Sygn. akt: KIO 1227/15

WYROK
z dnia 19 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **ATM S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T- Mobile Polska S.A, EXATEL S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **ATM S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ATM S.A, ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

---

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1227/15

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup usług telekomunikacyjnych polegających na transmisji danych (dzierżawa) poprzez łącza DWOM (główne i zapasowe)." Wykonawca ATM S.A. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący lub wykonawca ATM] wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1) zaniechaniu udzielenia wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) pomimo obowiązku dokonania tej czynności, co stanowi naruszenie art. 38 ust 1 w z w. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp;
2) nieudostępnieniu informacji niezbędnych Odwołującemu do przygotowania i złożenia oferty, do których przekazania był zobowiązany w wyniku złożonego przez Odwołującego - w sposób prawidłowy we właściwym terminie - wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, a które posiadał operator centrów danych, tj. T- Mobile Poland Sp. z o.o., z którym Zamawiający zawarł w dniu 29 kwietnia 2014 r. umowę na najem powierzchni serwerowej, co uniemożliwiło Odwołującemu przygotowanie w sposób prawidłowy oferty, w tym oszacowanie ceny oferty oraz ryzyk związanych z realizacją zamówienia, co stanowi naruszenie art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art. 38 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
3) sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co było skutkiem nieudostępnienia przez Zamawiającego informacji niezbędnych

do przygotowania i oferty, i postawiło w Odwołującemu złożenia jednocześnie uprzywilejowanej pozycji wykonawcę, tj. konsorcjum w składzie: T- Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie należącego do tej samej grupy kapitałowej, co operator centrów danych, tj. T- Mobile Poland Sp. z o.o., z którym Zamawiający zawarł w dniu 29 kwietnia 2014 r. umowę na najem powierzchni serwerowej, oraz EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie, co stanowi naruszenie art. 29 ust 2 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp.
Ponadto wykonawca, jak podał z ostrożności procesowej, wniósł odwołanie od:

4) zaniechania niezwłocznego unieważnienia postępowania w wyniku złożenia w oferty przez wyłącznie jednego wykonawcę, tj. przez konsorcjum firm w składzie: T- Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie, która powinna zostać odrzucona z uwagi na to, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przejawiający się w tym, że wykonawca ten posiadał informacje konieczne do przygotowania i złożenia oferty od operatora centrów

danych, tj. T- Mobile Poland Sp. z o. o. {spółki powiązanej kapitałowo z T- Mobile Polska S.A.), które natomiast nie zostały udostępnione w jakikolwiek sposób Odwołującemu, pomimo jego wniosku w tym zakresie, co stanowi naruszenie art. 93 ust 1 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 89 ust 1 pkt 3) w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp; ewentualnie

5) zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie dysponował do dnia upływu terminu składania ofert informacjami niezbędnymi dla złożenia przez wykonawców rzetelnych ofert, co stanowi naruszenie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami wykonawca ATM wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności otwarcia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: T- Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie dokonanej przez Zamawiającego w dniu 29 maja 2015 r.;
2) udzielenia pełnych i jednoznacznych wyjaśnień w zakresie możliwości (pozwoleń) i kosztów przyłączenia infrastruktury kablowej wykonawcy w Lokalizacji Zamawiającego mieszczącej się w Piasecznie (ROPD Piaseczno), która stanowi jedną z Lokalizacji wskazanych w § 1 Załącznika nr 6 do SIWZ;
3) wyznaczenia nowego terminu składania ofert w sposób pozwalający Odwołującemu na przygotowanie i złożenie oferty;

ewentualnie o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

4) odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: T -Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5) unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w związku z tym, że w Postępowaniu została złożona wyłącznie oferta konsorcjum wykonawców: T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i na tej podstawie podlega odrzuceniu, w efekcie czego w Postępowaniu nie złożono żadnej oferty;

ewentualnie o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

6) unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, przejawiającą się w tym, że Zamawiający zaniechał uzyskania oraz udzielenia informacji niezbędnych Odwołującemu do przygotowania i złożenia oferty, do których

przekazania Zamawiający był zobowiązany na gruncie ustawy PZP, w efekcie czego Zamawiający nie dysponował do dnia upływu terminu składania ofert informacjami niezbędnymi dla złożenia przez wykonawców rzetelnych ofert, co uniemożliwiło Odwołującemu przygotowanie i złożenie oferty w Postępowaniu, co będzie miało wpływ na wynik Postępowania, gdyż ofertę w Postępowaniu złożył tylko wykonawca posiadający takie

informacje.

Stwierdzając, że ma interes we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że był zainteresowany udziałem w Postępowaniu i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, o czym świadczą m.in. czynności podjęte przez Odwołującego w Postępowaniu, m. in. wniesienie wymaganego przez Zamawiającego wadium, jak również działania Odwołującego mające na celu doprecyzowanie treści SIWZ w sposób zwiększający konkurencyjność Postępowania oraz zapewniający równe traktowanie wykonawców, a tym samym umożliwiający Odwołującemu złożenie oferty, a w konsekwencji ewentualne uzyskanie zamówienia. Jego zdaniem, z przedstawionych okoliczności jednoznacznie wynika, że zaniechanie przez Zamawiającego udzielenia wyjaśnień odnośnie możliwości oraz kosztu przyłączenia infrastruktury kablowej Odwołującego do powierzchni serwerowej T- Mobile Poland Sp. z o.o., uniemożliwiło wykonawcy udział w Postępowaniu i złożenie oferty, a tym samym uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co w konsekwencji naraziło Odwołującego na szkodę w postaci utraty zysku, który mógłby osiągnąć w wypadku złożenia oferty i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Na obecnym jednak etapie, udział Odwołującego w Postępowaniu jest niemożliwy ze względu na nieprzekazanie ze strony Zamawiającego informacji w zakresie możliwości dokonania przyłączenia do serwerowni T- Mobile Poland Sp. z o. o. oraz kosztu takiego przyłączenia. Wskazana okoliczność ma potwierdzać stanowisko ATM, zgodnie z którym interes Odwołującego powinien być w przedmiotowej sprawie rozumiany szeroko - jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty Postępowaniem. Ponadto ewentualne stwierdzenie naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych przez Zamawiającego, które stanowi podstawę do stwierdzenia nieważności Postępowania również uzasadnia interes Odwołującego w wykazaniu naruszeń prawa, które mogły uniemożliwić Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Reasumując stwierdził, że wykonawca uczestniczący w postępowaniu ma prawo oczekiwać, że proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. W przypadku odmiennego ujęcia przedmiotowego zagadnienia doszłoby do sytuacji, w której wykonawcom takim jak Odwołujący, pomimo ewidentnego naruszenia prawa przez Zamawiającego, nie przysługiwałyby żadne środki ochrony prawnej. Uznanie braku interesu we wniesieniu odwołania byłoby równoznaczne z pozbawieniem Odwołującego możliwości obrony jego słusznych praw. W konkluzji stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany do

wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako wykonawca zainteresowany udziałem w Postępowaniu oraz uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podał także, że informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 28 maja 2015 r., kiedy to otrzymał za pośrednictwem faksu odpowiedź Zamawiającego, z której wynikała jednoznaczna odmowa udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnień koniecznych dla złożenia przez wykonawcę oferty. Tym samym, dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp został, zdaniem wykonawcy, dochowany.

W uzasadnieniu odwołania w szczególności stwierdził, że Zamawiający (…) prowadząc postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup usług telekomunikacyjnych polegających na transmisji danych (dzierżawa) poprzez łącza DWDM (główne i zapasowe)" nie ustalił w treści SIWZ w sposób jednoznaczny kwestii dotyczących warunków przyłączenia infrastruktury kablowej wykonawcy do Lokalizacji Zamawiającego". Podkreślił, że (…) dostarczenie przez wykonawcę usług transmisji danych do Lokalizacji Zamawiającego miało być dokonywane z udziałem dwóch ośrodków Data Center należących do spółek T- Mobile oraz Varion, z którymi Zamawiający zawarł umowę na dzierżawę powierzchni serwerowej. Jednocześnie w § 3 ust. 7 Załącznika nr 6 do SIWZ - Wzór umowy - Zamawiający wskazał, że: „Właściciele lokali we wskazanych Lokalizacjach mogą wymagać od Usługodawcy, aby określone prace instalacyjne w budynku zostały wykonane przez właścicieli lokali wówczas prace takie będą prowadzone po dokonaniu wcześniejszych uzgodnień przez Usługodawcę i właściciela lokalu, koszt wykonania niezbędnych prac nie będzie obciążał Usługobiorcy. Usługodawca zobowiązany jest ustalić z właścicielami lokali we wskazanych Lokalizacjach wszelkie kwestie formalne i techniczne związane ze świadczeniem Usługi DWDM na rzecz Usługobiorcy." Przywołane postanowienie wzoru

umowy było dla Odwołującego o tyle niejasne, że wskazane w nim „prace instalacyjne" zostały wymienione wyłącznie jako jedna z możliwości przyłączenia do lokalu właściciela. Tym samym, przez „prace instalacyjne" należałoby rozumieć sytuację, w której właściciel lokalu żąda budowy/instalacji infrastruktury kablowej Zamawiającego w jego budynku. Jeżeli zaś właściciel lokalu wymagałby wyłącznie dzierżawy jego światłowodu na terenie Lokalizacji, to wówczas nie wiązałoby się to z żadnymi pracami instalacyjnymi. Umowa nie uregulowała jednak takiego przypadku, w szczególności kwestii, kto ponosi koszt dzierżawy. Zatem w ocenie Odwołującego SIWZ nie określiła jednoznacznie warunków przyłączenia, stąd pojawiła się konieczność doprecyzowania tej kwestii w trybie wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym celu, w dniu 30 kwietnia 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem w trybie art. 38 ust. 1 ustawy PZP o

wyjaśnienie treści SIWZ, formułując następujące pytanie: „Czy koszt przyłączenia infrastruktury kablowej Wykonawcy do Lokalizacji Zamawiającego oraz uzyskanie niezbędnych pozwoleń leży po stronie Zamawiającego? Jeśli tak, zwracam się z prośbą o modyfikację SIWZ w tym zakresie. Jeśli nie; Wykonawca zwraca się z prośbą o informację w zakresie kosztu przyłączenia infrastruktury kablowej Wykonawcy oraz niezbędnych pozwoleń do obu Lokalizacji Zamawiającego bądź podanie osób kontaktowych po stronie operatorów centrów danych w celu uzyskania tych informacji". W dniu 8 maja 2015 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej odpowiedź na powyższe pytanie, wskazując, że w celu dokonania niezbędnych ustaleń formalnych i technicznych związanych ze świadczeniem usługi DWDM należy kontaktować się z właścicielami lokalu, czyli operatorami centrów danych. Jednocześnie podał dane kontaktowe do przedstawicieli tych podmiotów: dla T-Mobile Piaseczno przy ul. Jana Pawła II 66 - Pana A. K., natomiast dla Varion Warszawa przy ul. Poleczki 23 - Pana R. K. . (Wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 8 maja 2015 r. - Załącznik nr 4 do odwołania). Dalej podał, że Odwołujący niezwłocznie skontaktował się telefonicznie z przedstawicielami obu podmiotów w celu uzyskania informacji odnośnie możliwości i kosztu przyłączenia polegającego na wprowadzeniu kabla telekomunikacyjnego bezpośrednio do serwerowni Zamawiającego znajdującej się w obiekcie danego podmiotu. Odwołujący niezwłocznie otrzymał wszystkie potrzebne dane od Varion, z kolei osoba wskazana przez Zamawiającego dla T- Mobile Poland Sp. z o.o. swoje oficjalne stanowisko wyraziła dopiero w dniu 22 maja 2015 r. Wskazany przez Zamawiającego przedstawiciel firmy T- Mobile -Pan A. K. - w wiadomości e-mail z dnia 22 maja 2015 r. (tj. piątek, godz. 19.46) nie przekazał Odwołującemu jakichkolwiek danych, podkreślając jednocześnie, że nie jest osobą uprawnioną oraz kompetentną do ich podania: „Rzeczywiście w DC Piaseczno zajmuję się kwestiami technicznymi jednak nie odpowiadam za sprawy ofertowe. W tym celu powinniście Państwo kontaktować się z odpowiednią komórką sprzedażową zajmującą się współpracą z operatorami". (Odpowiedź otrzymana przez Odwołującego od T-Mobile w przedmiocie określenia warunków przyłączenia infrastruktury kablowej Odwołującego do powierzchni serwerowej należącej do ww. spółek - Załącznik nr 5 do odwołania oraz Zeznania świadka - Pana R. K. - o przesłuchanie którego na rozprawie wnosi). W związku z powyższą informacją, Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym, w pierwszej kolejności, podkreślił, że przedstawiciel ze strony T- Mobile Poland Sp. z o.o. nie jest osobą uprawnioną oraz kompetentną do udzielania informacji w zakresie możliwości oraz kosztów przyłączenia, a następnie wniósł o pilne udzielenie informacji w zakresie możliwości (pozwoleń) i kosztów przyłączenia infrastruktury kablowej Wykonawcy do ROPD Piaseczno przez samego Zamawiającego. Ponadto Odwołujący zaznaczył w przedmiotowym piśmie, że brak wskazania przez Zamawiającego osób niemających możliwości udzielenia niezbędnych informacji jest równoznaczny z nieudzieleniem takich wyjaśnień przez

Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący zawnioskował o przedłużenie terminu składania ofert. Było to podyktowane, w jego opinii, koniecznością wprowadzenia zmian do oferty na skutek informacji, które w aktualnej sytuacji powinny wpłynąć bezpośrednio od samego Zamawiającego. (Pismo Odwołującego z dnia 26 maja 2015 r. skierowane do Zamawiającego z prośbą o bezpośrednie wskazanie przez samego Zamawiającego warunków przyłączenia infrastruktury kablowej Odwołującego do powierzchni serwerowej należącej do spółki T- Mobile stanowi - Załącznik nr 6 do odwołania). Zamawiający w

odpowiedzi na pismo Odwołującego w piśmie z dnia 28 maja 2015 r. stwierdził, że udzielił stosownych wyjaśnień w dniu 8 maja 2015 r. (w momencie złożenia pierwszych wyjaśnień) oraz wskazał prawidłowe osoby do kontaktu po stronie operatorów centrów danych, w tym Pana A. K. . Zdaniem Zamawiającego, powiadomienie przez Pana A. K., iż nie jest osobą uprawnioną do udzielenia informacji w zakresie kwestii formalnych i technicznych związanych ze świadczeniem Usługi DWDM oraz podniesienie przez niego konieczności skontaktowania się z „odpowiednią komórką sprzedażową" stanowi wypełnienie przez niego obowiązku przekazania informacji odnośnie możliwości i kosztu przyłączenia. Jednocześnie, w tym samym piśmie, Zamawiający (pomimo wcześniejszego zaznaczenia faktu udzielenia przez Pana A. K. wszystkich niezbędnych informacji) zwrócił uwagę, że: „Natomiast Zamawiający nie ma wpływu i nie może brać odpowiedzialności za brak współpracy działających na rynku podmiotów trzecich z potencjalnymi oferentami.". (Pismo Zamawiającego z dnia 28 maja 2015 r. z odmową udzielenia merytorycznych wyjaśnień w zakresie warunków przyłączenia infrastruktury kablowej Odwołującego do powierzchni serwerowej należącej do spółki T- Mobile - Załącznik nr 7 do odwołania). Odwołujący w dniu 28 maja 2015 r. ponowił prośbę o udzielenie przez Zamawiającego jednoznacznych wyjaśnień. (Pismo Odwołującego z dnia 28 maja 2015 r. skierowane do Zamawiającego z prośbą o udzielenie jednoznacznych wyjaśnień w zakresie warunków przyłączenia infrastruktury kablowej Odwołującego do powierzchni serwerowej należącej do spółki T-Mobile - Załącznik nr 8 do odwołania). W Postępowaniu tym ofertę złożyło konsorcjum firm w składzie: T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie. Zaznaczył, że T-Mobile Polska S.A. jest jedynym wspólnikiem w spółce T-Mobile Poland Sp. z o. o. - operatora centrum danych zobowiązanego do udzielenia Odwołującego stosownych informacji, której otwarcie nastąpiło w dniu 29 czerwca 2015 r.. (Pismo z dnia 1 czerwca 2015 r. zawierające informację z otwarcia ofert dokonane w dniu 1 czerwca 2015 r. - Załącznik nr 9 do odwołania)

Odnośnie podnoszonych w odwołaniu zarzutów, podniósł, co następuje:

I. Zaniechanie udzielenia przez Zamawiającego wyczerpujących i jednoznacznych wyjaśnień treści SIWZ, skutkujące naruszeniem zasad zapewnienia równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w Postępowaniu.
W szczególności stwierdził, że (….) wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinien być przez zamawiającego rzetelnie rozpatrzony. Jego celem jest bowiem zniwelowanie wszelkich nieprawidłowości zapisów specyfikacji, które niejednokrotnie naruszają zasadę równości wykonawców. Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy PZP, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający jest zobowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż w terminach określonych w ustawie PZP, jeżeli wniosek o wyjaśnienie wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Wyjaśnienia natomiast powinny być rzeczowe i wyczerpujące. Pytanie Odwołującego skierowane do Zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2015 r. miało na celu doprecyzowanie kwestii nieokreślonej w SIWZ, która miała wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie, kierując się panującą w tego rodzaju postępowaniach praktyką, w razie gdyby Zamawiający nie operował bezpośrednio stosownymi informacjami, Odwołujący poprosił o wskazanie osób uprawnionych ze strony operatorów centrów danych do udzielenia stosownych wyjaśnień. Zaznaczył, że Odwołujący, jako podmiot profesjonalnie działający na rynku usług telekomunikacyjnych, jest świadomy tego, że podstawą działalności telekomunikacyjnej jest współpraca międzyoperatorska. W zasadzie każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci wiąże się z dzierżawą łączy telekomunikacyjnych podmiotu trzeciego, czy - biorąc pod uwagę przedmiotowy stan faktyczny - uzyskaniem dostępu do czyjegoś Data Center (w przedmiotowym stanie faktycznym należących do spółek T- Mobile oraz Varion). Powszechną praktyką jest bowiem dokonywanie wyceny oferty w oparciu o ceny zaproponowane przez podmioty konkurencyjne. Zamawiający w tym zakresie w wielu przypadkach odsyłają wykonawców do innych podmiotów w celu ustalenia warunków korzystania z infrastruktury tych podmiotów. Stąd Odwołujący w swoim wniosku o udzielenie wyjaśnień z dnia 30 kwietnia 2015 r. sam

zaproponował wskazanie przez Zamawiającego osób uprawnionych do uzyskania informacji o możliwości i warunkach przyłączenia. Na podstawie tej wiedzy Odwołujący chciał dokonać oszacowania ceny oferty mając za podstawę jedną z jej kluczowych składowych - koszt przyłączenia swojej infrastruktury kablowej do urządzeń podmiotu trzeciego. Zamawiający, co prawda, udzielając wyjaśnień w dniu 8 maja 2015 r. wskazał osobę ze strony T-Mobile właściwą „w celu dokonania niezbędnych ustaleń w zakresie kwestii formalnych i technicznych" przyłączenia infrastruktury kablowej Odwołującego do powierzchni serwerowej T-Mobile. Co jednak istotne, Odwołujący w ogóle nie uzyskał od tej osoby jakichkolwiek

informacji merytorycznych. Pan A. K. poinformował bowiem Odwołującego, że jest nieuprawniony do podania jakichkolwiek danych opisanych w zapytaniu Odwołującego, zaś Odwołujący powinien skontaktować się z właściwą komórką sprzedażową T-Mobile, nie konkretyzując nawet o jaką dokładnie jednostkę chodzi. Dodatkowo, Pan A. K. poinformował o powyższym Odwołującego dopiero w dniu 22 maja 2015 r., a dokładnie w piątek o godz. 19.46, przez co Odwołujący zapoznał się z tą wiadomością dopiero w poniedziałek 25 maja 2015 r. Tego rodzaju działanie T-Mobile budzi uzasadnione wątpliwości, w szczególności termin przesłania wiadomości e-mail przez Pana A. K. . Należy podkreślić, że nic nie stało na przeszkodzie, aby tego rodzaju wiadomość przekazać Odwołującemu wcześniej. Określenie braku swojej właściwości do dokonania określonych czynności można było bowiem stwierdzić niezwłocznie, tj. w momencie uzyskania zapytania od Odwołującego. Jednak w kontekście zachowania T-Mobile zupełnie niezrozumiałe wydaje się być działanie samego Zamawiającego, który w ogóle nie zareagował na zaniechanie udzielenia merytorycznych informacji przez Pana A. K., co wynika z treści jego pisma z dnia 28 maja 2015 r. Jednocześnie Zamawiający uznał, że Pan A. K. jest osobą wyznaczoną ze strony operatora centów danych, a tym samym osobą prawidłowo wskazaną do udzielenia niezbędnych informacji. Co więcej, w opinii Zamawiającego, Pan A. K. udzielił Odwołującemu wyczerpujących informacji wskazując, że on sam nie jest uprawniony do udzielenia informacji w zakresie kwestii formalnych i technicznych związanych ze świadczeniem Usługi DWDM i w tym zakresie istnieje konieczność skontaktowania się z odpowiednią komórką sprzedażową. Zdaniem Zamawiającego odesłanie Odwołującego do odpowiedniej komórki sprzedażowej wypełnia obowiązek dokonania przez Pana A. K. niezbędnych ustaleń w zakresie kwestii formalnych i technicznych przyłączenia. Z kolei dla Odwołującego naturalną czynnością po nieuzyskaniu koniecznych danych od Pana A. K. było zwrócenie na to uwagi Zamawiającemu i ponowienie prośby o przekazanie stosownych danych bezpośrednio przez samego Zamawiającego. Takie działanie Odwołującego było podyktowane kierowaniem się literą Prawa zamówień publicznych. W wyjaśnieniach z dnia 8 maja 2015 r. Zamawiający - jako osobę uprawnioną ze strony T- Mobile do dokonania niezbędnych ustaleń w zakresie kwestii formalnych i technicznych przyłączenia infrastruktury kablowej Odwołującego do powierzchni serwerowej T-Mobile - wskazał Pana A. K. . W związku z tym, Odwołujący był zobowiązany do kontaktowania się i uzyskania informacji odnośnie przyłączenia wyłącznie od osoby wytypowanej przez Zamawiającego. Tego rodzaju działanie Odwołującego wynikało z faktu jego związania treścią wyjaśnień do SIWZ z dnia 8 maja 2015 r.” Wskazując na orzecznictwo podkreślił, że (…) opublikowanie wyjaśnień na stronie internetowej Zamawiającego uczyniło je powszechnie obowiązującymi dla wykonawców przygotowujących oferty, w tym dla Odwołującego. Zgodnie z literalnym brzmieniem tych wyjaśnień, Odwołujący był zobowiązany do skontaktowania się w sprawie przyłączenia

wyłącznie z Panem A. K., a nie - bliżej nieokreśloną - komórką sprzedażową. Zamawiający nie może bowiem oczekiwać, że Odwołujący na własną rękę będzie zdobywać dane pozwalające mu na opracowanie oferty w sposób odpowiadający SIWZ. Uzasadniona w tym zakresie jest obawa Odwołującego, że w takiej sytuacji może on skontaktować się z niewłaściwą czy nieuprawnioną ze strony T- Mobi!e osobą. Zawsze istnieje też ryzyko, że w razie skontaktowania się z taką osobą (tj. niewyznaczoną bezpośrednio przez Zamawiającego), zostanie Odwołującemu postawiony zarzut działania niezgodnego z SIWZ, w tym z wyjaśnieniami. Dopuszczenie de facto przez Zamawiającego możliwości kontaktowania się Odwołującego z dowolnymi osobami ze strony T-Mobile, o czym świadczy treść pisma Zamawiającego z dnia 28 maja 2015 r., powoduje, że Zamawiający wymaga od

Odwołującego, aby dokonywał on poszukiwań i pozyskiwania na własną rękę informacji użytecznych dla przygotowania oferty. Należy jedynie w tym miejscu wspomnieć, że Odwołujący skontaktował się z Panią M. G., która jest osobą dedykowaną ze strony T-Mobile do udzielania wszelkich informacji dotyczących usług świadczonych przez podmioty z grupy T- Mobile. Jednak, co istotne, nastąpiło to jeszcze przed udzieleniem wyjaśnień przez Zamawiającego w dniu 8 maja 2015 r. Odwołujący, nie znając jeszcze oficjalnego stanowiska Zamawiającego wyrażonego w wyjaśnieniach z dnia 8 maja 2015 r., uznał za konieczne skontaktowanie się ze swoim opiekunem ze strony T-Mobile. Jednak i z jego strony nie uzyskał stosownych wyjaśnień. Świadczy to natomiast o dochowaniu należytej staranności Odwołującego w kwestii uzyskania wszelkich informacji potrzebnych do złożenia oferty. Zdaniem wykonawcy, kierunek udzielonej odpowiedzi na pytanie Odwołującego z dnia 30 kwietnia 2015 r., wskazujący, że wszelkie koszty związane z przyłączeniem leżą po stronie wykonawcy, potwierdził celowość złożenia tego pytania, a udzielona odpowiedź Zamawiającego potwierdziła zasadność doprecyzowania postanowień treści SIWZ o zagadnienia w przedmiocie warunków przyłączenia infrastruktury kablowej wykonawców do powierzchni serwerowej operatorów centrów danych, co miało znaczenie dla sporządzenia przez Odwołującego oferty. Gdyby uregulowanie kwestii przywołanej w pytaniu Odwołującego nie miało znaczenia na etapie przygotowywania ofert, Zamawiający z pewnością powołałby się na tę okoliczność, eksponując argument, iż takie wiadomości potrzebne będą np. na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec powyższego, Zamawiający udzielając Odwołującemu w dniu 8 maja 2015 r. odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytanie, zobowiązał się tym samym do przekazania Odwołującemu kompleksowej i wyczerpującej informacji odnośnie możliwości oraz kosztu przyłączenia infrastruktury kablowej. Natomiast sposób, w jaki zdecydował się przekazać te informacje, tj. za pośrednictwem podmiotu trzeciego, nie ma na gruncie ustawy PZP jakiegokolwiek znaczenia, a z pewnością nie zwalnia go z obowiązku wyczerpującego i rzetelnego wyjaśnienia treści SIWZ w żądanym przez Odwołującego zakresie. Przyjęcie

odmiennego stanowiska prowadziłoby bowiem do wypaczenia instytucji tzw. zadawania pytań do SIWZ". Dalej podał, że wyjaśnienia powinny (…) zmierzać do eliminacji wątpliwości pojawiających się w wyniku zapoznania z treścią SIWZ oraz do uszczegółowienia i doprecyzowania informacji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Wobec tego, należy uznać, że w dalszym ciągu Zamawiający nie udzielił wyczerpujących wyjaśnień w zakresie będącym przedmiotem wniosku Odwołującego z dnia 30 kwietnia 2015, co skutkuje tym, że Zamawiający nie zniwelował uchybień opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, tj. dookreślając wszelkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W związku z tym, udzielenie w dniu 8 maja 2015 r. wyjaśnień w kontekście pisma wykonawcy z dnia 28 maja 2015 r. nie stanowi udzielenia wyjaśnień w rozumieniu art. 38 ust. 1 ustawy PZP i tym samym czynność podjęta w dniu 28 maja 2015 r. stanowi o ostatecznym uchyleniu się Zamawiającego od udzielenia wyjaśnień treści SIWZ. Zakwestionowaną czynność Zamawiającego można jedynie zakwalifikować jako wykonanie przez Zamawiającego formalnego obowiązku wyartykułowanego w przepisie art. 38 ust. 1 ustawy PZP, co jest niewystarczające do prawidłowego złożenia przez Odwołującego oferty. Odwołujący nie powziął bowiem w wyniku wyjaśnień Zamawiającego wiedzy niezbędnej do podjęcia decyzji dotyczącej udziału w Postępowaniu. Zamawiający jako gospodarz Postępowania, powinien dochować należytej staranności oraz podjąć wszelkie czynności mające na celu udzielenie Odwołującemu koniecznych informacji. Zwrócił uwagę, że Zamawiający w piśmie z dnia 28 maja 2015 r. podkreślił, że nie może brać odpowiedzialności za brak współpracy działających na rynku podmiotów trzecich z potencjalnymi oferentami. Nie oznacza to jednak, że jest zwolniony z obowiązku udzielenia wyjaśnień treści SIWZ w sytuacji, gdy Prawo zamówień publicznych nakłada na niego taki obowiązek. Gdyby Zamawiający działał w Postępowaniu z należytą starannością oraz miał na uwadze zapewnienie w Postępowaniu równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, po wiadomości Odwołującego z dnia 26 maja 2015 r. o nieuzyskaniu przez niego jakichkolwiek informacji od T-Mobile, sam zwróciłby się do T-Mobile z prośbą o określenie warunków przyłączenia w celu ich dalszego przekazania innym wykonawcom. Skutkiem jednak niezachowania przez Zamawiającego wymaganej Prawem zamówień publicznych staranności, jest brak dysponowania do dnia upływu terminu składania ofert wszystkimi informacjami niezbędnymi dla złożenia przez wykonawców rzetelnych ofert w

Postępowaniu". Reasumując, podkreślił, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający uchylił się od udzielenia wyjaśnień, które miały istotne znaczenie na etapie przygotowywania oferty, przez co w istotny sposób ograniczył warunki równego dostępu wykonawców do realizacji zamówienia. Zamawiający zaniechał bowiem udzielenia odpowiedzi na pytanie Odwołującego złożone w terminie, który zobowiązywał Zamawiającego do udzielenia

odpowiedzi, czym naruszył dyspozycję art. 38 ust. 1 ustawy PZP oraz, w konsekwencji powyższego, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp".

II. Zaniechanie zapewnienia przez Zamawiającego przestrzegania uczciwej konkurencji w Postępowaniu z uwagi na złożenie oferty przez konsorcjum w składzie: T- Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca w szczególności podał, że do dnia upływu terminu składania ofert nie posiadał informacji odnośnie warunków przyłączenia jego infrastruktury kablowej do powierzchni serwerowej T- Mobile Poland Sp. z o.o., co było wynikiem zaniechania udzielenia wyjaśnień w tym zakresie przez Zamawiającego. Zaznaczył, że powyższe dane były znane, co oczywiste, T-Mobiie Poland Sp. z o. o. jako operatorowi centrów danych, z którym Zamawiający zawarł w dniu 29 kwietnia 2014 r. umowę na najem powierzchni serwerowej. Zwrócił ponownie uwagę, że w Postępowaniu złożono wyłącznie jedną ofertę należącą do konsorcjum wykonawców w składzie: T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Marynarskiej 12 oraz EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Perkuna 47. Podkreślił, że T-Mobile Poland Sp. z o.o. jest podmiotem powiązanym kapitałowo z T- Mobile Polska S.A. (T-Mobile Polska S.A. jest jedynym wspólnikiem T-Mobile Poland Sp. z o.o.). Z uwagi na tego rodzaju silne powiązania kapitałowe oraz wspólny interes obu spółek, naturalnym zjawiskiem jest, że T-Mobile Polska S.A. na etapie składania ofert posiadała informacje niezbędne do złożenia oferty w zakresie, który nie był znany Odwołującemu. W związku z tym, w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia przez Zamawiającego zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Wykonawcy zainteresowani udziałem w Postępowaniu nie uczestniczyli w nim na jednakowych zasadach, co przejawiało się w szczególności tym, że do dnia terminu składania ofert nie posiadali informacji koniecznych do przygotowania oferty w identycznym zakresie. Co istotne, Zamawiający poprzez zaniechanie udzielenia Odwołującemu wyjaśnień z dniu 28 maja 2015 r. nie wyeliminował tych różnic. Wobec tego, opisane działanie Zamawiającego, polegające nie nieudzieleniu przedmiotowych wyjaśnień, miało charakter utrudniający uczciwą konkurencję i oznaczało preferowanie Wykonawcy. Ponownie podniósł, że osoba uprawniona ze strony T-Mobile Poland Sp. z o.o. dopiero w dniu 22 maja 2015 r. (w piątek o godz. 19.46, przez co Odwołujący zapoznał się z tą wiadomością dopiero w poniedziałek 25 maja 2015 r.) poinformowała Odwołującego, że nie jest uprawniona do dokonania ustaleń w kwestii przyłączenia, zaś Odwołujący powinien skontaktować się z właściwą komórką sprzedażową. Tego rodzaju działanie T-Mobile Poland Sp. z o.o., jako podmiotu profesjonalnie działające na rynku usług telekomunikacyjnych budzi – zdaniem wykonawcy - uzasadnione wątpliwości,

w szczególności, co do terminu odpowiedzi. Podkreślił, że nic nie stało na przeszkodzie, aby tego rodzaju wiadomość przekazać Odwołującemu znacznie wcześniej. Określenie braku właściwości do dokonania określonych czynności można było bowiem stwierdzić niezwłocznie, tj. w momencie uzyskania zapytania od Odwołującego. Natomiast przekazanie takiej wiadomości, na trzy dni przed terminem składania ofert, do tego bez wskazania danych konkretnej komórki sprzedażowej, w kontekście złożenia oferty przez T-Mobile Polska S.A., może wywoływać uzasadnione wątpliwości Odwołującego. W szczególności pozwala Odwołującemu przyjąć wniosek o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji". Dalej podał, że (…) Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i w tym zakresie odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r., która określa, iż jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta". Jego zdaniem (….) Istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że T- Mobile Polska S.A., jako podmiot

powiązany kapitałowo z T-Mobile Poland Sp. z o. o, wpływała na działania podejmowane przez T- Mobile Poland Sp. z o.o., w tym na termin i zakres udzielenia przez operatora centrów danych informacji Odwołującemu o warunkach przyłączenia. Działanie obu spółek może być więc potraktowane jako działanie naruszające zasadę równości i uczciwej konkurencji, a także dobre obyczaje. Złożona przez wykonawcę oferta zyskała oczywistą przewagę, gdyż Wykonawca, który ją złożył wiedział, że Odwołujący nie posiada wszystkich danych koniecznych do jej przygotowania. Działanie takie pozwoliło więc Wykonawcy na stosowne ukształtowanie własnej oferty, co w oczywisty sposób wpłynęło na wynik Postępowania poprzez ograniczenie ilości złożonych ofert i jednocześnie stanowi manipulację przebiegiem Postępowania. Działanie to bez wątpienia ograniczyło dostęp Odwołującemu do Postępowania, przez co naruszyło jego słuszny interes, zaś wykonawca składający ofertę uzyskał przewagę nad konkurentami". Reasumując stwierdził, że art. 89 ust. 1 pkt) 3 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który to przepis ma charakter obligatoryjny wskazując sankcję za nieprzestrzegania norm określonych przepisami prawa.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T- Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz EXATEL S.A. z siedzibą w Warszawie, [Przystępujący lub wykonawca T-Mobile] stwierdzając w szczególności, że Przystępujący jest wykonawcą biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu, a jego interes w przystąpieniu do odwołania po stronie Zamawiającego polega na tym, że wykonawca złożył jedyną ofertę w

Postępowaniu i ewentualne uwzględnienie poszczególnych żądań odwołania może spowodować: a) powtórzenie czynności otwarcia ofert, co w sytuacji złożenia oferty i ujawnienia ceny zaoferowanej przez Przystępującego rażąco naruszałoby jego interes poprzez pogorszenie pozycji konkurencyjnej w stosunku do innych podmiotów; b) odrzucenie oferty Przystępującego pomimo, iż jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w efekcie unieważnienie postępowania, lub c) unieważnienie postępowania w związku z domniemaną przez Odwołującego wadliwością, pomimo, iż wadliwość ta nie występuje. W konsekwencji wykonawca T- Mobile niewątpliwie poniesie szkodę w każdym przypadku uwzględnienia któregokolwiek z żądań Odwołującego. Tym samym posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na posiedzeniu, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu w szczególności podał, co następuje:

Izba - zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp - odrzuca odwołanie gdy zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z kolei, stosownie do ust. 2 pkt 7 przywołanego przepisu, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. Na gruncie niniejszego postępowania zachodzą w/w przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania. Odwołujący wniósł odwołanie z uchybieniem terminu określonego w przepisie art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, a w konsekwencji nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. Stosownie do przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przetacza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Dalej podał, że odwołanie jest w istocie skierowane nie przeciwko odpowiedzi Zamawiającego, lecz przeciwko treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym zostało wniesione z naruszeniem terminu przewidzianego w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp. Podkreślił, że Odwołujący już w pierwszym zdaniu uzasadnienia odwołania wskazuje, że „Zamawiający

(główne i zapasowe)" nie ustalił w treści SIWZ w sposób jednoznaczny kwestii dotyczących warunków połączenia infrastruktury kablowej wykonawcy do Lokalizacji Zamawiającego." Następnie, przywołuje brzmienie § 3 ust. 7 załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy i stwierdza: „Powyżej przywołane postanowienie wzoru umowy było dla Odwołującego o tyle niejasne, że wskazane w nim „prace instalacyjne" zostały wymienione wyłącznie jako jedna z możliwości przyłączenia do lokalu właściciela. Tym samym, przez „prace instalacyjne" należałoby rozumieć sytuację, w której właścicieli lokalu żąda budowy/ instalacji infrastruktury kablowej Zamawiającego w jego budynku. Jeżeli zaś właściciel lokalu wymagałby wyłącznie dzierżawy jego światłowody na terenie Lokalizacji, to wówczas nie wiązałoby się to z żadnymi pracami instalacyjnymi. Umowa nie uregulowała jednak takiego przypadku, w szczególności kwestii, kto ponosi koszty dzierżawy. Zatem w ocenie Odwołującego SIWZ nie określiła jednoznacznie warunków przyłączenia, stąd pojawiła się konieczność doprecyzowania tej kwestii w trybie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia." W tym celu, w dniu 30 kwietnia 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem w trybie art. 38 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści SIWZ. Dalej na strome 9 odwołania, w drugim akapicie, Odwołujący stwierdził „Pytanie Odwołującego skierowane do Zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2015 /*. miało na celu doprecyzowanie kwestii nieokreślonej w SIWZ, która miała wpływ na sporządzenie oferty.". Zdaniem przystępującego wykonawcy, z przytoczonych powyżej fragmentów wynika, że w ocenie Odwołującego SIWZ nie określała jednoznacznie warunków przyłączenia. Skoro zatem Odwołujący uznał, że SIWZ nie zawiera w/w informacji to powinien był wnieść odwołanie wobec treści SIWZ w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, tj. najpóźniej w dniu 8 maja 2015 r. Zwłaszcza, że jak wskazuje Odwołujący, informacja ta była dla niego istotna, gdyż jej brak spowodował, że nie mógł on złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu. Za zasadnością tezy, że de facto postawione przez Odwołującego zarzuty dotyczą treści SIWZ, a nie rzekomego zaniechania udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnień do treści SIWZ przemawia również jego zdaniem brzmienie zarzutów, w szczególności tych wskazanych w pkt 2 i 3 odwołania (str. 2). Zarzuty te wprost odnoszą się do nieudostępnienia informacji niezbędnych do przygotowania i złożenia oferty oraz sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Tym samym, zarzuty, żądania oraz uzasadnienie odwołania jednoznacznie wskazują, że Odwołujący kwestionuje brzmienie SIWZ, a nie zaniechanie udzielenia wyjaśnień treści SIWZ, których postawienie było możliwe już na podstawie brzmienia SIWZ, co Odwołujący de facto uczynił w argumentacji wniosku skierowanego do Zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2015 r. Przystępujący wskazał, że Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 kwietnia 2015 r. i tym samym, termin na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ upłynął w dniu 8 maja 2015 r. Odwołanie wniesione w dniu 8 czerwca 2015 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem terminu

określonego w przepisie art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, albowiem termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 8 maja 2015 r., zaś kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 8 czerwca 2015 r., co oznacza, że Odwołujący nie wypełnił obowiązku z art. 180 ust. 5 Pzp, gdyż nie dostarczył Zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. Tym samym to odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 7 ustawy Pzp. Stwierdził ponadto, że nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający zaniechał udzielenia wyjaśnień do treści SIWZ (co nic miało miejsca, gdyż udzielił odpowiednie wyjaśnienia) - zarzut określony w pkt 1 odwołania (str. 2) to i tak odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu. Wskazał, że zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 tego przepisu, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto łub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Stosownie do art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp, Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert tj. 23 maja 2015 r. Skoro jak twierdzi Odwołujący,

Zamawiający zaniechał udzielenia wyjaśnień treści SIWZ to informację o tym fakcie Odwołujący powziął nie później niż w dniu 24 maja 2015 r. Tym samym termin na wniesienie odwołania wobec tej czynności upłynął w dniu 3 czerwca 2015 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione 8 czerwca 2015 r. Przystępujący stwierdził ponadto, że nawet, gdyby przyjąć, że odwołanie wniesione jest faktycznie od czynności zaniechania wyjaśnienia treści SIWZ (jak wskazuje Odwołujący w uzasadnieniu zachowania terminu na wniesienie odwołania), to również należy uznać, że zostało ono wniesione z uchybieniem terminu. Zgodnie z art. 38 ust. ł pkt 1 Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do udzielenia wyjaśnień w terminie 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Oznacza to, że najpóźniej w z upływem 6 dnia przed terminem składania ofert, Odwołujący powziął wiadomość, iż Zamawiający nie udzielił odpowiedzi w terminie, w którym zgodnie z przepisem art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp był do tego zobowiązany. Od tego dnia - zgodnie z 182 ust. 3 pkt 1 Pzp - należy liczyć termin 10 dni na wniesienie odwołania. Termin składania ofert upływał dnia 29 maja, co oznacza, że Zamawiający powinien był na wszelkie pytania udzielić odpowiedzi udzielić do dnia 23 maja br, a jak podniósł Odwołujący, pismo Zamawiającego z dnia 28 maja br nie zawierało żadnych nowych informacji, a tylko stwierdzenie, iż stosowne wyjaśnienia zostały udzielone w dniu 8 maja br. Jeżeli więc Odwołujący uznał, że odpowiedzi na pytanie nie zostało udzielone, to powinien był w terminie 10 dni liczonych od dnia 23 maja, wnieść odwołanie od czynności zaniechania udzielenia wyjaśnień treści SIWZ, dla którego wniesienia termin upływał dnia 2 czerwca 2015 r. Przystępujący – powołując się na orzecznictwo oraz doktrynę - stwierdził ponadto, że odwołanie podlega odrzuceniu również

na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Odwołujący bowiem nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Zgodnie przywołanym przepisem wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu, a zatem nie ma statusu wykonawcy, czyli jest podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp i nie jest dopuszczalne korzystanie przez niego ze środków ochrony prawnej. Ponadto stwierdził, że w przypadku niepodzielenie przez Izbę powyższej argumentacji Odwołujący nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust 1 Pzp, a co za tym idzie odwołanie powinno zostać oddalone już chociażby z tego powodu. W uzasadnieniu stwierdził, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki prawne określone w dziale VI przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma łub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Interes o którym mowa w przywołanym przepisie ma charakter skonkretyzowany w odniesieniu do postępowania, w którym następuje wniesienie odwołania. Interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi zatem "danego" zamówienia, czyli konkretnego postępowania, w którym wnoszone jest odwołanie, która ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dalej podał, że (…) Skoro Odwołujący nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu to nie może on w wyniku wniesienia środka ochrony prawnej uzyskać zamówienia i doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp". Podkreślił, powołując się na orzecznictwo, że świetle art. 179 ust. 1 unieważnienie postępowania nie mieści się w przesłance posiadania "interesu w uzyskaniu danego zamówienia", gdyż interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania, a interes w uzyskaniu danego zamówienia nie obejmuje czuwania nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia. Unieważnienie postępowania nie oznacza bowiem automatycznego rozpoczęcia nowego postępowania w trybie konkurencyjnym, albowiem żaden przepis prawa nie daje roszczenia o wszczęcie postępowania na nowo, a zamawiający może nawet zrezygnować z udzielenia zamówienia.

W konkluzji, niezależnie pod powyższego, wykonawca stwierdził, że podniesione przez Odwołującego zarzuty nie znajdują uzasadnienia tak faktycznego jak i prawnego. W szczególności, wbrew twierdzeniom Odwołującego treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie została sporządzona z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp, a zatem odwołanie powinno podlegać w/w zakresie oddaleniu jako oczywiście bezzasadne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł w pierwszej kolejności o jego odrzucenie podnosząc, że zarzuty związane z naruszeniem art. 38 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp de facto - jak wskazano expressis verbis w treści odwołania [„sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co było skutkiem nieudostępnienia przez Zamawiającego informacji niezbędnych Odwołującemu do przygotowania i złożenia oferty"], co do istoty [(pomimo językowego odmiennego ich ujęcia przez ATM] - dotyczą rzekomego naruszenia przez Zamawiającego obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób w szczególności uwzględniający „wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty." Także treść uzasadnienia odwołania, zdaniem Zamawiającego, sprowadza się do wykazywania przez ATM okoliczności, iż w przedmiotowym postępowaniu niemożliwe było według Odwołującego sporządzenie w rzetelny sposób oferty bez posiadania informacji w ściśle wskazanym przez niego zakresie. Dalej podał, że Odwołujący wskazuje, że w dniu 30 kwietnia 2015 r. skierował on do Zamawiającego pytanie, które według niego „miało na celu doprecyzowanie kwestii nieokreślonej w siwz, która miała wpływ na sporządzenie oferty". Jako przyznaną przez Odwołującego, a zatem niespornie ustaloną należy uznać okoliczność, że najpóźniej w dniu 30 kwietnia, 2015 r. Odwołujący powziął, niepodzielane przez Zamawiającego, przekonanie o niezgodności specyfikacji z art. 29 ust. 1 Pzp siwz w zakresie dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Obliczony zaś zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp termin na wniesienie odwołania od treści siwz w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wynosi 10 dni od zamieszczenia siwz na stronie internetowej. Tak obliczony termin upłynął zaś w dniu 8 maja 2015 r. Przedmiotowe odwołanie wniesiono zatem po terminie określonym w ustawie, a więc podlega ono odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym zarzut dotyczący „zaniechania udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnienia treści (...) siwz (...).pomimo obowiązku dokonania tej czynności", podobnie jak zarzuty z nim związane są spóźnione i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dalej podał, że skoro udzielona Odwołującemu odpowiedź nie stanowiła wyjaśnienia siwz, co do opisu przedmiotu zamówienia w stopniu wystarczającym według ATM do uznania, że opis przedmiotu zamówienia uwzględnia wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, to termin na wniesienie odwołania na „zaniechanie udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnienia treści siwz", zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp wynosił 10 dni od dnia 8 maja 2015 r. (tj. dnia publikacji na stronie internetowej Zamawiającego odpowiedzi

na pytanie z 30 kwietnia, 2015 r.), jako dnia, w którym Odwołujący powziął (co stanowi okoliczność przyznaną w treści odwołania) wiadomość o okoliczności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, a zatem termin ten upłynął w dniu 18 maja 2015 r. Nawet zaś w przypadku uznania, że i ten termin nie byłby właściwie obliczonym dla stanu faktycznego w przedmiotowym postępowaniu, to należy wskazać, że skoro w okolicznościach tego postępowania art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp nakładał na Zamawiającego obowiązek udzielenia wyjaśnień treści siwz nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert (29 maja 2015 r.), to termin graniczny udzielenia wyjaśnień upłynął w dniu 23 maja 2015 r., a zatem Odwołanie winno być wniesione do dnia 2 czerwca 2015 r. (zgodnie z art. 38 ust. 1a wnioski złożone w terminie późniejszym niż obliczony zgodnie z regulacją art. 38 ust. 1 in fine, Zamawiający może pozostawić bez rozpoznania, a zatem nie jest do ich rozpoznania obowiązany). Reasumując, Zamawiający wskazał, że w istocie Odwołujący wykreował w treści odwołania teorię odrodzenia prawa do wniesienia odwołania od danej czynności Zamawiającego (w tym przypadku od niezgodnego z Pzp opisu przedmiotu zamówienia w siwz) na wypadek zmian w zakresie przeświadczenia Odwołującego, co do zgodności lub niezgodności z prawem danej czynności Zamawiającego. Odwołujący mianowicie wskazuje, iż informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 28 maja 2015 r. kiedy to otrzymał odpowiedź Zamawiającego na pismo z dnia 26 maja 2015 r. Z

uzasadnienia odwołania wynika zmienność zdania ATM, co do niezgodności siwz z Pzp po jego publikacji Odwołujący uważał, że taka niegodność zachodzi, po czym pomiędzy 8 maja 2015 r. (wyjaśnienia Zamawiającego) do dnia 26 maja 2015 r. pozostawał w przekonaniu, że niezgodności nie ma, a od tego ostatniego dnia znowu powziął przekonanie o niezgodności siwz z Pzp. Podkreślił, że ustawa Pzp nie wskazuje, jako daty początkowej biegu terminu na wniesienie odwołania wobec siwz, daty powzięcia przez odwołującego przekonania o niezgodności siwz z Pzp, lecz daty zamieszczenia siwz, którą odwołujący ocenia jako sprzeczną z Pzp. Wahania czy zmienności przekonań odwołujących w tym zakresie są irrelewantne dla biegu rzeczonych terminów. Od suwerennej decyzji danego podmiotu, z zasady profesjonalnego, zależy, czy skorzysta on z przysługującego mu środka ochrony prawnej, czy też nie. Zamawiający stwierdził także, że w pełni podziela i przyjmuje jako własną argumentację wskazaną przez uczestnika – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – T- Mobile Polska sp. z o.o. i Exatel S.A. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego w zakresie, w jakim wskazuje on na konieczność odrzucenia Odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 2 Pzp, jako wniesionego przez podmiot nieposiadający przymiotu wykonawcy (pkt II uzasadnienia zgłoszenia przystąpienia) lub jego oddalenie z uwagi na brak interesu Odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp (pkt III uzasadnienia przystąpienia) do jego wniesienia.

Na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę stanowiska, co do konieczności odrzucenia odwołania, Zamawiający w szczególności podniósł, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z normami zawartymi w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Dokonywać ich wykładni należy bowiem, "z uwzględnieniem tego, że określenia użyte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego, a ponadto określenia te skierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo świadczeniem usług danego rodzaju i, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w sposób, który umożliwi im złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego (wyrok z dnia 27 listopada 2006 r. Sądu Okręgowego w Gdańsku, III Ca 1019/06). Przenosząc powyższe na okoliczności mniejszego postępowania, Zamawiający podniósł, że Odwołujący sam wskazał w treści odwołania (str. 9, akapit 3), że jako podmiot profesjonalnie działający na rynku usług telekomunikacyjnych, jest świadomy tego, że podstawą działalności telekomunikacyjnej jest współpraca międzyoperatorska. W zasadzie każde postępowanie (...) którego przedmiotem jest świadczenie usług w sieci wiąże się z łączy telekomunikacyjnych dzierżawą telekomunikacyjnych podmiotu trzeciego, czy (...) uzyskaniem dostępu do czyjegoś Data Center (...)". Co więcej Odwołujący sam podkreśla, z czym Zamawiający w pełni się zgadza, że w związku z powyższym „powszechną praktyką jest (...) dokonywanie wyceny oferty w oparciu o ceny zaproponowane przez podmioty konkurencyjne". Stanowisko to Zamawiający uważa za kluczowe dla rozstrzygnięcia o zasadności merytorycznych zarzutów odwołania. Skoro bowiem bezspornymi są wskazane, powszechnie stosowane na rynku danych usług, powszechnie znane i akceptowane przez konkurujące na nim podmioty zasady, to oczywiście bezzasadne są wszelkie zarzuty stawiane Zamawiającemu przez ATM, w istocie sprowadzające się do wymagania od Zamawiającego, aby to Zamawiający przejął rolę konkurujących ze sobą a jednocześnie współpracujących na rynku podmiotów w zakresie wyceniania określonych świadczeń mających wpływ na dokonanie wyceny oferty przez Odwołującego. Zamawiający formułując postanowienia siwz w sposób niebudzący wątpliwości wskazał, że koszty prac instalacyjnych nie będą go obciążały (§3 ust. 7 wzoru umowy), ponadto w rozdziale XII pkt 2 siwz (opis sposobu obliczenia ceny) wskazał jednoznacznie, że ceny określone w formularzu ofertowym powinny zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Oczywistym zatem, dla profesjonalnego podmiotu wykonującego usługi tego rodzaju, musiało być, na co zresztą sam Odwołujący wskazuje, że w związku ze świadczeniem zamawianej usługi konieczne będzie wykonanie niezbędnych prac instalacyjnych w pomieszczeniach należących do podmiotu trzeciego albo dzierżawa światłowodu podmiotu trzeciego. Wskazane przez Zamawiającego w § 3 ust. 7 wzoru umowy okoliczności nie mogły więc stanowić żadnego novum dla Odwołującego, ani dla jakiegokolwiek innego wykonawcy (Zamawiający

podkreśla, że w terminie nie wpłynęło na siwz żadne odwołanie, w którym jakikolwiek z wykonawców działających na rynku podnosiłby zarzuty formułowane obecnie przez ATM, co wskazuje na akceptację przez te podmioty siwz jako zgodnego z wymaganiami Pzp). W istocie stanowiły one wręcz swego rodzaju superfluum w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla każdego profesjonalisty na rynku, jako stanowiące stwierdzenie powszechnej praktyki. Dalej podał, że nie zmienia tego stwierdzenie Odwołującego (str. 6 odwołania), że gdyby podmiot trzeci nie wymagał budowy czy też instalacji infrastruktury kablowej w jego budynku a jedynie dzierżawy jego światłowodu, to nie wiązałoby się to z żadnymi pracami instalacyjnymi. Jeżeli to stwierdzenie ma jakiekolwiek znaczenie dla niniejszego postępowania, to tylko takie, że umacnia tezę o tym, że takie praktyki są normą dla rynku usług tego rodzaju. W tych okolicznościach, jego zdaniem, oczywistym jest, że wskazany w § 3 ust. 7 in fine wzoru umowy obowiązek ustalenia przez usługodawcę z właścicielami lokali wszelkich kwestii formalnych i technicznych związanych ze świadczeniem usługi DWDM na rzecz Zamawiającego dotyczy w szczególności także przypadku dzierżawy światłowodu. Równie oczywistym jest objęcie kosztu takiej dzierżawy nakazem sformułowanym przez Zamawiającego w rozdziale XII pkt 2 siwz (opis sposobu obliczenia ceny). Przyznanie przez Odwołującego okoliczności, iż normalną praktyką rynkową jest pozyskiwanie przedmiotowych informacji w ramach współpracy między konkurującymi zarazem podmiotami, dodatkowo wzmocnione jest przez to, w jaki sposób Odwołujący sformułował pytanie zadane Zamawiającemu w piśmie z dnia 29 kwietnia 2015 r. W piśmie tym, ATM wskazuje mianowicie, że oczekuje modyfikacji siwz we wskazanym zakresie, albo udzielenie informacji w zakresie kosztu przyłączenia, pozwoleń itd., bądź podania osób do kontaktu po stronie operatorów centrów danych. Jak więc wynika z treści powyższego pisma, Odwołujący uznał wskazane w nim trzy żądania za równoważne i spełnienie któregokolwiek z nich wyczerpywało oczekiwania Odwołującego. Zamawiający podniósł także, iż po uzyskaniu od Zamawiającego wskazania osoby do kontaktu w zakresie centrum danych w Piasecznie, ATM nie zwrócił się niezwłocznie do tej osoby, lecz do innej osoby będącej pracownikiem innego podmiotu (okoliczność powiązań kapitałowych pomiędzy tymi podmiotami pozostaje bez znaczenia dla ich odrębnej podmiotowości). Zatem to ATM samodzielnie, wbrew informacji wskazanej prze Zamawiającego zwrócił się do podmiotu niewskazanego z powodów nieznanych Zamawiającemu. Dopiero po 11 dniach od wskazania przez Zamawiającego osoby właściwej do kontaktu, Odwołujący zwrócił się do tej osoby, która w ocenie Zamawiającego bez zbędnej zwłoki udzieliła odpowiedzi. Podkreślił, że uzyskanie merytorycznych informacji wnioskowanych przez ATM wymaga kilku dni i – jego zdaniem - wyłącznie zwłoka Odwołującego (11 dniowa) w kontakcie ze wskazaną osobą spowodowała, że czas na przygotowanie oferty w przedmiotowym postępowaniu okazał się

dla tego wykonawcy zbyt krótkim. Przyczyny te nie leżą więc po stronie Zamawiającego ani Przystępującego, ani też operatora centrum danych w Piasecznie.

Odnośnie zarzutu związanego z ofertą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – T- Mobile Polska sp. z o.o. i Exatel S.A. i żądań odwołania, opartych na tezie o dokonaniu czynu nieuczciwej konkurencji przez Przystępującego, Zamawiający wskazał na brak dowodów oraz zastrzegł, że nie podziela stanowiska Odwołującego, co do istnienia okoliczności wskazujących na dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślił, że (…) zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26). Przy posługiwaniu się tą ustawą należy mieć na względzie fakt, iż przewiduje ona drogę sądową dochodzenia roszczeń z tytułu naruszania uczciwej konkurencji. Wątpliwa jest zatem możliwość jednoznacznego stwierdzenia przez zamawiającego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i podejmowania na tej podstawie decyzji o odrzuceniu oferty". Podniósł również, że tezy Odwołującego oparte zostały wyłącznie na kapitałowym

powiązaniu spółek T- Mobile Polska S.A. oraz T- Mobile Poland sp. z o.o. i wywodzenie jedynie z istnienia tego powiązania, iż jedna z tych spółek wykonywała polecenia drugiej spółki mające polegać na rzekomym podejmowaniu działań lub dokonywaniu zaniechań, nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem, a oparte zostało jedynie na przekonaniu Odwołującego, iż „istnieje wysokie prawdopodobieństwo", iż tak było. Wskazał także, że czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w odwołaniu, musiałby być przypisany Przystępującemu, a niepowiązanej z nim spółce, a zatem udowodnione musiałoby zostać nie tylko, iż ta powiązana z Przystępującym spółka dopuściła się w istocie zarzucanego czynu, ale także, iż w działaniach tych uczestniczył Przystępujący. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że (…) w okolicznościach przedmiotowego postępowania z równym prawdopodobieństwem możliwe jest budowanie hipotezy o tym, że to Odwołujący, a nie Przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Można mianowicie wyobrazić sobie hipotezę, zgodnie z którą Odwołujący celowo zwlekał przez 11 dni ze zwróceniem się do wskazanej przez Zamawiającego osoby, a niezwłocznie zwrócił się do innych podmiotów. Możliwe jest budowanie hipotezy, zgodnie z którą działanie takie mogło mieć na celu późniejsze

wykazywanie, iż postępowanie obarczone jest rzekomo wadą która może spowodować unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia i konieczność przeprowadzenia kolejnego. Zwrócił również uwagę, że Odwołujący w przypadku kolejnego postępowania znając ofertę konkurenta złożoną w postępowaniu unieważnionym, zdobyłby, w takiej hipotetycznej sytuacji, nieuzasadnioną przewagę nad konkurentem w sposób oczywiście sprzeczny z ustalonymi zwyczajami. Reasumując, Zamawiający stwierdził, że wskazane uchybienia Odwołującego w kontaktowaniu się ze wskazanym mu podmiotem wynikały najprawdopodobniej z braku należytej staranności osób, którymi posługiwał się przy wykonywaniu tych czynności.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W odwołaniu podniesiono zarzuty do niezgodnych według Odwołującego z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego, dotyczących:

1) zaniechania, z naruszeniem art. 38 ust.1 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp, wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2) nieudostępnienia, z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 38 ust. 1 oraz z art. 7 ust. 1 Pzp, informacji niezbędnych do przygotowania i złożenia oferty, do których przekazania był obowiązany wskutek wniosku ATM o wyjaśnienie treści siwz, a które posiadał operator centrów danych - T- Mobile Poland sp. z o.o.;
3) sformułowania, z naruszeniem art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp opisu przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wskutek nieudostępnienia informacji niezbędnych do przygotowania i złożenia oferty, co postawiło w uprzywilejowanej pozycji konsorcjum T-Mobile Polska S.A. I Exatel S.A.;

a ponadto, z ostrożności:

4) zaniechanie, z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp unieważnienia postępowania z uwagi na złożenie oferty wyłącznie przez jednego wykonawcę, która to oferta winna zostać odrzucona, albowiem jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, ewentualnie:
5) zaniechanie, z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie dysponował do dnia upływu terminu składania ofert informacjami niezbędnymi dla złożenia przez wykonawców rzetelnych ofert.

Rozpoznając odwołanie i wydając rozstrzygnięcie w tej sprawie, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, co do podstaw odrzucenia odwołania na podstawie przesłanki z punktu 2 art. 189 ust. 2 Pzp, albowiem status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp posiada także ten podmiot, który skarży postanowienia

specyfikacji, czy udzielone wyjaśnienia lub brak ich udzielenia. Takie bowiem okoliczności wskazują, że jego zamiarem jest ubieganie o udzielenie danego zamówienia, albowiem wiążą się z ustaleniem warunków związanych z przygotowaniem oferty (lub wniosku). W okolicznościach tej sprawy nie można było przyjąć, że wnoszący odwołanie wykonawca ATM w dniu 8 czerwca 2015 r. z uwagi na to, że nie złożył przed wyznaczonym terminem oferty utracił ostatecznie i nieodwracalnie status wykonawcy w rozumieniu wskazanego art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Hipotetycznie bowiem, składając w terminie odwołanie w części dotyczącej zarzutów dotyczących naruszenia art. 29 ust.1 i 2 oraz art. 38 ust.1 ustawy Pzp, wykonawca miał prawo oczekiwać, że jego żądania związane ze zmianą postanowień specyfikacji zostaną uwzględnione. Tym samym należało uznać, że w dacie wniesienia odwołania wykonawca ATM był podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Izba nie uwzględniła także wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem kopia odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej także w dniu 8 czerwca 2015 r. została przekazana Zamawiającemu. Wskazana przesłanka odrzucenia odwołania może być rozważana wyłącznie w kontekście tego skonkretyzowanego odwołania, a nie hipotetycznego, które zdaniem Przystępującego powinno być wniesione w dniu 8 maja 2015 r.

Jednocześnie w tej sprawie, mając odpowiednio na uwadze art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała, że nie podlegają rozpoznaniu podnoszone w odwołaniu zarzuty związane z naruszeniem art. 38 ust.1 ustawy Pzp oraz z art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, albowiem zostały one podniesione z uchybieniem terminu wymaganego ustawą Pzp, w szczególności art. 182 ust.1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 1 tej ustawy.

Jak słusznie zauważył Zamawiający oraz Przystępujący [wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – T- Mobile Polska sp. z o.o. i Exatel S.A] zarzuty te, co do istoty - jak wskazano expressis verbis w treści odwołania [„sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co było skutkiem nieudostępnienia przez Zamawiającego informacji niezbędnych Odwołującemu do przygotowania i złożenia oferty"], dotyczą rzekomego naruszenia przez Zamawiającego obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Także uzasadnienie odwołania, sprowadziło się do wykazywania przez wykonawcę ATM, że w przedmiotowym postępowaniu bez

posiadania informacji w ściśle wskazanym przez niego zakresie niemożliwe było sporządzenie w sposób rzetelny oferty. Konsekwencją tego było skierowanie do Zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2015 r. zapytania, które de facto związane było z § 3 ust.7 wzoru umowy w którym Zamawiający jednoznacznie – zdaniem Izby - podał, że „Właściciele *lokali we wskazanych Lokalizacjach mogą wymagać, aby określone prace instalacyjne w budynku zostały wykonane przez właścicieli lokali, wówczas prace takie będą prowadzone po dokonaniu wcześniejszych uzgodnień przez Usługodawcę i właściciela lokalu, a koszt wykonania ewentualnych prac nie będzie obciążał Usługobiorcy. Usługodawca zobowiązany jest ustalić z właścicielami lokali we wskazanych Lokalizacjach wszelkie kwestie formalne i techniczne związany ze* świadczeniem *Usługi DWDM na rzecz Usługobiorcy".* Zatem pytanie o treści: *Czy koszt przyłączenia infrastruktury kablowej Wykonawcy do Lokalizacji zamawiającego oraz uzyskanie niezbędnych pozwoleń leży po stronie Zamawiającego?"* było bezprzedmiotowe, albowiem zgodnie ze wskazanym postanowieniem „koszt prac instalacyjnych" niewątpliwie nie obciążał Zamawiającego, podobnie, jak uzyskanie ewentualnych pozwoleń. Zatem argumentacja wnoszącego odwołanie wykonawcy, że to zapytanie „miało na celu doprecyzowanie kwestii nieokreślonej w siwz, która miała wpływ na sporządzenie oferty" nie znajduje racjonalnego potwierdzenia. Tym samym Odwołujący w tych okolicznościach, a wbrew jego twierdzeniu, powziął, informację w dniu 30 kwietnia, 2015 r. o podnoszonej dopiero w odwołaniu z dnia 8 czerwca 2015 r. niezgodności specyfikacji z art. 29 ust. 1 i ust.2 ustawy Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający - w jego ocenie - wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Obliczony zatem zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 8 maja 2015 r. Izba uznała również za spóźniony w zakresie przedmiotowego zapytania, zarzut braku udzielenia wyjaśnień, albowiem Zamawiający w odpowiedzi z dnia 8 maja 2015 r. udzielił żądanych

informacji, co do „osób kontaktowych po stronie operatorów centrów danych” w celu „dokonania ustaleń w zakresie kwestii formalnych i technicznych związanych ze świadczeniem Usługi DWDM (…), wskazując te osoby z imienia i nazwiska oraz podając adresy i telefony i adresy e- mail. O ile zatem, ta odpowiedź nie pozwalała na uzyskanie oczekiwanych przez wykonawcę informacji – nie było możliwe według ATM nawiązanie kontaktu z jedną z tych osób z ramienia T- Mobile sp. z o.o. – to termin na wniesienie odwołania na „zaniechanie udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnienia treści siwz" zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp [obliczany od dnia 8 maja 2015 r. - dnia publikacji na stronie internetowej Zamawiającego odpowiedzi na pytanie z 30 kwietnia, 2015 r., jako dnia w którym Odwołujący powziął informację o okoliczności stanowiącej podstawę wniesienia

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, odwołania], upłynął w dniu 18 maja 2015 r. że wnoszący odwołanie wykonawca wskazując – w tych okolicznościach faktycznych - na datę

---

28 maja 2015 r. w istocie usiłuje wykreować przywrócenie prawa [terminu] do skutecznego wniesienia odwołania od czynności, co do których termin definitywnie upłynął.

W konkluzji Izba stwierdziła, że przedmiotowe zarzuty zostały wniesiono po terminie określonym w ustawie i w związku z art. 189 ust.1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę. Z tego też względu do rozpoznania na rozprawie skierowane zostały zarzuty dotyczące naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Rozpoznając zarzuty w zakresie wskazanym jak powyżej Izba stwierdziła, że wykonawca ATM nie miał legitymacji procesowej w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania dotyczącego naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wskazany przepis wymaga łącznego spełnienia przesłanek materialno-prawnych, a mianowicie legitymowania się interesem w uzyskaniu lub możliwości uzyskania danego zamówienia, oraz wykazania poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby wykonawca uprawdopodobnił, co najwyżej jedną z przesłanek z art. 179 ust.1 Pzp, a mianowicie, że wnosząc to odwołanie miał interes w możliwości uzyskaniu tego zamówienia. Nie wykazał jednakże drugiej z przesłanek, a mianowicie możliwości poniesienia szkody, albowiem to zwłoka w działaniach wykonawcy spowodowała, że nie uzyskał niezbędnych – jego zdaniem – informacji do opracowania i następnie złożenia w tym postępowaniu oferty. Izba zwraca uwagę, że pismo z dnia 8 maja 2015 r. zostało skierowane do T- Mobile Poland S.A., a nie T- Mobile Piaseczno [wskazana w odpowiedzi z dnia 8 maja 2015 r.] lub też do T-Mobile Poland sp. z o.o., której pracownikiem jest wskazana w odpowiedzi osoba. Pismo z dnia 8 maja br skierowano ponadto do innej osoby, [do jej wiadomości], aniżeli wskazana przez Zamawiającego. Odwołujący uchybił również, jak wskazała Izba, terminom wymaganym do podnoszenia zarzutów dotyczących postanowień specyfikacji, które w jego ocenie uniemożliwiały mu opracowanie i złożenie w tym postępowaniu oferty. Tym samym, wobec braku legitymacji procesowej wymaganej art. 179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, merytoryczne rozpoznanie wskazanych zarzutów przez Izbę nie było możliwe. Podkreślenia wymaga, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego możliwe byłoby w konsekwencji udzielenie zamówienia [zawarcie umowy] z wnoszącym odwołanie wykonawcą. Izba na marginesie stwierdza, że podziela pogląd Zamawiającego, co do braku udowodnienia czynu nieuczciwej konkurencji, który to zarzut oparty został wyłącznie na

---

kapitałowym powiązaniu spółek T- Mobile Polska S.A. oraz T- Mobile Poland sp. z o.o. i z istnienia tego powiązania, Odwołujący wywodził, że jedna z tych spółek wykonywała polecenia drugiej spółki, mające polegać na rzekomym podejmowaniu działań lub dokonywaniu zaniechań w stosunku do Odwołującego. W okolicznościach przedmiotowego postępowania niewątpliwie to Odwołujący bez obiektywnej przyczyny przez okres 11 dni nie

zwrócił się do wskazanej przez Zamawiającego osoby z ramienia T- Mobile Poland S.A., co może uzasadniać hipotezy Zamawiającego, że działanie takie mogło mieć na celu późniejsze wykazywanie, iż postępowanie obarczone jest rzekomo wadą która może spowodować unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji skutkować koniecznością przeprowadzenia kolejnego postępowania. Izba zauważa także, że odwołanie zostało wniesione po otwarciu ofert i tym samym ujawnienie, jak w tym postępowaniu, oferty potencjalnego konkurenta stwarzałoby Odwołującemu i innym potencjalnym wykonawcom, w okolicznościach tej sprawy, nieuzasadnioną przewagę nad wykonawcą, który złożył w unieważnionym postępowaniu ofertę.

W konkluzji Izba stwierdza, że w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp odwołanie w związku z brakiem legitymacji procesowej wnoszącego odwołanie wymaganej art. 179 ust.1 ustawy Pzp oddaleniu.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

……