

Sygn. akt XXIII Ga 312/15

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 kwietnia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Andrzej Sobieszczański
Sędziowie:	SO Jolanta Stępień - Kordiał (spr.) SO Bernard Litwiniec
Protokolant:	Adrian Barczyk

po rozpoznaniu w dniu 15 kwietnia 2015r.

na rozprawie

sprawy ze skargi (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko zamawiającemu : (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W.

z udziałem po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne (...) spółki akcyjnej z siedzibą w (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 23/15

1. oddała skargę,
2. zasądza od (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 1800,- zł (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego,
3. zasądza od (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne tj. (...) spółki akcyjnej z siedzibą w (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. po 900,- zł (dziewięćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

XXIII Ga 312/15

UZASADNIENIE

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

W dniu 23 grudnia 2014r. zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców o wyniku postępowania i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W..

W dniu 2 stycznia 2015r. odwołujący - (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. wniosła pisemne odwołanie. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 stycznia 2015r. drogą elektroniczną. Odwołujący oświadczył, iż jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia N. S.,A. - (...) Sp. z o.o. podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadto, zamawiający zaniechał czynności ujawnienia pełnej treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez wykonawców (...), z uwagi na okoliczność, iż wyjaśnienia te nie zawierają informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co wynika z faktu niewykazania przez wykonawców (...) istnienia przesłanek skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

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

1. art. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm. - dalej ustawy), przez nieuprawnione ograniczenie przez zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem, tj. części wyjaśnień złożonych przez wykonawców (...) dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy wykonawcy ci nie wykazali należycie istnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniach, jako mających charakter tajemnicy przedsiębiorstwa,

2. art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, przez nieprawidłową ocenę przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez wykonawców (...),

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców (...), jako zawierającej rażąco niską cenę,

oraz z ostrożności procesowej:

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców (...), jako oferty zakładającej realizację zamówienia w sposób niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”). szczególnie w zakresie łączy dostępowych (ich parametrów jakościowych),

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym:

a) ujawnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców (...) dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ,

b) odrzucenia oferty wykonawców (...) jako zawierającej rażąco niską cenę,

c) odrzucenia oferty wykonawców (...), jako oferty zakładającej realizację zamówienia w sposób niezgodny z treścią siwz,

3. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem odrzuconej oferty wykonawców (...).

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 29 stycznia 2015 r. po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę (...) S.A. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego (...) Spółka Akcyjna z (...) w W., przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (...) S.A. i (...) sp. z o.o. zgłaszających swój udział w sprawie po stronie zamawiającego oddaliła odwołanie w całości, kosztami postępowania obciążyła wykonawcę (...) S.A. i zasądziła od wykonawcy (...) S.A. na rzecz zamawiającego (...) S.A. zwrot kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

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

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

- (...) oferując cenę netto bez opcji 111 931 700,00zł., z opcją 147 972 200,00zł.

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

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

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

Izba wzięła pod uwagę oświadczenie przystępującego zawarte w piśmie przygotowawczym z dnia 19 stycznia 2015r., w którym przystępujący wskazał, że „Ponadto, zgodnie z wiedzą i doświadczeniem posiadanymi przez (...), wykorzystanie usług (...) nie uniemożliwia spełnienia wymagań w zakresie wielkości pasma i parametrów jakościowych łączy, jak również czasu usuwania awarii postawionych przez Zamawiającego w odniesieniu do kategorii T5-T6”. Zatem ustalenie dotyczące dopuszczalności zastosowania usługi BSA Izba ograniczyła jedynie dla tych łączy, bo przystępujący czyniąc powyższe stwierdzenie a contrario wskazał, że nie wdaje się w polemikę, co do dopuszczalności zastosowania tej usługi dla łączy T1-T4 - w tym zakresie zatem spór pomiędzy stroną, a uczestnikiem postępowania należało uznać za nieistniejący.

W punkcie 4 podpunkt 2.2. str. 6 (...) w ramach kluczowych cech uruchamianej usługi (...), zamawiający wymagał, żeby zestawiona usługa została mu udostępniona za pośrednictwem wskazanych z rodzaju portów dostępowych za pomocą wtyku (...) na urządzeniu wykonawcy - stwierdzenie to dotyczy łączy T1-T4. Natomiast warunki szczegółowe na dostawę łączy asymetrycznych dla kategorii T5-T6 (...) i T7 (Internet z IPSec) regulują postanowienia (...) na str. 7 pkt 5, gdzie zamawiający wskazał, że w lokalizacjach, w których wymagane jest łącze kategorii T5-T6, wykonawca dostarczy usługę (...) z łączem asymetrycznym, rozumianą jako usługa sieci prywatnej o charakterystyce funkcjonalnej zgodnej z (...) / (...) V. (...) (VPNs). Transmisja w ramach usługi (...) objęta będzie (...) w zakresie zarówno dostępności, jak i parametrów jakościowych dla zdefiniowanych klas ruchu. Zestawiona usługa zostanie zamawiającemu udostępniona za pomocą portów dostępowych 100 B.-T na urządzeniu CE wykonawcy przy pomocy wtyku (...), zaś w pkt. 6 (warunki na urządzenia CE) pkt. 2.1.2 zamawiający określił, że dla kategorii ruchu T5-T7 minimum 5 (...) oraz minimalna ilość wpisów w tablicy (...) oraz z QoS dla każdego (...). Dodatkowo w wymaganiach ogólnych pkt. 1 str. 3 (...) w pkt 2.2. zamawiający postanowił dla kategorii łączy T5-T7 usługi (...) łącze asymetryczne rozumiane jako usługa sieci prywatnej o charakterystyce funkcjonalnej zgodnej z (...). Transmisja w ramach usługi (...) objęta będzie (...) w zakresie zarówno dostępności jak i parametrów transmisyjnych dla zdefiniowanych klas ruchu. Zamawiający dopuścił dla tych kategorii możliwość uruchomienia łączy symetrycznych

jednak ich przepustowość nie może być niższa niż większa z wartości przepustowości dla łącza asymetrycznego dla danej kategorii łączy. Dalej z (...) punkt 13 str. 18 wynika, że gwarantowane są parametry jakościowe QoS dla dowolnej pary lokalizacji. Bonifikaty naliczane są na podstawie pomiaru parametrów jakości z lokalizacji POP. Zamawiający może dodatkowo badać zgodność parametrów jakości pomiędzy dwoma dowolnymi lokalizacjami w sieci (...) zamawiającego z wartościami parametrów (...). W punkcie 15.3 str. 19 wskazane jest 10 pakietów o dł. 64B w odstępach 20 ms, próbki wysyłane są co 5 min pomiędzy elementami sieci zarządzanymi przez wykonawcę (dla klasy V1) zastosowanie urządzeń w POP, generujących pakiety testujące wszystkie ruchowe parametry jakości usług (...) będą mierzone w jednym cyklu rozliczeniowym między wszystkimi punktami sieci zamawiającego, z których z punktem początkowym jest lokalizacji POP, a punktem docelowym jest dowolna lokalizacja, gdzie znajdują się router CE wykonawcy tzw. system „1 do wielu” (ang. one-to-many). S.. 20 i 21 pod tabelami 5, 6 i 7 bonifikata (...) = różnica (...) *miesięczna suma wynagrodzenia za usługi dla 2 lokalizacji połączonych ścieżką IP, dla danej klasy ruchu na której wystąpiło niedotrzymanie parametrów.

Z wyjaśnień treści siwz z dnia 30 października 2014r. wynika, że zamawiający posiada w lokalizacjach kategorii T5-T6 linie telefoniczne obsługiwane przez (...) SA oraz innych operatorów. Zamawiający przekazał listę numerów linii telefonicznych we wszystkich lokalizacjach jednocześnie informując, że nie jest możliwe przekazanie informacji, w jakiej technologii (kablowej lub radiowej) są świadczone usługi na tych liniach. Z informacji z zebrania wykonawców z dnia 7 listopada 2014r. załącznika nr 2 z odpowiedzi na pytanie 2 wynika, że zamawiający nie przewiduje wskazania Lokalizacji, w których z całą pewnością nie zostanie dopuszczona technologia radiowa, gdyż dopiero informacje przekazane przez wykonawcę na etapie realizacji umowy pozwolą określić, w których lokalizacjach nie ma warunków technicznych do zastosowania technologii radiowej, w technologii radiowej w paśmie koncesjonowanym punkt - punkt pracuje obecnie około 1,72% łączy, a w technologiach GSM 11,3% łączy. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 7 wskazał, że podstawą weryfikacji braku możliwości zastosowania technologii kablowej jest wykazanie przez wykonawcę obiektywnych przyczyn takiej niemożności, a zamawiający ma prawo zweryfikowania dowolnymi sposobami prawdziwości i wiarygodności informacji przekazanych przez wykonawcę. Również w odpowiedzi na pytanie 59 z dnia 6 listopada 2014r. zamawiający wskazywał na dopuszczalność technologii radiowej w sytuacji braku warunków technicznych do zastosowania technologii kablowej i nie przewidział bezwzględnego limitu zastosowania tej technologii w lokalizacjach. W odpowiedzi na pytanie 65 z 6 listopada 2014r. wskazał, że wykorzystanie łączy internetowych i IPsec jest dopuszczalne wyłącznie dla łączy kategorii T7, wyjaśnił także w odpowiedzi 67, że przez łącza bezprzewodowe rozumie wszystkie łącza radiowe z wyłączeniem radiolinii punkt-punkt w paśmie koncesjonowanym. Pomiędzy stronami nie był sporny fakt dopuszczania zaoferowania usługi w oparciu o łącza asymetryczne pod warunkiem zachowania wymaganych przez zamawiającego parametrów jakościowych.

Kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, ceny złożonych w postępowaniu ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej nie są sporne pomiędzy stronami. W ofercie (...) znajdują się na str. 6-10 znajduje się uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla części załączonych do oferty dokumentów, z którego wynika, że każda z firm wchodzących w skład konsorcjum posiada wdrożone procedury zmierzające do zachowania poufności między innymi informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa. Dostęp do systemów ograniczony jest do zdefiniowanej grupy pracowników, zabezpieczony loginem i hasłem. Pracownicy na mocy podpisanego „Oświadczenia o zachowaniu poufności” zobowiązani są do zachowania poufności m.in. w wyżej wymienionym zakresie. Ponadto strony zawarły umowę konsorcjum, zgodnie z którą zobowiązane są do zachowania w poufności wszelkich informacji uzyskanych o innej stronie podczas przygotowywania wniosku, oferty, wykonywania zamówienia i umowy z zamawiającym oraz w związku z inną współpracą stron przewidzianą w tej umowie lub będącą skutkiem jej zawarcia. Tezy te przystępujący poparł dowodami w piśmie z dnia 23 stycznia 2015r. składając wyciągi dotyczące klauzuli poufności w ramach umów z pracownikami każdego z członków oraz umów z innymi podmiotami. Na str. 79 - 83 oferty przystępującego znajdują się oświadczenia obu wykonawców o przynależności do grup kapitałowych i listy podmiotów wchodzących w skład tych grup. W dniu 12 grudnia 2014r. zamawiający wezwał (...) do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę wskazując, że zaoferowana w ofercie cena jest istotnie niższa od oferty złożonej przez odwołującego, a także od szacunkowej wartości zamówienia. W dniu 19 grudnia 2014r. (...) złożył wyjaśnienia, które częściowo zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W pkt

III tych wyjaśnień w części jawnej (...) złożyli oświadczenie o skalkulowaniu wszystkich kosztów zgodnie z siwz, w tym kosztów uruchomienia usług transmisji danych, świadczenia usług w całym okresie obowiązywania umowy, a także koszty zagwarantowania wymaganych parametrów (...), parametrów jakościowych oraz dostępności usług. Wskazał na orzecznictwo KIO dotyczące ceny rażąco niskiej np. wyrok z dnia 3 kwietnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 360/00, z dnia 30 lipca 2012r. sygn. akt Kio 1502/12, wyrok z dnia 5 sierpnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 952/09, z dnia 11 sierpnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 765/08, z dnia 27 czerwca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 587/08, z dnia 29 maja 2008r. sygn. akt KIO/UZP 466/08, z dnia 11 kwietnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 273/08, z dnia 9 kwietnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 257/08 i 258/08 z dnia 28 marca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 226/08, Sądu Okręgowego w Krakowie sygn. akt XII Ga 88/09. (...) kierował się rachunkiem kosztowym z załącznika nr 3 do odpowiedzi na wezwanie uwzględniając analizę aktualnych cen rynkowych. Cena obu ofert odbiega od szacunków zamawiającego, co oznacza, że obecnie zamawiana usługa jest na rynku tańsza niż w dacie szacowania wartości szacunkowej przez zamawiającego. Dla szacunku podstawą nie może być umowa zamawiającego z dotychczasowym dostawcą usług, gdyż nie była zawarta w postępowaniu konkurencyjnym. Wskazano na 9 postępowań z okresu 2011 - 2014 prezentując zaoferowane w nich ceny oraz stosunek tych cen do budżetu i stwierdzono, że z analizy tej wynika, że ceny na poziomie średnio 30% określonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia są powszechnym zjawiskiem w tym segmencie rynku i wykazują tendencję spadkową cen. (...) powołała kolejne przykłady orzecznictwa KIO wskazujące, że występuje spadek cen na tym rynku. Sama różnica w cenach nie powoduje, że dana oferta jest ofertą z ceną rażąco niską, w tym zakresie powołano wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014r. sygn. akt KIO 523/14.

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

Nadto (...) wskazali na dopuszczalność w świetle orzecznictwa i doktryny kilkakrotnego wzywania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy np. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 201 Or. sygn. akt V Ga 122/10, wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014r. sygn. akt KIO 586/14 i Informator UZP nr (...). W części wyjaśnień objętej przez (...) tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca powołał się na:

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

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

Izba ustaliła, że przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa były informacje o charakterze technologicznym - model realizacji przedmiotowego zamówienia oraz organizacyjnym w zakresie sposobu funkcjonowania obu członków konsorcjum w wyniku połączenia ich potencjałów i korzyści z tym związanych, a także korzyści z posiadanego przez każdego z członków zaplecza w postaci przynależności do grup kapitałowych (informacja o liście podmiotów

z grupy kapitałowej każdego z partnerów była informacją jawną w ofercie), uzyskanych ofert i związanych z nimi rabatów. Również dowody dołączone do wyjaśnień tj. kalkulacja kosztów - jako będąca wynikiem przyjętego modelu rozwiązania technologicznego w ocenie Izby zaliczona powinna być do informacji o charakterze technologicznym, gdyż jej ujawnienie prowadziłoby do możliwości ustalenia przyjętego modelu rozwiązania technologicznego, zaś załączona oferta ujawniałaby posiadany krąg kontrahentów, ceny za jakie przystępujący może uzyskać dane urzędnika lub usługi oraz udzielone rabaty, co w ocenie Izby mieści się w pojęciu informacji o charakterze organizacyjnym.

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

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

Z mapki sieci metropolitalnych firmy (...) wynika, że firma (...) posiada 31 metropolitalnych sieci światłowodowych i radiowych w 4 (...) w Polsce w G., K., K., P., W., W.. Obie mapy w ocenie Izby nie stanowią dowodu na to, że przystępujący dysponuje łącznie infrastrukturą jedynie w 149 miejscowościach. Z mapy N. nie można policzyć ilości miejscowości, zaś na mapie (...) nie ma miejscowości, a jedyną informacją jest informacja o posiadaniu sieci w w Polsce w G., K., K., P., W., W., brak jednak możliwości ustalenia, czy to jest pełen wykaz miejscowości dostępnych (...).

Według opracowania własnego odwołującego jest 149 miejscowości, gdzie N. i (...) posiadają własną strukturę telekomunikacyjną.

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

Z artykułu „Jeszcze większy zasięg (...)” na B. N. z dnia 23 listopada 2010r. wynika pełna lista miejscowości w jakich na datę sporządzenia artykułu N. posiada węzły (...). Z artykułu na blogu N. z dnia 15 grudnia 2011r. „Uwolniliśmy 700 central TP ((...)) - czas na podsumowanie” wynika, że w dacie sporządzenia artykułu N. wybudowała 700 węzłów (...), a średni koszt budowy jednego węzła wyniósł 168 tys.zł.

Izba oceniła powyższe dwa dowody jako mało wiarygodne, gdyż odnoszą się do stanu najpóźniej na dzień 15 grudnia 2011r., zatem nie na termin składania ofert, a odwołujący nie wykazał, że po tej dacie przystępujący nie uzyskał większej liczby (...). Z umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń hurtowego dostępu do sieci (...), dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych kolokacja dostępu do Infrastruktury (...) w zakresie S. (...) W. (...), M. (...) i Powierzchni (...) wynika, że opłaty dostępowe abonamentowe dla łączy abonenckiego aktywnego to koszt pełny do pętli 22,00, pełny do podpętli 16,77, współdzielony dla pętli i do podpętli 5,81, a dla łączy nieaktywnego pełny do pętli i współdzielony dla pętli 22,00 zaś pełny do podpętli i współdzielony do podpętli 16,77 (zł.), koszt opłaty dla poziomu dostępu (...) w technologii (...) o prędkości M. to 106,08zł.

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

Z informacji ze strony (...) „Informacje ogólne lit. F) wynika, że możliwe jest nabycie usługi (...). (...). (...): (...). (...) za cenę 22,29 zł. i usługi (...). (...). (...): (...). (...) za cenę 29,53zł.

Z oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków nie będących zakończeniami łączy i odcinków end-to-end wynika, że koszt oferty hurtowej (...) bez kosztów

instalacji dla przepływności 34M. do 50 km to 3940zł. miesięcznie, dla przepływności 155M. to do 50km - 7 576zł. miesięcznie.

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

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

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

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

Z ekspertyzy prywatnej dotyczącej rynkowej oceny uwarunkowań technicznych i kosztowych wykonania przedmiotu przetargu pod nazwą „Świadczenie usług operatora sieci rozległej (...) dla (...) SA" z dnia 18 stycznia 2015r. wynika, że zdaniem opiniującego

1. poprawna z punktu widzenia wymagań siwz oferta skalkulowana przez (...) powinna zakładać brak możliwości skorzystania z oferty hurtowej (...) za wyjątkiem (...), w takim przypadku oferowana cena za usługę powinna znacząco przekraczać 2,5 min zł./m-c, czyli być trzykrotnie wyższa niż zaoferowana,

2. przy wkalkulowaniu ryzyka ponoszenia kar umownych z tytułu braku (...) określonego w siwz i zbudowanie oferty w oparciu o hurtową ofertę (...) i tak oferta (...) jest zaniżona blisko dwukrotnie, przy niemożliwości spełnienia wymagań (...) określonych w siwz,

3. operator (...) nie dysponuje żadnymi szczególnymi warunkami, które mogłyby uzasadnić zdolność do zbudowania sieci będącej przedmiotem zamówienia za cenę zaproponowaną w ofercie. N. mimo dużego rozwoju sieci własnej cały czas ogranicza się głównie do inwestycji na terenach miejskich, zaś (...) posiada głównie sieć transmisyjną międzymiastową bez sieci ostatniej mili. Ani N., ani (...) nie posiadają własnej infrastruktury obejmującej swoim zasięgiem większość placówek (...). Konsorcjum (...) nie posiada żadnego gotowego potencjału z którego może skorzystać, aby jego oferta była szczególnie atrakcyjna. Cała usługa (...) wykonana przez (...) musi być oparta o infrastrukturę operatora (...) lub o nowe, budowane łącza

4. jakość narzucona w warunkach przetargowych przy założeniu stosowania 5x (...) i przy założeniach budowy transmisji asymetrycznych łączy 4/1 i 6/1 jest praktycznie niemożliwa do spełnienia. Taki niskie przepustowości łączy dla 5x (...) niosą ze sobą zbyt wiele zagrożeń mogących zdegradować lub całkowicie uniemożliwić korzystanie z usług sieciowych.

Z ekspertyzy Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i (...) wykonanej w dniu 17 stycznia 2015r. na zlecenie W. K. (1) wynika, że :

1. koszt budowy przyłącza telekomunikacyjnego światłowodowego waha się w przedziale 17 000 - 23 000zł. netto/km, amortyzacja łącza dedykowanego wynosi od 405 - 595zł., a niededykowanego od 71 do 96zł. miesięcznie,

2. koszt budowy łącza radiowego waha się od 15 000 - 25 000zł. netto, amortyzacja łącza wynosi od 357 - 595zł.,

3. koszt opłaty za kanał 2000zł./rok,

4. serwis utrzymaniowy ok. 42zł./m-c

5. koszt zakupu routerów (...) dla bardzo dużej przepustowości to 529zł./m-c, dużej przepustowości to 290zł./m-c, średnia przepustowość 206zł./m-c, podstawowa -28zł./m-c

6. całkowity szacowany koszt wdrożenia - 150 -240 tys. zł.

7. inne koszty utrzymania usługi (administratorzy, technicy, świadczenia pracownicze, energia, materiały, usługi telefoniczne, szkolenia to od 24740zł. - 29 688zł./m-c

8. koszty modyfikacji usługi w granicach 0-5%,

9. ogólne koszty techniczne w tym transmisja w sieci rdzeniowej operatora i koszty ogólne zarządzania - narzuty od 9,4-10,1%

10. marża 3,0-9,0%

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

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

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

Z oferty nr 7 wynika, że średni koszt budowy 1 km kabla światłowodowego w istniejącej kanalizacji to 40 tys. zł., zaś koszt kanalizacji z kablem to 75 tys. zł. Izba uznała fakty wynikające z powyższych ofert za wiarygodne.

Z raportu pokrycia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej istniejącą infrastrukturą telekomunikacyjną zrealizowanymi w 2012r. i planowanymi w 2013r. inwestycjami oraz budynkami umożliwiającymi kolokację wynika, że przy tworzeniu infrastruktury sieciowej co najmniej 70% środków inwestycyjnych pochłaniają koszty prac budowlanych i inżynierskich potrzebnych do poprowadzenia łączy przewodowych lub instalacji łączy bezprzewodowych i udział tych kosztów nie spada. Średni koszt wybudowania 1km światłowodu zrealizowanego w ramach inwestycji w 2012r. to ok. 37 tys., zaś planowanego w 2013r. to ok. 60 tys. zł. Informację o projekcie Sieć S. (...) oceniła jako nie nadającą się do ustalenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż z dokumentu nie wynika czym jest całkowita wartość projektu, czy jest to kwota jaka w poszczególnych projektach została zatwierdzona w ramach umowy o dofinansowanie, czy też jest to wartość oferty najkorzystniejszej uzyskanej w wyniku walki konkurencyjnej. Z zestawienia własnego wynika, że projekty są tańsze im dłuższy jest okres realizacji umowy, a rok 2014 wykazał

spadek cen za realizację przedmiotu zamówienia w stosunku do roku 2013 przy jednoczesnym stałym wzroście liczby lokalizacji.

Z oświadczenia dyrektorów odwołującego stanowiących stanowisko strony wynika, że usługi (...) nie gwarantują stałej w czasie prędkości transmisji, choć mają wyższy priorytet (nrt - (...) w sieci (...) i C2 w sieci E.) w stosunku do usługi (...) i jej odpowiednika w ramach oferty (...). Usługi (...) nie umożliwiają gwarancji parametrów jakościowych, ani przyporządkowania wielu wirtualnych kanałów (VC) jednemu łączu abonenckiemu (czego konsekwencją jest brak możliwości wykreowania na bazie ww usługi wielu VRFów). Izba ustaliła, że stanowisko to pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem odwołującego zawartym na str. 37 -38 opinii W. K. (1), który nie widzi trudności w konfiguracji w każdym oddziale 5xVRF, wskazując jedynie, że otrzymany wówczas upload będzie się kształtował na poziomie 200 kbps. W tym zakresie Izba oceniła, że stanowisko odwołującego w tej części jest niewiarygodne i wewnętrznie sprzeczne.

Z wydruku z prekwalfikacji dla usług transmisji danych wynika, że dla obiektu łoniów (...) przepływność stała dała wynik pozytywny dla 4 usług świadczonych w ramach (...) i (...) 2+, a przepływność zmienna dla 2 dla usług świadczonych w ramach (...) i (...) +

Wyniki badań GUS - gospodarstwa domowe w 2011 roku - wyniki spisu ludności i mieszkań 2011 Izba pominęła uznając, że dane te nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Z ulotki N. Wiodący operator telekomunikacyjny w Polsce Listopad 2014r wynika, że usługi świadczone przez dwie dywizje komercyjne B2B i B2C obsługiwane są przez tę samą infrastrukturę technologiczną i funkcje wsparcia 2,4 min usług, w tym 1 372 tys. stacjonarnych usług głosowych i 806 tys. stacjonarnych usług szerokopasmowych na koniec III kw. 2014r., 11,8% udział w rynku stacjonarnych usług szerokopasmowych i 17,8% udział w rynku stacjonarnych usług głosowych, blisko 3 mln gospodarstw domowych w zasięgu własnej sieci (~21% gospodarstw domowych ogółem), kolejne 11 mln gospodarstw domowych w zasięgu usług oferowanych na bazie dostępu regulowanego, 8,4 tys. km sieci szkieletowej i ok. 16 tys. km sieci miejskich zlokalizowanych na terenie całego kraju, synergiczne aktywa sieciowe umożliwiają świadczenie usług zarówno typu B2C jak i B2B. W ulotce pokazano podłączone budynki biurowe w 10 największych polskich miastach z uwzględnieniem własnej sieci światłowodowej N., własnej sieci N. opartej o inne technologie i dzierżawione w obcej sieci. Ogólnie w tych 10 miastach poziom podłączonych budynków we własnej sieci 72,3% i lokalizacji biznesowych 792. W ramach głównych inicjatyw i projektów N. w ostatnich 6 latach w ulotce wskazano m. in. aktywizację (...) oraz rozszerzenie zasięgu sieci NgA do około 1,7 mln gospodarstw domowych. Z artykułu (...) SA ogłasza wyniki za III kwartał 2014r. wynika, że w III kwartale 2014r. liczba portów w tysiącach w ramach poszczególnych oferowanych technologii wynosiła 389,5 dla xDSL, (...), H., (...) we własnej sieci, w tym tradycyjne sieci ((...), (...), (...), H.) 283,6, nabyte spółki ethernetowe - 105,9, oraz 13,4 - W. Internet, 156,4 - (...), 246,9 - (...), liczba linii głosowych we własnej sieci 643,2, w tym wąskopasmowy dostęp radiowy - 49,9, (...) przez IP - 111,0.

Z mapek dla G., S., G., P., K., W., K., W. wynika zasięg sieci (...) w tych miastach ilość metrów sieci oraz ilość budynków - brak informacji na temat źródła pochodzenia mapek.

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

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

Przystępujący do pisma przygotowawczego z dnia 23 stycznia 2015r. załączył dowody w większości stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd okoliczności faktyczne wynikające z tych dowodów nie będą przytaczane, a Izba ograniczy się podobnie jak w przypadku dowodów złożonych przez odwołującego i objętych jego tajemnicą jedynie do dokonanych przez Izbę ustaleń związanych z postawionymi zarzutami: Z ofert wykorzystania łączy innych operatorów niż O. pochodzących z listopada 2014r. załączniki 1 a i 1b do pisma wynika, że możliwe jest wykorzystanie łączy w kategoriach T4-T6 za cenę ok. 250zł. netto plus 1zł. aktywacja.

Z (...) sp. z o.o. wynika, że jego jedynym udziałowcem jest (...) SA.

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

Z Mapy - załącznik 4 z zaznaczonym zasięgiem sieci N. w K. - wynika, gdzie N. w tym mieście ma sieć koncentryczną, miedzianą i światłowodową. Z załącznika nr 5 - wydruku dotyczącego właściciela domeny wynika, że właścicielem domeny (...) jest M. S.(...)e.

Z załącznika nr 6 wynika, że dane na stronie (...) mają charakter ogólnoinformacyjny bez gwarancji co do ich treści.

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

Załącznik nr 8 - mapa Polski ze wskazaniem sieci N. w tym węzłów (...). Izba uznała ten dowód za przedstawienie graficzne przebiegu całości infrastruktury dostępnej N. bez konieczności rozbudowy, jednak podane poniżej mapy dane liczbowe Izba przyjęła jako stanowisko przystępującego, gdyż z graficznej prezentacji takie dane nie wynikają. Załącznik nr 9 - mapa Polski z zaznaczeniem powiatów, w których N. ma już zawarte umowy ramowe z lokalnymi operatorami wraz z listą dostawców usług, z dowodów tych wynika prezentacja graficzna obszarów Polski, z które mogą się z mocy umów ramowych znaleźć w zasięgu tego operatora, zaś lista określa obszar działania operatora lokalnego z wyszczególnieniem powiatów podaniem nazwy operatora oraz rodzaju wykorzystywanej przez tego operatora technologii.

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

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

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

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

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

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

Załącznik nr 16 zawiera stanowisko przystępującego, co do tego jakie koszty uwzględnił w ramach kosztów dodatkowych, a jakie spośród wymienionych przez odwołującego w odwołaniu uznał za zbędne z uwagi na zakładany sposób realizacji usługi. Załącznik nr 19 stanowi opinia sporządzona na zlecenie przystępującego pochodząca od Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i (...), która została potraktowana jako stanowisko własne strony, które w oparciu o załączone wcześniej dowody, stwierdza że cena oferty przystępującego została skalkulowana prawidłowo co do przyjętej metodyki, rozwiązanie techniczne jest możliwe do wykonania i spełnia wymagania siwz, załączona do wyjaśnień kalkulacja uwzględnia wszystkie konieczne elementy wyceny zgodnie z przyjętym modelem i sposobem świadczenia usług, wartości kosztów w poszczególnych pozycjach są realne i wiarygodne, nałożona marża godziwa i pozwala na pokrycie ewentualnych kosztów dodatkowych i ryzyk.

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

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

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

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

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

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

W załączniku nr 25 przystępujący przedstawił czy i gdzie ewentualnie rozważał możliwość zastosowania łączy (...) jest to stanowisko przystępującego. Do załącznika tego złożono oświadczenie członka zarządu firmy (...) (o czym mówił sam przystępujący w toku rozprawy - zatem taka informacja nie ujawnia tajemnicy jego przedsiębiorstwa) co

do tego czy są świadczone usługi w oparciu o zestawione łącza (...) i jakie osiągane są parametry jakościowe tych usług w zakresie (...), jitter i (...). Do oświadczenia załączono wykresy obrazujące zachowanie danych podanych w oświadczeniu, załączono także dokument potwierdzający możliwość należytego wykonania usług w oparciu o usługę (...) na warunkach podobnych jak opisane w siwz. Dołączono także statystyki dotyczące QoS usług świadczonych w oparciu o usługę (...).

Izba uznała, że te dokumenty stanowią wiarygodne dowody potwierdzające tezę zamawiającego i przystępującego, że możliwe jest osiągnięcie parametrów QoS w oparciu o usługę (...). Sam odwołujący kategorycznie temu nie przeczy zakładając możliwość rozwiązań sprzętowych jak również wskazując na teoretyczną możliwość zastosowania tej usługi, tym samym, w ocenie Izby odwołujący nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, że oparcie usługi dla zamawiającego dla kategorii łącznych innych niż T1-T4 o usługę (...) przy wykorzystaniu w ramach (...) oferty w zakresie pilotażowego świadczenia usługi (...) dla usługi (...) oraz usługi (...), zaś w zakresie QoS w oparciu o routery CE. Przystępujący w ramach dowodów załączonych do wyjaśnień załączył ofertę w zakresie kosztów zakupu takich urządzeń.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy. Uznała, że nie zachodzi którakolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

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

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ustawy przez nieuprawnione ograniczenie przez zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem, tj. części wyjaśnień złożonych przez wykonawców (...) dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy wykonawcy ci nie wykazali należyte istnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji zawartych w wyjaśnieniach, jako mających charakter tajemnicy przedsiębiorstwa nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, jednak w ust. 3 tegoż przepisu zawarty jest wyjątek od tej zasady stanowiący, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. z późn. zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Izbę na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego informacje zastrzeżone przez przystępującego są informacjami o charakterze technologicznym i organizacyjnym oraz przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, stąd należało uznać, że stanowią one jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, a tym samym nie podlegały ujawnieniu zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy. W konsekwencji zamawiający nie popełnił błędu w ocenie złożonych wyjaśnień w zakresie odmowy ujawnienia ich zastrzeżonej części, który naruszałby treść art. 8 ust. 1 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, przez nieprawidłową ocenę przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez wykonawców (...) również nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność

projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Przystępujący składając wyjaśnienia odwołał się przede wszystkim do dwóch wymienionych w tym przepisie czynników tj. wybranego rozwiązania technicznego oraz wyjątkowo sprzyjających mu warunków wykonania zamówienia. W ocenie Izby wskazane w wyjaśnieniach wybrane rozwiązania techniczne oraz związane z nimi koszty zostały oparte o realne uzyskane przez przystępującego oferty, co zostało przez przystępującego udowodnione dowodami dołączonymi do pisma z dnia 23 stycznia 2015r. stanowiącymi załączniki 14a-f i 15, nadto przyjęte rozwiązania techniczne oparte były o inne założenia niż wykazywane przez odwołującego w odwołaniu, w szczególności wynikające z wyjątkowo sprzyjającego wykonawcy połączenia potencjałów obu partnerów i możliwości korzystania przez nich z potencjałów ich grup kapitałowych, a także uzyskanych ofert w ramach umów ramowych z lokalnymi operatorami. Przedłożone listy dostępnych lokalizacji własnych, lokalizacji udostępnianych w ramach potencjału grupy kapitałowej, czy w ramach ofert innych operatorów potwierdzają w ocenie Izby, iż przyjęta przez odwołującego w kalkulacji infrastruktura sieciowa dostępna przystępującemu nie uwzględniała tych okoliczności i tym samym nie służyła udowodnieniu okoliczności, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Przystępujący przedstawił także dowody dotyczące kosztów korzystania z sieci innych niż odwołujący operatorów. W ocenie Izby zatem ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że dowody przedstawione przez odwołującego służą wykazaniu innych założeń kalkulacji ceny ofertowej przystępującego niż te, z których korzystał przystępujący, a także innej wysokości i rozkładu kosztów. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 ustawy przez niewłaściwą ocenę złożonych wyjaśnień.

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

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

Również podniesiony z ostrożności procesowej zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców (...), jako oferty zakładającej realizację zamówienia w sposób niezgodny z treścią siwz szczególnie w zakresie łączy dostępowych (ich parametrów jakościowych) w ocenie Izby nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Bezsporne pomiędzy stronami było to, że zamawiający nie narzucił technologii łączy T5-T6, na jakich mają być świadczone dla zamawiającego usługi. Generalnie zakładał łącza asymetryczne, ale dopuszczał możliwość łączy symetrycznych, jak również udostępnił wykonawcom informację, co do tego jakie linie telefoniczne w tym zakresie posiada we wszystkich lokalizacjach bez określenia technologii w jakich zostały udostępnione. Jednocześnie również ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na cenę przystępujący nie wskazał wprost, że zamierza zbudować infrastrukturę niezbędną do świadczenia usługi w oparciu o usługę (...), a z pisma z dnia 19 stycznia 2015r. wynika, że wskazywał na zgodność z przedmiotem zamówienia zastosowania takiego rozwiązania w zakresie kategorii T5-T6. Jednocześnie Izba ustaliła, że odwołujący zarzut oparł w całości o założenie, że przystępujący zamierza zastosować tę usługę dla łączy T4-T6, jednak w zakresie swoich twierdzeń nie przedstawił poza stanowiskiem własnym dowodów. Nadto to stanowisko w części jest wewnętrznie sprzeczne, co do możliwości przyporządkowania wielu wirtualnych kanałów (VC) jednemu łączu abonenckiemu (tj. możliwości wykreowania na bazie ww usługi wymaganych 5x VRFów).

Stwierdzenia odwołującego odnośnie braku zachowania parametrów jakościowych nie są jednoznacznie kategoriyczne, jak choćby „(...) operator realizujący tak usługę może zakładać, że w większości czasu parametry transmisyjne, mimo braku gwarancji, będą zachowane (...)” - str. 20 opinii W. K. (1). Izba stwierdziła natomiast, że przystępujący przedstawił wydruki z monitoringu w zakresie aktualnie świadczonych usług wskazujące na możliwość osiągnięcia zakładanych przez zamawiającego parametrów jakościowych, co dodatkowo zostało poparte pozytywną referencją jednego z klientów dotyczącą właśnie usługi świadczonej w oparciu o usługę (...) jak również wykazał za pomocą oferty w zakresie pilotażowego świadczenia usługi (...) dla usługi (...) oraz usługi (...), że możliwie jest zagwarantowanie dodatkową usługą świadczoną przez odwołującego osiągnięcia jednego z parametrów wymaganych w zakresie (...). W tym stanie rzeczy ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika w sposób bezsporny, że usługa oparta o usługę (...) w zakresie kategorii łącz T5-T6 jest niezgodna z treścią siwz, ani to, że treść oferty przystępującego nie odpowiada treści siwz. Izba nie dopatrzyła się zaniechania zamawiającego, które skutkowałoby naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

Na powyższy wyrok (...) S.A. wniosła skargę, zarzucając

- naruszenie art. 8 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i uznanie, że wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożone przez (...) S.A. i (...) Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum (...)) w dniu 19 grudnia 2014 r. zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że zasadne jest wyłączenie jawności tych wyjaśnień,
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stanie faktycznym sprawy i uznanie, że brak było podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum (...) z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stanie faktycznym sprawy i uznanie, że brak było podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum (...) z powodu niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- naruszenie art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę przez Przeciwnika skargi (Zamawiającego) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez Konsorcjum (...), a w konsekwencji uznanie, że Konsorcjum obaliło domniemanie rażąco niskiej ceny w swojej ofercie,
- naruszenie art. 191 ust. 2 Pzp poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności z treścią stanowiska Skarżącego zawartego w odwołaniu, złożonym piśmie procesowym z dnia 23 stycznia 2015 r., pominięcie wyjaśnień Skarżącego, skutkujące przyjęciem, że Skarżący nie zdołał wykazać zasadności podniesionych zarzutów,
- naruszenie art. 190 ust. 7 Pzp. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów w zakresie przedstawionych w sprawie dowodów, w tym wyjaśnień Konsorcjum (...) z dnia 19 grudnia 2014 r. oraz innych dowodów przytoczonych przez Skarżącego w odwołaniu i piśmie procesowym z dnia 23 stycznia 2015 r. i w konsekwencji oparcie wydanego orzeczenia wyłącznie na twierdzeniach Konsorcjum (...) oraz Przeciwnika skargi (Zamawiającego).

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez zmianę zaskarżonego wyroku polegającą na jego uchyleniu i uwzględnieniu złożonego odwołania, i zasądzenie kosztów postępowania. Złożył jednocześnie wniosek o zabezpieczenie postępowania przez wydanie postanowienia zakazującego zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług operatora sieci rozległej (...)_PP dla (...) S.A. do czasu zakończenia niniejszego postępowania sądowego.

Wniosek o zabezpieczenie został oddalony postanowieniem Sądu Okręgowego z dnia 10 marca 2015 r.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna. Sąd Okręgowy podziela w całości ustalenia faktyczne i rozważania prawne Krajowej Izby Gospodarczej zawarte w zaskarżonym wyroku.

Przede wszystkim należy podkreślić, kontrola wyroku Krajowej Izby Odwoławczej prowadzona przez Sąd Okręgowy ma charakter kontroli instancyjnej. Jej istotą nie jest zatem powtórzenie całego postępowania przeprowadzonego przed sądem I instancji (w tym przypadku KIO), ale jedynie weryfikacja prawidłowości procedowania i orzekania na pierwszym etapie, przy ograniczeniu postępowania dowodowego jedynie do nowych dowodów, których powołanie nie było możliwe wcześniej. Zarzuty skargi powinny być zatem formułowane bezpośrednio wobec treści zapadłego rozstrzygnięcia, a jedynie pośrednio - wobec czynności Zamawiającego. Tym samym, nie jest prawidłowym podnoszenie na etapie skargi zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp przez Przeciwnika skargi (Zamawiającego), gdyż dokonana przez niego ocena wyjaśnienia nie może bezpośrednio stanowić podstawy dla zarzutu formułowanego w skardze na wyrok KIO i zarzut w takiej postaci nie może podlegać rozpoznaniu przez Sąd Okręgowy. Zarzucając naruszenie art. 191 ust. 2 Pzp poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego winien wskazać, które dowody Skarżącego KIO oceniła błędnie, i jakie wnioski co do faktów, należało z nich wywieść. Skarżący tego obowiązku nie dopełnił, mimo iż KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 stycznia 2015 r., omówiła każdy z dowodów wskazując fakty, które ustaliła na ich podstawie. Sama możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany w sprawie materiałem dowodowym. Podkreślić trzeba, iż stanowisko Skarżącego i jego twierdzenia nie stanowią części materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, zatem bez adekwatnych dowodów na ich poparcie nie mogą stanowić podstawy dla uwzględnienia ani zarzutów odwołania, ani też zarzutów naruszenia art. 191 ust. 2 oraz 190 ust. 7 Pzp podniesionych w skardze.

Jednym z zasadniczych zarzutów skargi, podnoszonym zresztą uprzednio w toku postępowania przed KIO, była kwestia dotycząca tajemnicy przedsiębiorstwa. Skarżący zarzucił, że Przeciwnik skargi oraz Izba niewłaściwie oceniły treść wyjaśnień i bezpodstawnie uznały zawarte w nich informacje (przynajmniej w części) za objęte ochroną. Pominięto istotne okoliczności, które świadczą o tym, że w okolicznościach tego konkretnego stanu faktycznego informacje te nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uoznk). Zarzut ten jest kluczowy dla sprawy, gdyż brak dostępu Skarżącego do tego dokumentu utrudnił mu w odwołaniu skuteczne postawienie zarzutów w zakresie rażącego zaniżenia ceny oferty przez Konsorcjum (...) oraz potencjalnej sprzeczności treści oferty Konsorcjum (...) z treścią siwz, których zaistnienie powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 i 2 Pzp. Skarżący wskazał, iż zgodnie z art. 8. Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (pkt 1), a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (pkt 2), zgodnie zaś z pkt 3 tegoż artykułu nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie skarżącego nie jest wystarczające samo zastrzeżenie przez wykonawcę, że pewne informacje objęte są tajemnicą oraz wykazanie, że do tej pory nie zostały one ujawnione. Konieczne jest bowiem spełnienie przesłanek materialnych tj. informacje te muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub muszą to być inne informacje posiadające wartość gospodarczą. W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo oceniła, iż ujawnione w treści wyjaśnień z dnia 19 grudnia 2014 r. informacje spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje te mają charakter technologiczny i organizacyjny, bowiem dotyczą doboru sposobu świadczenia usługi, spośród różnych dopuszczonych przez Zamawiającego oraz ujawniają potencjał Konsorcjum (...) w tym zakresie. Wyjaśnienia z dnia 19 grudnia 2014 r. ujawniają, w jaki sposób Konsorcjum zaplanowało świadczenie usługi w zakresie wykorzystywanej technologii i infrastruktury - sposób ten ma przełożenie na zaoferowaną cenę i stanowi efekt know-how Uczestnika postępowania, chroniony ze względu

na jego wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza informacji, niezależnie od ich charakteru organizacyjnego lub technologicznego, stanowi przesłankę zakwalifikowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Szkoda, jaką może ponieść Uczestnik postępowania w przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji nie sprowadza się przy tym, do weryfikacji zgodności zaoferowanego rozwiązania z SIWZ, gdyż zgodność ta - wskutek sformułowanych przez (...) S.A. zarzutów odwołania, podlegała weryfikacji zarówno przez Zamawiającego, jak i KIO. Konsorcjum (...) grozi natomiast utrata przewagi konkurencyjnej poprzez ujawnienie know-how i potencjału Członków Konsorcjum w zakresie dostępnych im i spełniających wymagania SIWZ sposobów świadczenia usługi, a także ich kosztów (choć w tym zakresie, Skarżący nie podtrzymuje w skardze zarzutu odwołania i żądania ujawnienia informacji, co do wszystkich informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 19 grudnia 2014 r.). Uczestnik postępowania zgodnie z prawem dokonał zatem zastrzeżenia jawności informacji, przy czym nie zastrzegł całej treści składanych wyjaśnień, a jedynie tę ich część, którą zasadnie należało zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa - nie jest zatem adekwatna argumentacja Skarżącego wskazująca na zjawisko „utajniania wszystkiego, co tylko możliwe”. Nie jest również trafne powoływanie się przez Skarżącego na przepis art. 35 ustawy o finansach publicznych - zasada jawności tam ukonstytuowana w odniesieniu do umów realizowanych z udziałem środków publicznych również podlega ograniczeniu ze względu na te same przesłanki, które obowiązują w odniesieniu do informacji zastrzeżonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, tj. z wyłączeniem informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Niezasadne są twierdzenia Skarżącego, iż Zamawiający w SIWZ narzucił wykonawcom sposób świadczenia usługi, gdyż jak wynika z samej treści skargi, świadczenie usług w oparciu o technologię kablową również może odbywać się na różne sposoby: technologia kablowa to zarówno łączy miedziane, jak i światłowodowe, własne lub też dzierżawione od innych operatorów na różnych zasadach współpracy. Sam fakt, iż Zamawiający określił w SIWZ, iż świadczenie usługi w technologii radiowej jest dopuszczone jedynie za jego wyraźnie określoną zgodą, nie oznacza, że Zamawiający jednoznacznie określił sposób i technologię wykonywania zamówienia - jest to sprzeczne z oświadczeniami Zamawiającego składanymi w toku postępowania, jak również nie znajduje żadnego potwierdzenia w treści SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny wskazać przede wszystkim należy iż w skardze pominięto że w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, to na Odwołującym stawiającym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp, spoczywa obowiązek, pod rygorem oddalenia odwołania, udowodnienia rażąco niskiego charakteru zaoferowanej przez Uczestnika postępowania ceny, nawet jeśli wykonawca był wzywany do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Taka interpretacja wynika wprost z treści powołanego przepisu – to bowiem ten, kto powołuje się na zaistnienie przesłanki odrzucenia oferty winien istnienie tej przesłanki udowodnić. Z gruntu błędna i chybiona jest więc argumentacja Skarżącego, że to Konsorcjum (...) w toku postępowania nie wykazało, że jego cena nie jest rażąco niska. KIO oceniając materiał dowody przedstawiony przez strony dokonało prawidłowej i wszechstronnej analizy zebranego materiału dowodowego, co znalazło wyraz w uzasadnieniu wyroku, i słusznie oceniło, że przedstawione przez Skarżącego dowody, w świetle dowodów przedłożonych przez Uczestnika postępowania, nie są wystarczające dla uznania zasadności zarzutów odwołania, dowody przedstawione przez Konsorcjum (...) wykazują realność ceny oferty i wiarygodność złożonych wyjaśnień. Skoro Skarżący dokładnie zna każdą z dostępnych technologii i sposobów świadczenia usługi, których liczba jest niewielka, to powinien przedstawić materiał dowody w sposób niezbity i wyczerpująco wykazujący słuszność jego twierdzeń, co do wysokości kosztów koniecznych do poniesienia w każdym z tych przypadków. Skarżący nie napotkał obiektywnych przeszkód w inicjatywnie dowodowej, gdyż KIO nie tylko dopuściła wszystkie dowody składane przez strony, ale również odroczyła termin rozprawy, zapewniając niejako Skarżącemu dodatkowy czas na poszerzenie materiału dowodowego, który udało mu się zgromadzić. Nie można również zgodzić się z twierdzeniem, iż z brzmienia przepisu art. 90 ust. 3 Pzp (w niniejszej sprawie, zgodnie z art. 3 ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r.; Dz.U. z 2014 r. poz. 1232; właściwy jest stan prawny sprzed nowelizacji) wynika jakiegokolwiek domniemanie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy, które obarczałoby ciężarem dowodu wykonawcę, a nie zamawiającego, podejmującego decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Skarżący nietrafnie wskazuje, iż (...)w ogóle nie uzasadniła dlaczego uznała argumenty i dowody Skarżącego za niewystarczające", wręcz przeciwnie – w niniejszej sprawie, KIO dużo obszerniej niż przyjęto w praktyce orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej omówiła każdy z przedstawionych dowodów i ustalony na ich podstawie stan faktyczny (str. 27-43), wskazując które dowody i twierdzenia stron oraz w jakim zakresie, uznała za wiarygodne. Skarżący chcąc kwestionować skutecznie ustalenia faktyczne Izby, powinien w uzasadnieniu podnoszonych zarzutów wskazać, które dowody zostały ocenione nieprawidłowo, i jakie wnioski KIO co do faktów uznaje za błędne. Skarżący nie odnosi się natomiast do konkretnych ustaleń Izby, ale stawia ogólnikowe tezy i przypuszczenia, nie znajdujące oparcia w treści uzasadnienia wyroku ani zgromadzonym w sprawie materiale. Jest to argumentacja daleko niewystarczająca dla udowodnienia przez stronę skarżącą zasadności podnoszonych zarzutów. Wbrew zarzutom skarżącego Izba omówiła treść i załączniki do wyjaśnień z dnia 19 grudnia 2014 r. co wskazuje na to, iż Izba przeanalizowała treść dokumentu i dokonała jego oceny w świetle stawianych przez Skarżącego zarzutów. Ponadto, uwadze Skarżącego uszło najwyraźniej, iż Izba dokonywała oceny każdego z dowodów przedstawionych w toku postępowania i w każdym przypadku uzasadniała wagę jaką przyznała poszczególnym dowodom, zarówno, co do ich wiarygodności, jak i przydatności do rozstrzygnięcia sprawy. Jednocześnie, znaczącą większość dowodów Uczestnika postępowania Izba oceniła jako wiarygodne i istotne w sprawie, co przy niewystarczającym i nieadekwatnym materiale dowodowym prezentowanym na poparcie zarzutów Skarżącego, nie pozwoliło na uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania.

Równie nietrafny okazał się podniesiony w skardze zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ. W ocenie Sądu Okręgowego KIO wszechstronnie i prawidłowo oceniło zebrany w sprawie materiał dowodowy, a wyciągnięte wnioski są spójne i logiczne oraz ograniczone do tych, które w istocie są możliwe do uznania za ustalone na podstawie danego materiału dowodowego. Skoro to na Skarżącym spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania, iż oferta Konsorcjum (...) nie spełnia wymagań SIWZ, to powinien on udowodnić ten zarzut w sposób nie budzący wątpliwości, czego nie uczynił. Odwołanie się do opinii W. K. (stanowiącej w istocie jako opinia prywatne część stanowiska samego skarżącego) dotyczącej braku możliwości zapewnienia 5 (...) stoi w sprzeczności z zarzutem samego odwołania, gdzie Skarżący dopuszcza możliwość spełnienia wymogu „w sposób sprzętowy”. To, iż dane rozwiązanie nie jest stosowane przez Skarżącego w praktyce, nie oznacza, iż nie jest możliwe do wykorzystania przez Uczestnika postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czasu usuwania awarii, wskazać należy, iż jest całkowicie bezzasadny w świetle postanowień SIWZ. Zamawiający zdefiniował w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia, co rozumie poprzez wymaganie czasu reakcji wynoszącego nie więcej niż 1 godzinę: zgodnie ze słowniczkiem (Rozdział 6, pkt 5, poz. 4 tabeli na stronie 26 (...)), jako czas reakcji Zamawiający rozumie: „Czas liczony od momentu, w którym Awaria zostanie zgłoszona przez osobę uprawnioną, do momentu potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia przez Wykonawcę”. Tymczasem, 2-godzinny okres, który Skarżący określa jako „czas reakcji” opisany w przedmiotowej ofercie w zakresie pilotażowego świadczenia Usługi (...), to czas liczony od momentu zgłoszenia Awarii, w którym „pracownik (...) poinformuje zgłaszającego Awarię o podjętych działaniach i przewidywanym terminie jej usunięcia.” Mamy zatem do czynienia z zupełnie odmiennym zakresem czynności, które nie pozwalają na usprawiedliwienie przyjętego przez Skarżącego uproszczenia, iż pkt 2.1.2 oferty w zakresie świadczenia Usługi (...) stoi w sprzeczności z wymaganiami SIWZ w zakresie „czasu reakcji”. Zamawiający stawiając przedmiotowy wymóg, zdefiniował oczekiwany przez niego zakres działań, których wykonania oczekuje w okresie nie dłuższym niż 1 godzina i jest on odmienny (węższy) niż działania przewidziane do wykonania w czasie 2 godzin od momentu zgłoszenia Awarii w ofercie na Usługi (...). Niezależnie od powyższego, wskazać należy, iż formułując zarzut odwołania, Skarżący pozostaje w dalszym toku postępowania ograniczony, co do jego podstaw faktycznych podniesionych w odwołaniu. Skarżący wskazał, iż wykorzystanie usługi (...) jest niezgodne z SIWZ, gdyż nie gwarantuje czasu usunięcia awarii do 8 godz., który był wymagany dla łączy kategorii T4-T7 (str. 23, akapit trzeci odwołania). Skarżący nie sformułował zatem zarzutu w zakresie długości czasu reakcji i nie podnosił niezgodności SIWZ w zakresie tego wymagania. Aby KIO rozpoznało zarzut w zakresie niezgodności oferty z SIWZ, konieczne jest wykazanie po pierwsze - treści oferty, po drugie zaś - konkretnego wymogu SIWZ, którego dana oferta nie spełnia. Izba nie miała podstaw do badania zgodności oferty w zakresie wymogu czasu reakcji, gdyż Skarżący takiego zarzutu nie postawił. Również Sąd, zgodnie z dyspozycją art. 198f ust. 4 Pzp, może rozpoznawać skargę, jedynie

w zakresie zarzutów, które zostały podniesione w odwołaniu, zaś zarzut niezgodności z SIWZ ze względu na wymaganie czasu reakcji wynoszącego nie więcej niż 1 godzinę nie został przez Skarżącego postawiony.

W zakresie podnoszonej przez Skarżącego argumentacji, co do dowolności dokonanej przez Izbę oceny dowodów i braku wiadomości specjalnych w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, jest ona zarówno bezpodstawną, jak i zdecydowanie spóźnioną. Przedstawione przez Uczestnika postępowania materiały, które Izba prawidłowo oceniła jako wiarygodne, pozwalały na podważenie twierdzeń Skarżącego w zakresie swobodnej i wszechstronnej oceny dowodów przez Izbę, na podstawie posiadanych przez nią wiadomości i doświadczenia życiowego. Ponadto, w postępowaniu kontradiktoryjnym, jakim jest postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, działania Izby nie mogą zastępować dowolnie inicjatywy dowodowej stron. Jeśli Skarżący stał na stanowisku, iż ocena przedstawionych przez niego dowodów, wymagała wiadomości specjalnych, miał możliwość złożenia stosownego wniosku dowodowego o powołanie dowodu z opinii biegłego w toku postępowania odwoławczego. Jak wskazuje protokół z przebiegu rozprawy, Skarżący w żadnym momencie takiego wniosku nie złożył, mimo iż to na nim, jako odwołującym, spoczywał ciężar dowodu, pod rygorem oddalenia zarzutów odwołania jako nieudowodnionych.

Reasumując powyższe rozważania wskazać należy, iż żaden z zarzutów skargi nie zasługiwał na uwzględnienie, co skutkuje oddaleniem skargi.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku tegoż postępowania (art. 98 k.p.c.).