

WYROK

z dnia 7 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Kisiel

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez

wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** 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) 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:

UZASADNIENIE

Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” lub „ARiMR”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” pn. „Zakup usług telekomunikacyjnych MPLS na okres 47 miesięcy” (znak sprawy: DPiZP.2610.25.2018).

Wartość zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 sierpnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 153-351173. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”).

W dniu 20 sierpnia 2018 r. wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Orange” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, przez określenie zbyt krótkiego maksymalnego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający konkurencję;
2. art. 7 ust. 1 ustawy, przez opisanie kryterium oceny ofert „Czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS” w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
4. art. 7 oraz art. 139 ustawy w związku z art. 353¹ i art. 5 oraz art. 484 ust 2 Kodeksu cywilnego, przez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, a mianowicie zbyt wysokich kar

umownych w powiązaniu ze zbyt krótkim terminem rozpoczęcia świadczenia usług niezależnie od stopnia realizacji.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Orange wyjaśniał, że:

Zarzut 1

Odwołującego podnosił, że rozpoczęcie świadczenia usługi MPLS ma nastąpić w terminie do 120 dni od zawarcia umowy, przy czym najtrudniejszy oraz najbardziej czasochłonny etap polegający na uruchomieniu, rozwieszeniu, skonfigurowaniu, a także na wybudowaniu bądź dobudowaniu niezbędnej infrastruktury kablowej czy radiowej musi zostać wykonany maksymalnie w terminie 60 dni. Wynika z tego, że na najważniejszy etap we wdrożeniu, tj. fizyczne uruchomienie sieci, Zamawiający przewidział jedynie 60 dni.

W opinii Odwołującego, wskazany przez Zamawiającego w § 5 Wzoru umowy, maksymalny termin rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS jest zbyt krótki. Ocena taka wynika z wymagań SIWZ dotyczących świadczenia usługi MPLS. Są to w szczególności:

1. Sieć transmisji danych ma składać się 326 węzłów zlokalizowanych na terenie całego kraju;
2. W każdej lokalizacji mają być zainstalowane i skonfigurowane po 2 nowe routery;
3. W każdej lokalizacji mają być uruchomione po 2 łącza (podstawowe i zapasowe);
4. W 17 lokalizacjach, tj.: 16 typu OR (Oddziały Regionalne) oraz 1 lokalizacja typu CE06, muszą być uruchomione oba łącza w technologii światłowodów z interpretacją przez Wykonawcę zapisów SIWZ łącze podstawowe i zapasowe muszą być uruchomione z wykorzystaniem medium kabel światłowodowy);
5. W 309 lokalizacjach typu BP (Biura Powiatowe) rozmieszczonych w całym kraju łącza muszą być zestawione z wykorzystaniem alternatywnie miedzi, radia koncesjonowanego, optyki, przy czym łącze zapasowe może być oparte na technologii radiowej (GSM).

Odwołujący wskazywał że zgodnie z pkt 2 i 3 Załącznika nr 2 do Umowy - w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia, w którym upływa zadeklarowany w ofercie czas rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS (tzw. okresie przejściowym), Zamawiający dopuszcza niższe przepustowości łączy podstawowych dla lokalizacjach typu BP, tj.:

- dla łącza podstawowego o przepustowości 16 Mbps dopuszczono przepustowość min. 6 Mbps,

- dla łącza podstawowego o przepustowości powyżej 16 Mbps dopuszczono przepustowość min. 16 Mbps.

Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika także, że w okresie przejściowym dla 92 lokalizacji typu BP Zamawiający dopuszcza pasmo o przepustowości nie niższej niż 16 MB/s, co w praktyce oznacza konieczność albo zestawienia łącza w technologii docelowej, czyli po kablu światłowodowym albo instalowanie dostępu radiowego, które dla każdego z wykonawców, którzy nie świadczą obecnie Zamawiającemu zakresu usługowego będącego przedmiotem niniejszego postępowania, będzie dodatkowym kosztem osłabiającym zdecydowanie ich konkurencyjność.

Dodatkowo wykonawca Orange nadmieniał, że Zamawiający - poprzez wprowadzenie jako jednego z kryteriów oceny ofert punktacji za „Procentowy udział łączy światłowodowych wśród zestawionych docelowych łączy podstawowych” z wagą 12% - w jego opinii preferuje technologię światłowodową. Stąd presja na wykonawcę zaoferowania jak największej liczby łączy światłowodowych. Natomiast konsekwencją takiej deklaracji będzie konieczność wybudowania ich, co kolei wymaga dłuższego okresu czasu niż maksymalny, przewidziany przez Zamawiającego czas rozpoczęcia świadczenia usług MPLS. Dłuższy maksymalny termin rozpoczęcia świadczenia usług MPLS - w opinii Odwołującego co najmniej 8-miesięczny - stworzy wykonawcom szansę wykonania w tym terminie części inwestycji polegających na wybudowaniu łączy optycznych już o parametrach docelowych, tak by można je było od razu uruchamiać w lokalizacjach BP, bez konieczności szukania i zastosowania rozwiązań tymczasowych dla okresu przejściowego, np. radiolinii, która będzie podrażać całe rozwiązanie. Oczywiście, bezdyskusyjne pozostają łącza w lokalizacjach typu OR, których wybudowanie w terminie 60 dni - przy założeniu, że oba łącza muszą zostać zrealizowane z wykorzystaniem kabli światłowodowych oraz mając na względzie zbliżający się okres zimy - nie jest w ogóle możliwe. Wykonawca Orange wskazywał, że specyfika świadczeń telekomunikacyjnych (gdy z reguły jeden z wykonawców posiada już swoją infrastrukturę telekomunikacyjną doprowadzoną do lokalizacji zamawiającego) wymaga zapewnienia przedsiębiorcom należytego okresu na pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej lub też na wybudowanie swojej. Niezależnie bowiem od technologii, w jakiej świadczone będą zamawiane usługi, należy mieć na względzie czas niezbędny operatorowi telekomunikacyjnemu na przygotowanie się do świadczenia usługi, tj. stworzenie możliwości technicznych realizacji zamówienia. Doprowadzenie łączy światłowodowych do lokalizacji Zamawiającego wymaga spełnienia wymagań formalnych wynikających z przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r. poz. 290 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r. poz. 1440). Zdaniem Odwołującego w świetle wyżej wskazanych aktów prawnych nie jest

możliwe rozpoczęcie świadczenia usług w oparciu o łącza światłowodowe w wymaganym przez Zamawiającego terminie. Z punktu widzenia wymagań formalnych, jak i merytorycznych, odnoszących się do faktycznej długotrwałości prac związanych z wykonaniem łączy (mając na względzie zbliżający się okres jesienno-zimowym) racjonalnym terminem uruchomienia łączy światłowodowym jest okres 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Orange podnosił, że co prawda, teoretycznie istnieje zawsze możliwość skorzystania z łączy wybudowanych już przez innych operatorów na podstawie umowy dzierżawy, jednak pozostaje to w jego przypadku w sferze teorii. Odwołujący bowiem wiedząc o planowanym postępowaniu w przedmiotowej sprawie zwrócił się jeszcze przed jego ogłoszeniem do różnych operatorów telekomunikacyjnych z zapytaniem o możliwości świadczenia usług w lokalizacjach Zamawiającego. W odpowiedzi obecni wykonawcy tych usług firma T-Mobile oraz Netia odpisali odmownie pisząc, że na ten moment nie mogą przedstawić oferty, natomiast są otwarci na współpracę po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego.

Odwołujący twierdził również, że należy zapominać o wymogu Zamawiającego zainstalowania w każdej lokalizacji nowego sprzętu, tj. po 2 routery. Zamawiający wskazuje w specyfikacji przetargowej na konkretny sprzęt producenta firmy Cisco. Zgodnie z informacjami od producenta wymaganych przez Zamawiającego routerów, średni czas oczekiwania na dostawę sprzętu wynosi 28-dni. W praktyce realizacja całego wdrożenia ograniczy się do jedynie do okresu 30 dni. Teoretycznie można oczywiście wcześniej zestawiać łącza a potem instalować routery, jednakże nie jest to praktyka powszechnie przyjęta u operatorów telekomunikacyjnych z uwagi na brak możliwości wcześniejszego ich przetestowania oraz zwiększone koszty, które niewątpliwie odbiłyby się na cenie oferty.

Wykonawca Orange wyjaśniał, że budowa łączy telekomunikacyjnych jest więc procesem czasochłonnym, wymaga dużego zaangażowania wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy, zarówno w zakresie wydzierżawienia, jak i zestawienia łączy, przy czym nie można wymagać od wykonawcy, by podjął te działania przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy tak dużej skali zamówienia, czas potrzebny na skoordynowanie i zestawienie wszystkich lokalizacji dodatkowo się wydłuża. Określenie zbyt krótkiego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi, uniemożliwia złożenie oferty przez operatora innego niż obecnie świadczącego usługi dla Zamawiającego. Zadaniem Odwołującego takie określenie terminu preferuje właśnie dotychczasowych wykonawców.

Wykonawca Orange stwierdził, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić 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 SIWZ. W jego ocenie nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis przedmiotu zamówienia, a nie treść ofert (w tym zaoferowane ceny), zdecyduje komu Zamawiający udzieli zamówienia.

Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę skalę i zakres zamówienia, jak również uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usług, a także nadchodzący okres zimowy, w ciągu którego niemożliwe jest przeprowadzenie prac związanych z układaniem infrastruktury kablowej (w tym światłowodowej) należy stwierdzić, że przewidziany przez Zamawiającego maksymalny czas rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS (120 dni od zawarcia umowy) jest zbyt krótki na uruchomienie usługi we wszystkich lokalizacjach. Wyżej wskazane okoliczności jednoznacznie potwierdzają, iż przedmiot zamówienia w zakresie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS został opisany z naruszeniem przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, ponieważ nie uwzględnia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz utrudnia uczciwą konkurencję.

W związku z tym Odwołujący wnosil o przedłużenie maksymalnego czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS do 8 miesięcy (do 240 dni), przy jednoczesnym przedłużeniu terminu dotyczącego etapu Zestawienie łącz, konfiguracja urządzeń i uruchomienie transmisji w poszczególnych lokalizacjach do co najmniej 6 miesięcy (180 dni).

Zarzut 2

W rozdziale XI SIWZ Zamawiający opis kryteria oceny ofert. Jednym z nich jest kryterium „Czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS” z wagą 20% (ust. 1 pkt 2). W oparciu o to kryterium premiowani będą wykonawcy, którzy zaoferują krótszy niż maksymalny, tj. 120 dniowy termin rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS.

W opinii Odwołującego skrócenie „Czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS” jest nie możliwe, co więcej sam maksymalny termin wskazany przez Zamawiającego jest zbyt krótki, o czym Odwołujący napisał w części dotyczącej Zarzutu 1.

Wykonawca Orange podkreślał, że zgodnie z pkt 2 i 3 Załącznika nr 2 do Umowy - w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia, w którym upływa zadeklarowany w ofercie czas rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS, Zamawiający dopuścił niższe przepustowości łącz podstawowych dla lokalizacjach typu BP, tj.:

- dla łącza podstawowego o przepustowości 16 Mbps dopuszczono przepustowość min. 6 Mbps,
- dla łącza podstawowego o przepustowości powyżej 16 Mbps dopuszczono przepustowość min. 16 Mbps.

Zapewnienie docelowych parametrów łącz podstawowych ma nastąpić w zadeklarowanym przez wykonawcę i podlegającym ocenie w ramach kryterium „Czas zestawienia parametrów docelowych” terminie, terminie nie dłuższym niż 270 dni od dnia zawarcia umowy. Co istotne, obniżone parametry są niższe aniżeli parametry docelowe wymagane w SIWZ dotyczącej postępowania z roku 2015 prowadzonego przez Zamawiającego pn. „Zakup usługi MPLS dla ARiMR”. Zdaniem Odwołującego powyższe powoduje, że obecny wykonawca konsorcjum firm: Netia i T-Mobile ma już uruchomione łącza podstawowe o przepustowości wyższej niż wymagana obecnie w okresie przejściowym. Zdaniem wykonawcy Orange wykonawcy Ci mogą zatem skupić się wyłącznie na zestawieniu i uruchomieniu łącz zapasowych oraz dostarczeniu, zainstalowaniu i skonfigurowaniu routerów w lokalizacjach Zamawiającego, tym samym mogą zaoferować krótszy czas rozpoczęcia świadczenia usług MPLS.

Odwołujący uprzedzając prawdopodobną argumentację Zamawiającego twierdził, iż poprzez dopuszczenie niższych parametrów w okresie przejściowym wspiera konkurencyjność prowadzonego postępowania (Odwołujący nie zaprzecza, że jest to zapis korzystny i prawdopodobnie skorzysta z możliwości uruchomienia łącza o niższej przepustowości), należy zauważyć, że dopuszczenie łączy o niższych parametrach w powiązaniu z bardzo wysoką wagą kryterium „Czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS” (20%) prowadzi do sytuacji absurdu, w której obecni wykonawcy mając do realizacji zdecydowanie mniejszy zakres prac, będą mogli zaoferować krótszy termin, a dzięki temu otrzymają dużą liczbę punktów, która będzie nie do zniwelowania przez pozostałych wykonawców np. w zakresie kryterium „Ceny”.

Jednocześnie wykonawca Orange wskazywał na inną wadliwość tego kryterium. Z treści umowy wynika, że termin rozpoczęcia świadczenia usług nie będzie wcześniejszy niż 01.01.2019 r. Natomiast kryterium premiuje wykonawców, którzy zadeklarują jak najkrótszy termin. Teoretycznie może zdarzyć się sytuacja, w której wykonawca zaoferuje termin 1 dniowy i w efekcie otrzyma 20 pkt. Spowoduje to więc sztuczne „nabijanie” punktów. W opinii Odwołującego Zamawiający powinien wprowadzić minimalny okres podlegający ocenie, zwłaszcza, że usługa nie jest wymagana wcześniej niż 01.01.2019 r.

W opinii Odwołującego z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że kryterium oceny ofert „Czas rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS” uchybia zasadom równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy, stawiając w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowych wykonawców (T-Mobile i Netia).

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

- usunięcie kryterium „Czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS”, albo
 - obniżenie wagi kryterium „Czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS” do 5%, przy jednoczesnym wydłużeniu maksymalnego Czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS do 8 miesięcy (do 240 dni),
- oraz
- wprowadzenie minimalnego czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS podlegającego ocenie w ramach kryterium „Czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS”.

Zarzut nr 3

Odwołujący twierdził, że zgodnie z treścią punktu 4 w części 4 Załącznika nr 3 do Umowy „Sieć WAN ma być oparta o technologię zapewniającą fizyczną lub logiczną separację ruchu danych Usługobiorcy od ruchu innych klientów Usługodawcy, w oparciu o prywatną sieć Usługodawcy (technologie typu: CWDM, DWDM, ATM, Frame Relay, cyfrowe łącza dzierżawione, symetryczne DSL, MPLS, łącza radiowe w koncesjonowanym paśmie), natomiast nie są dopuszczalne rozwiązania budowane w oparciu o: publiczną sieć Internet (typu IPsec VPN oparty o łącza do Internetu), łącza komutowane, łącza radiowe w niekoncesjonowanej częstotliwości, łącza radiolinii (poza lokalizacjami typu BP, gdzie dopuszczalne jest zastosowanie pojedynczego łącza z wykorzystaniem radiolinii) jako jedyne medium transmisji do danej lokalizacji oraz nie dopuszcza możliwości wykorzystania łączy satelitarnych oraz technologii nie wspierających mechanizmów klasyfikacji ruchu QoS.”. W opinii Odwołującego zapis ten jest nieprecyzyjny i niejasny, co stoi w sprzeczności z art. 29 ust. 1 ustawy. Odwołujący interpretował go - choć nie miał stuprocentowej pewności co do poprawności swojego rozumowania - w ten sposób, że tylko dla lokalizacji typu BP jedno z łączy może być łączem radiowym, natomiast dla oddziałów regionalnych, zarówno łącza podstawowe, jak i zapasowe, muszą być łączami światłowodowymi do dwóch różnych węzłów.

W związku z wątpliwościami interpretacyjnymi wykonawca Orange wnosil o nadanie temu wymogowi jednoznacznego brzmienia, np.: „Dopuszcza się zestawienie drogi podstawowej z wykorzystaniem medium X, natomiast drogi zapasowej z wykorzystaniem medium Y”.

Zarzut nr 4

Odwołujący podnosił, że w § 8 ust. 1 pkt 1 Wzoru umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) Zamawiający przewidział karę umowną z tytułu opóźnienia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS (choćby w jednej lokalizacji) w wysokości 10.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy.

W opinii Odwołującego powyższa kara jest zbyt wygórowana, w szczególności mając na względzie zbyt krótki maksymalny termin rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS, o czym mowa w uzasadnieniu do zarzutu nr 1.

Wykonawca Orange twierdził, że Zamawiający przygotowując postępowanie w sprawie zamówienia publicznego ma obowiązek opierać się na wyrażonych w art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego zasadach współzycia społecznego oraz równości i ekwiwalentności stron. W ocenie Odwołującego kara umowna w wysokości 10.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy opóźnienia terminu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS (choćby w jednej lokalizacji) jest karą zbyt wysoką i wywołującą niczym nieuzasadnione korzyści dla Zamawiającego. Zasadność wprowadzenia do projektu umowy tak wysokiej kary należy rozpatrywać, zdaniem Odwołującego, w odniesieniu do wymaganego terminu realizacji, od dotrzymania którego, a właściwie niedotrzymania, zależy naliczenie kary. Jeżeli tylko dotychczasowy wykonawca jest w stanie zrealizować umowę w tym zakresie w wyznaczonym terminie, to tylko on nie ponosi ryzyka wynikającego z niedotrzymania tego terminu, pozostali zaś wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia będą ponosić znaczne ryzyko jej naliczenia. Powoduje to, w opinii Odwołującego utrudnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem tak określone podstawy i wysokość kary umownej stawiają w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego wykonawcę (konsorcjum firm: T-Mobile i Netia), ponieważ tylko on jest w stanie zmieścić się w maksymalnym czasie rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS.

Zdaniem Odwołującego, kara umowna w wysokości 10.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy opóźnienia terminu rozpoczęcia usługi w jakiegokolwiek lokalizacji przy określeniu przez Zamawiającego nierealnego, zbyt krótkiego czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS jest karą wygórowaną. Wykonawca Orange stwierdził, że w świetle opisu wymagania w tym zakresie w SIWZ w najlepszej sytuacji jest wykonawca, który dotychczas wykonuje przedmiotowe zamówienie, gdyż tylko on posiada znaczną już część zestawionych łączy w lokalizacjach Zamawiającego. Niewątpliwym jest, iż każdy z wykonawców poza dotychczasowym będzie musiał ponieść znaczne koszty związane z ww. czynnościami, a ponadto opóźnienie w terminie rozpoczęcia usługi będzie wiązało się z bardzo wysokimi karami liczonymi za każdy dzień kalendarzowy opóźnienia i to niezależnie od tego w ilu lokalizacjach to opóźnienie nastąpiło.

Zważywszy na powyższe Odwołujący wnosił o modyfikację § 8 ust. 1 pkt 1 Wzoru umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) przez:

- obniżenie wysokości kary umownej do 5.000,00 zł, przy jednoczesnym:
- wydłużeniu czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS do 240 dni od zawarcia umowy,
- zrezygnowaniu z zapisu o naliczania kary bez względu na to, w ilu lokalizacjach to opóźnienie nastąpiło, tj. wprowadzenie postanowienia uzależniającego wysokość kary od stopnia realizacji umowy w zakresie rozpoczęcia świadczenia usługi.

W dniu 4 września 2018 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. Również Odwołujący złożył pismo procesowe.

Następnie w toku rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 3 oraz wskazał, że nie podtrzymuje zarzutu i argumentacji, odnoszącego się wysokości kary umownej, znajdującego się w zarzucie nr 4. W tym zakresie zarzut został podtrzymany jedynie w odniesieniu do wydłużeniu czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS do 240 dni od zawarcia umowy.

Również w toku rozprawy Zamawiający złożył następujące dowody:

- „Stanowisko Prezesa UKE w sprawie wdrożenia obowiązku umożliwienia dostępu do nieruchomości, w tym budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej” datowane na wrzesień 2013 r.;
- „Wytyczne dotyczące wyznaczania wysokości opłat za dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej wynikający z art. 139 Pt” datowane na wrzesień 2013 r.;
- „Sprawozdanie z działalności Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa” za 2017 r.;
- Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 lipca 2015 r. wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz umową z dnia 1 września 2015 r.
- Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 marca 2012 r. wraz z umową z dnia 10 maja 2012 r. oraz załącznikami do umowy.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, pisma oraz stanowiska i oświadczenia Stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba wskazuje, że Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Specyfikacja, jak dowodził Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 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.

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 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. Natomiast według art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo

wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przesłiby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 19 lipca 2013 r. o sygn. akt KIO 1623/13). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Jednakże, dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka konstrukcja niniejszego zapisu służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba stwierdziła, że zgłoszone przez Odwołującego zarzuty należy uznać za niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu nr 1, dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z uwagi na określenie rozpoczęcie świadczenia usługi MPLS w terminie do 120 dni od dnia podpisania umowy, w szczególności zbyt krótkiego terminu etapu „Zestawienie łączy konfiguracja urządzeń i uruchomienie transmisji w poszczególnych lokalizacjach”. W rozpoznawanym zakresie Izba nie dopatrywała się występowania wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, to znaczy takiego, który nie uwzględniałby wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający, że ww. termin wskazywany przez Zamawiającego, jest terminem zbyt krótkim, przywilejujący jakiegokolwiek wykonawcę, w szczególności preferującym dotychczasowego wykonawcę, który świadczy te usługi.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że Odwołujący formułował argumentację dwutorowo. Przede wszystkim skupiał się na tym, że zakreślony przez Zamawiającego termin rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS nie jest wystarczający do wybudowania własnej infrastruktury. W ocenie Odwołującego wybudowanie łączy optycznych w tym przypadku jest koniecznością, gdyż wykonawca Orange nie możliwości skorzystania z łączy wybudowanych już przez innych operatorów na podstawie umowy dzierżawy.

W ocenie Izby zaprezentowane stanowisko nie znajduje oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym jak również przeczą temu twierdzenia zarówno Zamawiającego jak i samego Odwołującego.

Przede wszystkim wskazać należy, że Zamawiający treścią siwz nie ograniczył możliwość realizacji usługi do świadczenia jej wyłącznie w oparciu o własną infrastrukturę wykonawców. Dostrzec należy, że Odwołujący również nie podnosił tego rodzaju argumentacji. Tym samym nie można mówić o tym, że w tym przypadku występuje absolutna konieczność realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę w oparciu o własną infrastrukturę. Wobec tego Izba stwierdziła, że nie ma żadnych przeciwwskazań do tego, aby wykonawcy skorzystali z łączy wybudowanych już przez innych operatorów. Nie było sporu między stronami w zakresie występowania pomiędzy poszczególnymi wykonawcami tj. Orange, T-mobile czy też Netia współpracy międzyoperatorskiej. Również w ramach obecnie świadczonego kontraktu na rzecz Zamawiającego taka współpraca została podjęta. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący co do zasady nie kwestionował występowania opisywanej współpracy a jedynie twierdził, że w tym przypadku obecni wykonawcy usług — tj. T-Mobile i Netia obecnie nie deklarują chęci współpracy, pomimo wystąpienia przez Odwołującego z zapytaniem ofertowym co do możliwości świadczenia usług w lokalizacjach Zamawiającego. W tym miejscu zwrócenia uwagi wymaga treść korespondencji e-mail, przedłożonej przez Odwołującego, z której nie wynika, aby ww. podmioty kategorycznie odmówiły złożenia oferty Odwołującemu i jakiegokolwiek współpracy a jedynie wskazały, że decyzja w tym zakresie została przesunięta w czasie.

Nie mniej jednak nawet gdyby uznać za słuszne twierdzenia Odwołującego o tym, że powoływani wykonawcy nie zamierzają udostępnić wykonawcy Orange łączy telekomunikacyjnych w ramach współpracy międzyoperatorskiej to nie sposób pominąć regulacji wskazanych w art. 139 ustawy - Prawa telekomunikacyjnego (Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800, t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1907) – dalej „UPT”.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 UPT 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.

Według art. 139 ust. 1a UPT Prezes UKE może wezwać przedsiębiorcę telekomunikacyjnego do przedstawienia informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1. Natomiast przepis art. 139 ust. 1b UPT stanowi, że po przedstawieniu informacji, o której mowa w ust. 1a, Prezes UKE, kierując się potrzebą zapewnienia skutecznej konkurencji, może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu, o którym mowa w ust. 1a. Przedsiębiorca telekomunikacyjny, dla którego została wydana decyzja w sprawie określenia warunków zapewnienia dostępu, jest obowiązany do zawierania

umów, o których mowa w ust. 2, na warunkach nie gorszych niż określone w tej decyzji (art. 139 ust. 1c UPT).

Przepis art. 139 ust. 2 UPT stanowi, że 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.

Według art. 139 ust. 4 UPT 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.

Biorąc pod uwagę powyższe należy zgodzić się z Zamawiającym, że powołana powyżej regulacja umożliwia Odwołującemu zapewnienie dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej innego przedsiębiorcy. Co istotne, należy zwrócić uwagę, że Odwołujący jeszcze przed wszczęciem postępowania przetargowego, bo już w maju br., kierował zapytania ofertowe do wykonawców T-mobile i Netia. Tym samym Izba uznała argument Odwołującego o braku szczegółowych informacji za niewiarygodny, gdyż jak widać nie był on przeszkodą dla wykonawcy w zakresie próby podjęcia współpracy z innymi operatorami. Izba stoi na stanowisku, że skoro Odwołujący wyszedł z inicjatywą współpracy to nie było przeszkód, aby podjął kroki związane ze skorzystaniem z procedury opisanej w art. 139 UPT. Jednak nawet gdyby uznać wyjaśnienia Odwołującego za dopuszczalne to podnieść należy, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 10 sierpnia 2018 r., zaś termin składania ofert ustalono na dzień 26 września 2018 r., a zatem terminy te dzieli 47 dni. Tym samym stwierdzić należy, że Odwołujący dysponował jeszcze wystarczającym czasem na wdrożenie działań opisanych w art. 139 UPT.

W tym miejscu podkreślić należy, że mamy do czynienia z profesjonalistą występującym od wielu lat na rynku telekomunikacyjnym, który działając z należytą starannością powinien wiedzieć, że w takim przypadku wymagane jest niezwłocznie działanie, związane koniecznością zwrócenia się do innych operatorów. Powołane powyżej przepisy UPT regulują również sytuację braku porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w omawianym zakresie. Wówczas spór jest on rozstrzygany przez

Prezesa UKE w drodze decyzji. Zaznaczenia wymaga, że w toku rozprawy Odwołujący nie zaprzeczył, iż występują jakiegokolwiek okoliczności powodujące niemożność skorzystania przez Odwołującego z dobrodziejstw procedury opisanej w art. 139 UPT.

W związku z tym Izba stwierdził, że przepis art. 139 UPT umożliwia Odwołującemu wykorzystanie obcej infrastruktury na potrzeby świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia w postępowaniu. Zatem nie sposób przyznać racji Odwołującemu, który twierdził, że nie będzie w stanie przygotować oferty z uwagi na jedynie teoretyczną możliwość skorzystania z obcej infrastruktury. Rację ma Zamawiający, który wskazywał, że „Odwołujący w normalnym toku czynności — 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”.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający cyklicznie - od 2012 roku, co 3 lata (tj. 2012 r., 2015 r., 2018 r.) - przeprowadza postępowania przetargowe w rozpoznawanym zakresie, na co wskazują przedłożone przez Zamawiającego dowody z dokumentacji owych postępowań.

Strony były zgodne co do tego, że w ramach tych postępowań występują te same lokalizacje, z tym zastrzeżeniem, że zmianie podlegają m. in. parametry dotyczące przepustowości łącz. Jednak z wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego wynika, że żądane przez Zamawiającego parametry nie są parametrami na wysokim poziomie, a mieszczą się w przedziale dostępnym dla użytkownika indywidualnego. Zaś co do alternatywy względem konieczności zastosowania w pewnych wypadkach technologii kablowych przez wykonawców podnieść należy, że Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji polegającej m.in. na tym, że w załączniku nr 3 do Umowy stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ w części 4 w pkt 4 dodano zapis w brzmieniu: „Reasumując, w Lokalizacjach typu Biuro Powiatowe Usługobiorca dopuszcza zestawienie łącza podstawowego z wykorzystaniem technologii kablowych (światłowód lub miedź) lub radiolinii. Łącze zapasowe może zostać zrealizowane w technologiach takich jak łącze podstawowe, Usługobiorca dopuszcza również łącza GSM w technologii LTE. W Lokalizacjach typu Oddział Regionalny łącze podstawowe musi zostać zbudowane w technologii kablowej, w przypadku łącza zapasowego Usługobiorca dopuszcza radiolinię”. Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający jednoznacznie uregulował, że w lokalizacjach typu OR łącze zapasowe nie musi być zbudowane w technologii kablowej, lecz dopuszczona jest także radiolinia.

Nie można również zapominać o wskazywanej - zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego - możliwości świadczenia usługi na obniżonych parametrach w tzw. „okresie

przejściowym”, tj. od momentu podpisania umowy dot. realizacji usługi do jej pełnego uruchomienia (w okresie 270 dni od momentu podpisania umowy). W powyższym okresie Zamawiający dopuścił niższe przepustowości łącz podstawowych dla lokalizacjach typu BP, tj.:

- dla łącza podstawowego o przepustowości 16 Mbps dopuszczono przepustowość min. 6 Mbps,
- dla łącza podstawowego o przepustowości powyżej 16 Mbps dopuszczono przepustowość min. 16 Mbps.

Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że wprowadzone przez Zamawiającego rozwiązania są korzystne dla wykonawców i niewątpliwie mają wpływ na poszerzenie kręgu podmiotów zainteresowanych możliwością realizacji zamówienia, co z kolei sprzyja zwiększeniu konkurencyjności prowadzonego postępowania.

Jednak wracając do wcześniejszych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, opisanych powyżej, wymagającym dostrzeżenia jest, że Odwołujący, występując w Konsorcjum z wykonawcą Exatel S.A. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2012 roku uzyskał zamówienie otrzymując dodatkową punktację w ramach kryterium polegającym na skróceniu terminu uruchomienia usługi, oferując 150 dni od zawarcia umowy. Natomiast w wyniku postępowania przeprowadzonego 2015 roku doszło do zmiany dotychczasowego wykonawcy na nowy podmiot (tj. Konsorcjum T-Mobile i Netia), który złożył ofertę korzystniejszą od wykonawcy dotychczasowego, oferując 120-dniowy termin rozpoczęcia świadczenia usługi.

Wobec powyższego Izba uznała za nietrafną argumentację Odwołującego, który twierdził, że przewidziany przez Zamawiającego maksymalny czas rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS (120 dni od zawarcia umowy) jest zbyt krótki na uruchomienie usługi we wszystkich lokalizacjach, a także, że jego dochowanie przez inny podmiot niż dotychczasowy wykonawca jest obiektywnie niemożliwe. W ocenie Izby powołane powyżej okoliczności jednoznacznie potwierdzają, iż przedmiot zamówienia w zakresie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS nie został opisany z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

Konsekwencją przyjęcia przez Izbę powyższego stanowiska jest również potwierdzenie niezasadności zarzutu nr 3 odwołania w zakresie art. 7 ust. 1 Pzp, przez opisanie kryterium oceny ofert „Czasu rozpoczęcia świadczenia usługi MPLS” w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W rozpoznawanym zakresie Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie dowiódł, aby skonstruowane przez

Odwołującego kryterium było wadliwe i miało charakter przywilejujący dotychczasowego wykonawcę świadczącego usługę na rzecz Zamawiającego. Wobec tego Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy.

W zakresie wskazanego zarzutu wskazać należy, że Izba podziela argumentację Izby wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 3 września 2018 r. sygn. akt KIO 1687/18, w którym Izba stwierdziła, 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”.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego w zakresie możliwości wystąpienia sytuacji, w której wykonawca oferujący termin 1-dniowy otrzyma 20 pkt, skutkiem czego sztucznie „nabije” punkty Izba zwraca uwagę, że modyfikacją SIWZ z dnia 29 sierpnia 2018 r. Zamawiający sprecyzował, że w rozdziale XI. Pkt 1 ppkt 2 w Uwagach oraz Załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 5 w Uwagach dodaje lit. d) w brzmieniu: „d) Minimalny „Czas rozpoczęcia świadczenia Usługi MPLS”, wynosi 60 dni od daty zawarcia Umowy. Jeżeli wykonawca zaoferuje „Czas rozpoczęcia świadczenia Usługi MPLS” krótszy niż 60 dni od daty zawarcia Umowy – Zamawiający wpisze ten termin do postanowień Umowy (§ 2 ust. 2 wzoru umowy) natomiast do celów oceny ofert uzna, iż wykonawca zaoferował „Czas rozpoczęcia świadczenia Usługi MPLS” 60 dni od daty zawarcia umowy”. W ocenie Izby powyższa zwiana specyfikacją uniemożliwia wykonawcom stosowanie procedury, opisanej przez Odwołującego celem sztucznego „nabijanie” punktów.

W zakresie ostatniego zarzutu odwołania, tj. zarzut nr 4 Izba potwierdziła również jego niezasadność. Argumentacja, która legła u podstaw jego oddalenia została wyrażona przez Izbę powyżej i mieści się w zakresie zarzutu nr 1.

Podsumowując Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a także art. 7 oraz art. 139 ustawy w związku z art. 353¹ i art. 5 oraz art. 484 ust 2 Kodeksu cywilnego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....