Sygn. akt: KIO 2467/25

WYROK
z dnia 23 lipca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Justyna Tomkowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 lipca 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 czerwca 2025 roku** przez wykonawcę
T-Moblie Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie z siedzibą w Warszawie**
przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego:** wykonawcy **Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1.Umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 95 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp – uwzględnienie zarzutu i brak sprzeciwu;
2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3.kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - T-Moblie Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w następujący sposób**:**

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej, oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od **Odwołującego - T-Moblie Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego – Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:
……

KIO 2467/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym - przetarg nieograniczony, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp"), którego przedmiotem jest *Świadczenie usługi dostępu do Internetu, dzierżawa symetrycznych łączy internetowych oraz kolokacja - nr postępowania 083/25*. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz.U. UE numer publikacji ogłoszenia: 362716-2025, numer wydania:
Dz.U. S: 107/2025 z dnia 5 czerwca 2025 roku.

Dnia 16 czerwca 2025 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący".

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 5 czerwca 2025 r. W tym dniu zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty postępowania na Platformie. Termin na złożenie odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołanie złożono wobec warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ").

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1.art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 3 Pzp

w zw. z art. 242 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez dokonanie opisu kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium terminu instalacji i uruchomienia usługi przy jednoczesnej wadze tego kryterium aż 40% (Rozdział XVIII ust. 1 tiret 2 oraz ust. 1 pkt 2 SWZ) w sposób nie odnoszący się do jakości świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia oraz

w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

jak również zasadę przejrzystości, co powoduje, iż w kryterium faworyzowany jest jeden wykonawca (aktualnie świadczący usługę dla Zamawiającego) oraz w konsekwencji prowadzi do ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji w postępowaniu w sposób nieuprawniony

i nieproporcjonalny do zamówienia;

2.art. 95 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2)

i 3) Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia nieadekwatny, nadmierny, naruszający uczciwą konkurencję, oraz w sposób nieproporcjonalny w zakresie, w jakim Zamawiający sformułował następujące wymagania w zakresie obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę: *„Zamawiający stosownie do art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego poniżej czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2023 r. poz. 1465). Rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia:*

- osoby odpowiedzialne za nadzorowanie, koordynowanie i kierowanie pracami związanymi z realizacją zamówienia" – Rozdział IV ust. 9 SWZ oraz § 2 ust. 2 umowy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień Ogłoszenia o zamówieniu, SWZ i Załączników, w następujący sposób:

1.Wykreślenie kryterium oceny ofert w zakresie terminu instalacji i uruchomienia usługi (Rozdział XVIII ust. 1 pkt tiert 2 oraz ust. 1 pkt 2 SWZ) oraz zastąpienie tego kryterium innym kryterium jakościowym, w szczególności odnoszącym się do zwiększenia przepustowości łącza czy zapewnienia łączy w technologii światłowodowej zamiast radiowej;

2.Modyfikację Rozdziału IV ust. 9 SWZ oraz § 2 ust. 2 umowy poprzez wskazanie, że wymaganie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dotyczy osób, wykonujących działania obsługowe w okresie obowiązywania umowy (w ramach utrzymania sieci lub helpdesk).

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Ukształtowane w postępowaniu warunki zamówienia i warunki realizacji usługi uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie oraz rzetelną wycenę prawidłowej oferty, a tym samym, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia mogą okazać się niemożliwe. Objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu przystąpienia do postępowania, złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia.

<u>Zarzut dotyczący kryteriów oceny ofert.</u>

Zgodnie z Rozdziałem XVIII ust. 1 pkt tiert 2 oraz ust. 1 pkt 2 SWZ Zamawiający sformułował następujące zasady oceny oferty w zakresie kryterium pozacenowego:

„1. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującym kryterium i jego znaczeniem:

•cena – 60%

•termin instalacji i uruchomienia usług - 40%

2) W zakresie kryterium – termin instalacji i uruchomienia usług – oferta może uzyskać maksymalnie 40 punktów.

Ocena punktowa dokonana zostanie zgodnie z formułą:

PU = 0 pkt dla termin instalacji i uruchomienia usług – maksymalnie 5 miesięcy od dnia podpisania umowy,

PU = 15 pkt dla termin instalacji i uruchomienia usług - maksymalnie 4 miesiące od dnia podpisania umowy,

PU = 25 pkt dla termin instalacji i uruchomienia usług - maksymalnie 3 miesiące od dnia podpisania umowy,

PU = 40 pkt dla termin instalacji i uruchomienia usług - maksymalnie 2 miesiące od dnia podpisania umowy,

UWAGA:

a)Pod określeniem termin instalacji i uruchomienia usług – Zamawiający rozumie określony okres czasu: od dnia podpisania umowy z Wykonawcą do dnia wykonania wszelkich czynności, w którym uruchomione zostaną wszystkie usługi (w tym instalacji i konfiguracji sprzętu telekomunikacyjnego i oprogramowania) dla wszystkich lokalizacji Zamawiającego, zgodnie z treścią kosztorysu ofertowego,

b)Maksymalny termin instalacji i uruchomienia usług wynosi 5 miesięcy. Oferty zawierające dłuższy termin niż 5

miesięcy zostaną odrzucone ze względu na niezgodność

z SWZ."

Tak sformułowane kryterium oceny ofert w żaden sposób nie odnosi się do jakości wykonania przedmiotu zamówienia oraz pozbawia postępowanie konkurencji, ponieważ preferuje wykonawcę, który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego.

Kryteria oceny ofert zgodnie z art. 241 ust. 1 Pzp, muszą być związane z przedmiotem zamówienia, a przy tym muszą być one zgodne z podstawowymi zasadami postępowania
o udzielenie zamówienia, tj. zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, jak również nie powinny prowadzić do nieuprawnionego zawężenia realnej konkurencji w postępowaniu. Obecnie ustalone kryteria prowadzą do pośredniego wskazania konkretnego wykonawcy – wykonawcy obecnie świadczącego usługi, który zaoferuje najkrótszy możliwy termin rozpoczęcia świadczenia usług, podczas, gdy inni wykonawcy zaoferują maksymalny termin (5 miesięcy), który i tak w warunkach realizacji zamówienia opisanych w umowie oraz OPZ jest mocno wyśrubowany.

Podejmując decyzję o wprowadzeniu kryterium oceny ofert w postaci terminu instalacji i uruchomienia usług, Zamawiający musi wziąć pod uwagę nie tylko to, co jest przedmiotem zamówienia, ale powinien również przeanalizować rynek potencjalnych wykonawców, aby poprzez sformułowane kryteria nie zakłócić konkurencji. Zamawiający nie może tym samym poprzez wprowadzenie tego kryterium ograniczyć liczby wykonawców mogących złożyć oferty ważne oraz korzystne cenowo i ekonomicznie. Pozacenowe kryterium oceny ofert ma
w postępowaniu wagę aż 40%, co oznacza, że mimo iż jest kryterium to jednak ma znaczący wpływ na ocenę ofert i na możliwość uzyskania zamówienia. Biorąc również pod uwagę wagę kryterium dotyczącego terminu instalacji i uruchomienia w żaden sposób nie można zrównoważyć tej przewagi ceną.

Przedmiot zamówienia jest szeroki i obejmuje: zapewnienie Zamawiającemu dostępu do sieci Internet oraz dzierżawę symetrycznych łączy internetowych, zapewnienie stałej podsieci co najmniej 10 publicznych adresów IP, brak ograniczenia ilości przesyłanych bądź odbieranych danych, dostęp do Internetu oraz dzierżawę symetrycznych łączy internetowych (bez jakichkolwiek ograniczeń czasu dostępu), o ile jest to niezbędne zainstalowanie własnych urządzeń odbiorczo/nadawczych w serwerowni Zamawiającego, transmisje internetowe kierowane w sieci Wykonawcy poprzez łącza i urządzenia o wydajności wystarczającej do przeniesienia tych transmisji do właściwych punktów styku z dostawcami zewnętrznymi łączy dla Wykonawcy, medium dostarczanych łącz – dla lokalizacji MZDW wyłącznie światłowód, inne medium niż światłowód (np. droga radiowa) dla lokalizacji BRD, zapewnienie odpowiedniego poziomu jakości usług dostępu do Internetu oraz dzierżawy symetrycznych łączy internetowych, utrzymania kolokacji oraz funkcjonalności bezpieczeństwa na poziomie 99,5% dostępności usług przez każde 12 miesięcy, gwarantowany czas reakcji na awarię do 60 min od zgłoszenia awarii, gwarantowany czas usunięcia awarii – do 4 godzin od zgłoszenia awarii, termin przyjmowania zgłoszeń awarii 24h/7dni/265 (por. §1 ust. 2 umowy).

W celu rozpoczęcia świadczenia usług Wykonawca będzie zobowiązany zatem m.in. do zestawienia łączy światłowodowych dla lokalizacji MZDW, których zgodnie z kosztorysem ofertowym jest 31 oraz dla lokalizacji BRD innego łącza (np. radiowego), których jest 27. Całość postępowania łącznie obejmuje niemal 60 lokalizacji. Biorąc to pod uwagę przewidziany 5 miesięczny termin na przeprowadzenie wszystkich czynności związanych
z uruchomieniem usług i tak jest wymagający. Zważywszy na wymagania Zamawiającego, uwarunkowania formalno-prawne przy budowie infrastruktury teleinformatycznej oraz terminy dostaw sprzętu definiowane przez producentów, terminy wskazane przez Zamawiającego
w ramach kryteriów są nierealne, całkowicie oderwane od realiów rynkowych oraz zdecydowanie faworyzują wykonawcę obecnie świadczącego te usługi dla Zamawiającego – Netia S.A. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, że przy takich warunkach konkurencyjną ofertę będzie w stanie złożyć tylko wykonawca obecnie je świadczący. Nawet jeżeli w postępowaniu pojawią się potencjalnie inne oferty, to z uwagi na sformułowane kryteria nie będą miały żadnych szans na konkurencyjne i równe rywalizowanie z Wykonawcą preferowanym.

W tak krótkim czasie tylko Wykonawca obecnie świadczący Zamawiającemu te usługi będzie w stanie „przygotować" infrastrukturę dla nowej umowy - bo w praktyce ma ją w pełni lub w znaczącej większości już przygotowaną. Pozostali Wykonawcy będą musieli taką infrastrukturę przygotować/wybudować, co biorąc pod uwagę obowiązujące w Polsce przepisy nie jest możliwe w terminie krótszym niż 5 miesięcy, w szczególności biorąc pod uwagę ilość lokalizacji.

Zamawiający wymaga uruchomienia nie tylko łączy, ale również uruchomienia usługi bezpieczeństwa czy kolokacji, dla których tak krótkie terminy nie są niespotykane na rynku. Standardem na rynku raczej terminy realizacji sieci liczone nawet w 6-9 miesiącach jako terminy gwarantowane. A nawet terminy dłuższe i to niezależnie od ilości lokalizacji (budowa zgodnie z przepisami jednej lokalizacji zajmuje w praktyce tyle samo czasu co całej sieci, bo te prace dla każdej z lokalizacji odbywają się równolegle). Jako przykłady mogą posłużyć tutaj postępowania dotyczące budowy sieci dla

Prokuratury Krajowej, Komendy Głównej Straży Granicznej, Ministerstwa Sprawiedliwości, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Podkreślenia ponownego wymaga, że przy maksymalnym 5 miesięcznym terminie realizacji instalacji i uruchomienia usług Wykonawca nie ma szans na uzyskanie zamówienia.

Budowa łączy telekomunikacyjnych i uruchomienie usługi jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników Wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Przed rozpoczęciem budowy niezbędnej infrastruktury wykonawca musi wystąpić o stosowne pozwolenia i zezwolenia. Czas potrzebny wykonawcy na przygotowanie do świadczenia usług powinien uwzględniać, poza czasem przeprowadzenia prac związanych z pozyskaniem lub wybudowaniem łączy oraz instalacją infrastruktury, również czas niezbędny do uzyskania stosownych pozwoleń, zezwoleń, uzgodnień. Budowa łącza światłowodowego jest bardzo czasochłonnym procesem, który wymaga uzyskania szeregu zgód i pozwoleń, co w efekcie powoduje, że może potrwać nawet kilka miesięcy. Biorąc pod uwagę najbardziej typowy przypadek budowy linii światłowodowej, z jakim spotykają się wykonawcy – tj. sytuację, gdy wybudowanie kompletnej linii światłowodowej wymaga budowy odcinka kanalizacji własnej oraz dzierżawy istniejącej kanalizacji od innego operatora np. od Netia S.A., proces budowy z perspektywy wykonawcy wygląda następująco:

a.Realizacja linii światłowodowej zaczyna się od wizji w terenie – trwa to 13 tygodni. Wykonawca umawia się z właścicielem nieruchomości lub administratorem

i zamawiającym w celu ustalenia miejsca dostarczenia usługi. Często zdarza się tak, że nie istnieje możliwość spotkania się z obiema stronami jednocześnie i w takiej sytuacji wizja musi de facto odbyć się dwukrotnie.

b.Po spotkaniu konieczne jest pozyskanie rysunków budynku, na którym nanoszone są planowane przebiegi linii światłowodowej i pomieszczenia, gdzie dostarczana jest usługa. Następuje uzgodnienie z właścicielem/administratorem budynku i zamawiającym. Czas trwania tych uzgodnień to standardowo 30 dni, jednak z uwagi na stopień skomplikowania sprawy może ona potrwać nawet 60 dni. Wobec czas trwania tego etapu to średnio 4-8 tygodni.

c.Kolejny krok to wystąpienie do właściciela kanalizacji o ustalenie trasy przebiegu linii w kanalizacji w celu jej wydzierżawienia.

d.Po otrzymaniu warunków od właściciela kanalizacji wykonawca przystępuje do wykonania projektu technicznego na dzierżawę kanalizacji. Projekt musi zostać zaakceptowany przez właściciela kanalizacji, co jednocześnie wiąże się z podpisaniem umowy na dzierżawę kanalizacji. Czas trwania tego procesu to standardowo ok. 4-8 tygodni.

e.Następnie wykonawca musi wystąpić o mapę zasadniczą niezbędną do złożenia wniosku o Decyzję Lokalizacyjną. Czas złożenia wniosku i pozyskiwania mapy wynosi ok. 2 tygodni.

f.Jeśli nieruchomość, przez którą ma przechodzić łącze lub budynek, do którego ma być ono podłączone jest wpisany do rejestru zabytków, budowa łącza wymaga uzyskania zgody konserwatora zabytków na instalację oraz uzyskania pozwolenie na budowę. W tym celu konieczne jest wykonanie projektu budowlanego. W takiej sytuacji konieczne jest również uzyskanie zgody od konserwatora zabytków na rozpoczęcie prac oraz uzyskanie nadzoru archeologicznego. Wymaga to również zawarcia umowy z muzeum na przejęcie artefaktów, które mogą zostać odkryte podczas prac budowlanych. Spełnienia opisanych powyżej wymogów konserwatora zabytków zajmuje standardowo od 5 do 15 tygodni.

g.Kolejną okoliczności, którą należy mieć na uwadze jest sytuacja, gdy na trasie budowy łącza światłowodowego znajduje się rzeka lub inny ciek wodny i nie ma alternatywnej ścieżki poprowadzenia tego łącza. W takiej sytuacji niezbędne jest wystąpienie do Wód Polskich o wydanie pozwolenia wodno-prawnego. Jednym z elementów poprzedzających wydanie takiego pozwolenia jest wykonanie operatu wodno-prawnego. Zwieńczeniem tej procedury jest podpisanie umowy z Wodami Polskimi. Czas wydawania decyzji– pozwolenia wodno-prawnego, po przejściu wszystkich etapów pośrednich i uzyskaniu wszystkich niezbędnych pozwoleń, to standardowo 30 dni (z uwagi na stopień skomplikowania sprawy może on zostać przedłużone do 60 dni). Biorąc jednak pod uwagę czas trwania całej procedury związanej z zaangażowaniem Wód Polskich w proces budowy łącza, to w praktyce trwa on znacznie dłużej.

h.Podczas budowy łącza światłowodowego może się okazać, że na trasie jej przebiegu znajduje się droga krajowa lub autostrada podlegająca Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Taka inwestycja wymaga wówczas wystąpienia o decyzję lokalizacyjną. Z doświadczenia Odwołującego w realizacji analogicznych inwestycji wynika, że w przypadku niektórych rejonów procedura ta trwa 4 - 8 tygodni (standardowy termin 30 dni może zostać wydłużony do 60 dni).

i.Następny krok, to wystąpienie o mapę zasadniczą do złożenia wniosku

o decyzję Lokalizacyjną. Czas trwania tej procedury to standardowo ok. 2 tygodnie.

j.Kolejna okoliczność wpływająca na czas trwania budowy łącza, to przecięcie trasy, którą ma biec łącze z linią kolejową lub terenem kolejowym. W takiej sytuacji również powstaje konieczność uzyskania decyzji lokalizacyjnej na tereny kolejowe, co wiąże się

z koniecznością uzyskania map do celów projektowych kolejowych, wykonania projektu, uzgodnienie z Zespołem Uzgadniania Dokumentacji Projektowej, podpisaniem umowy

z właścicielem terenu kolejowego, którym są zwykle różne podmioty związane z PKP.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że czas trwania tej procedury jest bardzo niejednolity i wynosi od 8 do nawet 78 tygodni.

k.Jeśli okaże się, że na planowanej trasie budowy łącza znajdują się obszary infrastruktury objęte gwarancją wykonanych robót (gwarancja udzielona na nowobudowany fragment chodnika, jezdni, etc.) wykonawca musi przeprowadzić negocjacje i zawrzeć umowę z wykonawcą tych robót. Wiąże się to nie tylko z wydłużeniem procesu inwestycyjnego, ale również dodatkowymi kosztami. Standardowo proces ten trwa 4 - 8 tygodni, czasem powstaje konieczność przeprocesowania nowej gwarancji.

l.Po otrzymaniu decyzji lokalizacyjnej należy wystąpić o mapy do celów projektowych i złożyć wniosek o uzgodnienie projektu na Naradzie Koordynacyjnej tzw. Zespołu Uzgodnień Dokumentacji. Na tej podstawie opracowywany jest projekt budowlany.

m.W przypadku konieczności przejścia łącza przez działki prywatne lub miejskie (nie będące w tzw. pasie drogowym co reguluje decyzja lokalizacyjna), istnieje potrzeba ustalenia ich właścicieli i przeprowadzenia negocjacji w celu ustalenia warunków finansowych ze przejście przez te działki. Jeśli działki są własnością miasta/gminy wykonawca jest zobowiązany do podpisania dodatkowej umowy zobowiązującej wykonawcę do opłacenia kosztów wykonania operatu wyceniającego służebność, poniesienia kosztów aktu notarialnego dot. ustanowienia służebności przesyłu. Czas trwania takich negocjacji to 4-8 tygodni.

n.Kolejny krok to przygotowywanie projektu organizacji ruchu i jego uzgodnienia (w zależności od kategorii drogi) z Policją i u Starosty lub Marszałka lub Prezydenta Miasta). Trwa to ok 6-8 tygodni.

o.Następnie należy przygotować i złożyć wniosek o umieszczenie infrastruktury w gruncie (na stałe) i o czasowe zajęcie pasa drogowego na czas budowy. Zgodnie

z przepisami urząd ma na odpowiedź 30 dni, ale istnieje możliwość wydłużenia tego czasu do 60 dni.

p.Po przejściu wszystkich powyższych kroków i uzyskaniu niezbędnych dokumentów, na 5 dni roboczych przed planowanym rozpoczęciem prac budowlanych wykonawca składa wniosek do właściciela kanalizacji o udostępnienie infrastruktury (termin ten wynika z umowy z właścicielem kanalizacji).

q.Czynności związane stricte z budową łącza, w zależności od długości linii

i poziomu skomplikowania, trwają od kilku dni do ok. 3 tyg., przy założeniu, że nie wystąpią nieprzewidziane niedrożności kanalizacji dzierżawionej od obcego operatora.

Wieloletnie doświadczenie Odwołującego w budowie łączy światłowodowych pokazuje, że w przypadku zadań typowych (czyli takich, w których nie występują utrudnienia typu konieczność angażowania konserwatora zabytków, Wód Polskich, podmiotów związanych

z PKP, GDDKiA, obszarów objętych gwarancjami, problemy własnościowe z gruntami, inne nieprzewidziane problemy administracyjne, niedrożności dzierżawionej kanalizacji), standardowy czas realizacji łączy wynosi ok. 20 tygodni, czyli ok 5 miesięcy, który jest terminem minimalnym w tym postępowaniu. Nieprzewidziane okoliczności i sytuacje dodatkowo ten proces wydłużają.

Czynności zarówno formalne, jak i techniczne konieczne dla wybudowania infrastruktury, w szczególności punktowanej przez Zamawiającego infrastruktury w technologii światłowodowej zajmują odpowiedni czas, którego skrócenie nie jest możliwe nawet przy odpowiednim zaangażowaniu i potencjale wykonawców. Wykonawca nie ma wpływu na terminy wynikające z przepisów prawa administracyjnego, które przewidują co do zasady

30-dniowy termin, zobowiązujący do oczekiwania na odpowiedź, z możliwością jego wydłużenia.

W celu przygotowania do świadczenia usług, konieczne jest stworzenie i uzgodnienie dokumentacji, przeprowadzenie prac budowlanych, uzyskanie pozwoleń lub zgód albo dopełnienie obowiązków w zakresie zgłoszeń, zarówno bezpośrednio dotyczących budowy, jak i powiązanych (np. uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego).

Podkreślenia wymaga, iż nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Zatem wyłącznie wykreślenie obecnie sformułowanego kryterium pozacenowego umożliwi zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W przeciwnym wypadku, krótki maksymalny termin na wykonanie prac staje się de facto kryterium ograniczającym, mimo ż formalnie jest terminem gwarantowanym w praktyce pozbawia Wykonawcę szans na złożenie oferty na równych lub chociażby zbliżonych warunkach konkurencyjnych. Powyższą argumentację potwierdza również orzecznictwo: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-533/06.

Należy mieć również na uwadze fakt, że przedmiotem zamówienia są także usługi kolokacji oraz bezpieczeństwa - zapewnienie systemu bezpieczeństwa. Zgodnie z pkt 1 ze str. 4 *OPZ „Termin instalacji i uruchomienia usług - Zamawiający pod określeniem termin instalacji i uruchomienia usług rozumie określony okres czasu: od dnia podpisania*

umowy z Wykonawcą do dnia wykonania wszelkich czynności, w którym uruchomione zostaną wszystkie usługi (w tym instalacji i konfiguracji sprzętu telekomunikacyjnego i oprogramowania) dla wszystkich lokalizacji Zamawiającego, zgodnie z treścią formularza ofertowego. Maksymalny termin instalacji i uruchomienia usług nie może przekroczyć 5 miesięcy. Minimalny okres instalacji to 1 miesiąc". Stosownie do pkt 2 i 3 ze str. 18 OPZ „Wykonawca przed podpisaniem protokołu odbioru dostarczy Zamawiającemu dokumentację zestawionych łączy dla każdej lokalizacji", a „Poprawność instalacji zostanie potwierdzona obustronnym podpisaniem protokołu odbioru, na podstawie zakończonych z wynikiem pozytywnym testów odbiorczych". To oznacza,
że w ramach procedury wdrożenia i odbiorów Wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć dokumentację (dla każdej lokalizacji) oraz musi uwzględnić czas przeprowadzenia testów.

Zamawiający dokonując opisu kryteriów oceny ofert powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SWZ. Powyższe działanie Zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czyni z opisu kryteriów oceny ofert quasi warunek udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć Zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie nie uzasadnia takiego ograniczenia.

Dzierżawa łącza światłowodowego również jest procesem, który nie zajmuje
2 miesięcy, tylko przy tej skali będzie wymagała dłuższego okresu przygotowania. Dzierżawa łączy powoduje wzrost kosztów po stronie Wykonawcy więc nawet jeżeli nie zdecyduje się on na budowę łączy w wszystkich lokalizacjach tylko dzierżawę, to z całą pewnością nie jest to rozwiązanie mające zastosowanie do całości zamówienia. W przypadku budowy radiolinii okres wdrożenia może być nieznacznie skrócony, jednak znów należy mieć na uwadze fakt, iż radiolinie nie mają zastosowania do wszystkich lokalizacji wskazanych w OPZ, jak również przy tej skali zamówienia proces ich zestawiania (w tym montażu anten, dostawy urządzeń radiowych) również nie będzie trwał 2-3 miesięcy. W dalszym ciągu Wykonawca nie uniknie konieczności zapewnienia łączy światłowodowych do lokalizacji MZDW.

Warto również wskazać, że przy poprzednim postępowaniu na zbliżony przedmiot zamówienia (IP VPN wraz z usługami głosowymi, obecnie jest sam IP VPN wraz z kolokacją oraz usługą bezpieczeństwa) ofertę złożyła wyłącznie Netia S.A. Termin publikacji postępowania miał miejsce 8 listopada 2021 r., a termin doprowadzenia łącza i uruchomienia usługi obejmujący mniejszą liczbę lokalizacji był ustalony na 16 grudnia 2021 r./ 1.10.2022 r. W tym postępowaniu Zamawiający co prawda gwarantuje 5 miesięcy na jako termin minimalny, ale jedocześnie ustala nierealne kryteria ceny ofert, które w zasadzie eliminują konkurencję.

W ocenie Odwołującego zasadne i konieczne jest wykreślenie pozacenowego kryterium oceny ofert w postaci terminu realizacji zamówienia oraz zastąpienie go innym, które faktycznie w realiach rynku będzie odnosiło się do jakości świadczonych usług –
w szczególności takim kryterium może być zapewnienie większej ilości łączy światłowodowych zamiast radiowych lub możliwość zwiększenia przepustowości podanej obecnie w kosztorysie ofertowym dla poszczególnych lokalizacji.

<u>Zarzut dotyczący wymogu Zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.</u>

Zgodnie z Rozdziałem IV ust. 9 SWZ oraz § 2 ust. 2 umowy:

„Zamawiający stosownie do art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego poniżej czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2023 r. poz. 1465). Rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia:

- osoby odpowiedzialne za nadzorowanie, koordynowanie i kierowanie pracami związanymi z realizacją zamówienia"

Przedmiot zamówienia jest złożony oraz składa się z kilku etapów, w tym wdrożenia oraz świadczenia usług. Zatem zakres osób wchodzących skład personelu wykonawcy skierowanego do wykonania umowy będzie szeroki.

Ze sposobu sformułowania wymagań wynika, że intencją Zamawiającego jest, aby każdy przedstawiciel Wykonawcy odpowiedziany za nadzorowanie, koordynowanie
i kierowanie pracami związanymi z realizacją zamówienia był zatrudniony na podstawie umowy o pracę. Odwołujący nie neguje uprawnienia Zamawiającego wynikającego z art. 95 ust. 1 i 2 Pzp, jednak sposób sformułowania postanowienia umownego jest nadmierny do przedmiotu zamówienia i nieadekwatny do realiów rynkowych.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 Pzp zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy

w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy
(Dz.U. z 2022 r. poz. 1510, 1700 i 2140 oraz z 2023 r. poz. 240 i 641). Obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez Wykonawcę/ podwykonawcę na podstawie umowy o pracę dotyczy wyłącznie osób wykonujących czynności polegających na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 kodeksu pracy. Jeżeli natomiast osoby, które będą brały udział w realizacji zamówienia nie będą świadczyły pracy w rozumieniu przepisu, to zastrzeganie obowiązku ich zatrudnienia przez wykonawcę/ podwykonawcę na podstawie umowy o pracę jest sprzeczne z ww. regulacją.

Obowiązkiem zamawiającego jest przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalaniu treści postanowień umowy dokonanie oceny czy określone czynności będą wiązały się wykonywaniem pracy w rozumieniu przepisów kodeksu pracy. Analogiczne stanowisko wyrażone zostało w opinii prawnej opublikowanej na stronie internetowej www.uzp.gov.pl, zachowującej swoją aktualność również na gruncie obowiązującej ustawy, zgodnie z którą *„Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy określa konstytutywne cechy stosunku pracy: a) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, b) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy, c) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę,*
d) i w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy to zamawiający musi określić
w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Należy stanowczo podkreślić, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający będzie określał wymagania dotyczące zatrudniania na umowę o pracę. W pierwszej kolejności należy wskazać, że obowiązek ten nie dotyczy dostaw, także w sytuacji gdy wchodzą one
w zakres danego zamówienia, w tym w szczególności zamówienia na roboty budowlane.
W drugiej kolejności podnieść należy, że w zamówieniach na usługi i roboty budowlane, do których wprost odwołuje się art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, taki obowiązek będzie dotyczył tylko tych zamówień publicznych, w których wykonywanie czynności w ramach jego realizacji będzie polegało na wykonywaniu pracy zgodnie z brzmieniem art. 22 § 1 Kodeksu pracy. (…).
Co do zasady, pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane przez personel sprzątający (czynności sprzątania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). Powyższe czynności polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy. Z kolei, w ocenie Urzędu czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne
w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 z późn. zm.), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują. Do rozważenia pozostają kwestie związane ze świadczeniem niektórych usług informatycznych (np.: świadczonych przez programistów, integratorów systemów etc.), w szczególności, gdy są to osoby o wysokim poziomie kompetencji, posiadające rzadkie specjalizacje i niezbędne certyfikaty potwierdzające fachowość (i których zaangażowanie do realizacji przedmiotu zamówienia jest wymagane już na etapie składania ofert, czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu). Wydaje się, że czynności wykonywane przez te osoby nie polegają na świadczeniu pracy. Z kolei inne czynności informatyczne (np. polegające na usłudze help-desku) mogą już mieć charakter czynności polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy.

Nie każda zatem praca wchodząca w zakres zamówienia będzie pracą wykonywaną pod kierunkiem, w czasie wyznaczonym. Przykładowo, osoby zatrudnione na stanowiskach managerskich lub też doświadczeni kierownicy projektu, osoby odpowiedzialne za nadzór realizacji przedmiotu zamówienia wykonują pracę samodzielnie a zatem ich praca polega na podejmowaniu autonomicznych decyzji – analogicznie jak w przypadku kierowników budowy/ robót w procesie budowlanym, do których odnosił się UZP w powołanej opinii. Kadra kierownicza/ nadzorująca samodzielnie podejmuje decyzje związane z wykonaniem zamówienia w związku z czym, nie sposób uznać, że zasadne jest wymaganie, aby były zatrudniona na podstawie umowy o pracę. Obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę

powinien dotyczyć osób, które rzeczywiście wykonują pracę w rozumieniu § 22 ust. 1 kodeksu pracy.

Przykładowo, w ramach świadczenia usług Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji utrzymaniowych czy helpdesku, w ramach którego będzie możliwe zgłaszanie awarii. W związku z czym, wymaganie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę powinno dotyczyć tego typu osób.

Odwołujący wnosił o modyfikację Rozdziału IV ust. 9 SWZ oraz § 2 ust. 2 umowy w ten sposób, że wymaganie zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy osób, wykonujących działania obsługowe w okresie obowiązywania umowy (w ramach utrzymania sieci lub helpdesk).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu
i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Ukształtowanie kryteriów oceny ofert godzi
w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci niemożliwości złożenia konkurencyjnej oferty, co prowadzić może do utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Netia Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący złożył pisemne stanowisko procesowe wraz z materiałem dowodowym, gdzie wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut naruszenia art. 95 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp i w tym zakresie dokonał zmiany zapisu rozdziału IV ust. 9 SWZ wykreślając zapis ust. 9. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu przed Izbą Przystępujący oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutu odwołania, co oznacza, że postępowanie w tej części podlegało umorzeniu, co odzwierciedla pkt. 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

W pozostałym zakresie, biorąc pod uwagę zapisy SWZ i innych dokumentów
w postępowaniu, zgromadzony materiał dowodowy, a także stanowiska Stron, Izba uznała,
że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W ramach uwag ogólnych dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z ugruntowanym już stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, ustalone kryteria oceny ofert nie zawsze muszą umożliwiać złożenie oferty każdemu wykonawcy z danego segmentu rynku. Konieczne przy ocenie prawidłowości wprowadzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia kryteriów jest ustalenie, czy dane kryterium nie prowadzi do sytuacji, gdzie tylko jeden wykonawca może realnie uzyskać przewagę w ramach ustalonych kryteriów, ponieważ taka sytuacja nie prowadzi do wyboru oferty z najkorzystniejszym rozwiązaniem a prowadzi raczej do zamknięcia danego rynku. Opis przedmiotu zamówienia ma odpowiadać uzasadnionym potrzebom zamawiającego, a ustalone kryteria mają prowadzić do wyboru rozwiązania optymalnego.

Ja wynika z art. 241 ustawy Pzp kryteria oceny ofert muszą być związane
z przedmiotem zamówienia. Ponadto kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

W ocenie Izby w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący nie udowodnił, że wprowadzone przez Zamawiającego kryterium preferuje wykonawcę obecnie świadczącego usługę i nie służy uzyskaniu świadczenia o najwyższej jakości.

Jak podał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, czemu Odwołujący nie przeczył, przed rozpoczęciem przedmiotowego postępowania Zamawiający przeprowadził we wrześniu 2024 roku wstępne konsultacje rynkowe. W procesie tym wzięli udział zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący po stronie Zamawiającego. Wraz z ogłoszeniem o konsultacjach Zamawiający przekazał zainteresowanym wykonawcom zakres wstępnych konsultacji, który pokrywa się z opisem przedmiotu zamówienia w obecnym postępowaniu. W trakcie konsultacji dyskutowano jak długiego czasu potrzebują wykonawcy na realizację zadania. Czas ten Wykonawcy określili od 30 do 150 dni, co potwierdza złożony przez Zamawiającego protokół z konsultacji. Przy czym zauważyć należy, że okres 30 dni na wykonanie zamówienia zaproponował Wykonawca inny, iż Przystępujący, obecnie świadczący usługę na rzecz Zamawiającego. W toku konsultacji Zamawiający przekazał Wykonawcom szereg informacji związanych przedmiotem zamówienia, w tym także o posiadanej infrastrukturze, jej przepustowości, uwarunkowaniach w poszczególnych lokalizacjach. Z powyższego wnioskować należy, iż Odwołującemu znane były wstępne warunki techniczne, których wymaga Zamawiający. Co więcej Odwołujący miał także świadomość, że Zamawiający oczekuje uruchomienia przedmiotu zamówienia w grudniu 2024 roku, i w toku konsultacji nie oponował, iż wyznaczony termin jest niemożliwy do dotrzymania. Zamawiający wyjaśnił

także, dlaczego nastąpiło przesunięcie terminu uruchomienia procedury przetargowej,
co podyktowane było koniecznością uzyskania środków na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający na rozprawie przedstawił także okoliczności uzasadniające jego szczególną potrzebę terminu uruchomienia świadczenia usług. Dlatego też Izba uważa, że nie są uprawnione twierdzenia odwołania, że Zamawiający nie uzasadnił wprowadzenia kryterium premiującego krótszy termin realizacji zamówienia w ramach szczególnych potrzeb jednostki. Zamawiający szczegółowo przeanalizował informacje, które uzyskał od Wykonawców w toku konsultacji i w ocenie Izby dokonał takiego opisu przedmiotu zamówienia i ustalenia kryteriów oceny ofert, które nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Nawet jeżeli węższemu kręgowi wykonawców łatwiej jest spełnić niektóre warunki opisu przedmiotu zamówienia lub też uzyskać więcej punktów w ramach ustalonych kryteriów jakościowych, nie oznacza to, że Zamawiający przekroczył przysługujące mu uprawnienia. Wykazanie takich okoliczności było obowiązkiem Odwołującego.

Jak celnie zauważył w złożonym piśmie procesowym Przystępujący, Odwołujący
w odwołaniu z góry zakładał, że w większości wymaganych lokalizacji konieczne będzie wykonanie robót budowlanych, co nie odpowiada faktom. Tezy te potwierdzać miała złożona przez Odwołującego ekspertyza prywatna. Zauważyć należy, iż jest to dokument, w którym przedstawiona tezy ogólne, dotyczące rozpoczęcia procesu od początku, w sytuacji gdzie infrastruktura nie istnieje. Dokument ten nie uwzględnia zatem założeń przedmiotowego postępowania. Dowodzi tego również data sporządzenia opinii, bowiem opinia powstała jeszcze przed procesem konsultacji wstępnych.

Owszem, jeśli założy się że proces uruchomienia poprzedzi proces robót budowlanych, to wydłuży się proces uruchomienia usługi, będziemy bowiem mieli do czynienia z terminami, których obiektywnie skrócić się nie da (wymagane decyzje i pozwolenia w procedurze administracyjnej). Jednakże, za Przystępującym, dostrzeżenia wymaga, iż uruchomienie usługi może także polegać na dzierżawie infrastruktury od podmiotów trzecich. Odwołujący nie podał w odwołaniu w ilu konkretnie lokalizacjach konieczne jest wykonanie robót budowlanych. W ramach materiału dowodowego Odwołujący przedstawił odwołanie złożone przez Przystępującego w innym postępowaniu, które dowodzić miało tezy, że okresem niezbędnym i minimalnym do wykonania usługi jest co najmniej 5 miesięcy. Odwołujący pomija
w wywodach jednak istotny fakt, że odwołanie dotyczy zamówienia, gdzie uruchomienie przewidziano w 330 lokalizacjach. Tymczasem Zamawiający wymaga uruchomienia
w znacząco mniejszej liczbie lokalizacji. Dodatkowo Przystępujący także będzie musiał dokonać przebudowy posiadanej infrastruktury, ponieważ obecne wymagania Zamawiającego dotyczą znacznie wyższego poziomu jakości świadczenia usług. Przystępujący w piśmie procesowym podał szereg przykładów umów, które zostały zrealizowane w krótkich terminach w ilości lokalizacji zbliżonych do wymaganych przez Zamawiającego. Odwołujący natomiast nie przedstawił dowodów, z których wynikałoby, że uruchomienie nie jest możliwe w czasie krótszym lub równym 5 miesiącom. Ponadto Przystępujący obecnie świadczy usługę
w mniejszej liczbie lokalizacji, niż wymagana przez Zamawiającego w postępowaniu. Oznacza to, że także ten Wykonawca będzie musiał przeprowadzić proces pozyskania warunków niezbędnych dla świadczenia usługi w innych lokalizacjach.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania i oddaliła odwołanie, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 ustawy Pzp.
Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie dokonał ustalenia kryteriów oceny ofert w sposób arbitralny i prawidłowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

……...