

Sygn. akt: KIO 1687/18

WYROK

z dnia 3 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2018 r. przez
wykonawcę ATMS.A., ul. Grochowska 21A, 04-186 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencja Restrukturyzacji
i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ATMS.A., ul. Grochowska 21A,
04-186 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę
ATMS.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 (tj. Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 1687/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70,
00-175 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup usług telekomunikacyjnych polegających na

transmisji danych (dzierżawa) poprzez łącza xWDM (główne i zapasowe)", nr referencyjny: DPiZP.2610.24.2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 sierpnia 2018 r., nr 2018/S 152-349012. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) została opublikowana na stronie internetowej również w dniu 9 sierpnia 2018 r.

W dniu 20 sierpnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę ATM S.A., ul. Grochowska 21A, 04-186 Warszawa (dalej: „ATM” lub „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego oraz umożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty, co prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, powodujący uprzywilejowanie jednego z podmiotów funkcjonujących na rynku usług telekomunikacyjnych oraz prowadzący do uniemożliwienia bądź znaczącego utrudnienia złożenia ofert w postępowaniu pozostałym wykonawcom;
- 3) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 29 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne wskazanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia znaków towarowych produktów, które mają być oferowane przez wykonawców stanowiąc przedmiot zamówienia bez wskazania wyrazów „lub równoważny” towarzyszącemu takiemu wskazaniu;
- 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw.

z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez zastosowanie opisu kryteriów ocen

(tj. termin rozpoczęcia świadczenia Usługi xWDM), który narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców preferując konkretny podmiot funkcjonujący na rynku usług telekomunikacyjnych.

W szczególności odwołujący wskazał, że zamawiający zamieścił w opisie przedmiotu zamówienia dane kontaktowe do pracownika firmy T-Mobile w celu uzyskania informacji dotyczących warunków (w tym wyceny) korzystania z infrastruktury w poszczególnych lokalizacjach. W związku z tym odwołujący stwierdził, że „Jak wynika z cytowanego zapisu, Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich niezbędnych elementów niezbędnych do złożenia oferty, bowiem w celu uzyskania informacji dotyczących warunków (w tym wyceny!) korzystania z infrastruktury w lokalizacji ROPD Piaseczno przy ul. Jana Pawła II 66 oraz w lokalizacji CPD Warszawa przy ul. Poleczki 23 wykonawca będzie musiał skontaktować się ze wskazaną osobą, która, co wymaga szczególnego podkreślenia, nie jest przedstawicielem Zamawiającego, a osobą będącą przedstawicielem podmiotów trzecich. Tymczasem dla oceny przedmiotowego wymagania niezwykle istotny jest fakt, że firma T-Mobile S.A., z której przedstawicielem należy uzgadniać warunki (w tym wycenę) korzystania z infrastruktury w lokalizacji przy ul. Jana Pawła II 66 w Piasecznie świadczy obecnie na rzecz Zamawiającego usługi stanowiące przedmiot ogłoszonego postępowania. Należy więc założyć, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że firma ta jest zainteresowana kontynuacją przedmiotowych usług w ramach ogłoszonego, a zaskarżonego niniejszym odwołaniem, postępowania. W praktyce oznacza to, że Zamawiający wymaga uzgodnienia warunków (w tym wyceny) korzystania z infrastruktury w przedmiotowej lokalizacji z bezpośrednim konkurentem pozostałych wykonawców, który siłą rzeczy nie będzie zainteresowany umożliwieniem innym wykonawcom złożenia ofert konkurencyjnych. Jak wskazano na wstępie niniejszego odwołania, firma T-Mobile S.A. posiada w lokalizacji przy ul. Jana Pawła II 66 w Piasecznie serwerownię, w której na podstawie odrębnej umowy świadczy Zamawiającemu usługę kolokacji. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego objęte usługą kolokacji serwery mają być połączone w oparciu o łącza stanowiące przedmiot zamówienia z drugą z lokalizacji kolokacji znajdującą się na ul. Poleczki 23 w Warszawie. Oznacza to, że inni wykonawcy nie mają żadnych możliwości realizacji przedmiotowej usługi w Piasecznie w zakresie oferowanego

łącza telekomunikacyjnego bez udziału firmy T-Mobile S.A. Wymaganie Zamawiającego konieczności uzgodnienia przez wykonawców z ich głównym konkurentem warunków (także i finansowych) korzystania z infrastruktury powoduje, że znajdują się oni na z góry przegranej pozycji, co czyni konkurencję między firmą T-Mobile S.A. a pozostałymi wykonawcami całkowicie iluzoryczną. (...) Brak informacji na temat warunków korzystania z infrastruktury oraz konieczność uzyskania tych informacji od podmiotu będącego bezpośrednim konkurentem uczestników postępowania bez wątpienia prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i stoi wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców, bowiem podmiot, który również może startować w przedmiotowym postępowaniu może bądź nie udzielić wskazanych informacji, bądź udzielić wymaganych informacji w czasie, który nie będzie już pozwalał na przygotowanie oferty. Nadto sam Zamawiający wskazuje, że przedmiotem uzgodnienia z takim konkurentem mają być warunki finansowe (koszty) korzystania z infrastruktury w lokalizacji - koszty, których firma T-Mobile S.A. ponosić nie musi. Tym samym postawiony w tym zakresie zarzut jest jak najbardziej uzasadniony, gdyż nie ma najmniejszej wątpliwości, że to obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie wszystkich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia oraz elementów niezbędnych do złożenia oferty, w szczególności zaś podanie informacji mających wpływ na cenę".

Ponadto odwołujący wskazał w odwołaniu, że zamawiający zamieścił w siwz następując wymogi:

„W celu zapewnienia komunikacji z urządzeniami posiadanymi przez Zamawiającego Usługodawca zobowiązany jest do dostarczenia następujących wkładek w ilościach:

- a) 8 wkładek SFP+ IOGb/s do urządzeń HP Flexfabric 12910 (oryginalne moduły HP),
 - b) 12 wkładek SFP+ tOGb/s do urządzeń Cisco Nexus 6004 (oryginalne moduły Cisco)".
- W związku z tym odwołujący stwierdził, że „zapis SIWZ świadczą o tym, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia wbrew przepisom wynikającym z ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione opisanie przedmiotu przez wskazanie znaków towarowych bez zachowania pozostałych wymogów wymaganych przez przepisy prawa, wobec czego postawiony przez Odwołującego zarzut uznać należy w tym zakresie za w pełni uzasadniony”.

Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający przewidział jako jedno z kryteriów oceny ofert kryterium „termin rozpoczęcia świadczenia usługi xWDM”, w którym im krótszy termin rozpoczęcia realizacji zamówienia zadeklaruje wykonawca w ofercie, tym więcej otrzyma punktów. W związku z tym odwołujący stwierdził, że kryterium to „w przekonaniu Odwołującego narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców preferując wyłącznie konkretny podmiot funkcjonujący na rynku usług telekomunikacyjnych, bowiem tylko aktualny dostawca usługi jest w stanie zadeklarować minimalny termin rozpoczęcia świadczenia Usługi xWDM. Realizacja przedmiotu zamówienia przez aktualnego dostawcę przedmiotowej usługi (firmę T-Mobile S.A.) wiąże się bowiem z kontynuacją dotychczas świadczonych usług. Wykonawca ten nie musi zamawiać wysoce specjalistycznego sprzętu, niezbędnego do świadczenia przedmiotowej usługi i oczekiwać na jego dostawę, prowadzić do serwerowni jakichkolwiek okablowania czy dokonywać jakichkolwiek uzgodnień z innymi podmiotami. Tym samym, sformułowane przez Zamawiającego, w wyżej wskazany sposób, kryterium oceny ofert może bezpośrednio prowadzić do wyboru konkretnego wykonawcy, poprzez uprzywilejowanie go w ramach danego kryterium oceny ofert. Należy zauważyć, że firma T-Mobile S.A. jest uprzywilejowana w co najmniej dwóch kryteriach - kryterium „cena” i kryterium „termin rozpoczęcia świadczenia Usługi xWDM”. W przypadku pierwszego z nich firma ta nie musi ponosić dodatkowych kosztów udostępnienia infrastruktury, które to koszty dotyczyć mają z nieznaną jeszcze wysokości wszystkich pozostałych wykonawców (vide zarzuty I i II niniejszego odwołania). W odniesieniu do drugiego kryterium, firma ta jest od razu gotowa do świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia”.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z prawem i nienaruszający uczciwej konkurencji poprzez dokonanie zmiany treści siwz w zakresie precyzyjnego i jednoznacznego wskazania w opisie przedmiotu zamówienia informacji dotyczących warunków korzystania z infrastruktury w lokalizacji ROPD Piaseczno przy ul. Jana Pawła II 66 oraz w lokalizacji CPD Warszawa przy ul. Poleczki 23, w szczególności w zakresie mającym wpływ na wycenę oferty;
- 3) nakazanie zamawiającemu usunięcie wskazanych znaków towarowych oraz sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, w szczególności dopuszczenie rozwiązań równoważnych podając zakres i wymagania

równoważności produktów [8 wkładek SFP+ 10 GB/s do urządzeń HP Flexfabric 12910 (oryginalne moduły HP), 12 wkładek SFP+ 10 GB/s do urządzeń Cisco Nexus 6004 (oryginalne moduły Cisco)];

4) nakazanie zamawiającemu sformułowania opisu kryteriów ocen w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez rezygnację z kryterium „termin rozpoczęcia świadczenia Usługi xWDM”; ewentualnie w sposób polegający na zmianie tego kryterium poprzez wydłużenie każdego z terminów wskazanych w tabeli zamieszczonej w Rozdziale XI pkt 2) o 40 dni;

5) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której w pierwszej kolejności podkreślił, że „dokonał modyfikacji treści siwz, w wyniku których dopuszczone zostały rozwiązania równoważne oraz podano zakres i wymagania równoważności wkładek, tym samym uwzględniając tenże zarzut Odwołania. Wobec powyższego, mając na uwadze treść art. 186 ust. 4a PZP, Zamawiający wnosi o pozostawienie tego zarzutu bez rozpoznania. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania jako bezzasadnego”.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku podania w siwz informacji o warunkach korzystania z infrastruktury, a zamiast tego - podanie kontaktu do pracownika firmy T-Mobile, zamawiający stwierdził, co następuje. „Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszego postępowania, Zamawiający podnosi, że Odwołujący jako podmiot profesjonalnie działający na rynku usług telekomunikacyjnych, winien być świadomy tego, że podstawą działalności telekomunikacyjnej jest współpraca międzyoperatorska. W zasadzie każde postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci wiąże się z dzierżawą łączy telekomunikacyjnych podmiotu trzeciego, czy uzyskaniem dostępu do czyjegoś centrum danych. W związku z powyższym powszechną praktyką jest dokonywanie wyceny oferty w oparciu o ceny zaproponowane przez podmioty konkurencyjne. Stanowisko powyższe, co wymaga podkreślenia jest stanowiskiem tożsamym ze stanowiskiem tego samego Odwołującego wskazanym w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 1678/15, w wyniku którego to postępowania Izba wyrokiem z dnia 14 sierpnia 2015 r. oddaliła tożsamy zarzut tego samego Odwołującego sformułowany na tle tożsamego stanu faktycznego i prawnego w tożsamym ówczesnie prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup usług telekomunikacyjnych polegających na transmisji danych (dzierżawa) poprzez łącza DWDM (główne i zapasowe)”, DZP-2610-27/2015. (vide: uzasadnienie wyroku Izby z dnia 19 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1227/15). (...) Wywody Odwołującego, w których usiłuje on dowieść, iż to Zamawiający winien zastąpić go niejako w wykonaniu wskazanych w siwz, normalnych dla danego rynku działaniach polegających na ustaleniu z podmiotem trzecim warunków, a w szczególności kosztów, są więc oderwane od rynkowego standardu, na który sam Odwołujący już uprzednio w tożsamym postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazywał. Przyjęcie stanowiska, że to Zamawiający ma wskazywać warunki i koszty związane z wykonaniem zamówienia, a które w istocie zależą od podmiotu trzeciego, mogłoby wręcz prowadzić do wniosku, iż to Zamawiający winien negocjować warunki współpracy Wykonawców także z podwykonawcami, przy których udziale będzie wykonawca wykonywał zamówienie - wszakże te także mają wpływ na wycenę oferty. (...) Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 139 ust. 1 UPT [ustawy Prawo telekomunikacyjne]: Przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany umożliwić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, podmiotom, o których mowa w art. 4, oraz jednostkom samorządu terytorialnego wykonującym działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym do budynku, polegający na:

1) współkorzystaniu z infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym

zapewnianiu określonych elementów tej infrastruktury, kolokacji oraz umożliwianiu zakładania, eksploatacji i konserwacji urządzeń telekomunikacyjnych, przyłączy telekomunikacyjnych, instalacji telekomunikacyjnej budynku i innych elementów infrastruktury telekomunikacyjnej, a także nadzoru nad nimi, jeżeli:

a) wykonanie tych czynności bez uzyskania dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości jest niemożliwe lub niecelowe z punktu widzenia planowania przestrzennego, zdrowia publicznego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego,

- b) przedsiębiorca telekomunikacyjny na podstawie przepisów prawa, wyroku sądu lub decyzji miał prawo umieszczenia tej infrastruktury telekomunikacyjnej na nieruchomości, nad nią lub pod nią;
- 2) współkorzystaniu z kabli telekomunikacyjnych w budynku aż do zlokalizowanego w budynku lub poza nim punktu ich połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną, w tym udostępnianiu całości lub części kabla, w szczególności włókna światłowodowego, jeżeli:
- a) powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,
- b) przedsiębiorca telekomunikacyjny jest właścicielem tej infrastruktury telekomunikacyjnej lub na podstawie przepisów prawa, wyroku sądu lub decyzji miał prawo jej umieszczenia na nieruchomości, nad nią lub pod nią;
- 3) możliwości korzystania z:
- a) instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,
- b) punktu połączenia instalacji telekomunikacyjnej budynku z publiczną siecią telekomunikacyjną
- jeżeli wniosek o dostęp jest składany w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

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, przy czym Zamawiający podnosi, iż brak jakiegokolwiek normy, z której wynikałby zakaz zawarcia takiej umowy z zastrzeżeniem warunku. (...) Zamawiający zwraca uwagę na okoliczność, że uwzględnił wyżej wymieniony trzydziestodniowy termin podejmując decyzję o wyznaczeniu w siwz terminu składania ofert. (...) Oczywistym przy tym jest, że powyżej wskazana regulacja UPT odpowiada w zupełności zakresowi żądań sformułowanych przez Odwołującego wobec Zamawiającego, co przesądza zarazem o tych żądań bezzasadności - nie jest bowiem wobec powyższego prawdziwa stawiana przez Odwołującego teza, iż bez przekazania przez Zamawiającego w siwz określonych informacji, uzgodnień itd., Odwołujący nie będzie w stanie przygotować oferty. Jest wręcz przeciwnie, Odwołujący w normalnym toku czynności, na co zresztą sam już wcześniej wskazywał — typowym i charakterystycznym dla prowadzonej przez niego działalności, ma możliwość pozyskania wszelkich niezbędnych mu danych od innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz zagwarantowania sobie dostępu do infrastruktury innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Co więcej, jak wynika z powołanej wyżej regulacji UPT, Zamawiający, jako podmiot nie należący do żadnej z grup podmiotów wskazanych w art. 139 ust. 1 UPT, w przeciwieństwie do Odwołującego, nie ma możliwości skutecznego wystąpienia z żadaniami mogącymi doprowadzić do stanu oczekiwanego przez Odwołującego.

Uprowadzając ewentualne zastrzeżenia Odwołującego do powyższego stanowiska Zamawiającego, należy wskazać, 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 bowiem należy wskazać, iż zgodnie z UPT w razie sporu pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w tym zakresie, jest on rozstrzygany przez Prezesa UKE w drodze decyzji. Po drugie pozornie 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 tym 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 nawet 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. Co szczególnie istotne - możliwości takich nie posiada Zamawiający - z uwagi zarówno na brak tożsamyh możliwości prawnych na gruncie UPT, jak również ze względu na brak wiedzy o charakterze technicznym w zakresie odpowiadającym profilowi działalności przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a niezbędnym do dokonania rzetelnej oceny i sformułowania warunków technicznych przyłączenia i innych niezbędnych wymogów niezbędnych dla możliwości uzyskania od T-Mobile rzetelnie skalkulowanej oferty w rzeczonym zakresie."

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert, zamawiający stwierdził, co następuje. „Lektura uzasadnienia zarzutu 4 Odwołania prowadzić zaś musi do wniosku, iż w zakresie jego warstwy faktycznej jest on po pierwsze niezwykle lakoniczny, po drugie zaś sprowadza się do oświadczenia Odwołującego co do rzekomyh trudności w wykonaniu świadczeń rzekomo występujących w zdecydowanie większej skali w przypadku wykonawców innych niż dotychczasowy. W szczególności Odwołujący w ogóle nie podejmuje nawet próby wskazania, nie wspominając nawet o dowiedzeniu tych okoliczności, jaki właściwie jest wymiar czasowy wymienionych przez niego czynności. Treść Odwołania nie daje jakichkolwiek wskazówek co do tego, na czym opiera się Odwołujący formułując poszczególne tezy o rzekomej długotrwałości dokonywania „zamówień wysoce specjalistycznego sprzętu”, czy też „prowadzenia do serwerowni jakiegokolwiek okablowania”, bądź dokonywania „uzgodnień z innymi podmiotami”. (...) Przedmiotowe kryterium oceny ofert nie jest bowiem podyktowane chęcią preferowania określonego wykonawcy, lecz wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, służy jak najlepszemu zabezpieczeniu jego uzasadnionych, żywotnych potrzeb. Kryterium to zostało skonstruowane w ten sposób, że premiowani są ci wykonawcy, którzy ową żywotną potrzebę zabezpieczają w jak największym stopniu.

Zarazem Zamawiający zdając sobie sprawę z tego, iż „przerysowanie” owego kryterium mogłoby doprowadzić do pewnego uprzywilejowania dotychczasowego wykonawcy, dokonał samoograniczenia w tym zakresie, dyktowanego troską o zachowanie konkurencyjności Postępowania. Mianowicie nie przyjęto rozwiązania, zgodnie z którym dodatkowo punktowano by każdy dzień skrócenia terminu, co jest rozwiązaniem często spotykanym w postępowaniach o udzielenie zamówienia, lecz przyjął rozwiązanie, w którym skrócenie tego terminu do 40 i mniej dni gratyfikowane jest w tym samym stopniu. W ocenie Zamawiającego termin taki jest bowiem terminem w którym każdy z wykonawców, nie tylko dotychczasowy, jest w stanie wykonać wszystkie świadczenia wymagane przed uruchomieniem świadczenia samej usługi xWDM.

Co wymaga podkreślenia - także i tu - ponownie już, nie tylko w zakresie terminu otwarcia ofert, uwzględniono z pewnym naddatkiem w szczególności 30 dniowy termin do zawarcia umowy, o którym mowa w art. 139 UPT. Zamawiający wykazał zatem tu podwójną wręcz troskę o zachowanie konkurencyjności postępowania. Nawet bowiem w przypadku, gdyby wykonawca zwlekał z zawarciem odpowiedniego porozumienia z właścicielem infrastruktury do czasu udzielenia mu zamówienia, to i po tym terminie możliwe byłoby skorzystanie przez niego z instytucji opisanej w UPT. (...) Premiowanie w kryterium skrócenia terminu rozpoczęcia świadczenia Usługi DWDM znajduje zatem uzasadnienie zobiektywizowaną potrzebą Zamawiającego polegającą na zmaksymalizowaniu pewności utrzymania nieprzerwanej transmisji danych niezbędnej dla ciągłego wykonywania opisanych wyżej zadań Zamawiającego."

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa xWDM, która polegać będzie na:

- 1) uruchomieniu i świadczeniu transmisji danych w technologii xWDM albo technologii CWDM, realizowanych w pomieszczeniach Zamawiającego w Lokalizacjach za pomocą łącza podstawowego (usługa podstawowa) i łącza zapasowego (usługa protekcji), z których każde będzie przenosić jednocześnie w chwili uruchomienia usługi:
 - a) 10 kanałów FC o przepływności każdego z nich 4 Gbit/s;
 - b) 5 kanałów GbEthernet o przepływności każdego z nich 10 Gbit/s;
- 2) realizacji zleceń polegających na zmianie parametrów (przepływności) usługi

podstawowej i usługi protekcji, poprzez zamówienie zestawienia dodatkowych kanałów transmisji danych lub wypowiedzenie (rezygnację) poszczególnych kanałów transmisji danych przez zamawiającego;

3) świadczeniu usług dodatkowych, na które składają się: eksploatacja techniczna, administracja i zarządzanie usługą xWDM, konfiguracja łącz i urządzeń, pomiary parametrów łącz, zapewnienie bezpieczeństwa systemu teletransmisji, udostępnienie systemu monitorowania, użyczenie urządzeń wraz z usługami serwisowymi tych urządzeń. W ramach realizacji umowy, celem świadczenia usługi xWDM, usługodawca dostarczy do lokalizacji i użyje usługobiorcy urządzenia wyposażone w moduły i wkładki światłowodowe, niezbędne do świadczenia usługi opisanej w tabelach nr 1 i 2. W przypadku konieczności wykonania prac elektrycznych przeprowadzi je w pomieszczeniach zamawiającego usługodawca po wcześniejszym uzgodnieniu z zamawiającym. W celu zapewnienia komunikacji z urządzeniami posiadanymi przez zamawiającego usługodawca zobowiązany jest do dostarczenia następujących wkładek w ilościach:

- a) 8 wkładek SFP+ 10Gb/s do urządzeń HP Flexfabric 12910 (oryginalne moduły HP),
- b) 12 wkładek SFP+ 10Gb/s do urządzeń Cisco Nexus 6004 (oryginalne moduły Cisco).

W rozdziale 1 pkt 1.5. ppkt 2 siwz zamawiający wskazał, że w celu uzyskania Informacji dotyczących warunków (w tym wyceny) korzystania z infrastruktury w poszczególnych lokalizacjach należy skontaktować się :

- 1) W lokalizacji ROPD Piaseczno ul. Jana Pawła II 66 z:
 - a. K. T.: tel. (...), mail: (...),
- 2) W lokalizacji CPD Warszawa ul. Poleczki 23 z:
 - a. R. K. - Senior IBX Operations Manager, tel: (...), mail: (...)
 - b. E. W. - Senior Account Executive, tel: (...), mail: (...)
 - c. Ł. B. - Sales Engineer, tel: (...), mail: (...).

W rozdziale XI siwz zamawiający przewidział kryteria oceny ofert:

- cena - 60%,
- termin rozpoczęcia świadczenia usługi xWDM - 12%,
- termin zmiany parametrów usługi xWDM - 12%,
- zastosowanie technologii DWDM - 16%.

W ramach kryterium „termin rozpoczęcia świadczenia usługi xWDM” zamawiający wskazał następujący sposób przyznawania punktów:

lp	termin rozpoczęcia świadczenia Usługi xWDM	Liczba punktów
	- tj. termin, o którym mowa w § 3 ust. 1 w zoru Umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ	
1	90 dni	0 pkt
2	od 81 do 89 dni	2 pkt
3	od 71 do 80 dni	4 pkt
4	od 61 do 70 dni	6 pkt
5	od 51 do 60 dni	8 pkt
6	od 41 do 50 dni	10 pkt
7	40 dni i mniej	12 pkt

- a) Maksymalny termin rozpoczęcia świadczenia usługi xWDM wynosi 90 dni liczony od dnia podpisania Umowy.
- b) Jeżeli wykonawca zaoferuje termin rozpoczęcia świadczenia usługi xWDM dłuższy niż 90 dni wówczas jego oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z treścią siwz.

- c) Jeżeli wykonawca zaoferuje termin rozpoczęcia świadczenia usługi xWDM krótszy niż 40 dni wówczas zamawiający wpisze ten termin do postanowień umowy.
- d) Jeżeli wykonawca nie wskaże w formularzu ofertowym terminu rozpoczęcia świadczenia usługi xWDM, wówczas zamawiający uzna, że wykonawca zaoferował maksymalny termin rozpoczęcia świadczenia usługi xWDM równy 90 dniom i ofercie tego wykonawcy zostanie przyznane 0 pkt w tym kryterium oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Z uwagi na fakt, że zamawiający uwzględnił zarzut odnoszący się do podania znaków towarowych dotyczących wkładek oraz braku dopuszczenia w tym zakresie równoważności, jak też dokonał stosownej modyfikacji siwz dopuszczającej możliwość złożenia produktów równoważnych, postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu, zaś uwzględniony zarzut nie podlega rozpoznaniu. Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego podania przez zamawiającego kontaktu do pracownika firmy T-Mobile zamiast opisu warunków korzystania z infrastruktury, w pierwszej kolejności należy podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie odwołujący na rozprawie podniósł okoliczności dotyczące próby uzgodnienia z firmą T-Mobile warunków korzystania z infrastruktury oraz złożonego do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: „Prezes UKE”) wniosku o wydanie stosownej decyzji w tym zakresie, natomiast okoliczności te nie były zawarte w treści odwołania. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności nie podniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontryktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść.

Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie argumenty dotyczące próby uzgodnienia z firmą T-Mobile warunków korzystania z infrastruktury oraz złożonego do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniosku o wydanie stosownej decyzji, które nie były zawarte w treści odwołania.

Odnosząc się w pozostałym zakresie do zarzutu dotyczącego podania przez zamawiającego kontaktu do pracownika firmy T-Mobile zamiast opisu warunków korzystania z infrastruktury, należy stwierdzić, co następuje. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ponadto przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być prowadzone w taki sposób, aby nie doszło bez uzasadnionej przyczyny do wyłączenia możliwości udziału wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia lub też aby nie doszło do znacznego utrudnienia mu wzięcia udziału w tym postępowaniu, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne (t.j. z dnia 15 września 2017 r., Dz.U. z 2017 r. poz. 1907 ze zm.) przedsiębiorca telekomunikacyjny jest obowiązany umożliwić innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, podmiotom, o których mowa w art. 4, oraz jednostkom samorządu terytorialnego wykonującym działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym do budynku, polegający na:

1) współkorzystaniu z infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości, w tym zapewnianiu określonych elementów tej infrastruktury, kolokacji oraz umożliwianiu zakładania, eksploatacji i konserwacji urządzeń telekomunikacyjnych, przyłączy telekomunikacyjnych, instalacji telekomunikacyjnej budynku i innych elementów infrastruktury telekomunikacyjnej, a także nadzoru nad nimi, jeżeli:

- a) wykonanie tych czynności bez uzyskania dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej i nieruchomości jest niemożliwe lub niecelowe z punktu widzenia planowania przestrzennego, zdrowia publicznego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego,
- b) przedsiębiorca telekomunikacyjny na podstawie przepisów prawa, wyroku sądu lub decyzji miał prawo umieszczenia tej infrastruktury telekomunikacyjnej na nieruchomości, nad nią lub pod nią;

2) współkorzystaniu z kabli telekomunikacyjnych w budynku aż do zlokalizowanego w budynku lub poza nim punktu ich połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną, w tym udostępnianiu całości lub części kabla, w szczególności włókna światłowodowego, jeżeli:

- a) powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,
- b) przedsiębiorca telekomunikacyjny jest właścicielem tej infrastruktury telekomunikacyjnej lub na podstawie przepisów prawa, wyroku sądu lub decyzji miał prawo jej umieszczenia na nieruchomości, nad nią lub pod nią;

3) możliwości korzystania z:

- a) instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie infrastruktury telekomunikacyjnej byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,
- b) punktu połączenia instalacji telekomunikacyjnej budynku z publiczną siecią telekomunikacyjną

- jeżeli wniosek o dostęp jest składany w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

Zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne 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.

Zgodnie z art. 139 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne do zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1, stosuje się odpowiednio przepisy art. 27-30, art. 31 ust. 1 oraz art. 33, z tym że:

- 1) każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji, jeżeli nie zawarto umowy o dostępie w terminie, o którym mowa w ust. 2;
- 2) Prezes UKE podejmuje decyzję o dostępie, o którym mowa w ust. 1, w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie, biorąc pod uwagę niedyskryminacyjne i proporcjonalne kryteria;
- 3) Prezes UKE w decyzji określa szczegółowe warunki rozliczeń z tytułu zapewnienia tego dostępu, uwzględniające stopień występującego w danym przypadku ryzyka.

Z powołanych przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne wynika, że operator infrastruktury telekomunikacyjnej ma obowiązek uzgodnić w ciągu 30 dni z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym warunki korzystania z tej infrastruktury. W razie nieosiągnięcia porozumienia w ww. terminie, przedsiębiorca telekomunikacyjny może wystąpić do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie stosownej decyzji o dostępie do infrastruktury i warunkach rozliczeń z tytułu zapewnienia tego dostępu. Tym samym z ww. obowiązujących przepisów wynika, że to po stronie wykonawcy leży uprawnienie i obowiązek uzgodnienia z operatorem warunków korzystania z infrastruktury i ewentualnego

dochodzenia swoich interesów przed Prezesem UKE.

Zastosowanie przez zamawiającego powszechnie obowiązujących przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne nie może być utożsamiane z naruszeniem przez niego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W szczególności bowiem należy zauważyć, że w myśl ww. przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne to nie zamawiający jest podmiotem uprawnionym do podjęcia uzgodnień w zakresie warunków korzystania z infrastruktury z operatorem, ale podmiotem takim jest inny przedsiębiorca telekomunikacyjny. Odwołujący, niezależnie od obowiązku znajomości obowiązującego prawa, jest również świadomy tego faktu, o czym świadczy jego pytanie z dnia 29 kwietnia 2015 r. zadane zamawiającemu w poprzednim postępowaniu na taką samą usługę, w którym to pytaniu odwołujący dopuścił, aby warunki korzystania z infrastruktury zostały przez zamawiającego opisane poprzez podanie kontaktu do operatora. Tym samym, w poprzednim postępowaniu dotyczącym tożsamego przedmiotu zamówienia, odwołujący aprobował taki jego opis. Ponadto w niniejszym postępowaniu odwoławczym odwołujący wprowadził oświadczył na rozprawie, że znany mu jest podmiot publiczny, który w umowie z operatorem przewidział rozwiązanie, w myśl którego będzie samodzielnie ustalał warunki dostępu do infrastruktury dla innych wykonawców, niemniej jednak oświadczenie to nie zostało w żaden sposób udowodnione i nie może w związku z tym stać się podstawą uznania, że zamawiający mógł odstąpić od zastosowania przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne. Zamawiający również wyznaczając termin składania ofert, uwzględnił termin 30 dni przewidziany w ustawie Prawo telekomunikacyjne na zawarcie umowy w sprawie warunków zapewnienia dostępu. Reasumując, zamawiający opisując przedmiot zamówienia zastosował powszechnie obowiązujące przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne. Tym samym zamawiający uczynił zadość normom zawartym w art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przekazując w siwz kontakt do operatora T-Mobile w celu ustalenia przez wykonawców warunków dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert, w pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zaś zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Podstawowe zasady zawarte w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odnoszą się m.in. do opisu kryteriów oceny ofert i wynika z nich, że kryteria te mają być opisane w sposób przejrzysty i nie powodujący uprzywilejowania żadnego z wykonawców. W szczególności pozacenowe kryteria oceny ofert nie mogą prowadzić do sytuacji, w której wyłączona byłaby konkurencja między wykonawcami z powodu możliwości zdobycia punktów w ramach tych kryteriów wyłącznie przez jednego wykonawcę. Taka sytuacja stałaby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wypaczałaby sens ubiegania się wykonawców o zamówienie publiczne.

W przedmiotowej sprawie należy zauważyć, że kwestionowane kryterium „termin rozpoczęcia realizacji usługi xWDM” jest jednym z czterech kryteriów oceny ofert i ma wagę 12%, a zatem nie jest kryterium przesądzającym o wyborze oferty. Maksymalna ilość punktów w tym kryterium jest przyznawana za deklarację rozpoczęcia realizacji usługi w terminie 40 dni lub krótszym. Kryterium nie zostało jednak opisane zero-jedynkowo, tj. punkty są przyznawane nie tylko za zadeklarowanie terminu 40 dni lub krótszego, ale są też przyznawane za pośrednie terminy rozpoczęcia realizacji usługi. Innymi słowy: za zadeklarowanie terminu rozpoczęcia dłuższego niż 40 dni wykonawca nie dostaje automatycznie 0 pkt, ale w zależności od konkretnego zaoferowanego terminu (krótszego niż 90 dni) otrzymuje od dwóch do dziesięciu punktów. Tym samym wykonawca, który nie jest w stanie zaoferować terminu 40-dniowego lub krótszego, również może otrzymać punkty w tym kryterium i konkurować na tym polu z innymi wykonawcami. Kryterium zostało więc opisane w sposób uwzględniający zarówno 30-dniowy termin na uzgodnienie z operatorem warunków korzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej, jak też uwzględniający potrzeby wykonawców, którzy nie są w stanie rozpocząć realizacji usługi natychmiast.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że zamawiający nie ograniczył wykonania zamówienia tylko do technologii DWDM, ale dopuścił także jego wykonanie w technologii CWDM. Oznacza to, że wykonawca ma wybór i nie musi oferować wykonania zamówienia w technologii DWDM, która - zgodnie z argumentacją odwołującego - wymaga uprzedniej czasochłonnej dostawy specjalistycznego sprzętu. Ponadto zgodnie z przedstawionymi przez odwołującego ofertami potencjalnych kontrahentów, minimalny termin oczekiwania na dostawę ww. sprzętu wynosi 8 tygodni, co pozwala wykonawcy na zadeklarowanie wykonania usługi w terminie pozwalającym na otrzymanie w kwestionowanym kryterium 6-ciu lub 8-miu punktów. Tym samym, niezależnie od zaoferowanej technologii wykonania zamówienia, odwołujący nie został pozbawiony możliwości otrzymania punktów w przedmiotowym kryterium.

Należy ponadto stwierdzić, że brak możliwości uzyskania przez danego wykonawcę maksymalnej ilości punktów w każdym z kryteriów oceny ofert w danym postępowaniu, nie oznacza, że kryteria te zostały opisane wadliwie. Istota opisywania oprócz kryterium ceny kryteriów pozacenowych polega na tym, że wykonawcy konkurują ze sobą w różnych obszarach i mogą uzyskiwać różne ilości punktów w każdym z kryteriów. Odwołujący nie został pozbawiony w przedmiotowym postępowaniu możliwości uzyskania punktów w kwestionowanym kryterium, jak też wykonawca T-Mobile nie jest jedynym mogącym uzyskać punkty w tym kryterium. Dlatego też nie można stwierdzić, aby opis tego kryterium naruszał uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców albo uniemożliwiał wybór oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jak też nie naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 5 ust. 4 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący