 5 do odwołania}.

ad 2) Sposób realizacji łączy dostępowych

Zdaniem Odwołującego drugim kluczowym elementem projektowania rozległej sieci transmisji danych WAN jest wybór sposobu realizacji łączy dostępowych, przy czym należy tu uwzględnić przynajmniej następujące elementy:

- infrastrukturę sieciową przewodową do świadczenia usług w każdej lokalizacji Zamawiającego (kanalizacja teletechniczna i kable telekomunikacyjne miedziane lub światłowodowe wraz z pasywnymi elementami sieci kablowej);
- infrastrukturę związaną z realizacją łączy radiowych – jeżeli taka droga jest planowana do wykorzystania przez wykonawcę – w tym m.in. niezbędny sprzęt radiowy, miejsce do jego instalacji (maszty, powierzchnie dachowe, inne elementy konstrukcyjne), konieczność uzyskania pozwoleń formalno-prawnych, związanych z wymogami prawa budowlanego, pozyskanie pozwoleń na korzystanie z częstotliwości radiowych w paśmie koncesjonowanym;
- sprzęt transmisyjny instalowany zarówno w lokalizacjach Zamawiającego, jak i w sieci

wykonawcy (np. modemy, konwertery) oraz urządzenia aktywne (routery).
Odwołujący podsumował, że dla realizacji zamówienia niezbędne jest dysponowanie infrastrukturą umożliwiającą uruchomienie łączy dostępowych do wszystkich lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego, przy czym łącza te można zrealizować przewodowo (z wykorzystaniem kabla miedzianego lub światłowodowego) lub radiowo (z wykorzystaniem radiolinii).

Następnie Odwołujący stwierdził, że na polskim rynku telekomunikacyjnym funkcjonują dwa modele zestawiania łączy dostępowych. Pierwszy model bazuje głównie na własnej infrastrukturze technicznej, a przykładem takiego operatora jest Odwołujący.

Drugi to model operatora alternatywnego, bazującego głównie na dzierżawie infrastruktury z wykorzystaniem regulacji rynkowych, w ramach ofert hurtowych Orange Polska, takich jak:

- RLLO (oferta ramowa określająca warunki zawierania umów dzierżawy łączy telekomunikacyjnych),
- LLU (usługa dostępu do lokalnej pętli abonenckiej),
- BSA (usługa dostępu do lokalnej pętli abonenckiej poprzez dostęp do węzłów sieci telekomunikacyjnej na potrzeby usług szerokopasmowej transmisji danych).

Odwołujący stwierdził, że jednocześnie przy braku własnej infrastruktury w lokalizacji Zamawiającego operatorzy posiłkują się również rozwiązaniami opartymi na sieciach radiowych, czyli zestawieniu łączy radiowego pomiędzy lokalizacją klienta a obiektem radiowym operatora. W przypadku większych odległości wiąże się to najczęściej z budową nie jednego, lecz kilku przęseł radiowych, często bazujących na sprzęcie instalowanym na obiektach innych dostawców, co ma znaczący wpływ na koszty świadczenia usługi, gdyż każde kolejne przęsło praktycznie podwaja koszty, oraz podwyższa zawodność rozwiązania.

Odwołujący wskazał, że w przypadku łączy radiowych niebagatelny koszt wdrożenia (oraz czynnik wpływający na znaczne wydłużenie realizacji zamówienia) stanowią również koszty związane z uzyskaniem pozwoleń formalno-prawnych, pozyskaniem pozwoleń na korzystanie z częstotliwości radiowych (co szczególnie istotne w przypadku, gdy Zamawiający wymaga realizacji łączy radiowego punkt-punkt, punkt-wielopunkt w paśmie koncesjonowanym) oraz pozyskaniem lub wybudowaniem infrastruktury niezbędnej do montażu urządzeń radiowych, tj. masztów i innych konstrukcji budowlanych.

Kolejną wyszczególnioną przez Odwołującego możliwością zapewnienia przez operatora alternatywnego infrastruktury dla zestawiania łączy dostępowych jest jej dzierżawa na warunkach komercyjnych od innych operatorów. W takim przypadku konieczne jest poniesienie kosztu co najmniej opłaty za dzierżawę oraz kosztu urządzeń.

Odwołujący dodał, że w przypadku sieci WAN wymaganej w SIWZ trzeba jeszcze

brać pod uwagę budowę lub dobudowę łączy przewodowych do 3 lokalizacji centralnych (światłowodowych) oraz 16 oddziałów regionalnych (światłowodowe, miedziane) oraz do tych lokalizacji, gdzie wykorzystanie technologii radiowych nie jest możliwe lub inwestycja związana z wykonaniem łączy radiowego jest nieopłacalna. Przy czym budowa kabla światłowodowego wymaga poniesienia najwyższych kosztów spośród możliwych technologii zestawiania łączy dostępowych.

Analizując wymagania SIWZ oraz pragmatykę inwestycji budowlanej związanej z budową łączy telekomunikacyjnego Odwołujący stwierdził, że skuteczne przeprowadzenie inwestycji budowlanej w wymaganych przez Zamawiającego terminach, abstrahując od kosztów i ich wpływu na wartość oferty, nie jest możliwa.

Odwołujący przedstawił następujący harmonogram realizacji takiej inwestycji jako wynikający z obiektywnych czynników: 1) Wizja lokalna wraz ze sprawdzeniem wariantów potencjalnie możliwych do realizacji – 3 dni. 2) Wykonanie koncepcji realizacji przyłącza wraz z przebiegiem trasowym na mapach zasadniczych oraz wstępnym kosztorysem i harmonogramem prac – 10 dni. 3) Pobranie wypisów z rejestru gruntów nt. właścicieli działek – 10 dni (równoległe z pkt 2). 4) Uzgodnienia z właścicielami prywatnymi działek – 5 do 60 dni (termin realizacji tego etapu procesu zależy od dobrej woli tych osób). 5) Uzgodnienia z właściwymi urzędami lub instytucjami – 5 do 30 dni. 6) Ewentualna korekta trasy i powrót do pkt 3 w przypadku zawyżonych oczekiwań finansowych lub braku zgody na wejście w nieruchomość. 7) Zamówienie i otrzymanie mapy do celów projektowych (musi być wykonana przez uprawnionego geodetę i przedstawiona w postaci elektronicznej) – 30 do 60 dni. 8) Uzgodnienie projektu w odpowiednim ZUDP – 10 do 25 dni. 9) Uzgodnienia z ochroną środowiska, konserwatorem zabytków (na terenach potencjalnie atrakcyjnych archeologicznie) itp. – 14 do 90 dni. 10) Jeżeli jest taka konieczność, podpisanie umów z gminami, zarządami nieruchomości itp. – 30 do 90 dni. 11) Opracowanie projektów budowlanego (o ile jest konieczny), wykonawczego – 10 dni. 12) Zgłoszenie do właściwego urzędu robót niewymagających pozwolenia na budowę (w przypadku przyłączy) lub złożenie wniosku o pozwolenie na budowę – 5 dni. 13) Wykonanie i uzgodnienie projektu organizacji ruchu drogowego – 10 do 30 dni (równoległe do pkt 12). 14) Uzgodnienie terminu prac z zarządami dróg. 15) Rozpoczęcie robót budowlanych po upływie: 0 dni – dla przyłącza; 30 dni – dla robót niewymagających pozwolenia na budowę; 60 dni – dla robót wymagających pozwolenia na budowę. 16) Budowa (w zależności od *długości*, terenu, warunków atmosferycznych) – 3 do xxx dni. 17) Inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza, sporządzenie dokumentacji – 30 do 60 dni od zakończenia prac. 18) Odbiór robót – 1 do 2 dni.

Odwołujący dodał, że w przypadku tego zamówienia realizacja inwestycji

najprawdopodobniej rozciągnie się na okres zimowy, uniemożliwiający prowadzenie określonych prac, co oznacza, że faktyczny czas budowy łącza jest niemożliwy do oszacowania.

Odwołujący zastrzegł, że sam już posiada gotową niezbędną infrastrukturę, stąd nie zachodzi ryzyko niedotrzymania przez niego terminu uruchomienia usługi, które w jego ocenie jest bardzo wysokie w przypadku Konsorcjum T-Mobile.

ad 3) *Wybór odpowiednich rozwiązań*

Odwołujący zaznaczył, że dla realizacji sieci WAN MPLS dla Zamawiającego wybór sposobów realizacji łączy dostępowych należy zawęzić tylko do takich, które bezwzględnie spełniają narzucone przez Zamawiającego ograniczenia technologiczne oraz wymagania jakościowe i niezawodnościowe.

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w SIWZ:

- zdefiniował katalog standardów dla łączy, tj. dopuścił technologie: CWDM, DWDM, ATM, Frame Relay, cyfrowe łącza dzierżawione, symetryczne DSL, MPLS, łącze radiowe w koncesjonowanym paśmie, wykluczając jednocześnie zastosowanie m.in. łączy w publicznej sieci Internet, satelitarnych, radiowych niekoncesjonowanych oraz wszelkich innych technologii niewspierających klasyfikacji ruchu QoS;
- w zakresie wymagań jakościowych określił minimalne parametry dopuszczalnych opóźnień w sieci, utraty pakietów i tzw. jitter (wariancja opóźnienia);
- w zakresie parametrów niezawodnościowych (SLA) określił maksymalne czasy trwania awarii dla poszczególnych kategorii łączy (np. 8 godz. miesięcznie dla łącza w biurze powiatowym).

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że wymagań Zamawiającego nie spełniają łącza zestawione z wykorzystaniem oferty hurtowej BSA oferowanej przez Orange Hurt, gdyż w przypadku tych rozwiązań nie są gwarantowane żadne z parametrów jakościowych typu opóźnienia, utrata pakietów i jitter. W konsekwencji użycie przy budowie łączy oferty hurtowej BSA Orange Hurt skutkowałoby brakiem możliwości zagwarantowania Zamawiającemu oczekiwanej jakości i SLA.

Ponadto Odwołujący podniósł, że gdyby Konsorcjum T-Mobile chciało skorzystać z hurtowej oferty LLU, której dotyczy zatwierdzona przez Prezesa UKE oferta ramowa, powinno liczyć się z tym, że nie gwarantuje ona spełnienia wymagań SLA z SIWZ, gdyż czas usunięcia awarii takiego łącza wynosi 24 h od chwili zgłoszenia, podczas gdy Zamawiający oczekuje zagwarantowania maksymalnie 8 h przerwy w działaniu łącza miesięcznie. W rezultacie wystąpienie jednej awarii na łączu w miesiącu skutkuje niedotrzymaniem SLA {załącznik nr 7 do odwołania stanowi oferta ramowa określająca ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania

połączeń hurtowego dostępu do sieci TP 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}.

Odwołujący wskazał, że oczywiście zapewnienie wyższego poziomu SLA (ale nie parametrów jakościowych) w usłudze hurtowej LLU jest możliwe, ale wymaga poniesienia przez wykonawcę dodatkowej miesięcznej opłaty, tj. co najmniej 12,00 zł netto za każde łącze abonenckie, określonej w ofercie komercyjnej Orange Hurt. Przy czym warunkiem koniecznym do zapewnienia podwyższonych parametrów SLA jest potwierdzenie takiej możliwości po indywidualnym badaniu technicznym każdego łącza {załącznik nr 8 do odwołania stanowi oferta w zakresie świadczenia Usługi SLA dla Usługi LLU w trybie dostępu pełnego}.

Odwołujący dodał, że zgodnie z opisem usługi SLA w ofercie komercyjnej Orange Hurt dla usługi LLU gwarancja usunięcia awarii w trybie 8 i 4 godzinnym jest liczona od momentu zgłoszenia awarii, ale pod warunkiem, że zgłoszenie nastąpi w dni robocze w godzinach 8:00 - 18:00. Jeżeli zgłoszenie awarii nastąpi po tych godzinach lub w innym dniu niż roboczy, bieg terminu na usunięcie awarii rozpoczyna się od 8:00 pierwszego dnia roboczego {załącznik nr 6 do odwołania stanowi informacja z Orange Hurt o wybranych parametrach SLA usług SOR}. Odwołujący stwierdził na tej podstawie, że wykupienie dodatkowego SLA nie pokrywa podstawowych wymagań Zamawiającego w zakresie czasów usunięcia awarii w lokalizacjach kategorii BP.

Z kolei według Odwołującego zapewnienie wyższego standardu SLA niż określony w ofercie komercyjnej Orange Hurt, wiąże się z dodatkowymi kosztami (o ile istnieje możliwość podwyższenia warunków SLA w danej lokalizacji) *oraz czasem koniecznym do zawarcia umowy, co przekracza terminy przewidziane w SIWZ.*

Odwołujący podsumował, że powyższe okoliczności dyskwalifikują co do zasady zastosowanie LLU w tym projekcie. W konsekwencji oparcie oferty (w części lub w całości) na tej technologii będzie stanowiło w pełni świadome wykorzystanie przez danego wykonawcę rozwiązania niespełniającego wymagań SIWZ.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący przyjął, że zrealizowanie zamówienia w sposób gwarantujący zgodność z SIWZ, szczególnie w zakresie jakości i SLA, jest możliwe jedynie przy: 1) wykorzystaniu własnej infrastruktury wykonawcy spełniającej wymogi SIWZ; 2) wykorzystaniu łączy dzierżawionych od innych podmiotów, pod warunkiem że podmioty te zagwarantują na wydzierżawionych łączach dotrzymanie parametrów nie gorszych niż opisane w SIWZ; 3) realizacji łączy drogą radiową.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum T-Mobile powinno było:
– tak dobrać sposób realizacji łączy dostępowych, aby użyte rozwiązania gwarantowały

dotrzymanie parametrów określonych przez Zamawiającego;

– wykonać wizję lokalną w lokalizacjach wskazanych w SIWZ, aby cena oferty nie opierała się na domysłach i wartościach szacunkowych, a na faktycznych ustaleniach.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum T-Mobile mając do dyspozycji ww. możliwe sposoby realizacji sieci WAN dla Zamawiającego, jeśli skalkulowałby prawidłowo i rzetelnie swoją ofertę to jej cena powinna być wyższa i zbliżona do poziomu ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że przy kalkulowaniu kosztów świadczenia usługi często zaniebdywane są koszty ryzyka związanego z podjęciem się wykonania danego kontraktu. W wielu wypadkach niezbyt rzetelnie analizowane są postanowienia dotyczące kar umownych, konsekwencje wynikające z niedotrzymania harmonogramu realizacji zamówienia, niespełniania parametrów SLA itp. Wykonawcy powinni przed złożeniem oferty zabezpieczyć wszelkie niezbędne środki techniczne i organizacyjne w celu zapobieżenia karom, które mogą się pojawiać z tytułu niedotrzymania SLA związanego z usuwaniem awarii i niezachowania parametrów jakościowych w oferowanej sieci.

Odwołujący stwierdził, że realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ jest sprawą złożoną i wymagającą profesjonalnej wiedzy. Odwołujący zarzucił, że członkowie Konsorcjum T-Mobile, którzy od lat świadczą usługi telekomunikacyjne na rynku, aby uzyskać przedmiotowe zamówienie celowo wybrali sposób realizacji sieci WAN MLPS, który pozwala osiągnąć cenę zawartą w ofercie, ale w rzeczywistości nie spełnia wymagań SIWZ.

Ad 2. Wpływ parametrów jakościowych sieci WAN MPLS na zaoferowaną cenę

Odwołujący powtórzył, że zagwarantowanie parametrów jakościowych i niezawodnościowych zgodnych z SIWZ wymaga wykorzystania przez wykonawcę do zestawienia łączy własnej infrastruktury przewodowej (posiadanej lub przewidzianej do zbudowania) lub alternatywnie – wykorzystania wysokiej jakości dedykowanych łączy radiowych, uruchomionych w topologii punkt-punkt, punkt-wielopunkt w paśmie koncesjonowanym. Wówczas bezpośrednio w gestii wykonawcy leży takie zorganizowanie procedur serwisowych i zasobów operacyjnych, aby w rezultacie zagwarantować dotrzymanie w tak zbudowanej sieci wszystkich parametrów opisanych w SIWZ.

Według Odwołującego całkowicie odmiennie wygląda sytuacja, gdy wykonawca zdecydował się na wykorzystanie przy realizacji zamówienia łączy dzierżawionych od innych podmiotów, gdyż wówczas na wykonawcy spoczywa obowiązek doboru takich dostawców, którzy bezwzględnie posiadają potencjał techniczny i operacyjny do zapewnienia określonego SLA i jakości łączy, *oraz takiego ukształtowania umów podwykonawczych zawartych z tymi dostawcami, aby mieć pewność natychmiastowego egzekwowania tych*

zobowiązań na potrzeby parametrów określonych wymaganiami Zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum T-Mobile składając ofertę obejmującą wykorzystanie innych rozwiązań niż własna sieć przewodowe, nie wykazało w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, jak i nie skalkulowało elementów krytycznych z punktu widzenia oczekiwanych parametrów jakościowych i SLA.

Według Odwołującego Konsorcjum powinno uwzględnić w wycenie i wskazać w wyjaśnieniach poniższe składniki {cytat ze str. 15 odwołania}:

- *posiada lub przewidział konieczność uzyskania niezbędnych zezwoleń na użytkowanie koncesjonowanych częstotliwości radiowych na potrzeby każdej z lokalizacji, którą planuje podłączyć z wykorzystaniem w technologii radiowej, oraz wycenił dla każdej z powyższych lokalizacji koszt wszystkich niezbędnych opłat administracyjnych za użytkowaną częstotliwość i uwzględnił ten koszt w cenie oferty,*
- *posiada niezbędne do realizacji łączy radiowych urządzenia nadawczo-odbiorcze o odpowiednich parametrach (lub ofertę na zakup takich urządzeń) i uwzględnił amortyzację oraz koszty odpowiedniego serwisu i utrzymania tych urządzeń w cenie oferty,*
- *dysponuje infrastrukturą budowlaną (powierzchnie dachowe, maszty, inne konstrukcje budowlane), umożliwiającą montaż urządzeń radiowych na obu końcach zestawianej radiolinii albo że planuje zbudowanie takiej infrastruktury i dysponuje niezbędnym gruntem oraz pozwoleniami albo że posiada oferty na udostępnienie / dzierżawę takiej infrastruktury oraz że uwzględnił ten koszt w cenie oferty,*
- *w procesie wyboru dostawców infrastruktury lokalnej przewodowej lub radiowej Wykonawca dokonał ich weryfikacji i selekcji pod względem posiadania przez nich zdolności i faktycznych możliwości dotrzymania zadeklarowanego w umowie ramowej lub ofercie poziomu SLA i czasów usuwania awarii i potrafi wykazać taką zdolność wybranych przez siebie dostawców,*
- *dysponuje umowami lub ofertami, zawartymi z właścicielami lokalnej infrastruktury przewodowej lub radiowej, gwarantującymi utrzymanie SLA oraz parametrów jakościowych na poziomie co najmniej równym wymaganiom SIWZ, o ile Wykonawca zamierza przy realizacji zamówienia skorzystać z dzierżawy łączy przewodowych lub radiowych od lokalnych dostawców oraz że uwzględnił koszt wymaganego SLA w cenie oferty,*
- *w przypadku planowanego wykorzystania usług hurtowych Orange Wykonawca posiada potwierdzone przez Orange możliwości techniczne uruchomienia tych usług w lokalizacjach Zamawiającego, wraz z odpowiednim SLA o parametrach co najmniej na poziomie zdefiniowanym w SIWZ oraz że posiada zapewnienie o faktycznej rezerwacji w*

Orange konkretnych zasobów na potrzeby zestawienia usługi hurtowej w określonym czasie i terminie oraz że uwzględnił związane z tym koszty w cenie oferty,

- *w przypadku planowanego wykorzystania usług hurtowych Orange Wykonawca dysponuje wystawionym przez Orange potwierdzeniem istnienia warunków technicznych zagwarantowania SLA dla każdego łącza realizowanego z wykorzystaniem oferty hurtowej, gdyż tylko na tej podstawie Wykonawca może zakładać dotrzymanie na takim łączu SLA na poziomie zgodnym z SIWZ.*

Odwołujący wywnioskował z ceny zaoferowanej przez Konsorcjum T-Mobile, że zagwarantowanie zgodnego z SIWZ SLA nie zostało w niej ujęte.

Ad 3. Wpływ terminu realizacji zamówienia i uruchomienia sieci WAN MPLS na zaoferowaną cenę

Odwołujący stwierdził, że ponieważ Konsorcjum T-Mobile zaoferowało 120 dni jako termin rozpoczęcia świadczenia usług we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego (344 łącza dla 327 lokalizacji), tym samym miało świadomość, że zmianie ulegają zapisy umowy m.in.:

– w § 5 ust. 2 – zestawienie łączy w poszczególnych lokalizacjach Zamawiającego (wskazanych w załączniku nr 2 do umowy) nastąpi w terminie nie dłuższym niż 60 dni od dnia odbioru projektu technicznego (zgodnie z § 5 ust. 1 projekt techniczny ma zostać dostarczony przez wykonawcę w terminie 20 dni od podpisania umowy, a do 10 dni ma zostać zatwierdzony);

– w § 5 ust. 3 – nie później niż po upływie 90 dni od dnia zawarcia umowy nastąpi testowe uruchomienie usługi w każdej z lokalizacji.

Odwołujący przedstawił następnie scenariusze realizacji przez Konsorcjum T-Mobile łączy w technologii – jak to określił – dzierżawy łączy, budowy łączy radiowych oraz technologii LLU {zastrzegając, że tylko dwie pierwsze uważa za dopuszczalne według SIWZ}, w tym wiążące się z nimi okoliczności wpływające na czas realizacji zamówienia, które według Odwołującego wskazują, że zadeklarowany przez Konsorcjum T-Mobile termin 120 dni jest nierealny, a w konsekwencji Konsorcjum złożyło ofertę, która nie odpowiada warunkom SIWZ.

Odwołujący zastrzegł, że nie uwzględnił scenariusza realizacji przedmiotu zamówienia w oparciu o własną infrastrukturę Konsorcjum T-Mobile, ze względu na fakt, że zestawienie łączy w tak znacznej liczbie lokalizacji, jaka objęta są zamówieniem, nie jest możliwe w terminie zadeklarowanym przez Konsorcjum.

{I} *Scenariusz realizacji przez Konsorcjum łączy w oparciu o usługę LLU*

Według Odwołującego w przypadku braku własnej infrastruktury w poszczególnych lokalizacjach Zamawiającego, Konsorcjum T-Mobile będzie musiało przejść następujące

etapy zabezpieczania usługi LLU o określonym w SIWZ standardzie SLA:

Scenariusz I (lokalizacja ARiMR jest „w zasięgu” obiektu Orange Hurt (OPL) z węzłem LLU Netii):

- do 24 h roboczych na formalną weryfikację wniosku
- do 4 dni roboczych na weryfikację techniczną: 1) jeżeli wywiad techniczny (WT) jest pozytywny to w ciągu 1 dnia roboczego OPL potwierdza datę realizacji; 2) jeżeli WT jest negatywny to w ciągu 5 dni roboczych OPL przesyła rozwiązanie alternatywne, dodatkowo biorca może w terminie kolejnych 5 dni roboczych wnioskować o kosztorys, OPL ma 4 dni robocze na jego przygotowanie, zaś biorca kolejne 5 dni roboczych na jego akceptację, *następnie inwestycja*, ostatecznie potwierdzenie daty realizacji.

Scenariusz II (lokalizacja ARiMR jest „poza zasięgiem” obiektu OPL z węzłem LLU Netii i jest decyzja Netii o uruchomieniu nowego węzła):

- 1) t_0 – złożenie zamówienia przez Przedsiębiorcę Telekomunikacyjnego (PT);
- 2) $t_1 = t_0 + 3 \text{ DR}$ – weryfikacja zamówienia / potwierdzenie przyjęcia (lub zwrot z uwagami i czas na uzupełnienie przez PT 5 dni roboczych i ponowna weryfikacja / potwierdzenie przyjęcia 3 dni robocze);
- 3) $t_2 = t_1 + 14 \text{ dni roboczych}$ – realizacja WT i przekazanie do PT wyników WT z kosztorysem (dla WTP kosztorys, dla WTN propozycja i wycena rozwiązania alternatywnego);
- 4) $t_3 = t_2 + 21 \text{ dni roboczych}$ – akceptacja przekazanych kosztorysów / potwierdzenie przez PT zamówienia;
- 5) $t_4 = t_3 + 24 \text{ dni robocze}$ – realizacja zamówienia / podpisanie protokołu odbioru, gdzie czas może zostać wydłużony o: a) max 1 m-c, gdy niezbędny zakup wyposażenia od dostawcy zewnętrznego; b) max 4 m-ce, gdy wymaga rozbudowa węzła; c) niezbędny czas, gdy wymagane pozwolenia / zgody wg prawa / urzędowe.

Ponadto według Odwołującego scenariusz ten jest nierealny ze względu na fakt, że koszt zakupu sprzętu DSLAM to 0,2 miliona złotych dla potrzeb uruchomienia usługi w jednej lokalizacji Zamawiającego, co powoduje, że inwestycja jest nieopłacalna z ekonomicznego punktu widzenia.

Odwołujący podsumował, że w przypadku LLU i braku własnej infrastruktury oraz braku podpisanej umowy, czas niezbędny do realizacji może wynieść od 4 miesięcy wwyż (przeprocesowanie umowy, uzgodnienie i potwierdzenie warunków technicznych, budowa wew. korespondencji, montaż szafy oraz zakup i instalacja urządzeń teletransmisyjnych, budowa własnego przyłącza do węzła). W konsekwencji jeżeli Konsorcjum T-Mobile zdecyduje się na korzystanie z usługi LLU dla celów wykonania zamówienia, powinno już w momencie składania oferty posiadać infrastrukturę we wszystkich lokalizacjach, aby

dotrzymać zadeklarowanego przez siebie terminu 120 dni na zestawianie i uruchomienie sieci WAN MPLS.

{II} *Scenariusz realizacji przez Konsorcjum łączy w oparciu o usługę RLLO świadczona przez Orange Polska bądź też z wykorzystaniem dzierżawy łączy kablowych od innych operatorów telekomunikacyjnych.*

{pominięto wywody dotyczące usługi RLLO z uwagi na późniejszy przebieg rozprawy}

Odwołujący stwierdził, że mając na względzie wyjaśnienia Konsorcjum T-Mobile z 7 lipca 2015 r. wątpliwe jest, czy posiada nie tylko informacje o tym, w których lokalizacjach istnieje możliwość dzierżawy łączy o parametrach jakościowych określonych w SIWZ, ale też listy intencyjne lub umowy przedwstępne określające warunki dzierżawy, w tym jej okres i koszty. W przeciwnym razie Konsorcjum T-Mobile powinno uwzględnić w swojej ofercie wydłużony okres realizacji zamówienia lub wręcz kary umowne za przekroczenie tego okresu.

{III} *Scenariusz realizacji łączy w oparciu o decyzje Konsorcjum w zakresie budowy łączy radiowych*

W takim przypadku według Odwołującego Konsorcjum T-Mobile powinno uwzględnić w swojej ofercie okresy związane z takimi aspektami jak: 1) wizja lokalna wraz ze sprawdzeniem wariantów potencjalnie możliwych do realizacji – 3 dni (kluczowe znaczenie mają tu warunki atmosferyczne uniemożliwiające często wykonanie rozpoznania w wyznaczonym terminie, szczególnie w okresie jesienno-zimowym); 2) wybranie koncepcji realizacji wraz z obliczeniem bilansu oraz wstępnym kosztorysem i harmonogramem prac – 1 dzień; 3) przygotowanie i wysłanie wniosku do UKE – 7 dni (uzyskanie zezwolenia 14 do 60 dni); 4) wystawienie stosownych zleceń dotyczących instalacji, konstrukcji wsporczej oraz projektu (o ile są konieczne) – 2 do 5 dni; 5) opracowanie projektu wykonawczego instalacji (o ile jest konieczny) – 10 dni; 6) wykonanie konstrukcji wsporczej (o ile wykracza poza standardowe rozwiązania, równoległe z pkt 5) – do 14 dni; 7) podpisanie umów, aneksów z zarządcami nieruchomości (jeżeli jest taka konieczność) – 5 do 30 dni; 8) wykonanie prac instalacyjnych – 1 do 3 dni w zależności od warunków atmosferycznych; 9) odbiór prac – do 2 dni; 10) pomiary i zgłoszenie pomiarów PEM – do 30 dni od uruchomienia LR.

Ponadto zdaniem Odwołującego należy uwzględnić, że w przypadku budowy linii radiowych występują problemy ogólne, takie jak: 1) opóźnienia spowodowane problemami z uzyskaniem pozwolenia radiowego (UKE) o szerokości kanału 28-56 MHz, szczególnie w miastach powyżej 100 tys. mieszkańców; 2) linie radiowe wymagające koordynacji międzynarodowej (strefa 100 km do granicy kraju); 3) warunki atmosferyczne w okresie jesienno-zimowym utrudniające wykonanie instalacji w planowanym terminie; 4) konieczność uzyskania zgody konserwatora zabytków na wykonanie instalacji radiolinii.

Dodatkowo według Odwołującego Konsorcjum T-Mobile powinno uwzględnić w swojej ofercie czas związany z: 1) oczekiwaniem na zezwolenie na korzystanie z koncesjonowanych łączy; 2) oczekiwaniem na decyzje dotyczące pozwoleń radiowych – według Odwołującego najkrótszy okres rozpatrywania wniosku o pozwolenie radiowe wynosi 30 dni (a także uwzględnić w swoim kosztorysie, że opłata od każdego wniosku wynosi w tym przypadku 2 tys. zł); 3) uzyskaniem odpowiednich pozwoleń na budowę (w tych lokalizacjach gdzie będzie to niezbędne) lub zawarcia umów dzierżawy, jak też z realizacją budowy.

Odwołujący zarzucił, że wyjaśnienia Konsorcjum T-Mobile z 7 lipca 2015 r. wskazują, że ww. okresy uzyskiwania pozwoleń radiowych oraz pozwoleń na budowę nie zostały uwzględnione w ofercie ani na poziomie określenia terminu realizacji zamówienia, ani na poziomie ujęcia w kosztach ewentualnych kar umownych za opóźnienia w realizacji zamówienia. Odwołujący dodał, że brak realizacji zamówienia w terminie powoduje konsekwencje w postaci kar umownych, po pierwsze – za niedotrzymania terminu realizacji całej sieci WAN MPLS, a po drugie – z tytułu świadczenia usług łączyami niespełniającymi SLA.

4. Elementy wpływające na koszty, które nie zostały ujęte w ofercie Konsorcjum

Odwołujący zarzucił, że mając na względzie: przedmiot zamówienia, dostępne technologie jego realizacji, a także standardy jakości określone w SIWZ i zadeklarowany przez Konsorcjum T-Mobile termin realizacji zamówienia, za cenę wskazaną przez Konsorcjum T-Mobile żaden z wykonawców działających na polskim rynku nie byłby w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że mając na względzie powyższe rozważania dotyczące dostępnych technologii wykonania łączy WAN MPLS, jego jakości oraz terminu jego realizacji, prawidłowa kalkulacja ceny powinna zawierać istotne elementy, takie jak {cytat ze str. 21 - 22 odwołania}:

b) łączny koszt zapewnienia łączy dostępowych do Lokalizacji Zamawiającego, w tym koszty utrzymania łączy, koszty wynajmu infrastruktury obcej oraz zakupu usług, niezbędnych do realizacji założonych przez Wykonawcę łączy kablowych,

c) łączny koszt zapewnienia łączy dostępowych do Lokalizacji Zamawiającego, w tym koszty utrzymania łączy, koszty wynajmu infrastruktury obcej oraz zakupu usług, niezbędnych do realizacji założonych przez Wykonawcę łączy w technologii radiowej,

d) łączny koszt zapewnienia sieci transportowej Wykonawcy, w tym koszty utrzymania sieci transportowej, koszty wynajmu infrastruktury obcej oraz zakupu usług, na potrzeby zapewnienia przesyłu danych o parametrach jakościowych określonych w SIWZ pomiędzy wszystkimi Lokalizacjami Zamawiającego,

- e) koszty opłat licencyjnych, koncesji, zgód administracyjnych oraz za użytkowanie nieruchomości i instalacji wewnętrznych (w tym za najem masztów, powierzchni dachowych, pozyskania sieci wewnętrznych w lokalizacjach Zamawiającego),
- f) łączny koszt budowy i modernizacji łączy wraz z modernizacją sieci szkieletowej, w tym budowa kanalizacji teletechnicznej i sieci kablowej, zakup kabli i urządzeń transmisyjnych, zakup urządzeń radiowych,
- g) łączny koszt zapewnienia urządzeń sieciowych i telekomunikacyjnych, niezbędnych do realizacji elementów zamówienia,
- h) łączny koszt serwisowania łączy i sieci szkieletowej wraz z urządzeniami, w tym utrzymanie całodobowego serwisu i zapewnienie parametrów SLA,
- i) łączny koszt utrzymania urządzeń sieciowych i telekomunikacyjnych, niezbędnych do realizacji elementów zamówienia,
- j) łączny koszt zapewnienia systemu monitorowania i raportowania oraz modułu weryfikacji uruchomienia łączy i pomiaru jego przepustowości wskazanych w SIWZ,
- k) łączny koszt obsługi zamówienia (w tym przygotowania raportów, dokumentacji, szkoleń, fakturowania, przyjmowania i obsługi zgłoszeń serwisowych, nadzoru nad jakością świadczonych usług, przygotowania raportów dotyczących wykonania poszczególnych parametrów SLA kalkulowania kar, prowadzenia bieżącego rozliczania kontraktu),
- l) łączny koszt wdrożenia przedmiotu zamówienia w 344 łącach w lokalizacjach Zamawiającego (z wyodrębnieniem kosztów wdrożenia dla łączy zapasowych w OR) w szczególności kosztów związanych z pracą zespołu ludzkiego dedykowanego do realizacji projektu, w tym prac projektowych, konfigurowania sprzętu i sieci, instalacji sprzętu, sporządzania dokumentacji projektowej, szkolenia, integracji systemu obsługi zgłoszeń itp.),
- m) łączny koszt, jaki został założony w projekcie na wypłatę bonifikat z tytułu potencjalnego niedotrzymania parametrów SLA wymaganych przez Zamawiającego,
- n) łączny koszt związany z prawdopodobną modyfikacją przedmiotu zamówienia - migracja pomiędzy kategoriami (zwiększanie bądź zmniejszanie pasma), zlecaniem przez Zamawiającego uruchomienia nowych usług w nowych lokalizacjach, likwidacją usług,
- o) łączne pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia, niewymienione powyżej, w tym ogólne koszty administracyjno-zarządcze, ryzyka min. takie jak nieplanowany wzrost kosztów realizacji i utrzymania sieci, który może się pojawić przede wszystkim w związku z nie uzyskaniem wymaganych zgód administracyjnych w przewidywanym terminie itp.
- p) podatek VAT.

Ponadto według Odwołującego cena zaoferowana przez Konsorcjum T-Mobile powinna uwzględniać także marżę na poziomie minimalnym ok. 2,5%.

Według Odwołującego analiza kalkulacji Konsorcjum T-Mobile, w świetle złożonej

oferty oraz wyjaśnień z 7 lipca 2015 r., wskazuje, że oferta ta nie uwzględnia elementu zapewnienia SLA na poziomie wymaganym w SIWZ oraz realnego kosztu opłat administracyjnych dot. koncesji, zgód administracyjnych oraz za użytkowanie nieruchomości i instalacji wewnętrznych (w tym za najem masztów, powierzchni dachowych, pozyskania sieci wewnętrznych w lokalizacjach Zamawiającego), *na co wskazuje również opinia eksperta przygotowania w formie analizy kosztowej wszystkich dostępnych technologii wykonania zamówienia* {wzmiankowane opracowanie nie zostało załączone do odwołania}.

Odwołujący podsumował, że jego zdaniem w treści wyjaśnień z 7 lipca 2015 r. Konsorcjum T-Mobile nie wykazało, że cena przez nich oferowana nie jest rażąco niska. Jednocześnie Zamawiający uznając te wyjaśnienia za prawidłowe i wystarczające oraz nie odrzucając tej oferty jako zawierającej cenę rażąco niską, naruszył przepisy pzp.

5. Podsumowanie

Odwołujący stwierdził, że mając na względzie powyższe cena oferty Konsorcjum T-Mobile powinna być na poziomie około 6,2 miliona złotych netto. Natomiast brak uwzględnienia w cenie zaoferowanej przez Konsorcjum T-Mobile kosztu zapewnienia SLA zgodnego z wymaganiami SIWZ, ryzyk związanych z niedotrzymaniem terminu zestawienia całej sieci, ryzyk niedotrzymania parametrów SLA (z uwagi na wykorzystanie technologii LLU/BSA lub technologii wykluczonych ze względu na wymogi określone w SIWZ np. GSM), kosztu świadczenia usługi w technologii radiowej (koszty zestawienia i utrzymania łącza, w tym koszty wynajęcia powierzchni dachowych, masztów, urządzeń itp.) – powoduje, że jest ona nierealna i nierynkowa.

{ad pkt 2 listy zarzutów – niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z}

Dla uzasadnienia tego zarzutu w odwołaniu powołano się na trzy aspekty poruszane w ramach uzasadnienia poprzedniego zarzutu {podnosząc w tym zakresie dokładnie te same okoliczności}:

- 1) realizacja przedmiotu zamówienia na bazie usługi hurtowej BSA nie gwarantuje wielkości pasma, parametrów jakościowych (RTD, PLR, jitter itp.);
- 2) realizacja na bazie usługi LLU nie gwarantuje spełnienia SLA wymaganego w SIWZ z uwagi na czas usunięcia awarii takiego łącza;
- 3) realizacja sieci WAN na warunkach określonych w SIWZ nie jest możliwa w 120 dni.

{ad pkt 3 listy zarzutów – oferta jako czyn nieuczciwej konkurencji}

Odwołujący przywołał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.; dalej również: „uznk”) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący stwierdził, że jak wynika z powyższego, delikt nieuczciwej konkurencji

zachodzi, gdy w związku z działalnością gospodarczą przedsiębiorca dopuszcza się działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a swym działaniem zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dla zakwalifikowania określonego działania, jako czynu nieuczciwej konkurencji nie jest przy tym, co do zasady, konieczne wykazanie winy. A w art. 3 ust. 2 uznk zawiera przykładowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił, że następujące działania Konsorcjum T-Mobile wypełniają znamiona czynów nieuczciwej konkurencji, co powoduje, że złożenie oferty w tej sytuacji stanowi podstawę do jej odrzucenia na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp:

- 1) zaoferowanie ceny rażąco niskiej, będącej jednocześnie ceną poniżej kosztów (art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk);
- 2) złożenie oferty przewidującej termin rozpoczęcia świadczenia usług we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego w terminie 120 dni, a tym samym zakładającej zobowiązanie do zestawienia całej sieci (344 łączy do 327 lokalizacji) w terminie 60 dni;
- 3) złożenie oferty zestawionej w sposób zmanipulowany, nakierowany na bezpodstawne uzyskanie większej liczby punktów w ramach kryteriów oceny ofert odnoszących się do ceny i terminu uruchomienia usług we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego.

{ad 1}

Odwołujący stwierdził, że zaoferowanie ceny rażąco niskiej może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy sprzedaż towarów lub usług następuje poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż ma miejsce poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk).

Odwołujący powołał się na to, że jak wynika z obliczeń zawartych w załączniku nr 9 do odwołania cena Konsorcjum T-Mobile powinna wynosić netto około 6,2 miliona zł, a wyniosła 4.052.577,60 zł. Dla Odwołującego niewątpliwie zaoferowana przez Konsorcjum T-Mobile cena znacznie odbiega od poziomu, który uwzględnia niezbędne do poniesienia dla każdego wykonawcy koszty realizacji przedmiotowego zamówienia, nawet przy założeniu marży na bardzo niskim poziomie (2,5%).

Jednocześnie skoro zaoferowana przez wykonawcę cena uniemożliwia mu rzetelne wykonanie zamówienia bez strat, oczywiste jest, że nie jest efektem rzetelnej kalkulacji ekonomicznej, a działania nakierowanego na utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Bezpodstawne zaniżenie wartości ceny jest niewątpliwie działaniem w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy postąpili zgodnie z SIWZ.

{ad 2}

Odwołujący powołał się na to, że przy możliwych scenariuszach realizacji przez

Konsorcjum T-Mobile łączy w ramach trzech technologii dopuszczalnych na podstawie warunków SIWZ zadeklarowany termin 120 dni na uruchomienie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia jest nierealny. W konsekwencji oferta Konsorcjum T-Mobile powinna uwzględniać ryzyko kar umownych z tytułu nieterminowej realizacji zamówienia, bądź realizacja zamówienia w zadeklarowanym terminie nastąpi z wykorzystaniem technologii niezgodnych z SIWZ.

Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że zadeklarowanie terminu realizacji zamówienia, którego nie jest w stanie dotrzymać zgodnie z warunkami SIWZ, jest celowe i nakierowane wyłącznie na wykluczenie innych wykonawców z otrzymania zamówienia.

Celowe przygotowanie oferty niezgodnej z SIWZ i *de facto* wprowadzenie w błąd co do możliwości realizacji przez Konsorcjum T-Mobile zamówienia zgodnie z SIWZ, a w konsekwencji doprowadzenie do wyłonienia jego oferty w sposób nieuprawniony, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uzk, ponieważ stanowi działanie niezgodne z prawem (nieprawdziwa deklaracja odnośnie spełnienia warunków terminu realizacji zamówienia) i sprzeczne z dobrymi obyczajami (celowe zaoferowanie nierealnego terminu realizacji zamówienia) oraz naruszające interes tak Odwołującego, jak i Zamawiającego (doprowadzenie do uzyskania zamówienia na podstawie bezpodstawnych deklaracji).

{ad 3}

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum T-Mobile w celu otrzymania zamówienia dokonało niedopuszczalnej manipulacji proporcjami poszczególnych elementów oferty, gdyż przez wykorzystanie zależności matematycznych wynikających ze sposobu ustalenia ceny wynikającego z SIWZ, zapewniło sobie najwyższą punktację w kryteriach oceny ofert odnoszących się do ceny oraz terminu uruchomienia usług we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego. Działanie tego rodzaju nie ma na celu zaoferowania jak najkorzystniejszych warunków Zamawiającemu ani konkurowania ceną czy jakością, lecz wyłącznie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert, aby zapewnić sobie uzyskanie maksymalnej liczby punktów, pomimo faktycznego braku możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z założeniami Zamawiającego {w tym kontekście ponownie podniesiono: wykorzystanie technologii GSM do realizacji zamówienia, uwzględnienie kar umownych z tytułu niedotrzymania terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia}.

Jednocześnie według Odwołującego skutkiem złożenia oferty skalkulowanej w powyższy sposób jest sytuacja, w której inni wykonawcy, w tym przypadku Odwołujący, którzy skalkulowali swoje oferty w sposób rynkowy i zgodny z wymogami SIWZ, nie mogą konkurować z Konsorcjum T-Mobile, które w rzeczywistości nie oferuje Zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji zamówienia. Odwołujący, który

zaoferował stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimum istniejących na rynku oraz realny termin na zestawienie sieci WAN, otrzymał znacznie niższą liczbę punktów.

18 sierpnia 2015 r. Zamawiający wniósł do Izby odpowiedź na odwołania, wnosząc o jego oddalenie jako bezzasadnego.

{ad pkt 1 listy zarzutów odwołania}

Zdaniem Zamawiającego argumentacja Odwołującego przytaczana na poparcie tego zarzutu nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym.

Zamawiający podkreślił, że teza jakoby Konsorcjum T-Mobile *praktykuje, w przypadku braku możliwości technicznych, realizację łączy w technologiach zabronionych siwz*, oparta jest w istocie jedynie na dowodzie stanowiącym załącznik nr 10 do odwołania. Jak sam Odwołujący przyznaje realizacja sieci WAN w 2011 i 2012 r. dla Ministerstwa Sprawiedliwości obejmowała zestawienie łączy do ponad 400 lokalizacji (według Zamawiającego w rzeczywistości ponad 500) w terminie 5 miesięcy. Tymczasem z powyższego dowodu jasno wynika, że użycie łączy GSM miało miejsce w odniesieniu do zaledwie 9 łączy, co stanowi margines w stosunku do całkowitej ich liczby. Co najistotniejsze według Zamawiającego – z protokołów odbioru przedstawionych przez Odwołującego wynika jednoznacznie, że w każdym z przypadków taka zastępcza realizacja miał miejsce jedynie z uwagi na przedłużające się oczekiwanie na zgodę konserwatora budynków, administratora nieruchomości, czy też okoliczności związane z wymiarem czasu pracy jednego z pracowników zamawiającego, na którego rzecz świadczona była usługa. W ocenie Zamawiającego świadczy to co najwyżej o tym, że Konsorcjum T-Mobile dołożyło wszelkich starań, aby zapewnić klientowi, pomimo niezależnych od Wykonawcy okoliczności, możliwość ciągłości wykonywania zadań do czasu zrealizowania usługi przy użyciu właściwych technologii. O marginalności rzekomej praktyki dowodzonej przez Odwołującego świadczy dobitnie fakt wystawienia przez Ministerstwo Sprawiedliwości listu referencyjnego, w którym stwierdza się, że usługa była świadczona z należytą starannością, zgodnie z warunkami umowy i zadeklarowanymi parametrami technicznymi. Zdaniem Zamawiającego zarówno wywiedziona teza, jak i dalej wyprowadzony wniosek, że z tego ma rzekomo wynikać zamiar świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego niezgodnie z SIWZ, są oderwane od powyższego stanu faktycznego.

Odnosząc się do podnoszonej przez Odwołującego okoliczności, że niezgodność oferty Konsorcjum T-Mobile z SIWZ miałyby wynikać ze złego doboru technologii realizacji sieci WAN, tj. LLU lub BSA bądź innej technologii niedopuszczonej przez zapisy SIWZ, w szczególności z powodu cech usług tego typu świadczonych przez Orange, Zamawiający

stwierdził, że sam Odwołujący skutecznie podważył to twierdzenie w treści odwołania. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że na str. 12 odwołania (ostatni akapit) znajduje się przyznanie, zgodnie z którym: *oczywiście, zapewnienie wyższego poziomu SLA (ale nie parametrów jakościowych) w usłudze hurtowej LLU jest możliwe*. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że sam fakt istnienia oferty ramowej Orange zatwierdzonej decyzją Prezesa UKE w żadnej mierze nie wyłącza możliwości zawierania pomiędzy operatorami umów, na których podstawie świadczone mogą być usługi o odmiennych parametrach jakościowych, czasach usunięcia awarii itd. niż ujęte w ofercie ramowej.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę na inne stwierdzenie na str. 12 odwołania, że *dla realizacji sieci WAN MPLS dla Zamawiającego, przy tak szerokim wachlarzu dostępnych na polskim rynku możliwości co do wyboru sposobu realizacji łączy dostępowych (...)*, w którym Odwołujący sam wskazuje, że technologicznie możliwe są do przyjęcia różne rozwiązania dla realizacji powyżej wskazanej sieci. Co potwierdza również (a tym samym brak podstaw odwołania) według Zamawiającego przedstawiona przez Odwołującego na str. 13 technologia, na której Wykonawca może oprzeć w całości lub części swoją ofertę.

Zamawiający podniósł, że w *Specyfikacji technicznej dla Usług IP VPN świadczonych w sieci MPLS* wskazane zostały wymagania dotyczące sieci rozległej WAN, wśród których w pkt 4 ust. 4 określono, że *sieć WAN ma być oparta o technologię zapewniającą fizyczną lub logiczną separację ruchu danych Usługobiorcy od ruchu innych klientów Usługodawcy, w oparciu o prywatną sieć Usługodawcy (technologie typu: CWDM, DWDM, ATM, Frame Relay, cyfrowe łącza dzierżawione, symetryczne DSL, MPLS, łącza radiowe w koncesjonowanym paśmie, natomiast nie są dopuszczalne rozwiązania budowane w oparciu o publiczną sieć internet (typu IPsec VPN oparty o łącza do Internetu), łącza komutowane, łącza radiowe w niekoncesjonowanej częstotliwości, łącza satelitarne łączy asymetrycznych DSL – z zastrzeżeniem, że Usługobiorca nie dopuszcza możliwości wykorzystania radiolinii (poza lokalizacjami BP gdzie dopuszczalne jest zastosowanie jednego łącza z wykorzystaniem radiolinii) jako jedyne medium transmisji do danej Lokalizacji oraz nie dopuszcza możliwości wykorzystania łączy satelitarnych oraz technologii nie wspierających mechanizmów klasyfikacji ruchu QoS*. Według Zamawiającego tym samym nie określił jednoznacznie w jakiej technologii na określonym poziomie SLA ma być świadczona usługa. Zamawiający dodał, że w treści umowy stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ, zdefiniował, że WAN jest to sieć transmisji danych obejmująca swym zasięgiem wszystkie Lokalizacje Usługobiorcy.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Zamawiającego Konsorcjum T-Mobile w ofercie zadeklarowało realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i wzorze umowy wraz z załącznikami. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał m.in.

że przewidział ryzyka związane z niedotrzymaniem SLA, ponadto terminy realizacji zamówienia zadeklarowane w ofercie są zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

{ad pkt 2 listy zarzutów odwołania}

Zamawiający oświadczył na wstępie, że przeczy wszelkim tezom stawianym w tym zakresie przez Odwołującego. Zamawiający podniósł, że udzielone w tym zakresie przez Konsorcjum T-Mobile wyjaśnienia (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) zawierają rzeczową, przekonującą argumentację oraz dowody uzasadniające elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny.

Ponadto Zamawiający podniósł, że Odwołujący opiera swoje wywody co do odmienności warunków, w jakich miały być świadczone podobne usługi na rzecz innych zamawiających, w szczególności co do liczby lokalizacji, na faktach, które w sposób oczywisty przeczą wnioskowi wywodzonemu z nich przez Odwołującego. W szczególności Zamawiający wskazał, że w przypadku każdego z 3 zamówień przywołanych w tabeli zamieszczonej w odwołaniu liczba lokalizacji jest zdecydowanie większa od liczby lokalizacji należących do Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę na to, że ceny ofert T-Mobile i Netii odpowiednio dla Ministerstwa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych oraz dla Prokuratury Generalnej pozostają w relacji do ceny zaoferowanej Zamawiającemu skorelowanej z proporcjami pomiędzy liczbą lokalizacji posiadanych przez Zamawiającego i każdego z tych zamawiających.

Co do zasięgu sieci szkieletowej Zamawiający podniósł, że już z treści załącznika nr 5 do odwołania wynika, że trzecim co do długości posiadanej sieci szkieletowej podmiotem w Polsce jest TK Telekom z 7 tysiącami kilometrów infrastruktury światłowodowej oraz 20 tysiącami kilometrów infrastruktury miedzianej. Zamawiający powołał się na to, że z powszechnie znanych informacji, publikowanych w prasie ogólnopolskiej wynika, że Netia S.A. 21 lipca 2015 r. zawarła umowę nabycia 100% akcji tego podmiotu w wykonaniu umowy przedwstępnej z 8 maja 2015 r. Tym bardziej w ocenie Zamawiającego, opartej także na analizie złożonych wyjaśnień, Konsorcjum T-Mobile jest zdolne do wykonania zamówienia w oparciu o wszystkie wymieniane na str. 8 odwołania elementy, tj. infrastrukturę sieciową, infrastrukturę związaną z realizacją łączy radiowych oraz sprzęt transmisyjny, a w szczególności dysponuje infrastrukturą umożliwiającą uruchomienie łączy dostępowych do wszystkich lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego.

Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że Konsorcjum T-Mobile, z uwagi na fakt świadczenia w przeszłości przez jego członków w charakterze wykonawcy lub podwykonawcy szeregu usług na rzecz Zamawiającego, posiada łączy dostępowe do szeregu lokalizacji Zamawiającego, a zatem nie musi ponosić dodatkowych kosztów

związanych z ich budową.

Ponadto w ocenie Zamawiającego wskazywane przez Odwołującego jako niezbędne do uwzględnienia w harmonogramie terminy realizacji łącza telekomunikacyjnego pozostają w znacznej mierze w oderwaniu od rzeczywistości.

W opinii Zamawiającego Konsorcjum T-Mobile, z uwzględnieniem informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa zawartych w wyjaśnieniach co do elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, w przekonujący sposób wykazała okoliczności odnoszące się do elementów krytycznych, o których mowa głównie na str. 15 odwołania, a także co do elementów wymienionych na str. 21 - 22 odwołania.

{ad pkt 3 listy zarzutów odwołania}

Zamawiający zajął stanowisko, że zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 3 pzp ma w istocie charakter wynikowy w stosunku do poprzednich zarzutów, a wobec ich bezzasadności nie może się ostać.

3 sierpnia 2015 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

6 sierpnia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Netia S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii, a także nie zgłoszono co do nich opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zostały w tym zakresie złożone odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, piśmie Przystępującego z 17 sierpnia 2015 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył drugą spośród dwóch ofert złożonych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Wobec tego Odwołujący, który kwestionuje zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał tym samym, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie potwierdził się żaden z zawartych w nim zarzutów.

Izba ustaliła na wstępie, co następuje:

W § 1 wzoru umowy zdefiniowano znaczenie m.in. następujących wyrażeń i określić występujących przy opisie przedmiotu zamówienia:

- *Usługa – świadczona przez Usługodawcę na rzecz Usługobiorcy, na warunkach określonych w Umowie, usługa telekomunikacyjna polegająca na zestawieniu łączy cyfrowych i na zapewnianiu usług teletransmisji danych dla traktów cyfrowych w sieci WAN w oparciu o technologię IP VPN (Usługa IP VPN);*
- *Usługa IP VPN – usługa polegająca na tworzeniu wirtualnych sieci prywatnych VPN, działająca na bazie wydzielonej Sieci Szkieletowej IP MPLS lub Łączy punkt-punkt, umożliwiająca Usługobiorcy łączenie jego sieci LAN w jedną sieć korporacyjną (Intranet) i transfer danych pomiędzy jego lokalizacjami przy zachowaniu określonego w Umowie SLA oraz standardów RFC 3031, RFC 3032 oraz RFC 2547 i RFC 4364;*
- *MPLS (ang. Multiprotocol Label Switching) – technologia stosowana przez Routery,*

w której routing pakietów został zastąpiony przez tzw. przełączanie etykiet. Na brzegu sieci z protokołem MPLS do pakietu dołączana jest dostawowa informacja zwana etykietą (ang. Label). Router po odebraniu pakietu z etykietą (jest to z punktu widzenia danego routera etykieta wyjściowa) używa jej jako indeksu do wewnętrznej tablicy etykiet, w której znajduje się następny punkt sieciowy (ang. next hop) oraz nowa etykieta (etykieta wyjściowa). Etykieta wejściowa jest zastępowana wyjściową i pakiet jest wysyłany do następnego punktu sieciowego (np.: do następnego routera). Jeżeli następny Router nie obsługuje protokołu MPLS etykieta jest usuwana;

- Lokalizacja – lokal, którego adres został podany w Załączniku nr 2 do Umowy lub lokal wskazany przez Usługobiorcę zgodnie z § 3 ust. 7 pkt 2 Umowy, do którego Usługobiorcy przysługuje tytuł prawny, a w którym będą instalowane Urządzenia i będzie świadczona Usługa;
- BP – Biuro Powiatowe ARiMR; Lokalizacja Usługobiorcy oznaczona w Załączniku nr 2 do Umowy kodem BPxxx (gdzie xxx oznacza numer lokalizacji);
- OR – Oddział Regionalny ARiMR; Lokalizacja Usługobiorcy oznaczona w Załączniku nr 2 do Umowy kodem ORxxx (gdzie xxx oznacza numer lokalizacji);
- CB – Centrala Biuro ARiMR; (...) Lokalizacja Usługobiorcy oznaczona w Załączniku nr 2 do Umowy kodem CB;
- CPD – Centrum Przetwarzania Danych (...); Lokalizacja Usługobiorcy oznaczona w Załączniku nr 2 do Umowy kodem CPD;
- ROPD – Równoległy Ośrodek Przetwarzania Danych (...); Lokalizacja Usługobiorcy oznaczona w Załączniku nr 2 do Umowy kodem ROPD;
- WAN (ang. Wide Area Network) – sieć transmisji danych obejmująca swym zasięgiem wszystkie Lokalizacje Usługobiorcy;
- Łącze dostępne – łącze stanowiące dołączenie Lokalizacji Usługobiorcy do Sieci szkieletowej IP MPLS, zestawione pomiędzy Routerem CE a Routerem PE, będące elementem sieci WAN;
- Łącze punkt-punkt – łącze wykorzystujące infrastrukturę Usługodawcy stanowiące połączenie bezpośrednio dwóch Lokalizacji ARMiR będące elementem sieci WAN;
- Przepustowość – parametr techniczny wyrażony w MB/s lub GB/s, określający szybkość przesyłania danych w ramach Usługi;
- Urządzenia – wyposażenie telekomunikacyjne, które stanowi własność Usługodawcy lub do którego posiadania i użyczenia innym osobom Usługodawca jest uprawniony, instalowane w Lokalizacjach Usługobiorcy (w tym Router CE), służące do świadczenia Usługi;

- Router – urządzenie kierujące informacje przesyłane w postaci pakietów (np. z protokołem IP) do miejsca przeznaczenia;
- Router CE – rodzaj Routera, jedno z urządzeń, instalowanych w Lokalizacji Usługobiorcy przez Usługodawcę, stanowiące zakończenie łącza dostępowego, zarządzane przez Usługodawcę;
- Router PE – rodzaj Routera, jedno z urządzeń instalowanych w Sieci szkieletowej IP MPLS umożliwiające dostęp do sieci szkieletowej IP MPLS, w którym zaimplementowane są mechanizmy MPLS;
- Router CPE – rodzaj Routera, urządzenie zapewniające połączenie jednej z Lokalizacji ARMiR Siecią szkieletową IP MPLS poprzez Router CE, urządzenie będące własnością ARiMR i zarządzane przez ARiMR lub firmę outsourcingową;
- Sieć szkieletowa IP MPLS – wydzielona sieć transmisji danych, należąca do Usługodawcy; wykorzystywana do świadczenia Usługi IP VPN zgodnie z technologią MPLS;
- SLA – gwarantowany przez Usługodawcę poziom świadczenia Usługi, w tym usuwania Awarii i Usterek opisany w § 10 Umowy;
- Awaria – uszkodzenie Urządzeń lub jakakolwiek przerwa w dostępie do sieci WAN ARiMR uniemożliwiająca Usługobiorcy korzystanie z Usługi w którejkolwiek Lokalizacji (niedostępność Usługi, w tym całkowity zanik pasma IP), występująca poza czasem Przerwy Serwisowej;
- Usterka – pogorszenie parametrów świadczonej Usługi w określonej Lokalizacji. Jako Usterkę rozumie się w szczególności: obniżenie Przepustowości, chwilowe zaniki komunikacji (flapping), spadek pasma IP o co najmniej połowę, opóźnienia przekraczające parametry określone w § 3 ust. 2 Umowy oraz w Załączniku nr 2 do Umowy.

Z § 2 ust. 1 wynika, że umowa będzie obowiązywać od dnia jej zawarcia do wyczerpania łącznej kwoty wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 2, nie dłużej jednak niż do 31 grudnia 2018 r., przy czym usługodawca rozpocznie świadczenie usługi we wszystkich lokalizacjach, zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy, nie później niż... {dalej analogicznie jak w postanowieniu § 3 ust. 2 pkt 4 zacytowanym poniżej}.

Z § 3 ust. 1 wynika, że Usługodawca zobowiązuje się do świadczenia usługi w zakresie i na warunkach określonych w umowie, przy czym szczegółowy zakres i warunki świadczenia usługi określa Specyfikacja techniczna Usługi oraz Regulamin {eksploatacji systemów teleinformatycznych w ARMiR}.

Zgodnie z § 3 ust. 2 w ramach umowy usługodawca:

- 1) przygotowuje i wykona projekt techniczny, zgodnie z § 5 ust. 1;

2) *zestawi w Lokalizacjach Łącza dostępne o parametrach określonych w Załącznikach nr 2-3 do Umowy i zapewni usługi teletransmisji danych dla traktów cyfrowych w sieci WAN w oparciu o technologię IP VPN MPLS;*

3) *zestawi dwa łącza punkt-punkt 1 GB/s, w relacji CB (...) - ROPD (...) i CB (...) - CPD (...);*

4) *rozpocznie świadczenie Usługi we wszystkich Lokalizacjach nie później niż w terminie 150 dni (w umowie z wybranym wykonawcą liczba dni zostanie wpisana zgodnie z deklaracją Wykonawcy zaoferowaną w Formularzu ofertowym) od dnia zawarcia Umowy i nie wcześniej niż 01.01. 2016 r. o godz. 0.00 na podstawie Protokołu uruchomienia Usługi, o którym mowa w § 5 ust. 4 Umowy; (...)*

Z § 3 ust. 3 pkt 1 wynika, że w ramach realizacji usługi usługodawca zapewnia wymaganą przez usługobiorcę przepustowość dla danej lokalizacji, określoną w załączniku nr 2 do Umowy lub w Zleceniu.

Z § 3 ust. 5 i 6 wynika, że dla przepustowości 8, 16, 32 i 64 MB/s usługa może być realizowana z następującymi typami łącza dostępowego: Frame Relay, linie dzierżawione, łącza radiowe, łącza światłowodowe, łącza miedziane – z pełną gwarancją przepustowości, z zastrzeżeniem ust. 4 pkt 4 Specyfikacji technicznej, w którym usługobiorca m.in. nie dopuścił możliwości wykorzystania radiolinii jako jedyne medium transmisji do danej lokalizacji, z wyjątkiem {zmiana wprowadzona 22 kwietnia 2015 r. w odpowiedzi na pytanie nr 13} lokalizacji typu BP. Dodatkowo w § 3 ust. 6 określono dla tych typów łączy dostępowych dopuszczalne średnie opóźnienie dla podanego tam rozmiaru pakietu.

Zgodnie z § 10 ust. 1 od dnia podpisania protokołu uruchomienia usługi usługodawca zapewni parametry SLA, w szczególności {pkt 5 wyliczenia} usuwanie awarii i usterek. W tabeli zamieszczonej w ust.2 dopuszczalne parametry SLA dla poszczególnych rodzajów typów lokalizacji określono przez podanie dopuszczalnego czasu awarii lub usterki w przyjętym okresie rozliczeniowym. Ponadto sprecyzowano procentowy wskaźnik kar za niedotrzymanie poziomu SLA. W ust. 3 i 4 opisano mechanizm rozliczania niedotrzymania zdefiniowanych w tabeli poziomów SLA.

Specyfikacja techniczna dla Usług IP VPN świadczonych w sieci MPLS stanowi załącznik nr 3 do Umowy.

W ust. 2 podano, że *Usługobiorca posiada strukturę hierarchiczną z wyróżnionymi czterema poziomami węzłów:*

1) *2 węzły centralne (...);*

2) *16 węzłów wojewódzkich (Oddziały Regionalne), wyszczególnione w Załączniku nr 2 do Umowy;*

3) *308 węzłów lokalnych (Biura Powiatowe);*

4) *1 węzeł w sieci MAN (Centralne Biuro – CB).*

Szczegółową listę teleadresową poszczególnych węzłów zawiera Załącznik nr 2 do Umowy. {Załącznik ten zawiera tabelę w układzie kolumn: województwo, powiat, kod (lokalizacji nadany przez Zamawiającego), adres lokalizacji i przepustowość.}

Zgodnie z ust. 3 realizacja Usługi obejmuje:

- 1) zestawienie łączy transmisji danych w technologii IP VPN MPLS pomiędzy węzłami sieci rozległej WAN;
- 2) zestawienie łączy transmisji danych w technologii punkt-punkt pomiędzy węzłami centralnymi a węzłem Centrali Biuro;
- 3) przekazanie ww. łączy w użytkowanie Usługobiorcy zgodnie z postanowieniami Umowy i podpisanymi bez zastrzeżeń Protokołami odbioru łącza i uruchomienia Usługi;
- 4) utrzymanie oraz serwis sieci rozległej WAN Usługobiorcy;
- 5) instalacja i konfiguracja Urządzeń i węzła zarządzania siecią.

Pierwsze dwa wymagania szczegółowe dotyczące sieci rozległej WAN z ust. 4:

- 1) Usługa będzie świadczona w ramach jednej sieci, stanowiącej spójną całość.
- 2) Do sieci WAN zostanie podłączonych minimum 326 Lokalizacji, zgodnie z przedstawioną w Załączniku nr 2 do Umowy strukturą węzłów. Ilość węzłów może wzrosnąć lub zmaleć w trakcie trwania Umowy.

W ust. 6 określono parametry techniczne zamawianej sieci WAN, w szczególności dla łączy IP VPN m.in. wymagania dotyczące transmisji dla czterech kategorii danych w zakresie utraty pakietów, czasów opóźnienia i jitter (wariacji opóźnienia) {ust. 6 pkt 3 lit. c - f}, a dla łączy punkt-punkt w zakresie utraty pakietów i czasu opóźnienia {ust. 6 pkt 3 lit. 4}

Z § 9 oraz formularza ofertowego (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) wynika, że na wynagrodzenie za usługę składają się dwa zasadnicze rodzaje wynagrodzenia dla jednej lokalizacji:

- jednorazowe za instalację i uruchomienie (nie dotyczy wyłącznie lokalizacji typu CB) usługi IP VPN (dotyczy wszystkich typów lokalizacji) albo łącza punkt-punkt (dotyczy wyłącznie relacji na linii CB - CPD oraz CB - ROPD), przy czym wyłącznie dla lokalizacji typu BP i OR jest to wynagrodzenie określone zbiorczo jako: *jednorazowe za instalację i uruchomienie Usługi IP VPN albo jednorazowe za przeprowadzkę Lokalizacji z instalacją i uruchomieniem Usługi IP VPN albo jednorazowe za zmianę przepustowości* {ten ostatni element wyliczenia pojawił się na skutek zmian z 22 kwietnia 2015 r.}.
- miesięczny abonament za usługę IP VPN (dotyczy wszystkich typów lokalizacji) lub łącze punkt-punkt (dotyczy wyłącznie relacji na linii CB - CPD oraz CB - ROPD).

Przy czym w ramach tych zasadniczych rodzajów wycenie podlegają rodzaje wynagrodzenia wyszczególnione ze względu na przepustowość. Dla Lokalizacji typu CB (tylko abonament), CPD, ROPD (względnie relacji CB - CPD i CB - ROPD) występuje tylko

jeden wariant. Natomiast dla podstawowych typów lokalizacji wycenie podlega następująca liczba wariantów: 3 dla BP (8, 16 i 32 Mb/s) oraz 2 dla OR (2 x 32 i 2 x 64 Mb/s).

I. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp

Wartość udzielanego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego – jak to określono – *na podstawie informacji cenowej producenta* na kwotę 18.687.547,61 zł, z tym że bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na jego sfinansowanie kwotę 19.609.560,65 zł {pkt 2 i 8 protokołu postępowania}.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Konsorcjum T-Mobile z ceną 4.984.670,45 zł (netto 4.052.577,60 zł) oraz Konsorcjum Exatel z ceną 8.883.668,85 zł (netto 7.222.495,00 zł). Ponadto w obu ofertach zaoferowano rozpoczęcie świadczenia usługi w przenoszonej i nowej lokalizacji w terminie 3 miesiące od daty otrzymania takiego zlecenia. Odnośnie rozpoczęcia świadczenia usługi we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego od dnia zawarcia umowy Konsorcjum T-Mobile zaoferowało termin 120-dniowy, a Konsorcjum Exatel – termin 150-dniowy {pkt 9 protokołu postępowania}.

Część ceny oferty obejmująca opłaty jednorazowe wynosi w ofercie Konsorcjum T-Mobile 644.743,36 zł, a w ofercie Konsorcjum Exatel – 1.228.631,01 zł, przy czym wynika to z przyjęcia następujących cen jednostkowych netto za instalację i uruchomienie usługi w jednej lokalizacji danego typu:

	Typ lokalizacji	Liczba lokalizacji*	Konsorcjum T-Mobile	Konsorcjum Exatel
1.	BP 8 Mb/s	336	300,00 zł	1,00 zł
2.	BP 16 Mb/s	5	300,00 zł	1,00 zł
3.	BP 32 Mb/s	6	300,00 zł	1,00 zł
4.	OR 2 x 32 Mb/s	19	300,00 zł	2,00 zł
5.	OR 2 x 64 Mb/s	3	300,00 zł	2,00 zł
6.	CPD 2048 Mb/s	1	103370,40 zł	249624,00 zł
7.	ROPD 2048 Mb/s	1	103370,40 zł	249624,00 zł
8.	CB CPD 1024 Mb/s	1	103370,40 zł	249624,00 zł
9.	CB ROPD 1024 Mb/s	1	103370,40 zł	249624,00 zł

* *zsumowana liczba lokalizacji do uruchomienia i planowanych zmian lokalizacji*

Część ceny oferty obejmująca miesięczne abonamenty wynosi w ofercie Konsorcjum T-Mobile 4.339.927,08 zł, a w ofercie Konsorcjum Exatel – 7.655.037,84 zł, przy czym wynika to z przyjęcia następujących cen jednostkowych netto (miesięcznego abonamentu)

za jedną lokalizację w okresie 36 miesięcy:

	Typ lokalizacji	Liczba lokalizacji	Konsorcjum T-Mobile	Konsorcjum Exatel
1.	BP 8 Mb/s	303	237,00 zł	360,00 zł
2.	BP 16 Mb/s	2	300,00 zł	400,00 zł
3.	BP 32 Mb/s	3	400,00 zł	450,00 zł
4.	OR 2 x 32 Mb/s	16	600,00 zł	900,00 zł
5.	OR 2 x 64 Mb/s	3	1200,00 zł	1000,00 zł
6.	CPD 2048 Mb/s	1	3600,00 zł	11187,00 zł
7.	ROPD 2048 Mb/s	1	3600,00 zł	11187,00 zł
8.	CB CPD 1024 Mb/s	1	2300,00 zł	11187,00 zł
9.	CB ROPD 1024 Mb/s	1	2300,00 zł	11187,00 zł

Pismami z 2 lipca 2015 r. Zamawiający – wskazując, że działa na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, gdyż zaoferowana cena oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia – wezwał oba Konsorcja do złożenia wyjaśnień, tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności... {dalsza treść wezwania stanowiła dosłowne przytoczenie brzmienia pkt 1 i 2 art. 90 ust. 1 pzp}.

Pismem z 10 lipca 2015 r. Konsorcjum T-Mobile złożyło wyjaśnienia wraz z załącznikami, które z wyjątkiem części ogólnej zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa {uzasadnienie tego zastrzeżenia zawiera pkt IV pisma}.

W wyjaśnieniach Konsorcjum T-Mobile powołało się na korzyści wynikające z:

- połączenia uzupełniających się potencjałów T-Mobile i Netii (z uwzględnieniem potencjału przejętego od innych podmiotów), w szczególności w zakresie posiadanej infrastruktury sieciowej {przy czym podane długości sieci światłowodowych są znacznie większe niż przyjęte w odwołaniu};
- oparcia się w pierwszej kolejności na własnej istniejącej infrastrukturze w lokalizacjach Zamawiającego lub w ich pobliżu;
- wykorzystania technologii radiowej, w tym łączy radiowych nowego typu z zastosowaniem sprzętu wskazanego w wyjaśnieniach producenta;
- uzyskania bardzo korzystnych ofert podwykonawców w zakresie instalacji radiolinii oraz routerów;
- korzystanie zarówno z lokalnych podwykonawców, jak i dostawców o zasięgu ogólnopolskim w zakresie budowy lub zestawienia łączy dostępowych o przepustowości 8 Mbs oraz dzierżawy infrastruktury od dostawców lokalnych i o zasięgu ogólnopolskim;

- wiedzy i doświadczenia, w tym wynikającego ze świadczenia podobnych usług dla podmiotów publicznych i prywatnych;
- wykorzystania zarówno posiadanego już sprzętu, który nie wymaga poniesienia kosztów jego zakupu jak i sprzętu zakupionego na potrzeby zamówienia po cenach ze wskazanym rabatem w stosunku do cen katalogowych;
- wielkości i czasu trwania przedmiotowego zamówienia na kształtowanie się kosztów jego realizacji.

Na dowód opisanego w wyjaśnieniach potencjału Konsorcjum T-Mobile do wyjaśnień załączono:

- mapę lokalizacji sieci T-Mobile {załącznik nr 9a};
- mapę lokalizacji sieci kablowej Netii na terenie kraju {załącznik nr 9b};
- mapę Polski z zaznaczeniem powiatów, w których Netia ma już zawarte umowy ramowe z lokalnymi operatorami wraz z listą dostawców usług {załącznik nr 10};

Wyjaśnienia zawierają kalkulację {załącznik nr 3}:

- kosztów uruchomienia usługi transmisji danych (budowy i uruchomienia łączy) – odrębnie dla poszczególnych rodzajów łączy przewidzianych do wykorzystania (światłowodowych, miedzianych, radiowych, z wykorzystaniem infrastruktury innego operatora) oraz koszty zapewnienia routerów i innych urządzeń niezbędnych do świadczenia usługi, koszty wykonania projektu technicznego oraz kosztów w związku z możliwością przeniesienia lokalizacji – z wyszczególnieniem kosztów jednorazowych zakupu usług lub dostaw oraz kosztów inwestycyjnych {tabela z pkt 1};
- kosztów świadczenie usługi transmisji danych – koszty w podziale na koszty utrzymania specyficzne dla poszczególnych rodzajów łączy oraz pozostałe koszty związane z realizacją usługi (utrzymanie SLA, zarządzanie usługami, monitoring, usuwanie awarii, wsparcie techniczne call center, zmiany konfiguracji programowej routera i dodatkowe ryzyka) {tabela z pkt 2}.

Do wyjaśnień załączono dowody na potwierdzenie kosztów wskazanych w kalkulacji:

- umowy ramowe z podwykonawcami obejmujące budowę i uruchomienia łączy w technologii radiowej {załączniki nr 4a i 4b};
- oferty na sprzęt wykorzystywany do budowy i uruchomienia łączy w technologii radiowej {załączniki nr 5a i 5b};
- oferty podwykonawców dotyczące wykonania łączy światłowodowych {załączniki nr 6a i 6b};
- oferty podwykonawców dotyczące dostarczenia łączy dostępowych o przepustowości 8 Mbps {załączniki nr 7a - 7d};
- ofertę na dostawę routerów {załącznik nr 11};

- cennik jednostkowy dla prac instalacyjnych urządzeń BDI/FR/LL/MPLS oraz prac instalacyjnych FO powiązanych z instalacją BDI/FR/LL/MPLS {załącznik nr 12};
- wyciąg z opisu usługi LLU {załącznik nr 13}.

Spośród wymienionych w odwołaniu usług oferowanych przez tzw. Orange Hurt w wyjaśnieniach wskazano jedynie na wykorzystanie usługi LLU {okoliczność ujawniona przez Przystępującego na rozprawie}.

Pismem z 10 lipca 2015 r. Konsorcjum Exatel złożyło wyjaśnienia, które w całości zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co zostało również rozciągnięte na załącznik obejmujący kalkulację ceny {uzasadnienie tego zastrzeżenia zawiera pkt V pisma}.

Uzasadnienie odwołania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum T-Mobile w większości stanowi dosłowne lub z niewielkimi uzupełnieniami i zmianami redakcyjnymi (np. wypunktowanie zatytułowane w wyjaśnieniach *Składniki kosztowe rozwiązania przyjętego przez Wykonawcę* w odwołaniu zostało zatytułowane *Elementy wpływające na koszty które nie zostały ujęte w ofercie Konsorcjum*, przy czym w wyjaśnieniach identyczna treść wypunktowania rozpoczyna się od lit. a, a kończy na lit. o) powtórzenie treści wyjaśnień uprzednio złożonych przez Konsorcjum Exatel.

Izba stwierdziła, że w tym zakresie Konsorcjum Exatel przez wniesienie odwołania ujawniło informacje uprzednio zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Do wyjaśnień załączono kalkulację {załącznik nr 3}, w której wyszczególniono w zakresie kosztów trzy zbiorcze kwoty: pierwszą – dla kosztów inwestycyjnych i wdrożeniowych, w tym zakupu urządzeń oraz budowy i modernizacji sieci {odesłano także do lit. e, f oraz k wspomnianego wypunktowania}, drugą – łącznie dla kosztów podstawowych utrzymania sieci, w tym utrzymania i dzierżawy łączy oraz utrzymania sprzętu {tu odesłano także do lit. a – d oraz h wspomnianego wypunktowania} oraz kosztów pozostałych sieci, w tym utrzymania całodobowego serwisu i zapewnienia parametrów SLA {tu odesłano także do lit. g, i, j, l oraz m wspomnianego wypunktowania} i trzecią – dla kosztów zarządczo-administracyjnych i pozostałych {tu odesłano także do lit. n wspomnianego wypunktowania}. Pozostałe wiersze tabeli dotyczą przyjętej marży oraz kwot podatków. Z wyjaśnień wynika, że powyższe według Konsorcjum Exatel stanowi szczegółową analizę finansową.

Ponadto w załączniku nr 4 *Składniki kosztowe łącza radiowego* przedstawiono tabelę obejmującą zestawienie szacunkowych minimalnych kosztów uruchomienia łącza radiowego punkt - punkt w paśmie koncesjonowanym dla prędkości 8 Mb/s (bez kosztów routera CE oraz potencjalnych kosztów wynajęcia powierzchni pod instalację anten lub masztów), które oszacowano na łączną kwotę blisko 20 tys. zł.

Z załącznika nr 9 do odwołania w zw. z treścią uzasadnienia odwołania oraz treścią tzw. ekspertyz {dokładne tytuły tych opracowań przywołano poniżej} złożonych na rozprawie przez Odwołującego wynika, że w tzw. wariancie bez SLA, z uwzględnieniem kosztów kar umownych naliczonych z tytułu niedotrzymania parametrów SLA, koszty realizacji zamówienia przez Konsorcjum T-Mobile są niższe niż zaoferowana przez nie cena.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że 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. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia

tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlane.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie niesporne było, że punktem odniesienia dla ustalenia wartości rynkowej udzielanego zamówienia nie jest oszacowanie dokonane przez Zamawiającego na podstawie dotychczas realizowanego analogicznego zamówienia, na co wskazuje treść wyjaśnień, w których zarówno Konsorcjum T-Mobile, jak i Konsorcjum Exatel {pkt III i załącznik nr 5 do wyjaśnień} wskazywały na inne postępowania (łącznie 8) dotyczące podobnego przedmiotu zamówienia, w których złożone lub wybrane oferty nawet do kilku razy były niższe od wartości dotychczasowych zamówień realizowanych na rzecz tych samych zamawiających, jako wyznacznik aktualnej tendencji na rynku usług transmisji danych MPLS.

Izba zważyła, że w świetle tego elementu wyjaśnień Konsorcjum Exatel jako niewiarygodne należy uznać kwestionowanie w odwołaniu jako punktu odniesienia

postępowań, na które powołało się w wyjaśnieniach Konsorcjum T-Mobile, zwłaszcza że w obu wyjaśnieniach wskazano na postępowanie prowadzone przez Prokuraturę Generalną, a w załączniku nr 5 do wyjaśnień Konsorcjum Exatel wyliczyło, że średnia cena za jedno łącze w wybranej ofercie {*de facto* Netii} wynosiła 379 zł netto. Ponadto na rozprawie Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, że również w dwóch pozostałych postępowaniach przywołanych w odwołaniu jako podobne tak wyliczona cena jednostkowa złożonych ofert jest zbliżona do zaoferowanej przez Konsorcjum T-Mobile w tym postępowaniu.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp.

Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała: *Zarzut protestu lub odwołania stanowi zatem wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. Z kolei w wyroku z 25 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1653/13) Izba stwierdziła: O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane*

uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzenie w art. 190 ust. 1a pzp w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia reguły, że wprawdzie muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje takie postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Izba stwierdziła, że pomimo obszerności uzasadnienia odwołania sformułowane w nim zarzuty mają ogólnikowy charakter i sprowadzają się do sformułowania w ciemno przez Odwołującego, który nie mógł znać kluczowej części wyjaśnień Konsorcjum T-Mobile, następujących tez:

- *Oferta, a następnie wyjaśnienia Konsorcjum wskazują, że skalkulowana przez tego wykonawcę cena nie uwzględnia szeregu istotnych czynników, które powinna zawierać lub przewiduje zniżenie niektórych kosztów, co powoduje, iż oferta ta nie odpowiada warunkom rynkowym i wskazuje cenę za realizację przedmiotu zamówienia na poziomie rażąco niskim.* {str.3 ostatni akapit}
- *Odwołujący ustalił, że Konsorcjum mając do dyspozycji ww. możliwe sposoby realizacji sieci WAN dla Zamawiającego, jeśli skalkulowałby prawidłowo i rzetelnie swoją ofertę to jego cena powinna wyższa i być zbliżona do poziomu ceny Odwołującego.* {str.13 ostatni akapit}
- *W niniejszym postępowaniu przetargowym Konsorcjum nie wykazało w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny, jak i nie skalkulowało elementów krytycznych z punktu widzenia oczekiwanych parametrów jakościowych i SLA, przy ofercie, która wykorzystuje rozwiązania inne niż własna sieć przewodowa. Wykonawca powinien uwzględnić w wycenie i wskazać w wyjaśnieniach poniższe składniki:* {dalej 7 elementowe wypunktowanie przytoczone powyżej przy relacjonowaniu uzasadnienia odwołania; str. 14 ostatni akapit i str.15}

- *Mając na względzie: (i) przedmiot zamówienia, (ii) dostępne technologie jego realizacji, a także (iii) standardy jakości określone w SIWZ i (iv) zadeklarowany przez Konsorcjum termin realizacji zamówienia, cena wskazana przez Konsorcjum nie jest ceną, za którą którykolwiek z wykonawców działających na rynku polskim byłby w stanie zrealizować niniejsze zamówienie.*
- *Mając na względzie powyższe rozważania dotyczące dostępnych technologii wykonania łącza WAN MPLS, jego jakości oraz terminu jego realizacji, prawidłowa kalkulacja ceny powinna zawierać istotne elementy, takie jak: {dalej wypunktowanie w lit. od b do p przytoczone powyżej przy relacjonowaniu uzasadnienia odwołania}*
- *Analiza kalkulacji Konsorcjum, w świetle oferty Konsorcjum oraz wyjaśnień z dnia 7 lipca 2015 r., wskazuje, że oferta Konsorcjum nie uwzględnia elementu zapewnienia SLA na poziomie wymagań z SIWZ oraz realnego kosztu opłat administracyjnych dot. koncesji, zgód administracyjnych oraz za użytkowanie nieruchomości i instalacji wewnętrznych (w tym za najem masztów, powierzchni dachowych, pozyskania sieci wewnętrznych w lokalizacjach Zamawiającego na co wskazuje również opinia eksperta przygotowana w formie analizy kosztowej wszystkich dostępnych technologii wykonania zamówienia. {str. 21 - 23}*
- *Mając na względzie powyższe cena oferty Konsorcjum powinna być na poziomie około 6,2 miliona złotych netto. Brak uwzględnienia w cenie zaoferowanej przez Konsorcjum:*
 - *kosztu zapewnienia SLA zgodnego z wymaganiami SIWZ,*
 - *ryzyk związanych z niedotrzymaniem terminu zestawienia całej sieci,*
 - *ryzyk nie dotrzymania parametrów SLA, z uwagi na wykorzystanie technologii LLU/BSA, technologii wykluczonych ze względu na wymogi określone w SIWZ (np. GSM),*
 - *kosztu świadczenia usługi w technologii radiowej (koszty zestawienia i utrzymania łączy, w tym koszty wynajęcia powierzchni dachowych, masztów, urządzeń itp.),**powoduje, że oferta Konsorcjum jest nierealna i nie rynkowa. {str. 23}*

Owa kwota „około 6,2 miliona złotych netto” została sprecyzowana w załączniku nr 9 do odwołania, który według podanego w nim opisu zawiera obliczenia Odwołującego, zatytułowane w pkt 1 *Kalkulacja oferty Konsorcjum – wariant bez SLA*, a w pkt 2 – *Kalkulacja oferty Konsorcjum – wariant z SLA*. W rzeczywistości załącznik ten nie prezentuje sugerowanych w nazwie obliczeń, a zawiera zestawienie – w zakresie łącznej wartości opłat jednorazowych oraz wartości miesięcznych opłat abonamentowych dla poszczególnych przepustowości łączy – wartości pochodzących z bliżej niesprecyzowanej w odwołaniu ekspertyzy z wartościami wynikającymi z formularza oferty Konsorcjum T-Mobile, co w wariantcie bez SLA dało łącznie 3.747.702,05 zł netto, a wariantcie z SLA – 6.294.432,17 zł

netto, w zestawieniu z ceną oferty Konsorcjum T-Mobile wynoszącą netto 4.052.577,60 zł. Jedyne zatem obliczenie, jakie zostało tu dokonane, polega na zsumowaniu zestawionych wartości, które nie wiadomo w jaki sposób i na jakiej podstawie zostały wyliczone. Wbrew temu, co zasugerowano w jednej z przytoczonych powyżej tez, odwołanie nie zawiera żadnej analizy kosztowej wszystkich dostępnych technologii wykonania zamówienia, a tym bardziej nie załączono do odwołania opinii eksperta, która potwierdzałaby jej trafność.

Dopiero na rozprawie Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z datowanego na 25 lipca 2015 r. opracowania zatytułowanego *Ekspertyza dotycząca rynkowej oceny uwarunkowań technicznych i kosztowych wykonania przedmiotu zamówienia pod nazwą „Zakup usługi MPLS dla ARiMR” (...)* za cenę zaoferowaną przez konsorcjum *Netia/T-Mobile*, a także z datowanego na 17 stycznia 2015 r. opracowania zatytułowanego *Ekspertyza wykonana dla Pana W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KANAWA, mająca na celu przedstawienie uwarunkowań wpływających na kalkulację kosztów operacyjnych dla operatora telekomunikacyjnego obsługującego rozległą sieć korporacyjną.*

Izba stwierdziła, że powyższe opracowania stanowią w istocie alternatywną wersję wniesionego odwołania. Świadczy o tym już zawarte w pierwszym z nich podsumowanie wyliczeń, tym razem wskazujące, że cena oferty Konsorcjum T-Mobile powinna netto wynosić 7.762.032,63 zł (w tzw. scenariuszu przy zastosowaniu rozwiązań technicznych spełniających wymagania opisane w dokumentacji przetargowej), natomiast mogłaby wynosić 3.569.870,35 zł (w tzw. scenariuszu *ze świadomym zastosowaniem rozwiązań technicznych nie spełniających w pełni wymagań ARiMR opisanych w dokumentacji przetargowej*), gdyż zarówno co do opisu i wysokości podanych kwot nie koresponduje z załącznikiem nr 9 do odwołania. Przede wszystkim opracowanie datowane na 25 lipca 2015 r. oparte jest na odmiennie zaprezentowanych lub zupełnie nowych okolicznościach w stosunku do uzasadnienia odwołania. Przykładowo z odwołania jednoznacznie wynika rozróżnienie parametrów jakościowych (jako określenie – jak to wskazano – minimalnych dopuszczalnych opóźnień w sieci, utraty pakietów i wariacji opóźnienia) od parametrów niezawodnościowych SLA, czyli maksymalnych czasów trwania awarii dla poszczególnych kategorii łączy. Jednocześnie w odniesieniu do stosowania usługi LLU w odwołaniu skonkretyzowano wyłącznie zarzut na tle niedochowania tak rozumianego SLA, gdyż zarzut niedotrzymania parametrów jakościowych podniesiono w kontekście stosowania usługi BSA. Tymczasem wyłącznie w opracowaniu pojawia się nowy zarzut, że usługa LLU nie gwarantuje żadnych parametrów transmisyjnych (przepustowości), co ma wynikać zarówno z charakteru tej usługi, jak i zróżnicowanej jakości kabli miedzianych. W uzasadnieniu odwołania wskazano generalnie możliwe według Odwołującego sposoby realizacji łączy

dostępowych {1) własna infrastruktura, 2) łącza dzierżawione od innych podmiotów, 3) łącza radiowe – wg systematyki podziału ze str. 13}, względnie scenariusze realizacji łączy dostępowych przez Konsorcjum T-Mobile {1) w oparciu o usługę LLU, 2) w oparciu o usługę RLLO lub z wykorzystaniem dzierżawy łączy kablowych od innych niż Orange operatorów, 3) w oparciu o łącza radiowe – wg systematyki wynikającej ze str. 17 - 20}, jakby realizacja zamówienia w całości miała opierać się na jednym z nich, gdyż nie sprecyzowano żadnych założeń co do zakresu zastosowania poszczególnych technologii. Podane w załączniku nr 9 do odwołania kwoty dla poszczególnych przepustowości pozostają w oderwaniu od treści uzasadnienia odwołania, które nawet nie podaje okoliczności, że w ramach sieci będącej przedmiotem zamówienia występują takie przepustowości. Dopiero w opracowaniu zaprezentowano symulację kosztową dwóch szczegółowo opisanych wariantów – poprzedzonych analizą postanowień s.i.w.z., możliwych technologii, a także kategorii kosztów w zakresie daleko wykraczającym poza treść odwołania – w której *explicite* wskazano przyjęte założenia co do udziału procentowego wykorzystania poszczególnych technologii przez Konsorcjum T-Mobile.

Izba nie uwzględniła powyższych opracowań w zakresie wykraczającym poza zarzuty skonkretyzowane w odwołaniu z uwagi na przepisy ustawy pzp dotyczące postępowania odwoławczego: art. 192 ust. 7, art. 182 ust. 1 pkt 1, a także art. 190 ust. 1. Jak już powyżej wskazano, Izba nie ma kognicji do rozpoznawania zarzutów, które są oparte na odmiennych okolicznościach niż zawarte w odwołaniu. Odwołujący bezskutecznie usiłował zastąpić brak przedstawienia w odwołaniu okoliczności, na których oparł zawarte w załączniku nr 9 do odwołania podsumowanie, zgłoszeniem wniosków dowodowych zawierających w istocie alternatywną treść uzasadnienia odwołania. Nie jest to pogłębienie dotychczasowej argumentacji, która bazowała w większości na własnych wyjaśnieniach Konsorcjum Exatel, gdyż zawarte w tych opracowaniach wyliczenia opierają się na odmiennie skonkretyzowanych, zaprezentowanych i usystematyzowanych okolicznościach, które czynią ogólnikowe uzasadnienie odwołania zbędnym. Niedopuszczalne jest, aby Odwołujący po upływie terminu na wniesienie odwołania zastępował skonkretyzowany w jego uzasadnieniu zarzut zupełnie nowymi lub odmiennie przedstawionymi okolicznościami, konstytuującymi na nowo zarzut rażąco niskiej ceny. Nie sposób nie zauważyć, że z uwagi na datę widniejącą na opracowaniach, co koresponduje z zapowiedzią uczynioną w uzasadnieniu odwołania, a zwłaszcza z uwagi na czas, który upłynął od otwarcia ofert, Odwołujący miał w pełni możliwość zaprezentowania tych okoliczności w odwołaniu, które złożył 31 lipca 2015 r. Oczywiście jest również, że nie jest dowodem, który wedle art. 190 ust. 1 pzp można zgłosić do zamknięcia rozprawy, pismo zawierające przede wszystkim twierdzenia o istnieniu okoliczności, których uprzednio nie podniesiono w odwołaniu. Dowód nie może polegać

na podnoszeniu twierdzeń wykraczających poza odwołanie, gdyż ma służyć wyłącznie udowodnieniu twierdzeń już w nim zawartych.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutu rażąco niskiej ceny skonkretyzowanego w uzasadnieniu odwołania, jak wynika z podsumowania przedstawionego w odwołaniu, cena oferty Konsorcjum T-Mobile ma być rażąco niska, gdyż nie uwzględnia: po pierwsze – kosztu uwzględnienia SLA wymaganego w s.i.w.z., po drugie – ryzyk związanych z niedotrzymaniem terminu zestawienia całej sieci, po trzecie – ryzyk niedotrzymania SLA, z uwagi na wykorzystanie technologii LLU/BSA albo technologii wykluczonych wprost w s.i.w.z. (przy czym wprost zarzucono stosowanie technologii GSM), po czwarte – kosztu świadczenia usługi w technologii radiowej. Przy takiej redakcji odwołania należy przyjąć, że okoliczności będących podstawą faktyczną tych zarzutów należy poszukiwać w wywodach poprzedzających takie podsumowanie.

Okoliczności składające się na pierwszy zarzut sprowadzają się do generalnego stwierdzenia, że wybrany sposób realizacji łączy dostępowych musi uwzględniać wymagany w s.i.w.z. SLA, gdyż jest to *czynnik, który w znaczący sposób wpływa na cenę, z uwagi na fakt, że zapewnienie poziomu SLA wymaganego w SIWZ może się wiązać z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów* {cytat z trzeciego akapitu na str. 9 odwołania}. W tym kontekście według odwołania wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum T-Mobile powinny zawierać składniki nr 4 i 5 z przytoczonego powyżej wypunktowania {zamieszczonego na str. 15 odwołania}, czyli obejmować potwierdzenie, że przy wyborze dostawców infrastruktury lokalnej przewodowej lub radiowej dokonano ich weryfikacji, co ma polegać na dysponowaniu zobowiązaniami właścicieli tej infrastruktury gwarantujących utrzymanie SLA określonego w s.i.w.z.

Ponieważ, jak wynika z powyższego, Odwołujący nie jest nawet pewny, czy zapewnienie poziomu SLA wymaganego w s.i.w.z. wymaga poniesienia dodatkowych kosztów, odwołanie nie zawiera nawet próby ich oszacowania. Tak sformułowany zarzut, z uwagi na ogólnikowy i niestanowczy charakter, a w konsekwencji niewykazanie nawet potencjalnego wpływu na cenę Konsorcjum T-Mobile, nie mógł zostać uznany za zasadny.

Zbliżony do powyższego trzeci zarzut obejmuje okoliczności związane z zapewnieniem wymaganych w s.i.w.z. parametrów SLA przy wykorzystaniu usługi dostępu do lokalnej pętli abonenckiej (tzw. LLU) oferowanej przez Orange w ramach ofert podlegających regulacji Prezesa UKE. W tym zakresie, z jednej strony sprecyzowano, że przy wymaganiu w s.i.w.z. maksymalnie 8 h przerwy w działaniu łącza miesięcznie w lokalizacji typu BP, po pierwsze – standardowa oferta LLU nie zapewni jego spełnienia, z uwagi na czas usunięcia awarii wynoszący 24 h od chwili zgłoszenia. Po drugie –

w komercyjnej ofercie LLU istnieje możliwość skrócenia czasu usunięcia awarii do 4 lub 8 godzin, ale to dodatkowo kosztuje 12 zł netto od każdego łącza abonenckiego, a ponadto ograniczone jest wymaganiem zgłoszenia awarii w dni robocze od godz. 8 do 18. Po trzecie – zapewnienie jeszcze wyższego standardu SLA wiąże się z dodatkowymi kosztami, których wysokość nie została już sprecyzowana. Po czwarte – podwyższenie SLA w stosunku do oferty standardowej dla każdego łącza wymaga potwierdzenia odrębnym badaniem technicznym. Z drugiej strony wyrażono ocenę, że: *Niniejsze dyskwalifikuje co do zasady zastosowanie LLU w tym projekcie* {pierwsze zdanie czwartego akapitu na str. 13 odwołania}. W tym kontekście według odwołania wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum T-Mobile powinny zawierać składniki nr 6 i 7 z przytoczonego powyżej wypunktowania {zamieszczonego na str. 15 odwołania}, czyli obejmować potwierdzenie przez Orange możliwości uruchomienia w lokalizacjach Zamawiającego usług z SLA odpowiadającym wymaganemu w s.i.w.z. Należy zauważyć, że również w tym zakresie w odwołaniu nie sprecyzowano ani łącznej kwoty, jaką należy ponieść w związku z podwyższeniem dla LLU parametrów SLA do poziomu wymaganego w s.i.w.z., ani jakiegokolwiek kwoty, na którą opiewa ryzyko jego niedotrzymania w kontekście opisanych uwarunkowań, gdyż w odwołaniu jedynie wspomniano w tym kontekście o istnieniu kar umownych. W odwołaniu nie przedstawiono również żadnych okoliczności wskazujących na to, jakie faktycznie istnieje ryzyko wystąpienia awarii dostępu do pętli abonenckiej zapewnianego przez Orange.

Ponownie należy stwierdzić, że tak sformułowany zarzut, z uwagi na ogólnikowy i niestanowczy charakter, a w konsekwencji niewykazanie nawet potencjalnego wpływu na cenę Konsorcjum T-Mobile, nie mógł zostać uznany za zasadny. Należy przy tym zauważyć, że jak to wskazano w ustaleniach, z opracowania złożonego przez Odwołującego na rozprawie wynika, że koszt kar umownych z tytułu niedotrzymania parametrów SLA nie jest czynnikiem, który ma istotne znaczenie kosztowe.

Takie znaczenie mogłoby mieć przesądzenie, że w ogóle nie można przyjąć jako wiarygodnej podstawy kalkulacji oferty wykorzystania usługi LLU. W ocenie Izby, wbrew temu co twierdził niekonsekwentnie Odwołujący, nie ma ku temu podstaw, co rozstrzygnięto poniżej przy okazji rozstrzygania analogicznych zarzutów w kontekście niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Dodać należy, że Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Przystępującego, że jako tzw. Orange Detal nie może mieć wiedzy o umowach zawartych przez tzw. Orange Hurt z poszczególnymi operatorami. W ocenie Izby nie ma żadnych przeszkód pranych, aby umowy te przewidywały warunki korzystniejsze niż uregulowane w umowie ramowej. W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę treść załącznika nr 7 do pisma Przystępującego złożonego w toku postępowania odwoławczego.

Poza tym na tle stosowania LLU odwołanie zawiera stwierdzenie, sformułowane przy okazji prezentacji harmonogramu realizacji łączy dla tzw. scenariusza II (wiążącego się z uruchomieniem nowego węzła Netii), że o ekonomicznej nieopłacalności takiego scenariusza przesądza również koszt zakupu sprzętu DSLAM na poziomie 200 tys. zł dla uruchomienia usługi w jednej lokalizacji Zamawiającego.

Na podstawie treści wyjaśnień oraz załącznika nr 3 do pisma Przystępującego z 17 sierpnia 2015 r. Izba stwierdziła, że powyższy zarzut jest bezzasadny i jak pozostałe zarzuty opiera się na błędnych lub bezpodstawnych założeniach poczynionych przez Odwołującego w ciemno.

Zarzut nieuwzględnienia w cenie oferty ryzyk związanych z niedotrzymaniem terminu zestawienia całej sieci, poza zaprezentowaniem możliwych według Odwołującego dla różnych sposobów realizacji łączy harmonogramów, wręcz ogranicza się jedynie do zasygnalizowania ewentualnych kosztów z tytułu kar umownych. Żadnych postanowień umowy dotyczących tych kar, a tym bardziej oszacowania ich wysokości w kontekście przedstawionych harmonogramów, w odwołaniu nie przedstawiono.

Również w tym przypadku należy stwierdzić, że tak sformułowany zarzut, z uwagi na ogólnikowy charakter, a w konsekwencji niewykazanie nawet potencjalnego wpływu na cenę Konsorcjum T-Mobile, nie mógł zostać uznany za zasadny. Ponadto z wyjaśnień i pisma Przystępującego {w tym załączników nr 5a i 5b} wynika, że harmonogramy realizacji łączy stosowane przez Odwołującego nie są adekwatne dla Przystępującego, który wypracował w tym zakresie rozwiązania organizacyjne umożliwiające w tym zakresie optymalizację.

Zarzut nieuwzględnienia w cenie oferty kosztu świadczenia usługi w technologii radiowej, w pierwszej kolejności polega na ogólnym stwierdzeniu, że w przy większych odległościach pomiędzy lokalizacjami klienta a węzłami operatora telekomunikacyjnego zestawienie łączy radiowego wymaga większej liczby przęseł, a *(każde kolejne przęsło praktycznie podwaja koszty) oraz podwyższa zawodność rozwiązania* {ostatnie zdanie z 4 akapitu na str. 9 odwołania}. Po drugie – w odwołaniu podniesiono, że – jak to określono – niebagatelne w przypadku takiego łączy są koszty: uzyskania pozwoleń formalnoprawnych, w tym związanych z wymogami Prawa budowlanego oraz na korzystanie z częstotliwości radiowych w paśmie koncesjonowanym, pozyskania infrastruktury niezbędnej do montażu urządzeń radiowych. W tym kontekście według odwołania wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum T-Mobile powinny zawierać składniki nr 1, 2 i 3 z przytoczonego powyżej wypunktowania {zamieszczonego na str. 15 odwołania}, co sprowadza się do powtórzenia tych samych okoliczności, z tą różnicą, że zaakcentowano dodatkowo konieczność

potwierdzenia posiadania urządzeń nadawczo-odbiorczych o odpowiednich parametrach i uwzględnienia ich amortyzacji oraz kosztów serwisu i utrzymania.

Także w tym przypadku należy stwierdzić, że tak sformułowany zarzut, z uwagi na ogólnikowy charakter, a w konsekwencji niewykazanie nawet potencjalnego wpływu na cenę Konsorcjum T-Mobile, nie mógł zostać uznany za zasadny. W wyjaśnieniach koszt realizacji łączy radiowych został zarówno wyjaśniony, jak i poparty stosownymi dowodami.

Odnosząc się bezpośrednio do postulowanej w odwołaniu {w przytoczonych powyżej wypunktowaniach} zawartości wyjaśnień Konsorcjum T-Mobile, stwierdzić należy, że ani z przepisów ustawy pzp, ani z treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego w tym postępowaniu nie wynika, aby był to jedyny słuszny wzorzec dla wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nie sposób nie zauważyć, że sam Odwołujący postulowanych w odwołaniu składników nie zawarł w swoich wyjaśnieniach jako szczegółowej kalkulacji z załączeniem stosownych dowodów, gdyż polega to raczej na uszczegółowionym oświadczeniu, że odpowiednie elementy zostały uwzględnione. Podobnie zarzucane Konsorcjum T-Mobile braki skalkulowania w ofercie elementów wpływających na koszty, w wyjaśnieniach Konsorcjum Exatel nie polegają na szczegółowych wyliczeniach, a na oświadczeniu, że te elementy zostały uwzględnione i odesłaniu w zbiorczej tabeli kalkulacji do poszczególnych liter wypunktowania. Izba zważyła, że w toku postępowania odwoławczego Przystępujący dokonał przyporządkowania elementów kosztowych wskazywanych w odwołaniu do kalkulacji załączonej do wyjaśnień złożonych Zamawiającemu. Nie wymagało to ich uzupełnienia, ale wyłącznie argumentacyjnego odniesienia się do stanowiska wyartykułowanego w odwołaniu.

Reasumując, Izba zważyła, że Konsorcjum T-Mobile składając wyjaśnienia odwołało się przede wszystkim do dwóch czynników wymienionych w art. 90 ust. 1 pkt 1 tj. wybranego rozwiązania technicznego oraz wyjątkowo sprzyjających mu warunków wykonania zamówienia. W ocenie Izby dla wskazanych w wyjaśnieniach wybranych rozwiązań technicznych koszty uruchomienia usługi MPLS dla ARMiR zostały oparte o realnie oszacowane koszty, z uwzględnieniem stanu własnej infrastruktury i koniecznych nakładów inwestycyjnych lub opłat, w wysokości odzwierciedlającej uzyskane oferty dotyczące wykonania lub udostępnienia łączy dostępowych i dostaw sprzętu, co zostało udowodnione wyjaśnieniami z 10 lipca 2015 r., które zawierały w szczególności kalkulację wraz z załączonymi dowodami. W analogiczny sposób w wyjaśnieniach tych wykazano koszty związane ze świadczeniem usługi MPLS dla ARMiR w okresie 36 miesięcy. Wyjaśnienia złożone Zamawiającemu zostały podtrzymane w toku postępowania odwoławczego przez Przystępującego, który ponadto przedstawił dodatkowe dowody na potwierdzenie dostępnej mu infrastruktury {załączniki nr: 1a - 1c, 2, 4a - 4b do pisma z 17 sierpnia 2015 r.}. Ponadto

Izba stwierdziła, że przyjęte rozwiązania techniczne zostały oparte o inne założenia niż przyjęte w odwołaniu, w szczególności wynikające z wyjątkowo sprzyjającego Konsorcjum T-Mobile połączenia potencjałów T-Mobile i Netii, a także uzyskanych ofert dostawców i podwykonawców. W ocenie Izby przedstawione przez Przystępującego stanowisko wraz z dowodami wskazują, że stanowisko Odwołującego i zgłoszone przez niego dowody służą wykazaniu odmiennych założeń kalkulacji ceny oferty, w tym wysokości i rozkładu kosztów, niż te, na których faktycznie oparta była oferta złożona przez Konsorcjum T-Mobile. Tym samym stanowisko Odwołującego i przedstawione przez niego dowody nie mogły być uznane za wykazujące, że zaoferowana przez Konsorcjum T-Mobile cena jest rażąco niska. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 czy art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż Zamawiający prawidłowo ocenił otrzymane od Konsorcjum T-Mobile wyjaśnienia jako wykazujące, że złożona przez nie oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

II. zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne {niż oczywiste pisarskie i rachunkowe} omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności. Natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy,

jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Wskazać należy również, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Wydaje się, że powyższe rozumienie zakresu zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jest również podzielane przez Odwołującego, który sam w odwołaniu powołał się na to, że w wyroku z 2 marca 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, co następuje. *Oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu; ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.*

Uzasadnienie odwołania konkretyzuje trzy odrębne zarzuty niezgodności oferty Konsorcjum T-Mobile z treścią s.i.w.z.:

- 1) zarzut, że realizacja przedmiotu zamówienia na bazie usługi hurtowej Orange BSA nie gwarantuje wielkości pasma oraz parametrów jakościowych (wymieniono RTD, PLR, jitter) określonych w s.i.w.z.;
- 2) zarzut, że usługa LLU nie gwarantuje spełnienia wymagań SLA określonych w s.i.w.z. z uwagi na czas usunięcia awarii {w tym zakresie podniesiono tożsame okoliczności, jak na potrzeby zarzutu kwalifikowanego uprzednio jako naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp};
- 3) zarzut, że realizacja sieci WAN na warunkach określonych w SIWZ nie jest możliwa w 120 dni, w tym nie jest możliwe zestawienie wszystkich łączy w 60 dni od zatwierdzenia projektu technicznego {w tym zakresie również podniesiono tożsame okoliczności, jak na potrzeby zarzutu kwalifikowanego uprzednio jako naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp}.

Abstrahując od bezprzedmiotowości pierwszego zarzutu, pierwsze dwa zarzuty

należy uznać za bezzasadne, gdyż treść oferty Konsorcjum T-Mobile, która – tak jak i oferta Konsorcjum Exatel – zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego sprowadza się do sprecyzowania, po pierwsze – ceny oferty w zakresie wynikającym z tabel 1 i 2 formularza ofertowego, po drugie – terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, po trzecie – terminu rozpoczęcia świadczenia usługi dla przenoszonej lub nowej lokalizacji, a poza tym złożenia ogólnych oświadczeń potwierdzających zapoznanie się z treścią s.i.w.z. oraz ujęcie w cenie oferty wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający nie wymagał sprecyzowania w ofercie, a Konsorcjum T-Mobile z własnej inicjatywy tego również nie uczyniło, jakichkolwiek szczegółów technicznych co do sposobu realizacji usługi. Zarzuty odwołania nie mają zatem żadnego punktu zaczepienia w pisemnej treści oświadczenia woli złożonego przez Konsorcjum T-Mobile, co jest warunkiem koniecznym, aby w ogóle rozważyć zaistnienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Podnoszenie niemożliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. w sytuacji, gdy zamawiający nie wymagał w ofercie sprecyzowania sposobu realizacji zamówienia, polegając w tym zakresie wyłącznie na ogólnym oświadczeniu wykonawcy, nie mieści się w opisanym powyżej zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Ponadto zdaniem składu orzekającego Izby co do zasady nie można zarzutu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. oprzeć na treści wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Stanowisko takie zostało już uprzednio wyrażone przez Izbę w wyroku z 25 czerwca 2015 r. (sygn. akt KIO 1099/15).

Z kolei drugi i trzeci zarzut są bezzasadne, gdyż w rzeczywistości nie identyfikują żadnej konkretnej treści s.i.w.z., z którą miałyby być niezgodna oferta, co również jest warunkiem koniecznym dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że s.i.w.z. nie zawiera postanowienia wykluczającego korzystanie na potrzeby realizacji zamówienia z usługi LLU. Na marginesie należy zauważyć, że z uwagi na pozycję Orange Polska na rynku wprowadzenie takiego postanowienia byłoby nieracjonalne, gdyż w praktyce znacząco ograniczałoby konkurencję w postępowaniu.

Izba zważyła również, że § 10 wzoru umowy z jednej strony zobowiązuje wykonawcę do zapewnienia parametrów SLA m.in. co do maksymalnego czasu trwania awarii lub usterki w przyjętym okresie rozliczeniowym, z drugiej strony wprost przewiduje w razie jego przekroczenia mechanizm kar umownych, które pomniejszają wysokość wynagrodzenia. Wynika z tego, że niedotrzymanie parametrów SLA w tym zakresie stanowi ryzyko, którego realne wystąpienie jest zakładane przy świadczeniu usługi.

Niezależnie od powyższego w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że wykorzystanie LLU musi oznaczać niedotrzymanie parametru SLA maksymalnie 8-godzinne czasu awarii

w skali miesiąca. Jak trafnie zauważył Zamawiający, już z treści odwołania wynika, że nie jest wykluczone zapewnienie usunięcia awarii na warunkach korzystniejszych niż w tzw. komercyjnej ofercie Orange Hurt, co najwyżej może to kosztować i wymagać uprzedniego sprawdzenia. Przede wszystkim Odwołujący nie przedstawił żadnych danych co do prawdopodobieństwa występowania awarii udostępnianego odcinka kabla miedzianego, czyli *de facto* fizycznego uszkodzenia tego pasywnego elementu infrastruktury telekomunikacyjnej. Izba dała bowiem wiarę Przystępującemu, który wyjaśnił, że w ramach korzystania z LLU dzierżawi jedynie odcinek kabla miedzianego pomiędzy własnym węzłem a abonentem, natomiast wszystkie urządzenia aktywne należą do niego jako operatora świadczącego usługę. W tym sensie ma pełną kontrolę nad jakością sygnału transmitowanego z wykorzystaniem lokalnej pętli abonenckiej należącej do Orange, z wyjątkiem fizycznego uszkodzenia tego elementu infrastruktury telekomunikacyjnej.

Z kolei zaoferowanie przez Konsorcjum T-Mobile 120-dniowego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego od dnia zawarcia umowy, w takim samym stopniu jak zaoferowanie w tym zakresie przez Konsorcjum Exatel 150-dniowego terminu, odpowiada postanowieniu zawartemu w rozdziale XIII pkt 1 ppkt 3 s.i.w.z., z którego wynika że dopuszczalne jest zaoferowanie jednego z tych dwóch terminów, przy czym Zamawiający preferuje krótszy termin, gdyż w takim przypadku wykonawca miał otrzymać punkt w tym kryterium oceny ofert. Jednocześnie zgodnie z uwagą 3 zamieszczoną w rozdziale XIII pkt 1 s.i.w.z. zaoferowanie terminu 120-dniowego powoduje odpowiednie skrócenie o 30 dni terminów etapów pośrednich określonych w § 5 ust. 2 – z 90 na 60 dni i § 5 ust. 3 – ze 120 na 90 dni.

Ponieważ z odwołania wynika, że Odwołujący jest świadomy istnienia i treści postanowień zawartych w pkt 1 rozdziału XIII s.i.w.z., tym bardziej niezrozumiałe jest dla składu orzekającego na czym opiera swój zarzut. W każdym razie okoliczności podnoszone w odwołaniu, w tym prezentowane scenariusze harmonogramów zestawiania łączy, są bezprzedmiotowe w kontekście zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. W tym zakresie skład orzekający podziela stanowisko Przystępującego, że właściwym etapem do kwestionowania wprowadzenia w s.i.w.z., a wręcz preferowania przez Zamawiającego, 120-dniowego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, jako niemożliwego do dotrzymania lub naruszającego uczciwą konkurencję, było wniesienie odwołania od postanowień s.i.w.z. Natomiast obecnie nie jest dopuszczalne formułowanie powyższego zarzutu w stosunku do oferty Konsorcjum T-Mobile, która zawiera treść jednoznacznie zgodną z treścią SIWZ. Co do zasady nie mieści się w ramach kognicji Izby orzekanie co do zgodności przyszłego wykonywania zamówienia zgodnie z deklaracją zawartą w ofercie wykonawcy, gdy jest ona zgodna z treścią SIWZ.

Z powyższych względów zgłoszone przez Odwołującego na rozprawie dowody w postaci trzech pozwoleń radiowych wydanych przez Prezesa UKE dla Orange nic nie wnoszą do sprawy.

W odniesieniu do wszystkich powyższych zarzutów adekwatna jest teza zaczerpnięta z uzasadnienia wyroku Izby z 8 sierpnia 2013 r. (sygn. KIO 1749/13): *Podkreślenia wymaga, że Izba ocenia odwołanie w granicach jego zarzutów, w tym miejscu co do zgodności treści oferty z treścią siwz, natomiast przewidywania co do rzeczywistych możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, w istocie wykraczające poza wymogi postawione na etapie przygotowania ofert i ich kompletności, w świetle warunków specyfikacji, wykraczają poza kognicję Izby.*

III. zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp

Art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to tzw. klauzula generalna, do której można się odwołać, jeżeli dane zachowanie nie wypełnia znamion żadnego ze stypizowanych w dalszych przepisach uznk czynów nieuczciwej konkurencji. Art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk wyszczególnia jako czyn nieuczciwej konkurencji utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Uzasadnienie odwołania konkretyzuje trzy zarzuty co do złożenia przez Konsorcjum T-Mobile oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji:

- 1) zarzut zaoferowania ceny rażąco niskiej, będącej jednocześnie ceną poniżej kosztów (art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk);
- 2) zarzut zaoferowania terminu rozpoczęcia świadczenia usług we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego w terminie 120 dni, a tym samym zakładającego zobowiązanie do zestawienia całej sieci (344 łączy do 327 lokalizacji) w terminie 60 dni;
- 4) zarzut zmanipulowania oferty nakierowanego na bezpodstawne uzyskanie większej liczby punktów w ramach kryteriów oceny ofert odnoszących się do ceny i terminu

uruchomienia usług we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego.

Wyszczególnione w odwołaniu dwa pierwsze zarzuty, że złożenie przez Konsorcjum T-Mobile oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w myśl przywołanych powyżej przepisów należy uznać za niezasadne, gdyż zaistnienie tych czynów wywiedzione zostało ze złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub zaoferowania terminu realizacji zamówienia niezgodnego z s.i.w.z., które to zarzuty nie znalazły potwierdzenia.

Odwołujący nawet nie zadał sobie trudu zidentyfikowania dobrych obyczajów, które miałyby zostać naruszone przez Konsorcjum T-Mobile. Natomiast błędnie zdaje się utożsamiać sam fakt złożenia konkurencyjnej oferty w stosunku do złożonej przez siebie za naruszenie dobrych obyczajów.

W kontekście czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, nie została ponadto wykazana żadna z dwóch pozostałych przesłanek. Nie wiadomo na czym miałyby polegać w tym przypadku utrudnianie dostępu do rynku, gdyż w odwołaniu zostało to utożsamione z okolicznościami dotyczącymi przesłanki zaoferowania usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. Z kolei w ogóle umknęła uwadze Odwołującego przesłanka działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców, do której nawet nie próbował się odnieść.

Trzeci z wyszczególnionych w odwołaniu zarzutów w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp stanowi z kolei mechaniczną próbę wpasowania się pod zacytowane w uzasadnieniu odwołania orzeczenia Izby, które zapadły w zupełnie odmiennych okolicznościach, bez zrozumienia istoty manipulacji kryteriami. Odwołujący zdaje się utożsamiać manipulację kryteriami z samym faktem złożenia przez konkurenta oferty z niższą ceną i z krótszym terminem rozpoczęcia świadczenia usług, czyli oferty korzystniejszej w świetle przyjętych w s.i.w.z. kryteriów oceny ofert. Jednakże w tym postępowaniu cena stanowiła jednolite kryterium oceny ofert, tzn. nie przyznawano odrębnie punktów za ceny częściowe dotyczące poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, a zatem nie ma żadnego pola do manipulacji w celu uzyskania wyższej punktacji. Z kolei w ramach kryterium terminu rozpoczęcia świadczenia usługi były tylko dwie dokładnie sprecyzowane opcje do wyboru, a ponadto wybranie krótszego terminu dawało tylko jeden punkt przewagi, co również nie stwarzało okazji do jakichkolwiek manipulacji, o których mowa w orzecznictwie Izby na tle kryteriów oceny ofert ukształtowanych w zupełnie odmienny sposób.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady

Sygn. akt KIO 1637/15

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 tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: