Sygn. akt: KIO 1678/15

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **ATM Spółka Akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**
przy udziale:
wykonawcy **Exatel Spółka Akcyjna w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **ATM Spółkę Akcyjną w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ATM Spółkę Akcyjną w Warszawie** 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 zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 1678/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup usług telekomunikacyjnych, polegających na transmisji danych (dzierżawa) poprzez łącza DWDM (główne i zapasowe).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 4 sierpnia 2015 roku wykonawca ATM SA w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „s.i.w.z."), a mianowicie zaniechania przez zamawiającego określenia w jej treści:

1) szczegółowych warunków przyłączenia niezbędnego okablowania światłowodowego wykonawców do infrastruktury T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „T-Mobile"), przez którą należy rozumieć kanalizacje, trakty teletechniczne lub włókna światłowodowe w lokalizacji ROPD Piaseczno ul. Jana Pawła II 66,

   i/lub

2) szczegółowych warunków korzystania przez wykonawców z okablowania światłowodowego należącego do T-Mobile,

co w konsekwencji prowadzi do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców oraz uniemożliwia odwołującemu sporządzenie i złożenie oferty w postępowaniu,

co stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. oraz art. 17 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 168)

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

I. nakazanie zamawiającemu zmiany treści s.i.w.z. poprzez wprowadzenie do jej treści szczegółowych postanowień określających:

1) warunki przyłączenia niezbędnego okablowania światłowodowego wykonawców do infrastruktury T-Mobile, przez którą należy rozumieć kanalizacje, trakty teletechniczne lub włókna światłowodowe w Lokalizacji ROPD Piaseczno ul. Jana Pawła II 66 poprzez:

a) określenie warunków wykonania przez wykonawców prac instalacyjnych w Lokalizacji ROPD Piaseczno ul. Jana Pawła II 66 na odcinku infrastruktury technicznej, do której zamawiający na podstawie umowy najmu nr 13/DAG/2014/2617 nie posiada bezpłatnego dostępu, tj. od każdego z dwóch wejść teletechnicznych do budynku serwerowni T-Mobile do każdego z dwóch pomieszczeń operatorów znajdujących się na jej terenie, poprzez określenie sposobu wykonania oraz warunków cenowych przyłącza światłowodowego na tych odcinkach,

lub

b) określenie warunków wykonania przez właściciela lokalu prac instalacyjnych w lokalizacji ROPD Piaseczno ul. Jana Pawła II 66 na odcinku infrastruktury technicznej, do której zamawiający na podstawie umowy najmu nr 13/DAG/2014/2617 nie posiada bezpłatnego dostępu, tj. od każdego z dwóch wejść teletechnicznych do budynku serwerowni T-Mobile do każdego z dwóch pomieszczeń operatorów znajdujących się na jej terenie, poprzez określenie sposobu wykonania oraz warunków cenowych przyłącza światłowodowego na tych odcinkach.

ewentualnie

2) warunki korzystania z infrastruktury T-Mobile przez wykonawców w lokalizacji ROPD Piaseczno ul. Jana Pawła II 66, tj. w szczególności określenia warunków cenowych dzierżawy infrastruktury na odcinku od każdego z dwóch wejść teletechnicznych do budynku serwerowni T-Mobile do każdego z dwóch pomieszczeń operatorów znajdujących się na terenie serwerowni, tj. T-Mobile przez okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikający z s.i.w.z.

II. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Wykazując interes we wniesieniu odwołania odwołujący wskazał, iż jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Natomiast zaniechanie przez zamawiającego udzielenia wykonawcom w s.i.w.z. wszelkich informacji odnośnie oraz do możliwości kosztu przyłączenia okablowania światłowodowego powierzchni serwerowej T-Mobile lub warunków korzystania z infrastruktury T-Mobile, uniemożliwia odwołującemu udział w postępowaniu i złożenie oferty, a tym samym uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, który mógłby osiągnąć w wypadku złożenia oferty i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, 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 s.i.w.z. w sposób jednoznaczny kwestii dotyczących warunków przyłączenia niezbędnego okablowania światłowodowego do powierzchni serwerowej mieszczącej się lokalizacjach wskazanych przez zamawiającego w s.i.w.z., tj. ROPD Piaseczno ul. Jana Pawła II 66 oraz

CPD Warszawa ul. Poleczki 23.

Odwołujący podkreślił, że dostarczenie przez wykonawcę usług transmisji danych do lokalizacji zamawiającego będzie dokonywane z udziałem dwóch ośrodków Data Center należących do spółek T-Mobile oraz TelecityGroup Poland Sp. z o.o. (dalej: „TelecityGroup"), z którymi zamawiający zawarł umowę na dzierżawę powierzchni serwerowej.

Z analizy postanowień s.i.w.z. wynika jednak, że zamawiający nie opisał w sposób kompleksowy warunków przyłączenia okablowania światłowodowego oraz warunków korzystania z infrastruktury istniejącej na terenie lokalizacji.

W rozdziale I s.i.w.z. w części odnoszącej się do parametrów technicznych usługi DWDM (pkt 9) zamawiający określił, że:

> „Usługodawca zapewni niezbędne okablowanie światłowodowe do podłączenia usługi z infrastrukturą Zamawiającego."

Ponadto w § 3 ust. 7 załącznika nr 6 do s.i.w.z. - 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 / 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."

W ocenie odwołującego przywołane fragmenty dokumentacji przetargowej stanowią jedynie, że przyłączenie niezbędnego okablowania światłowodowego może zostać dokonane przez odwołującego samodzielnie lub za pośrednictwem właściciela budynku. Zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku brakuje szczegółowego określenia zasad, na jakich przyłączenie może zostać dokonane, w szczególności, czy w ogóle właściciele powierzchni serwerowej wyrażają zgodę na jakiekolwiek prace instalacyjne oraz jaki jest ich ewentualny koszt.

Co więcej, w rozdziale I SIWZ w części odnoszącej się do wizji lokalnej i danych kontaktowych przedstawicieli CPD i ROPD (pkt 2), zamawiający wskazał dane do przedstawicieli T-Mobile oraz TelecityGroup *„w celu uzyskania informacji dotyczących warunków (w tym wyceny) korzystania w infrastruktury w poszczególnych lokalizacjach".* Oznacza to, że na gruncie s.i.w.z. dopuszczalna jest również dzierżawa/najem niezbędnej infrastruktury od T-Mobile oraz TelecityGroup. W tym przypadku zamawiający jednak również nie formułuje szczegółowych warunków, na jakich może zostać zawarta taka umowa dzierżawy/najmu, przede wszystkim nie określa wynagrodzenia należnego na rzecz T-Mobile lub TelecityGroup z tego tytułu.

Odwołujący zaznaczył, że – 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 lub uzyskaniem dostępu do czyjegoś Data Center (w przedmiotowym stanie faktycznym należących do spółek T-Mobile oraz TelecityGroup). Powszechną praktyką jest bowiem dokonywanie wyceny oferty w oparciu o ceny zaproponowane przez podmioty konkurencyjne.

Stąd odwołujący, działając w dobrej wierze, zwrócił się w pierwszej kolejności do osób wskazanych przez zamawiającego w s.i.w.z. w celu uzyskania informacji o możliwości i warunkach przyłączenia lub kosztach dzierżawy infrastruktury. W zakresie dostępu do lokalizacji mieszczącej się przy ul. Poleczki 23 w Warszawie odwołujący otrzymał niezwłocznie po skierowaniu zapytania potwierdzone warunki techniczne, zgodę i ofertę

cenową na dzierżawę infrastruktury technicznej od TelecityGroup. Tego rodzaju informacji odwołujący nie uzyskał jednak od T-Mobile w zakresie warunków przyłączenia do lokalizacji

przy ul. Jana Pawła II 66 w Piasecznie. Okoliczność tę potwierdza załączona do odwołania korespondencja e-mail pomiędzy pracownikiem ATM a pracownikiem T-Mobile. Jednocześnie ATM poinformował zamawiającego o problemach z uzyskaniem od T-Mobile przedmiotowych danych w dniu 30 lipca 2015 r., przesyłając do niego stosowne pismo z prośbą o wsparcie w uzyskaniu odpowiedzi od T-Mobile najpóźniej do dnia 3 sierpnia 2015 r.

Odwołujący podkreślił, że właściciel obiektu przy Al. Jana Pawła II 66, tj. T-Mobile S.A. jest wykonawcą, który do tej pory ubiegał się o udzielenie zamówień publicznych organizowanych przez zamawiającego w przedmiocie usług telekomunikacyjnych polegających na transmisji danych (dzierżawa) poprzez łącza DWDM (główne i zapasowe). Co więcej, w każdym z tych postępowań był jedynym wykonawcą, który złożył ofertę. Stąd zamawiający - z uwagi na przewagę jednego z podmiotów zainteresowanych udziałem w Postępowaniu - powinien mieć na uwadze powyższą okoliczność i podjąć niezbędne działania w celu przekazania wykonawcom, w tym odwołującemu, wszelkich niezbędnych informacji pozwalających na przygotowanie i złożenie oferty.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający jako gospodarz postępowania zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zobowiązany jest do zachowania należytej staranności w celu wyłonienia wykonawcy oferującego realizację przedmiotu zamówienia zgodnego z jego zapotrzebowaniem, dającego jednocześnie rękojmię należytego jego wykonania. Czynności zamawiającego w tym zakresie oceniane są przez pryzmat podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych. Ponadto większość zamawiających podlega także przepisom ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.). W świetle tej ustawy, wydatkowanie środków publicznych musi być celowe oraz oszczędne, tj. zakładające zaangażowanie zasobów finansowych na w miarę możliwości niskim poziomie.

Odwołujący powołał się na wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadę uczciwej konkurencji oraz art. 29 ustawy P.z.p., który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią.

Odwołujący podkreślił, że – skoro nie może uzyskać potrzebnych informacji we wskazanym w s.i.w.z. trybie, tj. za pośrednictwem T-Mobile – uzasadnione jest ich żądanie bezpośrednio od zamawiającego. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, powinien dochować należytej staranności oraz podjąć wszelkie czynności mające na celu przekazanie odwołującemu koniecznych danych. Zamawiający nie może bowiem oczekiwać, że

odwołujący na własną rękę będzie zdobywać informacje pozwalające mu na opracowanie oferty w sposób odpowiadający s.i.w.z.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2015 roku (sygn. akt: KIO 412/15), w którym wskazano, że ciężar zapewnienia dostępu do infrastruktury nie powinien spoczywać na wykonawcy, lecz powinien być zagwarantowany przez zamawiającego dla wszystkich wykonawców na równych zasadach.

W ocenie odwołującego w uprzywilejowanej sytuacji znajduje się T-Mobile, od którego uzależniona jest możliwość złożenia ofert przez pozostałych wykonawców. Jego rolą jest bowiem przedstawienie wykonawcom warunków wejścia do jego lokalizacji lub udzielenie bądź nie zgody na wybudowanie niezbędnej infrastruktury. W tej sytuacji wskazane na wstępie odwołania, zaniechanie zamawiającego, prowadzi do uprzywilejowanej pozycji T-Mobile w postępowaniu. Ta pozycja T-Mobile nie wynika zaś z warunków rynkowych, ale jedynie z faktu, że obecnie to T-Mobile dostarcza zamawiającemu wspomnianą usługę. Ten fakt, wraz z zaniechaniem zamawiającego, czyni z T-Mobile

monopolistę w zakresie dostępu do niezbędnej infrastruktury i lokalizacji zamawiającego. Taka przewaga T-Mobile nad innymi wykonawcami może być przejawem nieuczciwej konkurencji i nie powinna być chroniona prawem.

Odwołujący wskazał, że opisując przedmiot zamówienia w sposób niezgodny z ustawą P.z.p., zamawiający, jako jednostka finansów publicznych, narusza, poza ustawą P.z.p., także dyscyplinę finansów publicznych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 sierpnia 2015 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podkreślił, że w rozdziale I s.i.w.z. jednoznacznie i wyczerpująco, przy pomocy dostatecznie dokładnych określeń, opisał przedmiot zamówienia polegający na świadczeniu usługi DWDM. Ani zarzuty, ani żądania, ani jakikolwiek fragment uzasadnienia odwołania nie wskazują na to, aby odwołujący podnosił naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 w tymże zakresie. Zamawiający zwraca więc uwagę na to, że w istocie rzeczy zarzuty i żądania odwołującego referują jedynie do części *in fine* art. 29 ust. 1 P.z.p. Wszelkie pozostałe zarzuty są zarzutami „wynikowymi" w stosunku wskazanego zarzutu, nie mogącymi się ostać jako tracące jakiekolwiek uzasadnienie w przypadku niedowiedzenia zasadności zarzutu podstawowego.

W ocenie zamawiającego, zasadniczą dla oceny zasadności odwołania musi być więc w ocenie zamawiającego ustalenie, jakie jest normatywne znaczenie sformułowania,

zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się „uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty". Odnosząc się do tej kwestii zamawiający wskazał, że z całą pewnością nie może to znaczenie normatywne być odczytywane w ten sposób, że zamawiający ma obowiązek dokonania za wykonawców sporządzenia oferty czy też niektórych jej elementów. Bezzasadne też w ocenie zamawiającego byłoby twierdzenie, zgodnie z którym obowiązkiem jego miałoby być dokonywanie kalkulacji poszczególnych elementów kosztowych oferty. Zamawiający podnosi, że z przepisu owego wynika jedynie to, co literalnie w nim wskazano. Obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający w s.i.w.z. wskazał, jakie wymagania ma spełniać oferowana usługa, wskazał też w szczególności na wymagania i okoliczności związane z zawarciem przez zamawiającego z T-Mobile umową najmu . Wymagania te opisał w s.i.w.z. w rozdziale I oraz w załączniku nr 6 (§ 3 ust. 7 wzoru umowy). W rzeczywistości więc istota odwołania sprowadza się do tego, że odwołujący twierdzi, iż zamawiający winien zawrzeć w s.i.w.z. „szczegółowe określenie zasad, na jakich przyłączenie może zostać dokonane, w szczególności, czy w ogóle właściciele powierzchni serwerowej wyrażają zgodę na jakiekolwiek prace instalacyjne oraz jaki jest ich ewentualny koszt" oraz „sformułować w siwz szczegółowe warunki, na jakich może zostać zawarta taka umowa dzierżawy najmu, przede wszystkim określić wynagrodzenie należne na rzecz T-Mobile z tego tytułu".

Zamawiający podniósł, iż owe żądania mogłyby być zasadne jedynie wtedy, gdyby w normalnym toku czynności związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej o profesjonalnym charakterze jako operator telekomunikacyjny, kwestie te były niemożliwe do ustalenia przez wykonawców, a w szczególności odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący, jak i inni wykonawcy mogą, na podstawie danych zawartych w siwz, sporządzić oferty w postępowaniu. To, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z normami zawartymi w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., a także w art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., wynika też z faktu, iż dokonywać ich wykładni należy z uwzględnieniem, że określenia użyte do sformułowania tego opisu powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego, a ponadto, iż 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).

Zamawiający podniósł, że odwołujący sam wskazał w treści odwołania, że jako podmiot profesjonalnie działający na rynku usług telekomunikacyjnych, jest świadomy tego, że podstawą działalności telekomunikacyjnej jest współpraca międzyoperatorska. Stanowisko to zamawiający uważa za kluczowe dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów odwołania. Skoro są wskazane, merytorycznych bowiem bezspornymi powszechnie stosowane na rynku danych usług, powszechnie znane i akceptowane przez konkurujące na nim podmioty zasady, to oczywiście bezzasadne są wszelkie zarzuty i żądania stawiane przez odwołującego w istocie swej sprowadzające się do wymagania, aby 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 wskazał, że koszty prac instalacyjnych nie będą go obciążały (§ 3 ust. 7 wzoru umowy), ponadto w rozdziale XII pkt 2 s.i.w.z. (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 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. W istocie stanowiły one wręcz swego rodzaju *superfluum* w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla każdego profesjonalisty na rynku, jako stanowiące stwierdzenie powszechnej praktyki W tych okolicznościach oczywistym jest 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, Równie oczywistym jest objęcie kosztów związanych z korzystaniem z infrastruktury technicznej nakazem sformułowanym przez zamawiającego w rozdziale XII pkt 2 s.i.w.z. (opis sposobu obliczenia ceny).

Zamawiający wskazał, że 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 ramach tożsamego, uprzednio prowadzonego, unieważnionego postępowania) W piśmie tym odwołujący wskazywał mianowicie, że oczekuje modyfikacji ówczesnej s.i.w.z. we wskazanym zakresie poprzez albo udzielenie informacji w zakresie kosztu przyłączenia, pozwoleń Ud. bądź podania osób do kontaktu po stronie operatorów centrów danych.

Odwołujący uznał więc te żądania za równoważne i spełnienie któregokolwiek z nich wyczerpywało oczekiwania odwołującego. Innymi słowy - ówczesne stanowisko odwołującego potwierdza, iż w jego własnej ocenie samo wskazanie podmiotów oraz osób właściwych reprezentujących te podmioty stanowi wystarczającą informację umożliwiającą odwołującemu pozyskanie wszelkich informacji mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający powołał się na przepisy ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2014 r., poz. 243, ze. zm., dalej „UPT"), w tym na art. 139 ust. 1 i 2 UPT i podkreślił, że uwzględnił trzydziestodniowy termin, przewidziany na zawarcie umowy, podejmując decyzję o wyznaczeniu w s.i.w.z. terminu składnia ofert. W trosce o zapewnienie konkurencyjności postępowania i równego tratowania wykonawców nie skorzystał więc z istniejącej możliwości wyznaczenia skróconego terminu, lecz wskazał termin, uwzględniający dodatkowy czas, aż nadto wystarczający na uwzględnienie w ofertach Wykonawców warunków korzystania z infrastruktury T-Mobile nawet w przypadku ich uzgodnienia z T-Mobile w maksymalnym trzydziestodniowym terminie (przy założeniu, że wykonawcy działający z należytą starannością zwrócą się w tej kwestii do T-Mobile niezwłocznie).

Zamawiający wskazał, że wskazywane przez odwołującego zagrożenia, takie jak możliwość uzyskania w nieuprawniony sposób przewagi konkurencyjnej przez T-Mobile

poprzez w szczególności narzucenie nierynkowych warunków cenowych, mogą mieć po pierwsze miejsce jedynie na pozór, po drugie UPT przewiduje mechanizmy prowadzące do ich usunięcia, po trzecie wreszcie, wbrew tezom stawianym przez odwołującego, nie powinny mieć wpływu na kalkulację ceny oferty oraz wynik postępowania. Po pierwsze, zgodnie z UPT w razie sporu pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w tym zakresie, jest on rozstrzygany przez Prezesa UKE w drodze decyzji. Po drugie pozorność wskazanego wyżej problemu polega na tym, iż profesjonalistom na rynku usług telekomunikacyjnych doskonale znana jest praktyka Prezesa UKE w tym zakresie polegająca na opieraniu się na opublikowanych przez niego ogólnych zasadach wyznaczania opłat za dostęp do nieruchomości (w tyra do budynków) oraz do infrastruktury technicznej, dzięki czemu zakres usług i koncepcja rozliczeń są zbliżone dla wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Po trzecie zatem wykonawcy, a w szczególności odwołujący, doskonale znając metodykę wyceny i znając wymagania techniczne co do zamawianej usługi, mając zagwarantowaną możliwość dokonania wizji lokalnej, z całą pewnością są w stanie ze znikomym marginesem błędu oszacować samodzielnie, nawet w przypadku całkowitego braku współpracy w tym zakresie ze strony T-Mobile, wszystkie elementy mające wpływ na cenę oferty, W przypadku zaś zaoferowania przez T-Mobile

warunków nierynkowych, w krótkim czasie możliwe jest doprowadzenie przez wykonawców do wydania decyzji przez Prezesa UKE wymuszającej na T-Mobile postępowanie zgodne z UPT.

Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2013 r., (sygn. akt KIO 1560/13), zgodnie z którym operatorzy telekomunikacyjni są obowiązani na gruncie UPT (art. 139 oraz art. 36 i 37) do umożliwienia dostępu innym przedsiębiorcom do nieruchomości (w tym do budynku) oraz infrastruktury telekomunikacyjnej m.in. dla potrzeb wybudowania przez nich własnej infrastruktury telekomunikacyjnej oraz że zamawiający musi również uwzględniać (w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia) uwarunkowania prawne, które nakładają na operatorów telekomunikacyjnych obowiązki związane z udostępnieniem posiadanej infrastruktury innym podmiotom. Izba w tym samym wyroku zwróciła również uwagę, że fakt wykorzystywania urządzeń jednego operatora nie może być w szczególności podstawą do twierdzeń o istnieniu monopolu jednego wykonawcy.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że w związku z przekazanymi mu przez odwołującego informacjami o przedłużającej się procedurze uzyskania przez niego od T-Mobile odpowiedzi na prośbę o przedstawienie oferty, dokonał zmiany terminu składania ofert w postępowaniu na dzień 10 września 2015 r., godz. 13.00.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Exatel SA w Warszawie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale I s.i.w.z. w części odnoszącej się do parametrów technicznych usługi DWDM (pkt 9) zamawiający określił, że:

> „Usługodawca zapewni niezbędne okablowanie światłowodowe do podłączenia usługi z infrastrukturą Zamawiającego."

W § 3 ust. 7 załącznika nr 6 do s.i.w.z. - 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 / 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."

W rozdziale I s.i.w.z, w części odnoszącej się do wizji lokalnej i danych kontaktowych przedstawicieli CPD i ROPD (pkt 2), zamawiający wskazał dane do przedstawicieli T-Mobile oraz TelecityGroup *„w celu uzyskania informacji dotyczących warunków (w tym wyceny) korzystania w infrastruktury w poszczególnych lokalizacjach".*

Zgodnie z rozdziałem XII pkt 2 s.i.w.z. (opis sposobu obliczenia ceny), ceny określone w formularzu ofertowym powinny zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29 – 31 ustawy P.z.p. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p., zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ustawa P.z.p. nie definiuje zasady zachowania uczciwej konkurencji. Prawo zamówień publicznych posiłkuje się w tym zakresie definicjami zawartymi w innych aktach prawnych. I tak, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei, w myśl art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu, warunków składanych ocen, w szczególności zakresu prac lub ceny. Innymi słowy –

postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, by nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy lub też znacznego utrudnienia mu wzięcia udziału w postępowaniu, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom.

Niemniej jednak wskazać należy, że zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, winien uwzględniać regulacje zawarte w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawnych. Izba podziela w pełni stanowisko zamawiającego, iż specyfika przedmiotu zamówienia musi uwzględniać warunki rynku właściwego dla danych usług, w szczególności zaś przepisy tenże rynek regulujące. Do takich regulacji należy ustawa z dnia 16 lipca 2004 roku – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2014 roku, poz. 243 ze zm.).

Zgodnie z art. 139 ust. 1 UPT, przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany umożliwić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostęp do nieruchomości, w tym do budynku, oraz infrastruktury telekomunikacyjnej, polegający w szczególności na:

1) zakładaniu, eksploatacji, nadzorze i konserwacji urządzeń telekomunikacyjnych, jeżeli wykonanie tych czynności bez uzyskania dostępu do nieruchomości i infrastruktury telekomunikacyjnej jest niemożliwe lub niecelowe z punktu widzenia planowania przestrzennego, zdrowia publicznego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego;

2) wykorzystywaniu istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe;

3) doprowadzeniu przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonaniu w budynku instalacji telekomunikacyjnej budynku, o ile nie jest możliwe wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub do budynku nic jest doprowadzone takie przyłącze lub budynek nie jest wyposażony w taką

instalację.

Zgodnie z art. 139 ust. 2 UPT, warunki zapewnienia dostępu, w zakresie, o którym mowa w ust. 1, przedsiębiorcy telekomunikacyjni ustalają w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia o jej zawarcie.

Wskazane powyżej przepisy zawierają szczegółową procedurę uzgadniania warunków udostępnienia infrastruktury. Obowiązek udostępnienia spoczywa na wszystkich przedsiębiorcach telekomunikacyjnych w rozumieniu art. 27 pkt 27 UPT. Są to przepisy

13

---

bezwzględnie obowiązujące i brak jest podstaw do żądania, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaniechać ich stosowania.

W ocenie Izby brak szczegółowych warunków udostępnienia infrastruktury nie stanowi naruszenia art. 29 i nast. ustawy P.z.p. Fakt konieczności podjęcia współpracy międzyoperatorskiej pomiędzy podmiotem, który zamierza wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, a właścicielem infrastruktury, nie był sporny pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Odwołujący w treści odwołania sam wskazał, że w zasadzie każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci, wiąże się z dzierżawą łączy telekomunikacyjnych podmiotu trzeciego lub uzyskaniem dostępu do czyjegoś data Center. Odwołujący podkreślił, że zwrócił się do osób wskazanych przez zamawiającego w celu uzyskania informacji o możliwości i warunkach przyłączenia lub kosztach dzierżawy infrastruktury, z tym że od jednego z operatorów, tj. T-Mobile, nie uzyskał przedmiotowych danych.

Izba wskazuje, że brak podjęcia negocjacji pomiędzy właścicielem infrastruktury a podmiotem, który żąda jej udostępnienia, nie stanowi o naruszeniu przez zamawiającego art. 29 ustawy P.z.p. Podkreślenia wymaga, że właściciel infrastruktury, nie może bezpodstawnie blokować tego dostępu. Ustawa – Prawo telekomunikacyjne, w art. 139 ust. 1a – 1c, przyznaje Prezesowi UKE kompetencje do podejmowania interwencji zmierzającej do zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu do konkretnych nieruchomości i infrastruktury telekomunikacyjnej.

Wskazane wyżej regulacje zawierają pełną, wyczerpującą procedurę udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej. Zamawiający, oczekując od wykonawców podjęcia stosownych czynności zmierzających do uzyskania dostępu do infrastruktury na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie narusza zasad dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Nie bez znaczenia jest przy tym fakt, iż zamawiający, wyznaczając termin składania ofert, uwzględnił terminy wynikające z Prawa telekomunikacyjnego, co oznacza, że wykonawcy mogli swobodnie przystąpić do realizacji swych uprawnień wynikających z Prawa telekomunikacyjnego.

Wobec powyższego, uznając, że zarzuty podniesione w odwołaniu, nie zasługują na uwzględnienie, Izba orzekła jak w sentencji.

14

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

15