

Sygn. akt: KIO 2142/20, KIO 2143/20

WYROK
z dnia 29 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę „Netia” S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (sygn. akt: KIO 2142/20),
- B. w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa (sygn. akt: KIO 2143/20)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministra Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2142/20 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy „Netia” S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2143/20 po stronie odwołującego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentacji postępowania poprzez obniżenie wagi kryterium „Czas uruchomienia usługi” do 10%,**
2. **Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Ministra Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa i:**

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców „Netia” S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa i T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa, w tym:
- A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „Netia” S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2.** zasądza od Skarbu Państwa – Ministra Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa na rzecz „Netia” S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3.** zasądza od Skarbu Państwa – Ministra Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa na rzecz T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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 2142/20, KIO 2143/20

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa – Minister Finansów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi transmisji danych na rzecz Zamawiającego w lokalizacjach przez niego wskazanych oraz świadczenie usług towarzyszących. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2020/S 127-310977.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2142/20

W dniu 31 sierpnia 2020 r. wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Netia”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie w części II SIWZ Lit. B punktacji za kryterium terminu realizacji zamówienia w sposób faworyzujący jednego z wykonawców i utrudniający uczciwą konkurencję, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie terminu rozpoczęcia realizacji usługi jako kryterium, w ramach którego wykonawcy zostaną przyznane dodatkowe punkty za ofertę, stanowiące do 40% całości punktów możliwych do zdobycia za złożoną ofertę, podczas gdy takie kryterium oceniania nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia i stanowi nieprawidłowe wykonanie orzeczenia KIO z dnia 7 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1608/20 poprzez pośrednie wymuszenie na wykonawcy wskazania terminu rozpoczęcia realizacji usługi, który został wskazany w prawomocnym orzeczeniu KIO jako zbyt krótki, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie.

Odwołujący Netia wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez:

a) zmianę części II SIWZ Lit. B w ten sposób, że przywrócone zostanie brzmienie sprzed modyfikacji ogłoszonej w dniu 20 sierpnia 2020 r.,

a w przypadku, gdyby Izba nie przychyliła się do powyższego wniosku Odwołującego, Odwołujący Netia wniósł o:

b) zmianę części II SIWZ Lit. B w ten sposób, że otrzymałby brzmienie

„Kryteria oceny ofert

1. Wybór oferty najkorzystniejszej zostanie dokonany według następujących kryteriów oceny ofert:

| Nazwa kryterium | Waga kryterium |
|--------------------------|----------------|
| Cena | 90% |
| Czas uruchomienia usługi | 10% |

2. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania przez Wykonawcę wynosi 100 punktów.
3. Wagi kryteriów określone w procentach będą w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert odzwierciedlone w punktacji za dane kryterium wg zasady 1% = 1 punkt.
4. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans (najwyższa liczba punktów przyznanych w oparciu o ustalone kryteria), pozostałe oferty zostaną sklasyfikowane zgodnie z ilością uzyskanych punktów.
5. Realizacja zamówienia zostanie powierzona Wykonawcy, którego oferta odpowiadać będzie wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie Pzp oraz w SIWZ i zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryteria wyboru.
6. Każdorazowo ocena oferty w ramach danego kryterium zaokrąglona będzie do setnych części punktu, zgodnie z zasadą, iż części 1/1000, 2/1000, 3/1000, 4/1000 zaokrąglane będą „w dół”, a części 5/1000, 6/1000, 7/1000, 8/1000, 9/1000 zaokrąglane będą „w górę”.
7. Przyznawanie ilości punktów poszczególnym ofertom odbywać się będzie wg następujących zasad:

7.1. Kryterium CENA

W kryterium CENA ocenie zostanie poddana cena brutto oferty za realizację całego (maksymalnego) zamówienia, obliczona przez Wykonawcę zgodnie z przepisami prawa oraz sposobem obliczania ceny oferty, określonym w cz. III SIWZ pkt 5 - podana w formularzu ofertowym (Formularz OF.0.)

Każda z ofert może otrzymać maksymalnie 90 punktów. Liczba punktów w kryterium CENA, jaką otrzyma każda oferta zostanie obliczona na podstawie poniższego wzoru:

$$C = (C_{min}/C_{of}) * 90$$

gdzie:

C: liczba punktów jakie otrzyma badana oferta za kryterium „Cena”,

C_{min}: najniższa cena brutto wśród ofert złożonych przez Wykonawców, niepodlegających odrzuceniu,

C_{of}: cena brutto badanej oferty.

7.2. Kryterium CZAS URUCHOMIENIA USŁUGI

Ocena w zakresie kryterium „Czas uruchomienia usługi” zostanie dokonana na podstawie wypełnionego formularza ofertowego (Formularz OF.0.) i złożonej w nim deklaracji Wykonawcy dotyczącej czasu uruchomienia usługi.

Każda z ofert w ramach kryterium „Czas uruchomienia usługi” otrzymać może maksymalnie 10 punktów.

CZAS URUCHMIENIA USŁUGI - obejmuje okres w dniach kalendarzowych od dnia zawarcia

Punkty w ramach tego kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

| Czas uruchomienia usługi (dni) | Przyznane punkty |
|---------------------------------------|-------------------------|
| Do 90 dni | 10 |
| Do 135 dni | 5 |
| Do 180 dni | 0 |

Umowy z Zamawiającym

UWAGA! W przypadku braku podania przez Wykonawcę powyższej informacji lub zaznaczenia więcej niż jednej możliwości wyboru (deklaracji), Zamawiający przyzna 0 punktów w kryterium a Wykonawca będzie związany maksymalnym terminem określonym w SIWZ.

8. Łączna ocena punktowa (S) będzie stanowiła sumę punktów uzyskanych we wskazanych wyżej wymienionych kryteriach i zostanie obliczona zgodnie z poniższym wzorem:

$$S = C + G$$

gdzie:

S - łączna ocena punktowa przyznana Wykonawcy

C - liczba punktów przyznanych Wykonawcy w kryterium „Cena”

G - liczba punktów przyznanych Wykonawcy w kryterium „Czas uruchomienia usługi”.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący Netia argumentował:

Ad. 1 określenie punktacji za kryterium terminu realizacji zamówienia w sposób faworyzujący jednego z wykonawców i utrudniający uczciwą konkurencję, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący Netia stwierdził, że przyjmując jako kryterium dodatkowo punktowane termin rozpoczęcia realizacji usługi, Zamawiający przedstawia w uprzywilejowanej sytuacji podmiot, który obecnie świadczy usługi we wskazanych lokalizacjach na rzecz Zamawiającego. Wynika to z faktu, że każda lokalizacja posiada swoją specyfikę, która ma bezpośredni wpływ na koszty związane ze świadczeniem usług. Możliwość rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych warunkowana jest koniecznością wykonania szeregu czynności przygotowawczych. Regułą jest, że wykonawcy najpierw ponoszą zasadnicze koszty przygotowania się do świadczenia usługi (okres projektowania i budowania nowej infrastruktury lub pozyskanie istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej od obcych operatorów), a następnie przystępują do wykonywania „właściwych” usług telekomunikacyjnych. W zależności od warunków technicznych istniejących w danej lokalizacji Zamawiającego, wykonawca może albo skorzystać z własnych łączy dostępowych (o ile je posiada), względnie je wybudować, ewentualnie wydzierżawić od innego operatora telekomunikacyjnego. Jednocześnie, w każdym scenariuszu musi dokonać wizji lokalnej we wszystkich lokalizacjach, przygotować projekt podłączenia, zamówić, dostarczyć, skonfigurować i zestawić odpowiednie urządzenia. Z tego względu dla każdego wykonawcy warunkiem złożenia oferty w postępowaniu jest pewność, że będzie dysponował niezbędnym, minimalnym czasem na wybudowanie własnej infrastruktury lub pozyskanie jej

od innych operatorów.

Odwołujący Netia zwrócił uwagę, że uruchomienie usług transmisji danych w lokalizacjach wymaga wykonania licznych prac, których zakres oraz koszt może zostać określony dopiero po poznaniu lokalizacji. Koszt uruchomienia nowej lokalizacji może się wahać między kilkuset tysiącami złotych (lokalizacja z doprowadzoną infrastrukturą i niską przepustowością) do nawet kilku milionów złotych (np. trudno dostępna lokalizacja położona w górach, wysoka przepustowość). Nie da się zatem w ofercie w żaden sposób zmitygować ryzyka związanego z przenoszeniem lub uruchomianiem nowych lokalizacji, np. poprzez uśrednienie owych kosztów. Takie działanie zawsze wiązać się będzie ze znacznym niedoszacowaniem lub przeszacowaniem kosztów realizacji zamówienia.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego Netia, określona w SIWZ punktacja za termin realizacji zamówienia stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowych wykonawców przedmiotowej usługi, utrudniając tym samym uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) oraz naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący Netia podał, że usługa będąca przedmiotem postępowania będzie stanowić kontynuację usługi obecnie świadczonej. Wykonawcy jako jedyni są w stanie rozpocząć świadczenie usług w terminie najwyżej punktowanym przez Zamawiającego, bowiem jako wykonawca posiadający już infrastrukturę w lokalizacjach określonych w SIWZ nie będzie zmuszony do przeprowadzenia szeregu czynności przygotowawczych, w tym między innymi zawarcia umowy dostępu do łączy telekomunikacyjnych lub wybudowania własnych łączy, umożliwiających świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący Netia wyraził przekonanie, że zmiana SIWZ dokonana przez Zamawiającego polegająca na dodatkowej punktacji w przypadku wskazania terminu rozpoczęcia realizacji usługi poniżej 180 dni, pomimo wyraźnego stwierdzenia w wyroku KIO, że termin ten należy uznać za zbyt krótki dla wykonawcy, tworzy swoisty monopol wykonawcy dotychczas realizującego usługi w zakresie możliwości realizacji świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. W ocenie Odwołującego Netia, koniecznym jest zatem takie określenie terminu, by każdy z wykonawców mógł alternatywnie (wedle swojego wyboru) albo wybudować swoją infrastrukturę telekomunikacyjną albo pozyskać infrastrukturę istniejącą od podmiotów trzecich.

Odwołujący Netia wskazał, że punktacja za termin na uruchomienie łączy wyznaczona przez Zamawiającego powinna być proporcjonalna do stopnia skomplikowania zamówienia, z uwzględnieniem ilości lokalizacji wskazanych w SIWZ oraz przyjętych kryteriów oceny ofert oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „termin realizacji przedmiotu jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia i jako taki może oddziaływać negatywnie lub pozytywnie na krąg potencjalnych wykonawców, jak również jego niedookreślenie lub brak precyzyjnego wyznaczenia wpisuje się pod względem przedmiotowym w treść regulacji ujętej w art. 29 ust. 1 p.z.p.” (wyrok z dnia 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2076/18).

Odwołujący Netia przywołał także wyrok KIO z dnia 12 lutego 2019 r. zapadły na tle analogicznego stanu faktycznego, w którym KIO stwierdziła, iż „z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że wykonawca, który obecnie realizuje umowę już w znacznym stopniu ma zapewnioną sieć świadczenia usług w wymaganych lokalizacjach, podczas gdy inni wykonawcy, w tym Odwołujący będą zobowiązani dopiero dokonywać tego zestawienia sieciowego, co w przekonaniu Izby-będzie wiązało się ze zwiększonym nakładem pracy, a także z innym ryzykami w tym związanymi z procesem inwestycyjnym- projekt, zezwolenia budowlane, zajęcie pasa drogowego, co wiąże się z koniecznością wydłużenia czasu uruchomienia usługi” (sygn. akt KIO 145/19).

Odwołujący Netia podniósł ponadto, że zgodnie z ustabilizowanym orzecznictwem KIO, „na gruncie art. 29 ust. 2 p.z.p. wykonawca nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. W tej sytuacji ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego się na zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. (...)To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia} jedynie tego, że to wykonawca nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji wskutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający wykonawcę został zatem w tym przypadku znacznie zawężony

i ograniczony jedynie do dowodów, które są wykonawcy znane i dla niego bez większych trudności dostępne.” (wyrok z dnia 26 października 2018 r., sygn. akt KIO 2086/18).

Ad.2 zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie terminu rozpoczęcia realizacji usługi jako kryterium, w ramach którego wykonawcy zostaną przyznane dodatkowe punkty za ofertę

Jak zauważył Odwołujący Netia, kwestia terminu rozpoczęcia realizacji usługi była przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w postępowaniu o sygn. akt KIO 1608/20. Odwołujący wskazywał, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji

danych w okresie pomiędzy 1 grudnia 2020 roku a 31 stycznia 2021 roku we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego jest nierealny. Odwołujący zwracał uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko świadczenie usług transmisji danych ale również budowę łączy w lokalizacjach Zamawiającego. Budowa łączy jest procesem długotrwałym, w którym muszą zostać uwzględnione czynniki atmosferyczne, ukształtowanie terenu, konieczność uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego, a w wielu przypadkach, pozwoleń na budowę i pozwoleń wojewódzkiego konserwatora zabytków. Powszechnie wiadomym jest fakt, że samo uzyskanie decyzji administracyjnej jest procesem trwającym do kilku miesięcy. Minimalny czas niezbędny na wdrożenie usługi wynosi 180 dni. Jest to czas niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych dla faktycznego doprowadzenia infrastruktury do nowych lokalizacji. Podkreślenia wymaga fakt, iż usługi należy dostarczyć do wielu miejscowości zlokalizowanych na dużym obszarze kraju. Odwołujący podniósł, iż na wykonanie czynności przygotowawczych, o których mowa powyżej, wykonawcy powinni mieć zagwarantowane co najmniej 180 dni od dnia zawarcia Umowy. Tylko taki termin umożliwi wykonawcy, który nie posiada własnych łączy dostępowych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, należyte przygotowanie się do świadczenia usługi telekomunikacyjnej.

Odwołujący Netia zauważył, że z takim stanowiskiem Odwołującego zgodziła się Krajowa Izba Odwoławcza i w wyroku z dnia 7 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1608/20 nakazała Zamawiającemu zmianę postanowień OPZ ust. 1 pkt 1.3 poprzez usunięcie terminu 180 dni na rozpoczęcie realizacji usługi.

Odwołujący Netia stwierdził, że Zamawiający co prawda wykonał wyrok KIO i usunął wskazane postanowienie, jednak jednocześnie dodał kryterium oceny ofert, o którym mowa w części II SIWZ Lit. B, tj. termin rozpoczęcia realizacji usługi. Łączna wartość punktów, jaką można trzymać za spełnienie tego kryterium, w terminie wskazanym pierwotnie przez Zamawiającego, zakwestionowanym przez KIO, tj. 90 dni stanowi 40% wszystkich punktów, jakie można otrzymać w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie, za wskazanie 180 dni (tj. zgodnie z orzeczeniem KIO), nie przysługują jakiegokolwiek punkty, co w zasadzie w przypadku tak dużej ilości punktów oznaczać będzie brak wyboru oferty.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący Netia przyjął, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w którym termin uruchomienia, za który przydzielana jest punktacja, jest zbyt krótki, mają zasadniczo dwie możliwości: (i) nie składać oferty w postępowaniu z uwagi na zbyt wysokie ryzyko przekroczenia terminu z przyczyn od nich niezależnych (ii) utworzyć znaczną rezerwę w budżecie na grożące wykonawcy kary umowne.

W przekonaniu Odwołującego Netia, nie wymaga uzasadnienia stwierdzenie, że żadne z

tych rozwiązań nie stworzy konkurencyjnych warunków w postępowaniu.

Odwołujący Netia podkreślił, że zgodnie z §11 ust. 2 pkt. 2.2 wzoru umowy w przypadku opóźnień w uruchomieniu usługi powyżej 7 dni, Zamawiającemu będzie przysługiwać możliwość rozwiązania Umowy, a dodatkowo zgodnie z §8 ust. 4 wzoru umowy przysługuje mu prawo do naliczenia wykonawcy dodatkowej kary umownej w wysokości wskazanej w § 8 ust. 2 wzorca Umowy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca T-Mobile Polska Sp. z o.o.

W dniu 24 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2143/20

W dniu 31 sierpnia 2020 r. wykonawca T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący T-Mobile”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez modyfikację kryteriów oceny ofert w taki sposób, iż preferowany jest jeden wykonawca, który posiada najbardziej rozbudowaną infrastrukturę, a przez to kryterium pośrednio odnosi się do właściwości wykonawcy;
2. art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie Istotnych postanowień umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający w § 8 ust. 4 IPU przewidział rażąco wygórowane kary umowne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności modyfikacji SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert i przywrócenie kryterium „Czas usunięcia awarii dla SLA Wysoki” w miejsce prowadzonego w dniu 20 sierpnia 2020 r. kryterium „Czas uruchomienia usługi”,

2. modyfikację § 8 ust. 4 IPU poprzez obniżenie kar umownych przewidzianych w tych postanowieniach do wysokości:

- a. SLA Niskie - z 10.000 zł do 5.000 zł,
- b. SLA Średnie - z 20.000 zł do 10.000 zł,
- c. SLA Wysokie - z 40.000 zł do 20.000 zł.

Uzasadniając zarzut dotyczący kryterium oceny ofert Odwołujący T-Mobile wskazał, że Zamawiający ustanowił pierwotnie następujące kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej:

- a. cena - 60 %,
- b. czas usunięcia awarii dla SLA Wysoki - 40 %.

Zamawiający wskazał, że za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans (najwyższa liczba punktów przyznanych w oparciu o ustalone kryteria), pozostałe oferty zostaną sklasyfikowane zgodnie z ilością uzyskanych punktów.

Jak podał Odwołujący T-Mobile, na skutek odwołań wniesionych przez T-Mobile Polska S.A., Netia S.A. i Integrated Solutions sp. z o.o. m.in. w zakresie zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usług, Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1597/20, 1607/20, 1623/20 nakazała Zamawiającemu „dokonanie zmiany dokumentacji postępowania poprzez wskazanie, że wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w okresie 180 dni od dnia zawarcia umowy i jej świadczenia przez okres 24 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi.”. Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się w wyroku do stanowiska prezentowanego przez Netia S.A. i T-Mobile Polska S.A., zgodnie z którym postanowienia SIWZ preferują jednego wykonawcę - Orange Polska S.A. (a także spółkę z grupy kapitałowej Orange Polska S.A. - Integrated Solutions S.A., która korzysta z infrastruktury Orange Polska S.A.).

W dniu 20 sierpnia 2020 r. Zamawiający dokonał modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, w wyniku której wprowadzono m.in. zmianę nakazaną przez KIO oraz zmieniono kryteria oceny ofert w następujący sposób:

- a. Cena - 60%

b. Czas uruchomienia usługi - 40%

Zgodnie z częścią II lit. B ust. 7 pkt 7.2 SIWZ punkty w ramach kryterium Czasu uruchomienia usługi miały zostać przyznane w następujący sposób:

| Czas uruchomienia usługi (dni) | Przyznane punkty |
|--------------------------------|------------------|
| do 90 dni | 40 |
| Do 135 dni | 20 |
| Do 180 dni | 0 |

Odwołujący T-Mobile stwierdził, że Zamawiający, oprócz zmiany nakazanej przez KIO - wydłużenie terminu uruchomienia usługi do 180 dni - dokonał zmiany kryteriów oceny ofert, która jednak wypacza sens zapadłego orzeczenia KIO i narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający wprowadził bowiem nowe kryterium oceny ofert, tj. czas uruchomienia usługi. Biorąc pod uwagę, iż najważniejszymi zarzutami, które były przedmiotem rozpatrywania przez KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1597/20, 1607/20, 1623/20 był termin uruchomienia usługi, który preferował wykonawcę posiadającego najbardziej rozbudowaną infrastrukturę oraz fakt, iż zarzut ten KIO uznała za zasadny, Odwołujący T-Mobile stwierdził, że dokonana przez Zamawiającego zmiana kryteriów prowadzi do zachowania (utrwalenia) sytuacji nieuzasadnionego preferowania konkretnego wykonawcy - Orange Polska S.A. Tylko bowiem Orange Polska S.A. jest w stanie uzyskać maksymalną liczbę punktów w zakresie wprowadzonego przez Zamawiającego kryterium. Odwołujący T-Mobile wskazał, że trafnie podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1597/20, 1607/20, 1623/20, że „obecnie ustalony przez zamawiającego termin na realizację zamówienia preferuje wykonawcę, który posiada własną infrastrukturę, co powoduje, że nie stworzono warunków konkurencyjnej, równej rywalizacji.”.

Odwołujący T-Mobile podniósł, że z uwagi na to, że wykonawca Orange Polska S.A. dysponuje gotową infrastrukturą w większości lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia (musi poczynić inwestycje jedynie w niewielkiej części lokalizacji), nie będzie on zmuszony do ponoszenia kosztów związanych z jej budową na tak dużą skalę, jak będą zmuszeni uczynić to pozostali wykonawcy (czyli już na starcie posiada przewagę cenową nad pozostałymi wykonawcami). W związku z tym wprowadzenie dodatkowego kryterium - czas

uruchomienia usługi, które także preferuje Orange Polska S.A., czyni konkurencję iluzoryczną i w sposób rażąco narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego T-Mobile, wprowadzenie kryterium oceny ofert, które faworyzuje wykonawcę posiadającego niemal całą wymaganą infrastrukturę, ponownie prowadzi to do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 7 sierpnia 2020 r. wyrównała szanse wszystkich podmiotów, które są zainteresowane wzięciem udziału w przedmiotowym postępowaniu, zaś Zamawiający dokonując w dniu 20 sierpnia 2020 r. modyfikacji SIWZ i wprowadzając kryterium oceny ofert w postaci czasu uruchomienia usługi ponownie doprowadził do umocnienia pozycji wykonawcy, który posiada największy zasób wymaganej infrastruktury.

Jak zaznaczył Odwołujący T-Mobile, pomimo dokonania przez Zamawiającego zmiany i wprowadzenia gwarantowanego czasu na rozpoczęcie świadczenia usługi, nie został osiągnięty cel, jaki miał przyświecać tej zmianie, a mianowicie uczynienie konkurencji realną i otwarcie dostępu do uzyskania zamówienia dla wszystkich podmiotów, które są zdolne zrealizować usługę w należyty sposób. Zamawiający zniweczył cel powyższej zmiany, którym było otwarcie dostępu do uzyskania zamówienia dla wszystkich wykonawców, którzy są zdolni zrealizować usługę w należyty sposób. Odwołujący T-Mobile zaznaczył, że wprowadzone przez Zamawiającego kryterium czasu uruchomienia usługi preferuje operatora posiadającego najbardziej rozbudowaną infrastrukturę. Jak zauważył Odwołujący T-Mobile, zmianie ulegała jedynie forma preferencji - początkowo wprowadzono obligatoryjny, zbyt krótki termin uruchomienia usługi uniemożliwiający innym wykonawcom złożenie oferty, zaś w wyniku zmiany z 20 sierpnia 2020 r. wprowadzono preferowanie terminu uruchomienia usługi. Nie zmienił się jednak fakt, iż zarówno pierwotne ukształtowanie SIWZ, jak i kryterium wprowadzone przez Zamawiającego obecnie, wskazują na nieuzasadnione uprzywilejowanie wykonawcy posiadającego infrastrukturę w większości wymaganych lokalizacji. Odwołujący T-Mobile wskazał, że KIO w zapadłym w dniu 13 grudnia 2011 r. orzeczeniu stwierdziła także, iż „zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i jakiegokolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc także stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji usługi równego dostępu do zamówienia. Izba przyznała rację odwołującemu, iż część kwestionowanych postanowień SIWZ może stawać w uprzywilejowanej sytuacji wykonawcę dotychczas świadczącego dane usługi na rzecz zamawiającego, który już posiada niezbędną infrastrukturę kablową wraz z zakończeniem sieci w lokalizacjach zamawiającego.”.

Odwołujący T-Mobile stwierdził, że wprowadzenie kryterium Czas uruchomienia usługi stanowi próbę zniwelowania skutków wynikających dla Zamawiającego z wyroku

Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1597/20, 1607/20, 1623/20. W wyroku tym, Izba przychyliła się do argumentacji podnoszonej przez odwołujących i nakazała Zamawiającemu zmianę terminu realizacji usługi poprzez wskazanie, iż będzie on wynosił 180 dni od daty zawarcia umowy.

Odwołujący T-Mobile wskazał, że ustanowione przez Zamawiającego kryterium skutkuje tym, że wykonawca, który zaoferuje termin uruchomienia usługi w czasie do 180 dni od daty zawarcia umowy uzyska 0 punktów na 40 możliwych. W ocenie Odwołującego T-Mobile, nie może budzić wątpliwości fakt, iż przedmiotowe postanowienie świadczy o nieuzasadnionym uprzywilejowaniu Orange Polska S.A. - wykonawca ten dysponuje bowiem niemal całą wymaganą siecią i będzie w stanie uruchomić usługę w terminie krótszym niż 90 dni od dnia podpisania umowy, a zatem uzyska maksymalną liczbę 40 punktów. W przekonaniu Odwołującego T-Mobile, taki sposób ukształtowania punktacji za określenie czasu uruchomienia usługi w rażąco sposób narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący T-Mobile wyraził przekonanie, że kryterium Czas uruchomienia usługi ma na celu uprzywilejowanie wykonawcy dysponującego infrastrukturą, bowiem tylko on będzie w stanie w krótkim czasie uruchomić usługę, a tym samym jako jedyny uzyska maksymalną liczbę punktów. Jak zauważył Odwołujący T-Mobile, już w toku postępowania przed KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1597/20, 1607/20, 1623/20 podnoszono uprzywilejowanie pozycji Intergrated Solutions sp. z o.o. i Orange Polska S.A., co nawet nie było kwestionowane przez odwołującego Integrated Solutions sp. z o.o. Odwołujący T-Mobile stwierdził, że premia punktowa, którą otrzyma wykonawca posiadający gotową infrastrukturę, który będzie mógł rozpocząć świadczenie usług w terminie do 90 dni od zawarcia umowy, jest tak znacząca, że praktycznie uniemożliwia konkurencję. Uzyskane w ramach tego kryterium punkty umożliwią bowiem zaoferowanie wyższej ceny za realizację przedmiotu zamówienia o ok. 67% (w przypadku, gdy kolejny wykonawca zaoferuje uruchomienie usługi w terminie 180 dni) lub 33% (w przypadku gdy kolejny wykonawca zaoferuje uruchomienie usługi w terminie 135 dni). Powyższe pokazuje, jak bardzo istotne w wyborze oferty jest dodane w modyfikacji SIWZ kryterium oceny ofert związanego z terminem uruchomienia usługi, które preferuje jednego wykonawcę. Kryterium to ogranicza możliwość konkurencji, a tym samym skazuje Zamawiającego na droższą ofertę. Odwołujący T-Mobile podkreślił, że sposób dokonania przez Zamawiającego zmiany kwestionowanego postanowienia powoduje, iż tylko jeden wykonawca - Orange Polska S.A. jest w stanie złożyć najkorzystniejszą ofertę zarówno pod względem cenowym (w przypadku, gdy kolejny wykonawca zaoferuje uruchomienie usługi w terminie 180 dni), jak i terminu uruchomienia usługi.

W ocenie Odwołującego T-Mobile, nie może zatem budzić wątpliwości fakt, iż Zamawiający w rażąco sposób naruszył przepisy ustawy Pzp, przede wszystkim zaś zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący T-Mobile zaznaczył, że na skrócenie terminu uruchomienia usługi może pozwolić sobie tylko podmiot, który posiada już gotową infrastrukturę. Wobec tego Zamawiający promuje wykonawców (*de facto* jednego), którzy posiadają konkretne zdolności techniczne. Zgodnie zaś z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Ukształtowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w postaci czasu uruchomienia usługi jest więc, zdaniem Odwołującego T-Mobile, kryterium odnoszącym się do podmiotowych właściwości wykonawcy (jego zdolności technicznych w zakresie infrastruktury), a nie do przedmiotu zamówienia, co w świetle art. 91 ust. 3 ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Uzasadniając zarzut dotyczący rażącego wygórowania kary umownej Odwołujący T-Mobile podniósł, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 KC. Odwołujący T-Mobile przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r., sygn. akt: KIO/2036/10. Odwołujący T-Mobile podał ponadto, że treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt: KIO/459/11).

Odwołujący T-Mobile stwierdził, że Zamawiający w § 8 ust. 4 IPU przewidział rażąco wygórowane kary umowne za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi w danej lokalizacji za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Wysokość uzależniona została od kategorii SLA, do której należy dane łącze: SLA Niskie - 10.000 zł, SLA Średnie - 20.000 zł, SLA Wysokie 40.000 zł. Zdaniem Odwołującego T-Mobile, kara na poziomie 10.000 zł - 40.000 zł za każdy dzień opóźnienia jest rażąco wygórowana, zwłaszcza z uwagi na okoliczność, że może ona zostać nałożona na wykonawcę odrębnie w stosunku do każdej lokalizacji, a kary umowne podlegają sumowaniu. W ocenie Odwołującego T-Mobile, jest to nieuzasadnione

z tego względu, że przy takiej skali projektu może dojść do sytuacji, w której brak możliwości uruchomienia usługi wynika z przyczyn niezależnych i niezawinionych przez wykonawcę (np. przedłużenie okresu uzyskiwania odpowiednich zgód i pozwoleń na wykonanie infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług).

Odwołujący T-Mobile stwierdził, że Zamawiający próbując obejść wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 sierpnia 2020 r., w którym nakazała ona wprowadzenie gwarantowanego 180-dniowego terminu na uruchomienie usługi, wprowadził nowe kryterium oceny oferty – czasu uruchomienia usługi oraz karę umowną za opóźnienie w rozpoczęciu świadczenia usługi w każdej lokalizacji odrębnie. Zdaniem Odwołującego T-Mobile, Zamawiający w ten sposób nie tylko chce zmusić wykonawców do szybszego wdrożenia usługi, ale również obarczyć ich całym ryzykiem ewentualnego niedotrzymania tego terminu. Odwołujący T-Mobile podniósł, że kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej nadużywanie tak, jak ma to miejsce w tym przypadku, narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy. Istotne jest, w ocenie Odwołującego T-Mobile, że wskazane kary dotyczą każdej spośród ok. 400 lokalizacji. Jak zauważył Odwołujący T-Mobile, gdyby każda z lokalizacji została uruchomiona z 1-dniowym opóźnieniem, wykonawca byłby zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 6.600.000,00 zł (w przypadku łączy kablowych D i F) lub 4.040.000,00 zł (w przypadku łączy D i F w postaci GSM).

Odwołujący T-Mobile zaznaczył, że kary określone w przedmiotowym postanowieniu umowy są nieadekwatne do naruszenia, za które zostały ona przewidziane. Stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia i potencjalnego zysku, jednocześnie pełnią funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną. Odwołujący T-Mobile stwierdził, że zdaje sobie sprawę ze znaczenia sprawnie funkcjonującego Systemu Poboru Opłat dla budżetu państwa, jednak obarczanie wykonawcy tak ogromną odpowiedzialności, w tym za okoliczności, na które nie ma on wpływu, stanowi rażące nadużycie pozycji Zamawiającego, który zbyt późno ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i za wszelką cenę, kosztem wykonawców, stara się teraz przyspieszyć wdrożenie usługi.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Netia S.A.

W dniu 24 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba za zasadne uznała oba odwołania w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przez wprowadzenie kryterium Czas uruchomienia usługi z wagą 40%.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba pozostaje związana wyrokiem KIO z dnia 7 sierpnia 2020 r. o sygn. akt KIO 1597/20, KIO 1607/20 i KIO 1623/20 wydanym w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W orzeczeniu tym Izba nakazała Zamawiającemu zmianę dokumentacji przez wskazanie, że wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia świadczenia usługi transmisji danych w okresie 180 dni od dnia zawarcia umowy. Powyższe było skutkiem stwierdzenia przez Izbę, że pierwotnie ustalony przez Zamawiającego, dwumiesięczny termin na realizację zamówienia, preferuje wykonawców, którzy posiadają własną infrastrukturę. W ww. orzeczeniu Izba stwierdziła: „Izba podzieliła stanowisko odwołujących, iż wobec brzmienia SIWZ zamawiający ustalił niewystarczający termin na rozpoczęcie świadczenia zamówienia, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności, jakie winien uwzględnić wykonawca konstruując ofertę, oraz wszystkich czynności, jakie należy podjąć w związku z rozpoczęciem świadczenia usługi w terminie określonym w umowie. W oparciu o dokumentację postępowania potwierdziło się, że termin zamówienia powinien uwzględniać możliwość budowy łączy w lokalizacjach zamawiającego, co wiąże się z koniecznością uzyskania zgód administracyjnych i wykonania robót budowlanych, opisywanych przez odwołujących (...) skład rozpoznający spór stwierdził, że znalazło potwierdzenie w materiale procesowym stanowisko odwołujących o wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcia świadczenia usług, zaś zamawiający nie wykazał, aby podołał nałożonemu na niego przez ustawodawcę obowiązkowi zapewnienia realnego, uwzględniającego wszystkie okoliczności faktyczne i prawne zawarte w SIWZ, terminu realizacji zamówienia, który zapewni konkurowanie w warunkach równej i uczciwej konkurencji.”. Izba uznała, że ustalając taki termin Zamawiający nie stwarza warunków

konkurencyjnej, równej rywalizacji. W ww. sprawie „Izba podzieliła stanowisko odwołującego i nakazała zamawiającemu wydłużenie terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, zgodnie z żądaniem odwołującego, co przywraca możliwość konkurowania w przetargu na zasadach równego traktowania i uczciwej konkurencji, zaś zamawiający nie wykazał, że wcześniejsze warunki SIWZ taki stan zapewniały.”.

W przedmiotowej sprawie bezsporna jest okoliczność, że wykonawca Orange Polska posiada infrastrukturę w większości lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia. Co za tym idzie, wykonawca ten pozyskując przedmiotowe zamówienie nie będzie zobowiązany do wybudowania łączy umożliwiających świadczenie usługi i dokonania szeregu związanych z tym czynności przygotowawczych. Powyższe wprost przekłada się zarówno na cenę usługi, jak też na czas realizacji. Pozostali wykonawcy ubiegając się o przedmiotowe zamówienie muszą mieć na względzie koszty budowy infrastruktury, czas niezbędny na wykonanie tego elementu zadania, a także ryzyka związane z opóźnieniem w budowie niezbędnej infrastruktury. Nawet gdyby przyjąć, że realizacja zamówienia przez tych wykonawców może być oparta na dzierżawie łączy od dotychczasowego wykonawcy, Izba dostrzega związane z tym niepewność i nierówność w sytuacji poszczególnych wykonawców – wszyscy za wyjątkiem dotychczasowego wykonawcy są zależni od zgody tego wykonawcy na dzierżawę łączy (która nie jest oczywista zważywszy na ubieganie się przez wykonawców o to samo zamówienie) oraz od wyceny kosztów tej dzierżawy przez dotychczasowego wykonawcę.

Powyższe okoliczności, w zestawieniu z ustanowionym przez Zamawiającego kryterium „Czas uruchomienia usługi” z wagą 40% potwierdzają swoisty monopol dotychczasowego wykonawcy na realizację świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że ustanowienie przedmiotowego kryterium o tak dużym znaczeniu stanowi, w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, naruszenie podstawowych zasad ustawy Pzp, tj. zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Rozpoznając spór Izba miała na względzie także argumentację Zamawiającego, że jak najwcześniejsze wykonanie przedmiotowego zamówienia stanowi priorytet z uwagi na ustawowy termin wyłączenia dotychczasowego systemu (1.07.2021 r.), konieczność przeprowadzenia migracji danych oraz ryzyko awarii sprzętowej infrastruktury dotychczasowego systemu. Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba nakazała Zamawiającemu zmniejszenie wagi spornego kryterium do poziomu 10%, zgodnie z żądaniem Odwołującego Netia. Izba uznała, że całkowite pozbawienie Zamawiającego możliwości punktowania ofert w tym aspekcie byłoby wbrew interesom Zamawiającego i

stanowiłoby zagrożenie dla wykonania przedmiotu zamówienia przed upływem terminu wyłączenia dotychczasowego systemu.

Izba stwierdziła, że przeszkody dla rozpoznania odwołania Odwołującego Netia nie stanowił okoliczność, że wykonawca ten wskazał na naruszenie art. 29 ust. 2 i 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia. Zarówno treść zarzutów, jak i wskazane przez Odwołującego Netia okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w sposób nie budzący wątpliwości określały przedmiot i granice zarzutu.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 3 ustawy Pzp przez ustanowienie kryterium odnoszącego się do właściwości wykonawcy. Czas rozpoczęcia realizacji usługi jest kryterium przedmiotowym, nie dotyczy właściwości wykonawcy, w tym w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej czy finansowej.

Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących kar umownych podniesionych przez odwołującego T-Mobile, bowiem zostały one wycofane w toku posiedzenia.

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

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: