

WYROK

z dnia 3 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Aneta Górniak**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 października 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **23 września 2016 r.** przez wykonawcę: **BCAST Spółka z o.o., ul.**

Rakowiecka 41/21, 02-521 Warszawa, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Gdańsku Radio Gdańsk SA, ul. Grunwaldzka 18, 80-236 Gdańsk**, przy udziale wykonawcy **EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22, 02-675 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **BCAST Sp. z o.o., ul. Rakowiecka 41/21, 02-521 Warszawa**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **BCAST Sp. z o.o., ul. Rakowiecka 41/21, 02-521 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **BCAST Sp. z o.o., ul. Rakowiecka 41/21, 02-521 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Polskiego Radia Regionalnej Rozgłośni w Gdańsku Radio Gdańsk SA, ul. Grunwaldzka 18, 80-236 Gdańsk**, kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „usługę emisji programu radiowego Radia Gdańsk S.A. na obszarze województwa pomorskiego,” (Dz. Urz. UE 2016/S 128-230608 z 06.07.2016), w dniu 23 września 2016 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez: BCAST Spółka z o.o., z siedzibą w Warszawie, w zakresie części IV (zadanie nr 4) zamówienia, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 15 września 2016 r. o uznaniu przez zamawiającego, iż wykonawca BCAST uchylił się od zawarcia umowy. W tym samym dniu odwołujący został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę EmiTel Sp. z o.o.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 6 lipca 2016 r. i mają do niego zastosowanie przepisy dotychczasowe, obowiązujące do daty wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Ustalona wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia wniesionego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, co nie dotyczyło poszczególnych zarzutów odwołania, odnoszących się do braku stosownych regulacji w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 26 września 2016 r. przesłane drogą elektroniczną, pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom złożył w dniu 27 września 2016 r. - po stronie zamawiającego wykonawca wybrany na część 4 zamówienia - EmiTel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który wnosił o oddalenie

odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru jego oferty.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie wykonawcę: EmiTel Sp. z o.o., gdyż przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Polskiemu Radiu Regionalnej Rozgłośni w Gdańsku Radio Gdańsk S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj.:

1. art. 94 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, iż wykonawca BCAST uchylił się od zawarcia z zamawiającym umowy wraz z bezzasadnym wybraniem

2

oferty najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert,

2. art. 91 ust. 1 przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób godzący w zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:

- 1) obejmującej uznanie, iż BCAST uchylił się od zawarcia umowy dla zadania nr 4 wraz z
- 2) unieważnieniem dokonanego następnie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę EmiTel Sp. z o.o. (dalej „EmiTel”).

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jako oferent - uczestniczący w procedurze przetargowej, posiada legitymację do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu dla zadania nr 4 (Stacja nadawcza Słupsk). Następnie, zdaniem odwołującego - zamawiający bezzasadnie uznał, iż wykonawca BCAST uchylił się od zawarcia umowy.

Odwołujący wyjaśniał, że dniu 15 września 2016 r. otrzymał pisemną informację o uznaniu przez zamawiającego, iż wykonawca BCAST uchylił się od zawarcia umowy. W tym samym dniu odwołujący został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę EmiTel Sp. z o.o.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W dniu 31 sierpnia 2016 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych dla wszystkich czterech części zamówienia. Dla zadania nr 4 wybrano ofertę BCAST, zaś dla pozostałych części ofertę wykonawcy EmiTel Sp. z o.o.

Podkreślił, iż rynek transmisji programów radiofonicznych oraz telewizyjnych w Polsce zdominowany jest przez wykonawcę EmiTel. Podstawowym źródłem pozycji rynkowej tego operatora jest fakt, że przez kilkadziesiąt lat był on naturalnym monopolistą na tym rynku.

Odwołujący przyznał, że w poniedziałek 12 września 2016 r. upłynął termin na wniesienie odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tym samym dniu w godzinach popołudniowych BCAST otrzymał od zamawiającego mailem wezwanie do wniesienia zabezpieczenia: („W związku z upływem ustawowego terminu na wniesienie odwołania w postępowaniu nr 1/VI/2016 - świadczenie usługi emisji

3

programu radiowego Radia Gdańsk, proszę przed podpisaniem umowy o przestanie potwierdzenie wpłaty na nasze konto zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zadanie nr 4 (Słupsk).”

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający wiedział przy tym, iż Zarząd wykonawcy BCAST przebywa na konferencji branżowej w Amsterdamie (pracownicy zamawiającego także byli obecni na tej konferencji).

W dniu 13 września 2016 r. członek Zarządu BCAST zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem o sposób dokonania przelewu (ewentualne zaliczenie wpłaconego wadium). W tym samym dniu zamawiający poinformował wykonawcę o sposobie wpłacenia zabezpieczenia (konieczność wpłacenia pełnej kwoty). Wykonawca jeszcze tego samego dnia wykonał przelew. Środki pieniężne były na rachunku bankowym zamawiającego w dniu

14 września 2016 r.

Ponadto, w dniu 13 września 2016 r. w godzinach popołudniowych z wykonawcą skontaktował się mailem Dyrektor Techniczny Zamawiającego, Pan P.J. w sprawie danych osób reprezentujących wykonawcę przy zawieraniu umowy, a także w sprawie terminu rozpoczęcia wykonywania świadczenia (prośba o określenie miejsca i terminu przełączenia usług).

Następnie w godzinach przedpołudniowych 14 września 2016 r. wykonawca otrzymał kolejnego maila od Pana P.J., w którym odwołujący został poinformowany, iż: „wobec braku dokonania wpłaty wymaganego zabezpieczenia umowy w nakazanym terminie” zamawiający traktuje ów brak jako odstąpienie od podpisania umowy”. Zarazem zamawiający informował, iż o ile zabezpieczenie zostało wpłacone w dniu 13 września, wzywa do przedłożenia potwierdzenia do godziny 11.00. Ponadto zamawiający prosił o odesłanie podpisanej umowy i „określenie wreszcie terminu rozpoczęcia świadczenia usług”.

Odwołujący zwracał uwagę na to, iż zamawiający terminu na wpłacenie zabezpieczenia nie wyznaczył (mail z 12 września 2016 r.). Tym samym zwrot o niedotrzymaniu terminu 13 września 2016 r. był oparty na nieprawdziwym założeniu. Uznał, że nie było podstaw do twierdzenia o zaniechaniu przez wykonawcę określenia terminu rozpoczęcia świadczeń. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do rozpoczęcia świadczenia usługi (z oczywistych powodów usługa nie mogła być przecież wykonywana przed zawarciem umowy).

Odwołujący wyjaśniał dalej, że tego samego dnia, to jest w środę 14 września 2016 r. (przed wyznaczoną godziną 11:00) przekazał zamawiającemu następujące informacje:

- jednoznacznie potwierdził, iż jest zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia;
- poinformował, iż przelew został przez BCAST wykonany (w załączeniu przekazał

4

potwierdzenie wniesienia środków);

- przekazał również projekt umowy z uzupełnionymi danymi osób upoważnionych do reprezentacji spółki;
- skierował do zamawiającego prośbę o określenie terminu zawarcia umowy.

Zaproponował spotkanie w sprawie zawarcia umowy w siedzibie zamawiającego w Gdańsku w piątek 16 września lub w poniedziałek 19 września 2016 r.

Ponadto, odnosząc się do potrzeby określenia terminu na uruchomienie świadczenia oraz terminu na zamontowanie stacji dosyłowej zamawiającego, zaproponował jeden, ewentualnie dwa dni robocze od dnia zawarcia umowy.

Podkreślił, iż nie czekając na zawarcie umowy podjął natychmiast działania celem uruchomienia świadczenia. Nabył niezbędny sprzęt, a w dniu 12 września 2016 r. (uprawomocnienie się wyboru oferty najkorzystniejszej) złożył wniosek do Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie pozwolenia radiowego (wnosząc także stosowną opłatę). Dodał, iż dla uzyskania pozwolenia radiowego warunkującego rozpoczęcie wykonywania świadczeń niezbędne było pozyskanie oryginału oświadczenia nadawcy (tu zamawiającego). Wykonawca zakładał, iż dokument ten pozyska w dniu zawarcia umowy w siedzibie zamawiającego, następnie przekazując go do UKE.

Zamawiający w odpowiedzi na maila odwołującego, w tym samym dniu 14 września 2016 r. o godzinie 13.02 skierował do odwołującego pismo, w którym:

- wezwał wykonawcę do „podpisania umowy w dniu jutrzejszym do godziny 10:00”;
- zakwestionował możliwość zaakceptowania jedno lub dwudniowego roboczego terminu na rozpoczęcie wykonywania świadczeń ze względu na wymaganą gotowość do nadawania począwszy od dnia 1 września 2016 roku;
- ponadto zamawiający wezwał BCAST do złożenia (przesłania skanu) do godziny 16:00 tego samego dnia „upoważnienia do nadawania z proponowanej lokalizacji zgodnie z obowiązującym prawem”.

Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z informacjami pozyskanymi przez niego, zamawiający nie dochował należytej staranności i nie zabezpieczył sobie wykonywania usług nadawczych dla zadania 4 po dniu 31 sierpnia br. Zamawiający już po wyborze oferty najkorzystniejszej zwrócił się do wykonawcy EmiTel o zawarcie umowy na przedłużenie nadawania do czasu rozpoczęcia wykonywania świadczenia przez nowego usługodawcę. Umowa taka nie została jednak zawarta. Zamawiający, zatem obawiał się utraty ciągłości

usług nadawczych, stąd też oczekiwano od BCAST w zasadzie natychmiastowego zawarcia umowy oraz natychmiastowego rozpoczęcia wykonywania świadczeń.

Odwołujący podnosił, że zamieszczony w dokumentacji przetargowej termin na

5

uruchomienie świadczeń z dniem 1 września 2016 r. nie może być, wbrew twierdzeniom zamawiającego, utożsamiany z datą w jakiej wykonawca był zobowiązany do „gotowości” wykonywania usługi, co oznacza tak naprawdę obowiązek realizowania świadczenia jeszcze przed uprawomocnieniem się wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca byłby bowiem zmuszony do poniesienia kosztów rozpoczęcia wykonywania świadczenia (nabycie urządzeń), pozyskania pozwolenia, zainstalowania urządzeń w trakcie trwania procedury przetargowej.

Odwołujący wskazywał na okoliczność, że w tym samym dniu (t.j. 14 września 2016 r.) skierował do zamawiającego kolejne pismo, w którym:

- zwrócił się o wyjaśnienie, jakiego rodzaju dokument ma być złożony w ramach żądania przedłożenia „upoważnienia do nadawania z proponowanej lokalizacji zgodnie z obowiązującym prawem”)
- poinformował o złożeniu w dniu 12 września wniosku do UKE;
- zwrócił uwagę na brzmienie art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp, zgodnie z którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) winna zawierać także informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (zamawiający nie domagał się składania przed zawarciem umowy „upoważnienia do nadawania z proponowanej lokalizacji zgodnie z obowiązującym prawem”).

Odwołujący wyraził przekonanie, iż wyznaczenie kilkunastogodzinnego terminu na zawarcie umowy, odrzucenie jego propozycji spotkania w dniu 16 września 2016 r. czynione było z zamiarem uchylecia się przez zamawiającego od zawarcia umowy z BCAST.

W ocenie odwołującego zamawiający nie miał prawa stawiać tezy o uchylaniu się przez BCAST od zawarcia umowy. Uznał, że proponowane przez niego w dniu 14 września 2016 r. terminy (16 lub też 19 września 2016 r.) pozwalały na uznanie, iż jest zainteresowany zawarciem umowy, ponieważ:

- wpłacił zabezpieczenie
- w dniu uprawomocnienia się decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej wystąpił do UKE o wydanie pozwolenia radiowego
- zadeklarował niezwłoczne rozpoczęcie wykonywania świadczeń (termin jeden lub dwa dni robocze od zawarcia umowy, celem odebrania pozwolenia z UKE oraz skonfigurowania urządzeń).

Uznał, że nie było możliwe dotrzymanie terminu 1 września 2016 r. na rozpoczęcie nadawania, zaś dokumentacja przetargowa nie zawierała regulacji dotyczących rozpoczęcia wykonywania świadczenia w sytuacji, gdy termin kalendarzowy określony w SIWZ minął.

Ponownie podkreślał, iż w jego ocenie do zaniechania zawarcia umowy doprowadziła

6

obawa zamawiającego przed utratą ciągłości nadawania sygnału radiowego. Nie było jednak trudno przewidzieć, iż przegrany w postępowaniu EmiTel nie będzie zainteresowany (po otwarciu ofert) przedłużeniem umowy celem umożliwienia alternatywnemu świadczeniobiorcy rozpoczęcia wykonywania zamówienia. Zamawiający powinien być z odpowiednim wyprzedzeniem zabezpieczyć swoje potrzeby na czas przedłużającego się przetargu.

Odwołujący kontynuował, że w dniu 15 września 2016 r. przed upływem godziny 10:00 zarząd BCAST podpisał umowę informując drogą mailową o tym fakcie zamawiającego. BCAST odesłał oba egzemplarze umowy na adres zamawiającego (list priorytetowy). Nie było bowiem możliwym dotarcie do Gdańska w wyznaczonym terminie (zaproszenie z około dwudziestogodzinnym wyprzedzeniem). Zatem uznał, że dostosował się do wymagania zamawiającego, pomimo iż w jego ocenie naruszało ono zasadę uczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 15 września 2016 r. skierował do wykonawcy BCAST dwa pisma. W pierwszym informował, iż wobec „braku należytego usprawiedliwienia niestawiennictwa dla podpisania umowy” zamawiający uznaje, iż wykonawca uchylił się od zawarcia umowy. W ocenie zamawiającego bezspornym był brak gotowości świadczenia przez wykonawcę usług emisji sygnału do dnia 1 września br., ale w jeden dwa dni od podpisania umowy, co czyniło

zrozumiałym brak stawiennictwa w dniu 15 września 2016 r. Zamawiający dodał, iż dwukrotne wezwania wykonawcy do określenia terminu rozpoczęcia wykonywania świadczenia pozostały bez odpowiedzi, a odesłano jedynie *niepodpisaną umowę z datą 12 września 2016r.*, jako terminu rozpoczęcia usługi (t.j. z terminem wpisanym do umowy przez samego zamawiającego). Zamawiający informował, iż wysłał swoich pracowników do miejsca wykonywania świadczenia wskazanego w ofercie, ale nie zastał w tym miejscu Stacji Nadawczej oferenta. Zamawiający dodał, iż propozycje wykonawcy nie pozwalają zamawiającemu na sensowe zorganizowanie emisji zastępczej. W ocenie zamawiającego BCAST uchylił się zatem od zawarcia umowy. Zamawiający odrębnym pismem poinformował także o wyborze oferty wykonawcy EmiTel na zadanie nr 4.

W ocenie odwołującego BCAST każde z powyżej przywołanych twierdzeń zamawiającego jest nieprawdziwe. Wyznaczenie terminu na zawarcie umowy krótszego niż 24 godziny od wezwania uznał za rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Zaprzeczył tezie, iż zamawiający wezwał BCAST na spotkanie w sprawie zawarcia umowy na dzień 15 września na godzinę 10.00. Zgodnie z przesłanym dzień wcześniej pismem, został wezwany do podpisania umowy w dniu jutrzejszym do godziny 10.00. Umowa została przez BCAST podpisana i odesłana do zamawiającego (jest on w jej posiadaniu). Zamawiający został o tym poinformowany. Według odwołującego, zamawiający wykorzystał brak możliwości dotarcia przedstawicieli wykonawcy do Gdańska w dniu 15 września 2015 r., a także nadinterpretował przesłane do wykonawcy żądanie. Odwołujący argumentował, że zamawiający nie mógł

7

domagać się wykonywania świadczenia od dnia 1 września 2016 r. oraz, że nie jest prawdą, iż dwukrotne wezwania wykonawcy do określenia terminu rozpoczęcia wykonywania świadczenia pozostały bez odpowiedzi. Stwierdził, że odpowiadał na pisma zamawiającego, w tym samym dniu, lub też dnia następnego. Termin ten określił, jako jeden lub dwa dni robocze od dnia zawarcia umowy. Nie uznał, iż jest to termin niezgodny z SIWZ, zamawiający nie określił bowiem w jakim terminie od zawarcia umowy ma rozpocząć się wykonywanie świadczeń. Powtarzał, że nie sposób uznać, iż terminem który wiązał wykonawców był termin sprzed daty zakończenia postępowania przetargowego, jedynym wykonawcą który mógł dotrzymać tego terminu był EmiTel wykonujący dane usługi dotychczas.

Zaprzeczył twierdzeniom, iż: zamawiający „*nie zastał Stacji Nadawczej Oferenta*”. Zapewniał, że infrastruktura ta istnieje, jest przygotowana do wykonywania przedmiotu zamówienia.

Polemizował ze stwierdzeniami zamawiającego, iż propozycje wykonawcy nie pozwalały mu na sensowe zorganizowanie emisji zastępczej. Wskazywał, że takie emisje powinny być zabezpieczone nie w czasie procedury uzgodnień dotyczących zawarcia umowy, a z odpowiednim wyprzedzeniem. Gdyby zamawiający dochował należytej staranności i zabezpieczył swoje potrzeby z odpowiednim wyprzedzeniem, nie były zmuszony do podejmowania działań naruszających zasadę uczciwej konkurencji w odniesieniu do wykonawcy BCAST.

Reasumując, podtrzymał, że w jego ocenie, w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia art. 94 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, iż wykonawca BCAST uchylił się od zawarcia z zamawiającym umowy. Odnosząc się szczegółowo do twierdzeń zamawiającego zwracał uwagę na następujące okoliczności.

W odniesieniu do zarzutu wobec odwołującego - uchylenia się od zawarcia umowy. Odwołujący zapewniał, że nie uchylił się od zawarcia umowy w rozumieniu art. 94 ust. 3 Pzp. Uznał, że opisany powyżej stan faktyczny nie dawał żadnych podstaw do zastosowania tego przepisu.

W pierwszej kolejności powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO/1094/15: „*Zamawiający miał obowiązek posiadać pisemne dowody, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył oświadczenie o odmowie zawarcia umowy lub, że odwołujący odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający nie dysponuje takimi dowodami, a wprost przeciwnie - odwołujący spełnił warunki do zawarcia z nim umowy, czyli złożył podpisaną przez siebie umowę do zamawiającego oraz wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy i nawet zwrócił się pisemnie do zamawiającego o zawarcie umowy.*” Odwołujący ponowił twierdzenia, że BCAST niezwłocznie wniósł zabezpieczenie wykonania umowy (dzień po wezwaniu), zatem trudno

założyć, iż racjonalny wykonawca najpierw wpłaci kwotę zabezpieczenia, a następnie odmówi podpisania umowy. Podtrzymał, że przekazał w terminie określonym przez zamawiającego podpisany wzorzec umowy.

Podkreślał ponadto raz jeszcze, iż zamawiający wbrew swoim twierdzeniom nie wezwał go do stawiennictwa w swojej siedzibie w dniu 15 września 2016 r. Niezależnie od powyższego, przywołał uchwałę KIO/KD 109/13: *„Nie sposób uznać, że brak stawiennictwa wykonawcy w siedzibie zamawiającego przy jednoczesnym prowadzeniu przez niego korespondencji mającej na celu uzyskanie wzoru umowy stanowi uchylanie się od podpisania umowy.”* Stwierdził, że BCAST domagał się przedłożenia między innymi oświadczenia zamawiającego wymaganego przez UKE - w oryginale i domagał się ustalenia terminu na uruchomienie świadczeń. Zwracał uwagę na opinię wyrażoną w wyroku z dnia 26 września 2001 r. przez Sąd Najwyższy (sygn. akt IV CKN 461/00), zgodnie z którą nie mamy do czynienia z uchylaniem się od zawarcia umowy w sytuacji, gdy na przeszkodzie stoi konieczność dopełnienia przez jedną ze stron formalności umożliwiających zawarcie umowy.

Odwołujący powoływał się na okoliczność prowadzenia z zamawiającym korespondencji w sprawie terminu zawarcia umowy (proponowany termin to dzień kolejny po dniu wyznaczonym przez zamawiającego). Podkreślał przy tym, iż niektóre wymagania zamawiającego nie znajdują podstaw w dokumentacji przetargowej (żądanie przedłożenia niesprecyzowanego upoważnienia).

Powołał się na pogląd Izby w przywołanej wyżej uchwale KIO/KD 109/13, że: *„zamawiający nie przewidział w siwz, aby przed podpisaniem umowy wykonawca miał dostarczyć warunki gwarancji, a więc nawet ich niedostarczenie nie mogłoby być potraktowane jako uchylanie się od podpisania umowy”*.

Zdaniem odwołującego, czynione przez niego starania, i to w okresie dwóch dni od uprawomocnienia się wyboru oferty najkorzystniejszej, potwierdzały wolę zawarcia umowy. Podkreślił, iż Izba wielokrotnie dawała wyraz przekonaniu, iż podobne lub nawet mniej jednoznaczne działania wykonawcy są wystarczające do uznania, iż nie zachodziły przesłanki do zastosowania art. 94 ust. 3 Pzp: *„Odwołujący poczynił kroki w celu zawarcia umowy, czego dał wyraz chociażby pismem skierowanym do zamawiającego, w którym informował, że wpłacił na rachunek bankowy Zamawiającego wymaganą kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz prosił o wyznaczenie terminu na podpisanie umowy”*.

Zwrócił uwagę na kilka kwestii podniesionych przez zamawiającego w informacji o odstąpieniu od zawarcia umowy z BCAST. W odniesieniu do wymagania „gotowości” wykonania zamówienia od dnia 1 września 2016 r.

Odwołujący podnosił, iż zdaniem zamawiającego wykonawca BCAST był zobowiązany

do wykonywania świadczenia od dnia 1 września 2016 r., zatem jeszcze przed zakończeniem postępowania przetargowego.

Odwołujący przywołał treść punktu III SIWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług emisji programu radiowego w okresie od dnia 1 września 2016 roku do dnia 31 sierpnia 2018 roku. Zamawiający ponadto w treści § 3 wzorca umowy zawarł postanowienie, zgodnie z którym umowa jest zawarta od dnia 1 września 2016 roku.

Podkreślił, iż Krajowa Izba Odwoławcza jednolicie uznaje wadliwość określenia terminu rozpoczęcia wykonywania świadczenia poprzez wskazanie na daty kalendarzowe. W takiej sytuacji zamawiający winien był określić, jak będzie się kształtował obowiązek wykonawcy w przypadku przedłużającego się postępowania. Przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do problematyki wyznaczania terminu na uruchomienie usługi teleinformatycznej (wyrok z dnia 24 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 707/08): *„Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty 19.10.2008 r. rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie.(...) Z tych względów skład orzekający Izby nakazał dokonanie modyfikacji w rozdziale III pkt 1.5 i 1.6.1 oraz w rozdziale VII SIWZ i w odnośnych postanowieniach wzoru umowy, przez oznaczenie rozpoczęcia świadczenia usługi w terminie 9 tygodni od dnia podpisania umowy”*. Podobnie Izba w wyroku z dnia 12 lutego 2010 roku (sygn. akt KIO/1756/10): *„Izba wskazuje, że z uwagi na okoliczność, iż nie jest możliwe*

przewidzenie dokładnego harmonogramu postępowania, choćby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej (...) Zamawiający ani wykonawcy nie mają pewności, ile czasu będą posiadać na przygotowanie się do świadczenia usług. (...) Odnosząc powyższe ustalenia faktyczne do ustawy Pzp, a w szczególności art. 7 i art. 29 ust. 2 Pzp, należy stwierdzić, iż zarzut naruszenia przywołanych przepisów na gruncie analizowanej sprawy znalazł potwierdzenie (...) Izba podziela argumentację Odwołującego, że w okolicznościach niniejszej sprawy, postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu, które wymagają od wykonawcy, aby rozpoczął świadczenie usług w terminie od 1 stycznia 2011 r. prowadzą do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający na obecnym etapie nie jest w stanie określić, kiedy postępowanie się zakończy i jakim czasem będą dysponować wykonawcy na przygotowanie się do świadczenia usług. Może się bowiem okazać, iż czas ten będzie bardzo krótki". W orzecznictwie podkreśla się, iż zamawiający winien tak określić termin na rozpoczęcie wykonywania świadczeń, by dać szansę realizacji przedmiotu zamówienia zarówno obecnemu usługodawcy, jak i alternatywnym świadczeniodawcom. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 12 lipca 2010 roku (sygn. KIO/UZP1246/10): „w konsekwencji Izba stoi na stanowisku, że zamawiający naruszył art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2

10

ustawy, gdyż w zasadzie uniemożliwił innym wykonawcom, niż obecny usługodawca, zaoferowanie realizacji zamówienia we wskazanym przez zamawiającego terminie. Wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług powinno być tak określone, aby dawało możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły tego rodzaju usługi telekomunikacyjne na rzecz zamawiającego i posiadają pełną infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą zawrzeć umowy dzierżawy łączy z ich właścicielami bądź chcieliby zainstalować własną infrastrukturę".

Odwołujący podkreślał, że wyznaczenie terminu kalendarzowego na rozpoczęcie wykonywania usług nie jest wadą postępowania skutkującą koniecznością unieważnienia przedłużającego się postępowania przetargowego. Przykładowo w wyroku Izby z dnia 23 czerwca 2014 roku (sygn. akt KIO 1155/14) podano: „Skład orzekający Izby musi podkreślić, że celem każdego prawidłowo przeprowadzanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą spełniającym warunki udziału w postępowaniu, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę i która została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Wykonawca taki został w postępowaniu wyłoniony i oferta taka została w postępowaniu wyłoniona. Zmiana terminu realizacji wykonania zamówienia nie będzie stanowić nieważności umowy." Podobnie wypowiadał się Prezes UZP: „Należy również zauważyć, że termin realizacji zamówienia nie stanowił kryterium oceny ofert, więc nie miał on wpływu na postępowanie Zamawiającego w trakcie oceny ofert. Sam upływ terminu realizacji zamówienia nie stanowił zatem wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, a tym samym nie mógł stanowić przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy".

Zdaniem odwołującego termin 1 września 2016 r. - niemożliwy do dochowania wobec zawarcia umowy po jego upływie, może być zmieniony zgodnie z treścią art. 144 ustawy Pzp. Na marginesie powyższego wskazał, iż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji niestaranego działania zamawiającego związanego ze zbyt późnym wszczęciem, a następnie zbyt późnym rozstrzygnięciem postępowania przetargowego. Przywołał kolejną opinię Prezesa UZP: „należy stwierdzić, iż procedura przetargu nieograniczonego została wszczęta w terminie, który przy przewidzeniu wszystkich zdarzeń oraz wynikających z nich obowiązków i terminów określonych ustawą, nie pozwalał na udzielenie zamówienia przed wskazaną datą [wykonania świadczenia]. Zdaniem Prezesa UZP, obowiązkiem zamawiającego jest działanie z należytą starannością, która w odniesieniu do zabezpieczenia zaspokajania potrzeb zamawiającego od oznaczonego terminu powinna się przejawiać w odpowiednio wczesnym wszczęciu postępowania z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących w tym postępowaniu wystąpić, w szczególności z uwzględnieniem czasu potrzebnego na ewentualne wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów, badanie i

11

ocenę ofert oraz skorzystanie przez wykonawców z przysługujących im środków ochrony prawnej, a także ich rozpoznanie przez uprawnione podmioty. Brak należytej staranności w

tym zakresie musi być oceniony jako okoliczność zależna od zamawiającego”.

Zaznaczał, że termin na uruchomienie usług, w opinii odwołującego - nie był przyczyną uznania, iż BCAST uchyla się od zawarcia umowy. Po raz kolejny powtórzył, iż wyraził gotowość do zawarcia umowy proponując dwa terminy (16 - 19 września) oraz jeden lub dwa dni robocze na uruchomienie usługi. W jego ocenie podane przez zamawiającego powody miały charakter pozorny. Niemniej, odnosząc się do żądania „gotowości” do wykonywania świadczenia od dnia 1 września 2016 r., zwrócił uwagę na jeszcze jedną okoliczność. Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawcy ponoszenia kosztów realizacji świadczenia przed terminem zawarcia umowy i nie może wymagać zorganizowania bardzo kosztownej infrastruktury niezbędnej do realizacji zamówienia i ponoszenia w tym zakresie kosztów przed datą zawarcia umowy. Wykonawcy składając ofertę zaciągają zobowiązanie. Nie oznacza to jednak, iż już w dacie złożenia oferty mają obowiązek wykonania nieodpłatnie jakichkolwiek świadczeń (na swoje ryzyko) związanych z przedmiotem zamówienia. Powołał się na pogląd doktryny: *”Dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia” - W. Dzierżanowski : „Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest otrzymanie świadczenia polegającego na wykonywaniu umowy odpłatnej, a więc do otrzymania przedmiotu zamówienia przez zamawiającego (w całości lub części) niezbędne jest zawarcie umów oraz wypełnienie obowiązku odpłatności za spełnione świadczenie. Jednocześnie zgodnie z art. 14 ustawy Pzp we wszystkich sytuacjach, gdy ustawa nie stanowi inaczej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Wśród tych przepisów szczególnie istotne znaczenie ma definicja oferty zawarta w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy, złożenie ofert nie może być w żadnym wypadku utożsamiane z obowiązkiem dostarczenia w ofercie przedmiotu przyszłej umowy lub jego wykonania przed jej przyszłym i niepewnym zawarciem. Podobnie B. Garczyńska-Wąs: „Jeśli zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wdrożenie systemu opartego o oprogramowanie dedykowane, to demonstracja działania funkcjonalności tego oprogramowania może dotyczyć wyłącznie elementów standardowych, czyli „gotowych”, wyłączona zaś będzie w odniesieniu do elementów, które mają dopiero powstać w wyniku wykonania zamówienia.”* Podobnie Prezes UZP odnosząc się do wymagania dysponowania oprogramowaniem teleinformatycznym przed zawarciem umowy i poniesieniem w tym zakresie kosztów: *„Podejście takie jest niewłaściwe, gdyż wymaga od potencjalnego Wykonawcy jednorazowego wytworzenia produktu, co do którego nie ma pewności, że zostanie sprzedany. Aplikacja taka zazwyczaj powstaje lub jeżeli już istnieje to*

12

jest parametryzowana i dostrajana na potrzeby danego odbiorcy. Podsumowując, wymóg ten może powodować, że małe firmy, które bardzo często budują zespół do wykonania danego projektu, nie będą w stanie sprostać zadaniu.”

Odwołujący podsumował, że zamawiający musi jednoznacznie odróżniać etap postępowania o udzielenie zamówienia (zobowiązanie się do wykonania świadczeń) od etapu realizacji zamówienia (wykonanie zobowiązania). Żądanie zakupu urządzeń, nabycia praw do emisji, skonfigurowania i przetestowania urządzeń etc. przed zawarciem umowy rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający odmówił zawarcia umowy z BCAST podnosząc, iż wykonawca uchylił się od zawarcia umowy. W ocenie odwołującego zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż stan faktyczny sprawy uzasadniał zastosowanie art. 94 ust. 3 Pzp. Podkreślił, iż ponowny wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp nie upoważnia zamawiającego do niezwłocznego zawarcia umowy. Przewidziane w art. 94 ust. 3 Pzp ułatwienia dla zamawiającego dotyczą jedynie możliwości odstąpienia od badania i oceny ofert, a zatem uznania za najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert tej, która uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert. Przepis art. 94 ust. 3 Pzp nie upoważnia zamawiającego do niezwłocznego zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych, gdyż oferta ta w pierwszej kolejności musi zostać wybrana przez zamawiającego. (...) Z uwagi na przesłanki zastosowania art. 94 ust. 3 Pzp oczywiste jest, że o dokonaniu w trybie tego przepisu wyboru musi być również zawiadomiony wykonawca, który według zamawiającego uchylił się od zawarcia umowy lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Okoliczność, że wobec braku powtórnego badania i oceny ofert nie ma potrzeby informowania przy tej okazji raz jeszcze o wykonawcach, którzy zostali z postępowania wykluczeni, lub których oferty zostały odrzucone

-pozostaje bez wpływu na konieczność zachowania minimalnych terminów pomiędzy uzewnętrznieniem dokonanego wyboru a podpisaniem umowy. (...) Zatem również w przypadku wyboru oferty w trybie art. 94 ust. 3 Pzp wykonawca, który nie zgadza się z taką decyzją zamawiającego, musi mieć możliwość odwołania się od niej przed zawarciem umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie datowanej 30 września 2016 r., złożonej na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania. Powołał się na stanowisko wynikające z orzecznictwa, że odwołujący jest podmiotem profesjonalnym zatem nieobecność członków zarządu w siedzibie odwołującego nie miała znaczenia, gdyż nie przesądzała o tym, że podmiot taki przestaje funkcjonować. Spółka powinna tak zorganizować swoją działalność - jako osoba prawna np. poprzez ustanowienie pełnomocników, żeby jej działalność nie ulegała zakłóceniu, i spółka podejmowała konieczne czynności. Zaznaczał, że SIWZ, która jak pisał w odpowiedzi na odwołanie - nie została zaskarżona precyzyjnie ustala prawa i obowiązki stron i dawała wykonawcom możliwości przygotowania się do świadczenia usługi

13

odpowiednio wcześniej. Tej gotowości zamawiający wymagał od 01.09.2016. r., aby od dnia zawarcia umowy wykonawca mógł podjąć swoje obowiązki i zapewnić nieprzerwalność nadawania sygnału radiowego. Nie przeczył, że odwołujący prowadził z nim korespondencję, ale bez efektów. Wskazał na to, że wykonawca nie wystąpił do niego o upoważnienie do wydania pozwolenia na emisję programu radiowego z odpowiednim wyprzedzeniem. Zamawiający z własnej inicjatywy wiedząc, że takie upoważnienie jest wymagane przesłał wykonawcy kopię w dniu 07.09.2016, a wykonawca o oryginał wystąpił 14.09.2016 r. co dowodzi, że odwołujący starał się maksymalnie przesunąć termin zawarcia umowy - by zdążyć z przeprowadzeniem niezbędnych czynności formalnych i prawnych i przygotowania infrastruktury dla realizacji zamówienia. Twierdzeniom odwołującego o jego gotowości do realizacji zamówienia, przeczą dowody załączone przez przystępującego - fotografie wskazanego w ofercie obiektu, na którym nie ma żadnej infrastruktury koniecznej do uruchomienia usługi, a zdjęcia wykonane były 30.09.2016 r. Zamawiający odnotował brak działań ze strony odwołującego w kierunku zgłoszenia stacji nadawczej do Urzędu Miasta Słupska Wydziału Ochrony Środowiska w zakresie oddziaływania elektromagnetycznego. Suma wszystkich zaniechań odwołującego doprowadziła zamawiającego do wniosku, że firma BCAST faktycznie uchylała się od zawarcia umowy z zamawiającym w czasie wyznaczonym przez zamawiającego i nie potrafiła nawet wskazać terminu w jakim będzie w stanie rozpocząć usługi. Zamawiający podkreślał swoje uprawnienia wynikające z SIWZ do wyznaczenia miejsca i terminu podpisania umowy, braku jakiegokolwiek usprawiedliwienia niepodporządkowania się wezwaniu i braku podpisania umowy w określonym terminie - ponieważ podpisana umowa dotarła do zamawiającego 20 września 2016 r. Oświadczył, że przesłana mu w dniu 15 września 2016 r. wiadomość e-mail, że umowa została podpisana, nie zawierała nawet zwykłego skanu tej umowy opatrzonej podpisami osób uprawnionych do reprezentowania odwołującego. Powołał się na art. 61 § 1 K.c., art. 78 K.c. odnośnie formy pisemnej, wymagającej własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli w związku z art. 139 Pzp, ustanawiającym wymóg zachowania formy pisemnej umowy o zamówienie publiczne pod rygorem nieważności. Oświadczenie zostaje złożone w momencie gdy adresat mógł zapoznać się z jego treścią, a to nastąpiło dopiero 20 września 2016 r. Forma pisemna jest zachowana wówczas gdy oświadczenie zostanie opatrzone podpisem osób uprawnionych do reprezentowania wykonawcy. Art. 139 wymaga dochowania formy pisemnej w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego pod rygorem nieważności. Odwołujący kwestionował formę dowodu - umowy zawartej przez odwołującego z właścicielem obiektu, na którego terenie miała być zlokalizowana stacja nadawcza. Wyjaśniał, że wiążące oświadczenia ze strony osób reprezentujących zarówno zamawiającego jak i odwołującego mogły być złożone przez osoby upoważnione do reprezentowania stron, natomiast jakiegokolwiek rozmowy pomiędzy pracownikiem

14

zamawiającego Panem Jagielskim a przedstawicielami formy BCAST nie miały wiążącego charakteru. Dlatego zamawiający wnosi o oddalenie odwołania. Zaznaczał, że wiążące były postanowienia SIWZ i nie mógł od nich odstępować na etapie oceny ofert, gdyż powodowałyby to nierówne traktowanie wykonawców. Podtrzymał, że oczekiwał, iż umowa

zostanie podpisana w pierwszym możliwym terminie, tj. 12 września 2016 r., gdyż wynikało to z jego pilnych potrzeb. Ostateczny termin zawarcia umowy wyznaczył do 15 września 2016 r. do godziny 10:00.

Przystępujący EmiTel Sp. z o.o. popierał stanowisko zamawiającego. Stwierdził, że czynności odwołującego były spóźnione i potwierdzają, że odwołujący starał się odwlec moment zawarcia umowy. O zezwolenie na emisję programu ze wskazanego miejsca w Słupsku wystąpił dopiero 12 września 2016 r., czyli w pierwszym możliwym terminie kiedy w ogóle było możliwe zawarcie umowy. Wskazał, że przed UKE są stosowane różne tryby, w których odwołujący mógł ubiegać się o stosowne zezwolenie. Zwracał uwagę na rozbudowaną korespondencję ze strony członków Zarządu odwołującego, a z drugiej strony na nieefektywność tych czynności. Nie uznał, że nie było możliwe dotarcie do Gdańska, jeżeli wykonawca był uprzedzony o zawarciu umowy z 20-godzinnym wyprzedzeniem. Podnosił, że korespondencja miała stwarzać argumentację dowodową przemawiającą za zasadnością czynności odsunięcia w czasie zawarcia umowy. Skoro do złożenia oferty był wyznaczony ze strony BCAST pełnomocnik pan L. to mógł również reprezentować odwołującego przy zawarciu umowy. Podnosi to samo co zamawiający że znaczna część zarzutów i przywołanej argumentacji dotyczy postanowień SIWZ, które zostały ukształtowane w sposób ostateczny i na moment wyboru oferty były skuteczne i wiążące.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień SIWZ z wyjaśnieniami, oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującym, z zawiadomienia o wyniku przetargu oraz poniższe.

Dowody wnioskowane przez odwołującego:

- 1) z wezwania Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 23 września 2016 r. w nawiązaniu do wniosku spółki BCAST z 12 września skorygowanego pismem z 15 września dotyczącego upoważnienia ze strony zamawiającego z dnia 7 września do wykorzystywania przyznanej zamawiającemu częstotliwości przez BCAST Sp. z o.o. w zakresie uzupełnienia wniosku o oryginał lub uwierzytelnioną kopię tego upoważnienia,
- 2) umowę najmu (tj. 2 pierwsze strony), którą odwołujący zawarł 22 sierpnia 2016 r. z właścicielem obiektu komina, na którym miały być posadowione urządzenia nadawcze w danej lokalizacji - na okoliczność, że odwołujący dysponował możliwością zainstalowania urządzeń nadawczych.

15

Dowody wnioskowane przez przystępującego:

- 1) stanowiące fotografie obiektu wskazanego w ofercie BCAST jako stacja nadawcza, z której miał być emitowany sygnał. Na kominie którego jak przedstawiają załączone fotografie brak umiejscowienia urządzeń nadawczych spółki BCAST. Przystępujący oświadczył, że zdjęcia zostały wykonane w dniu 30 września 2016 r.
- 2) z korespondencji z Urzędem Miejskim wydziałem Ochrony Środowiska w Słupsku na okoliczność, że temu urzędowi nie była zgłaszana instalacja w danej lokalizacji przez spółkę BCAST w zakresie urządzeń emitujących pole elektromagnetyczne. Obowiązek zgłoszenia ma władający instalacją. Zgłoszeniu podlegają instalacje powyżej 15 WAT.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron oraz przystępującego przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynikał następujący stan faktyczny i chronologia czynności w postępowaniu.

Przedmiot zamówienia obejmuje usługę emisji programu radiowego Radia Gdańsk S.A. (całodobowo, wszystkie dni w roku w okresie od 1.09.2016 do 31.08.2018 z 5 stacji nadawczych na obszarze województwa pomorskiego, z podziałem na 5 części (zadania). Odwołanie zostało wniesione w zakresie zadania 4 - Stacja nadawcza Słupsk.

Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia

Lokalizacja stacji: Słupsk Bierkowo (...)

Efektywna moc promieniowania: 1 kW (...)

Parametry te zawarte są w Postanowieniu KRRiT nr 6/2012 z 14.05.2012 i Warunkach

rezerwacji UKE nr DZC-WRF-5153-280/11 z 6.04.2012

Dosył sygnału modulacyjnego zapewni Nadawca -Radio Gdańsk.

Należy udostępnić Nadawcy:

1. miejsce na maszcie dla zamontowanie anteny odbiorczej UKF (3 elementowa YAGI wysokości ca. 50 m npt) wraz z trasą kabla antenowego do szafki 19' Nadawcy,
2. miejsce na zamontowanie satelitarnej anteny odbiorczej o średnicy 180 c (poz. 16 E kąt elewacji: 26 stopni) wraz z trasą kabla antenowego do szafki 19" Nadawcy
3. miejsce na szafę 19" o wysokości 11 U w pobliżu (ca 10 m) urządzenia nadawczego

16

Operatora dla zamontowania urządzeń dosyłu sygnału Nadawcy .

Zamawiający potwierdził, że we wskazanej przez wykonawcę lokalizacji świadczenia usługi musiałyby być zarówno zamontowane urządzenia wykonawcy jak i urządzenia nadawcy tj. Radia Gdańsk. Wykonawca musiałby udostępnić miejsce na zamontowanie tych urządzeń. Jeśli oferta dotyczyć będzie lokalizacji o innych parametrach geograficznych niż zawarte w Decyzji przywołanej powyżej, w ofercie muszą znaleźć się współrzędne geograficzne „stacji nadawczej „z parametrami systemu antenowego oraz pozostałe dane niezbędne do uzyskania Decyzji KRRiT o rezerwacji częstotliwości oraz Pozwolenia UKE o uzgodnieniu parametrów technicznych rezerwacji częstotliwości.

Do czasu uzyskania przez Zamawiającego nowej Decyzji rezerwacji częstotliwości, emisja będzie odbywała się na podstawie Pozwolenia Tymczasowego Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Zamawiający wyjaśnił, że uzyskał on od uprawnionego organu postanowienie o przyznaniu częstotliwości na określonej lokalizację.

Jeżeli wykonawca składał ofertę z innymi lokalizacjami to korekta postanowienia w zakresie częstotliwości obciążała danego wykonawcę. Taka sytuacja zaistniała w tym przypadku ponieważ emisja sygnału dotychczas odbywała się ze stacji nadawczej dla Słupska w Bierkowie, a odwołujący w ofercie zaoferował lokalizację z centrum Słupska.

Wystąpienie o Pozwolenie Tymczasowe oraz pokrycie kosztów związanych z jego uzyskaniem leży po stronie Wykonawcy.

Wykonawca zobowiązany jest zatem dostarczyć wraz z ofertą :

1. potwierdzenie z UKE - o możliwości uzgodnienia nowej lokalizacji.

ale z Zamawiający dodał, że

wykonawca dostarczył mu stanowisko Urzędu KE,

zastrzeżeniami, że uzgodnienie nowej lokalizacji wymaga uzgodnień w obszarze międzynarodowym w zakresie w jakim propagacja sygnału wkraczałaby na tereny innych państw.

2. Analizę zasięgu emisji stacji wykreśloną zgodnie z poniższymi wymaganiami: (...)

3. W przypadku oferty na zadanie z obiektu równoważnego do postępowania zostaną dopuszczone te oferty, których analiza zasięgu emisji (załączniki j, k pkt 1 Rozdział XII niniejszej Specyfikacji pokaże, że oferowane „pokrycie" powierzchniowe i populacyjne z obiektu równoważnego jest nie gorsze, z dokładnością -10% niż uzyskane z lokalizacji dotychczasowych.

Zamawiający oświadczył, że dopuścił wskazaną lokalizację przez odwołującego na zasadzie

17

równoważności.

XI. Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków.

1. O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące:

- a) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania - posiadać status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego

- c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

XII. Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

1. Na ofertę składają się następujące dokumenty i załączniki:

- a) wypełniony i podpisany „Formularz oferty” - załącznik Nr 1 do SIWZ.
 - d) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z wykorzystaniem wzoru - załącznik nr 2 do siwz
 - f) wypełniony załącznik nr 5 do umowy (Załącznika nr 5 do siwz) o świadczenie usługi emisji programu radiowego (opis stacji nadawczej)
 - g) parafowany przez Wykonawcę Wzór umowy - załącznik nr 5 do siwz;
 - i) oświadczenie Wykonawcy o zaopatrzeniu bądź niezaopatrzeniu stacji nadawczej w nadajnik rezerwowy - Załącznik nr 6 do siwz.
 - j) potwierdzenie z UKE - o możliwości uzgodnienia nowej lokalizacji
- dotyczy oferty na zadania z lokalizacją o innych parametrach geograficznych niż zawarte w Decyzjach przywołanych w pkt III SIWZ
 - k) analizę zasięgu emisji stacji wykreśloną zgodnie z wymaganiami przywołanymi w pkt III SIWZ
- dotyczy oferty na zadania z lokalizacją o innych parametrach geograficznych niż zawarte w Decyzjach przywołanych w pkt III SIWZ.
- XIV. Termin i miejsce składania ofert
1. Oferty należy składać osobiście lub za pośrednictwem operatora pocztowego do dnia 2016.08.12 (...)
- XX. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

18

1. Wykonawca przed podpisaniem umowy zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na sumę stanowiącą 3% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie w jednej lub kilku następujących formach (w zależności od preferencji Wykonawcy):

- a) w pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy:
Radio Gdańsk S.A. Bank Millennium S.A. 50-11602202-00000000-2857 5134
- b) w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zobowiązaniem pieniężnym,
- c) w gwarancjach bankowych,
- d) w gwarancjach ubezpieczeniowych
- e) w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r., Nr 42 poz. 275). (...)

XXI. Warunki umowy. Istotne postanowienia umowy, jaka zostanie zawarta z wybranym oferentem, stanowi załącznik nr 5 do niniejszej specyfikacji.

XXII. Tryb udzielania wyjaśnień

5. Wyjaśnienia treści SIWZ: Wszelkie modyfikacje, uzupełnienia i ustalenia oraz zmiany, w tym zmiany terminów jak również pytania wykonawców wraz z odpowiedziami stają się integralną częścią SIWZ i będą wiążące przy składaniu ofert. Wszelkie prawa i zobowiązania wykonawcy odnośnie wcześniej ustalonych terminów będą podlegały nowemu terminowi.

XXIV. Tryb ogłoszenia wyników przetargu

- 6. O miejscu i terminie podpisania umowy zamawiający powiadomi wybranego wykonawcę.
- 7. W przypadku gdy okaże się że wykonawca, którego oferta została wybrana będzie uchylał się od zawarcia umowy zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ponownej ich oceny (...).

Załącznik nr 1 - Formularz Ofertowy

Załącznik nr 2 - Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu

Załącznik nr 5 - Projekt umowy wraz z załącznikami nr 5, 6, 7.

Załącznik nr 6 - Oświadczenie Wykonawcy o posiadaniu nadajnika rezerwowego

FORMULARZ OFERTOWY W TRYBIE PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO O

WARTOŚCI SZACUNKOWEJ POWYŻEJ kwot określonych na podstawie art.11 ust.8 uPZP

1. Zobowiązania wykonawcy - okres trwania umowy 24 miesiące, zgodnie z wymaganiami SIWZ- Załącznik nr 1-Formularz Ofertowy pkt 1 (po poprawie).

19

4. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wnosimy żadnych zastrzeżeń oraz uzyskaliśmy niezbędne informacje do przygotowania oferty.

7. Oświadczamy, że załączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia umowy/ wzór umowy zostały przez nas zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczanym przez Zamawiającego.

10. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy: Zobowiązuję się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości: w formie:

Wzór umowy § 1 Oświadczenia Stron.

1. Operator oświadcza, że wykonuje działalność telekomunikacyjną na podstawie Zezwolenia Telekomunikacyjnego, wydanego przez Prezesa Urzędu, którego kopia stanowi Załącznik nr 3.

2. Nadawca oświadcza, że jest jednostką radiofonii publicznej działającą na podstawie ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 101, poz. 1114 z późniejszymi zmianami) i posiada aktualne rezerwacje częstotliwości niezbędne do rozpowszechniania programu radiowego, których kopie stanowią Załącznik nr.

§ 2. Przedmiot Umowy

Przedmiotem Umowy jest świadczenie przez Operatora na rzecz Nadawcy usługi emisji programu radiowego w celu rozpowszechniania, dostarczonego przez Nadawcę, zwanego dalej Sygnałami.

§ 3. Czas trwania Umowy. Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony 2 (dwóch) lat począwszy od dnia 1.09.2016 roku do dnia 31.08.2018 roku.

§ 4. Zobowiązania Operatora. W celu wykonania przedmiotu Umowy Operator zobowiązuje się do:

1. Świadczenia przez 24 godziny na dobę przez wszystkie dni w roku na rzecz Nadawcy usługi emisji Sygnałów z radiofonicznych stacji nadawczych wymienionych w Załączniku nr 5, zwanych dalej Stacjami, zgodnie z parametrami technicznymi zawartymi w Zał. nr 6.
2. Posiadania aktualnych wymaganych przez przepisy prawa dokumentów uprawniających do świadczenia w ramach Umowy usług emisji Sygnałów.
3. Udostępnienia w obiektach radiokomunikacyjnych wymienionych w Załączniku nr 5 miejsca do zainstalowania przez Nadawcę satelitarnych stacji odbiorczych i innych urządzeń związanych z procesem dostarczania Operatorowi Sygnałów programu radiowego Nadawcy.

20

5. Złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z zapisami SIWZ.

§12. Postanowienia końcowe

1. W sprawach nieuregulowanych Umową stosuje się przepisy kodeksu cywilnego.
2. Wszelkie zmiany Umowy będą dokonywane za zgodą obu Stron w formie pisemnej pod rygorem nieważności w postaci aneksów do Umowy, o ile Umowa nie stanowi inaczej.
5. Umowa zastępuje wszelką wcześniejszą korespondencję i ustalenia Stron, niezależnie od formy, dotyczące przedmiotu Umowy.

6. Umowa obowiązuje od dnia uzyskania prawomocnej decyzji umożliwiającej rozpowszechnianie programu z lokalizacji objętej przedmiotem umowy.

Zamawiający wyjaśnił znaczenie ust 6 § 12 wzoru umowy, że wykonawca był zobowiązany świadczyć usługę z datą zawarcia umowy, a nie od 1 września 2016 r., natomiast za decyzję umożliwiającą rozpowszechnianie programu z lokalizacji objętej przedmiotem umowy należało uznawać również decyzję tymczasową - pozwolenie radiowe UKE, o którym była mowa wyżej. Pozwalało to wykonawcy na legalne świadczenie usługi. Pozwolenie tymczasowe - jego uzyskanie leżało po stronie wykonawcy, skoro proponował świadczenie usługi z lokalizacji, która wymagała takiego pozwolenia.

7. W przypadku braku uzyskania stosownych zgód, o których mowa w niniejszej umowie zostanie ona z tą chwilą rozwiązana.

Lista Załączników do umowy:

1. Kopia Zezwolenia Telekomunikacyjnego Operatora
2. Kopie Decyzji Przewodniczącego KRRiT i Postanowień UKE
3. Wykaz radiofonicznych stacji nadawczych programu „Radia Gdańsk SA”
4. Regulamin współpracy technicznej.

Odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 01.08.2016 r.

Pytanie 2. Zamawiający określił jako przedmiot zamówienia świadczenie na rzecz Zamawiającego usługi emisji UKF FM programu radiowego Radia Gdańsk S.A. (całodobowo, wszystkie dni w roku) w okresie od: 1.09.2016 r. do 31.08.2018 r. (tj. 24 miesiące) z pięciu

stacji nadawczych na obszarze województwa pomorskiego
Natomiast w Załączniku nr 1 do SIWZ - Formularz Ofertowy cena całkowita brutto PLN została określona jako łączna wartość brutto usług w okresie 48 miesięcy trwania umowy. Wykonawca wnosi o jednoznaczne określenie okresu trwania umowy oraz o poprawę pomyłki w SIWZ.

21

Odpowiedź 2. Istotnie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Formularz Ofertowy, w przypisie omyłkowo podano czas trwania umowy. Właściwym czasem trwania umowy jest czas 24 miesięcy, tak jak określono to w przedmiocie zamówienia.

Zamawiający informuje, że pytania oraz odpowiedzi na nie stają się integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.

Oferty na część IV złożyli:

1. odwołujący - BCAST Spółka z o.o.

2. przystępujący - EmiTel Sp. z o.o.

Wykonawca BCAST Spółka z o.o. w przedłożonej ofercie zaoferował wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ- Załącznik nr 1-Formularz Ofertowy pkt 1. Zaakceptował terminy świadczenia usługi zawarte w załączniku nr 5 - „Istotne Postanowienia Umowy.”

4. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wnosimy żadnych zastrzeżeń oraz uzyskaliśmy niezbędne informacje do przygotowania oferty.

6. Oświadczył, że uważamy się za związanych ofertą przez czas wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

7. Oświadczył, że załączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia umowy/ wzór umowy zostały przez nas zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczanym przez Zamawiającego.

10. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy: Zobowiązuję się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości: 3 % ceny całkowitej brutto usługi w okresie 24 miesięcy w formie; pieniądzu na rachunek Zamawiającego.

Odwołujący przedstawił wypis z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych nr 10653, że obszar na którym będzie wykonywana działalność telekomunikacyjna obejmuje:

„Rzeczpospolita Polska”.

ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY z dnia 31.08.2016 r.

Działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu wybrano do realizacji zamówienia:

- nr 4 - najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę: BCAST sp. z o.o., ul. Rakowiecka 41, 02-521 Warszawa.

Zamawiający w dniu 7.09.2016 r. udzielił odwołującemu pisemnego upoważnienia: „Działając

22

w imieniu Polskiego Radia Regionalnej Rozgłośni w Gdańsku „Radio Gdańsk” S.A., tj. podmiotu który zgodnie z Postanowieniem nr 6/2012 z dnia 14.05.2012 r. Przewodniczącego KRRiT i na mocy Decyzji DZC-WRF-5153-280/11 (7) dysponuje częstotliwością na rozpowszechnianie programu radiowego, upoważniam na wykorzystywanie tej częstotliwości przez BCAST Sp. z o.o ul. Rakowiecka 41 lok 21, 02-521 Warszawa w okresie od 12.09.2016 do 31.08.2018 celem świadczenia usługi emisji programu Radia Gdańsk. Tym samym Polskie Radio Regionalna Rozgłosnia w Gdańsku „Radio Gdańsk” S.A. wyraża zgodę, aby BCAST Sp. Z o.o. złożył wniosek o pozwolenie radiowe na używanie urządzeń na niżej wymienionej częstotliwości z parametrami określonymi w poniższej tabeli. (...)

Strony wymieniły następującą korespondencję e-mail.

Zamawiający - dnia 12.09.2016 r.- W związku z upływem ustawowego terminu na wniesienie odwołania w postępowaniu nr 1/VI/2016 o świadczenie usługi emisji programu radiowego Radia Gdańsk, proszę przed podpisaniem umowy o przesłanie potwierdzenie wpłaty na nasze konto zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zadanie nr 4 (Słupsk).

Odwołujący - dnia 13.09.2016 r.- W nawiązaniu do poniższej, wczorajszej wiadomości, proszę o informację, czy wpłacone wadium w kwocie 3.500 zł jest automatycznie zaliczone na poczet zabezpieczenia i w związku z tym mamy dopłacić brakującą kwotę 7.427,23 zł, czy

też mamy dokonać wpłaty całej kwoty 10.927,23 zł wynikającej z 3% wartości brutto oferty a wadium zostanie nam zwrócone? Jak tylko otrzymam odpowiedź, wpłaty dokonamy dziś i prześlę Pani odpowiednie potwierdzenie.

Zamawiający - dnia 13.09.2016 r.- Proszę wpisać do umowy dane firmy BCAST oraz osoby reprezentujące.

Proszę o określenie miejsca (adres) i terminu (dzień i godzina) przełączenia - musimy tam przyjechać i zamontować naszą stację dosyłową.

Zamawiający - dnia 14.09.2016r.- Wobec braku dokonania wpłaty wymaganego zabezpieczenia umowy w nakazanym terminie traktujemy ten brak jako odstąpienie od podpisania umowy. Jeżeli jednak dokonano by wpłaty do dnia 13.09 proszę o przesłanie potwierdzenia wpłaty do godz. 11.00 dzisiejszego dnia.

Proszę też o odesłanie podpisanej umowy i określenie wreszcie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi.

Odwołujący - dnia 14.09.2016r.- W pierwszej kolejności jednoznacznie potwierdzam, iż spółka BCAST jest zainteresowana realizacją przedmiotowego zamówienia. Przelew został przez nas wykonany następnego dnia po złożeniu wezwania, to jest wczoraj. Środki przez nas przebrane powinny być już na Państwa rachunku bankowym (w załączeniu przekazuję

23

potwierdzenie wniesienia środków). Nie jest prawdą, iż zamawiający wyznaczył jakikolwiek termin na wniesienie zabezpieczenia. W dniu wczorajszym kontaktowaliśmy się z Państwem telefonicznie w sprawie ustalenia szczegółów technicznych przelewu.

BCAST nie jest winien i nie może być obciążany brakiem zabezpieczenia przez zamawiającego usług nadawczych przez poprzedniego wykonawcę na czas przedłużającego się postępowania przetargowego.

W załączeniu przekazujemy projekt umowy z uzupełnionymi danymi osób upoważnionych do [reprezentowania] spółki. Prośba z naszej strony o informację na temat terminu podpisania umowy. Proponujemy spotkanie w Gdańsku pojutrze, to jest w najbliższy piątek lub w poniedziałek 19 września.

Odnosząc się do terminu na uruchomienie oraz terminu zamontowania Państwa stacji dosyłowej. Potrzebujemy jeden, ewentualnie dwa dni robocze od dnia zawarcia umowy.

Zamawiający w dniu 14 września 2016 r. wystosował pismo do odwołującego (przesłane drogą elektroniczną) z wezwaniem do podpisania umowy w dniu 15 września 2016 r. do godziny 10 i złożenia w tym terminie niezbędnych załączników do umowy.

W związku ze złożonym dowodem wpłaty zabezpieczenia należytego wykonania umowy wzywam, BCAST sp. z o.o. do podpisania umowy w dniu jutrzejszym do godz.10.00.

Jednocześnie mając na uwadze wymaganą przez zamawiającego gotowość do nadawania (świadczenia usługi) począwszy od dnia 01.09.2016 roku wskazany termin rozpoczęcia nadawania jeden dwa dni po podpisaniu umowy uznaję za niemożliwy do zaakceptowania.

Ponadto, proszę o przedłożenie (przesłanie skanu) w dniu dzisiejszym do godziny 16.00 upoważnienia do nadawania z proponowanej lokalizacji zgodnie z obowiązującym prawem.

Złożona przy ofercie promesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej stanowiła jedynie potwierdzenie możliwości uzyskania takiej zgody, zapowiadając konieczność podjęcia niezbędnych działań.

Dlatego też, dla potwierdzenia zgodności z prawem usługi telekomunikacyjnej, której wykonywania BCAST podjął się w prowadzonym postępowaniu proszę jak wyżej.

W dniu 15 września 2016 r. - odwołujący informował drogą e-mail, że w odpowiedzi na Państwa pismo przesłane w dniu wczorajszym niniejszym informuję, iż z naszej strony została podpisana i wysłana umowa na adres Zamawiającego.

Jednocześnie proszę o pilne przesłanie na adres wykonawcy BCAST oryginału oświadczenia Nadawcy na potrzeby pozwolenia radiowego UKE oraz proszę o pilne wystąpienie ze strony Zamawiającego do UKE z wnioskiem o zmianę decyzji rezerwacji

24

częstotliwości (jeżeli jeszcze to nie zostało wykonane z Państwa strony).

Zamawiający potwierdził, że 14 września 2016 r. odwołujący przesłał jako załącznik do wiadomości mail wzór umowy uzupełniony jedynie o dane osób które tę umowę miały by podpisać.

Upoważnienie z 7 września 2016 r., wysłane zostało z inicjatywy własnej zamawiającego. Nastąpiło to jeszcze przed ostatecznym rozstrzygnięciem przetargu a wykonawca o oryginał upomniął się dopiero 15 września 2016 r.

W piśmie z dnia 15 września 2016 r. - odwołujący informował, że w odpowiedzi na Państwa pismo przesłane w dniu 14.09.2016 r. w załączeniu przesyłam dwa egzemplarze podpisanej przez nas umowy na emisję programu radiowego Radia Gdańsk S.A. w Słupsku. Prosimy o odesłanie jednego egzemplarza na adres Spółki. Jednocześnie zwracam się z ponowną prośbą o pilne uzupełnienie dokumentów ze strony Radia Gdańsk, które są wymagane przez UKE do wydania pozwolenia radiowego (wniosek został złożony i opłacony przez BCAST w dniu 12.09.2016 r. Od strony realizacji technicznej proszę o kontrakt z p. M. L.m Tel: (...) w celu ustalenia szczegółów uruchomienia emisji oraz instalacji urządzeń Radia Gdańsk.

Przesłana podpisana umowa została dostarczona zamawiającemu w dniu 20.09.2016 r. przesyłką pocztową i nie podaje daty zawarcia, została podpisana przez dwóch członków zarządu odwołującego.

W dniu 15 września 2016 r. o godzinie 13:54 zamawiający przesłał do odwołującego zawiadomienie o poniższej treści.

Działając na podstawie i w granicach art. 94 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, wobec braku należytego usprawiedliwienia niestawiennictwa w dniu dzisiejszym w siedzibie Rozgłośni dla podpisania umowy, uznać należy, iż wyłoniony w trybie przetargu nieograniczonego oferent uchyla się od podpisania umowy.

Dodatkowo bezsporny fakt braku gotowości świadczenia usługi emisji sygnału radiowego nie od dnia 1 września 2016 roku jak stanowiły wymogi SIWZ, ale w jeden dwa dni po podpisaniu umowy czyni zrozumiałym brak dzisiejszego stawiennictwa strony dla podpisania umowy.

Zgodnie z postanowieniami pkt III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia „Przedmiotem zamówienia jest świadczenie na rzecz Zamawiającego usługi emisji UKF FM programu radiowego Radia Gdańsk S.A. (całodobowo, wszystkie dni w roku) w okresie od: 1.09.2016r. do 31.08. 2018 r. z pięciu stacji nadawczych na obszarze województwa pomorskiego”.

Wykonawca w przedłożonej ofercie zaoferował wykonanie zamówienia zgodnie z

25

wymaganiami SIWZ- Załącznik nr 1-Formularz Ofertowy pkt 1.

Wykonawca w ofercie zaakceptował terminy świadczenia usługi zawarte w załączniku nr 5 - „Istotne Postanowienia Umowy”

2.Wykonawca nie wnosił uwag i zastrzeżeń dotyczących SIWZ w czasie całego postępowania i oświadczył, że uzyskał niezbędne informacje do przygotowania oferty - Załącznik nr 1- Formularz Ofertowy pkt 4

3. Dwukrotne wezwania Oferenta do określenia terminu rozpoczęcia i miejsca świadczenia oferowanej usługi wysłane przez Zamawiającego pozostały bez odpowiedzi. Odesłano jedynie niepodpisaną umowę z datą rozpoczęcia usługi w dniu 12.09.2016. Zamawiający posłał pracowników Rozgłośni do miejsca zgodnego ze współrzednymi miejsca nadawania celem dostarczenia sygnału - zgodnie z postanowieniami SIWZ i Umowy. Niestety nie zastano w tym miejscu Stacji Nadawczej Oferenta opisanej w ofercie.

Propozycja spotkania z Zamawiającym przedstawiona przez Oferenta dla omówienia nowego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi złożona po zamknięciu postępowania Nr 1A/I/2016 nie pozwala Zamawiającemu nawet na sensowne zorganizowanie emisji zastępczej - brak daty rozpoczęcia świadczenia usługi.

Ustalony ciąg zaniechań ze strony oferenta czego konsekwencją jest brak podpisania umowy o świadczenie usług nakazuje uznać, iż firma BCAST uchylila się w rozumieniu powołanej wyżej normy od podpisania przedmiotowej umowy.

Składane przez oferta zapewnienia o woli podpisania umowy traktować należy za gołosłowne wobec braku wymaganych zachowań.

ZAWIADOMIENIE O WYBORZE KOLEJNEJ NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY z dnia 15.09.2016 r. Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Numer sprawy: 1A/I/2016. Nazwa zadania: Usługa emisji programu radiowego Radia Gdańsk S.A. na obszarze województwa pomorskiego.

1. Działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt. 1 w związku z art. 94 ust. 3 Prawa zamówień publicznych Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu wybrano do realizacji

zamówienia:

- w zakresie zadania nr 4 - drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę: EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22, 02-675 Warszawa

Uzasadnienie wyboru: druga w kolejności najkorzystniejsza oferta z punktu widzenia przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert i zdobyła 77,28 punktów.

Zamawiający odrębnie zawiadomił odwołującego pismem z dnia 15 września 2016 r., że w związku z uznaniem, że do podpisania umowy na usługi emisji programu radiowego Radia

26

Gdańsk S.A. ze stacji Słupsk w dniu dzisiejszym nie doszło z powodów leżących po stronie wykonawcy firmy BCAST Sp. z o.o. (uchylanie się od podpisania umowy w rozumieniu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jako ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy: EmiTel Sp. z o.o. (...)) wzywając jednocześnie ten podmiot do zawarcia przedmiotowej umowy. Zamawiający wyjaśnił, że umowy na część IV z wykonawcą EmiTel jeszcze nie zawarł.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w zakresie zadania nr 4, co prowadziło do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

Przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny.

Odwołujący był świadomy, że podpisanie umowy było prawnie i faktycznie możliwe już w dniu 12 września 2016 r. (poniedziałek), tj. po upływie 10 dniowego terminu na wniesienie odwołania na czynność wyboru jego oferty na część 4 zamówienia, o której wykonawcy zostali powiadomieni w dniu 31 sierpnia 2016 r.

Od dnia 7 września 2016 r. odwołujący dysponował upoważnieniem „na wykorzystywanie [wskazanej] tej częstotliwości przez BCAST Sp. z o.o. ul. Rakowiecka 41 lok 21, 02-521 Warszawa w okresie od 12.09.2016 do 31.08.2018 celem świadczenia usługi emisji programu Radia Gdańsk,” co umożliwiałoby dalsze załatwianie formalności związanych z podpisaniem umowy i uruchomieniem usługi. Odwołujący nie występował do zamawiającego o przekazanie mu danych, bądź dokumentów, które warunkowałyby uzyskanie przez odwołującego uprawnienia do nadawania sygnałów z proponowanej lokalizacji (pozwolenia radiowego), o oryginał dokumentu upoważnienia wystąpił dopiero w dniu 15 września 2016 r. Przy czym Urząd Komunikacji Elektronicznej, jak wynika z pisma z dnia 23 września 2016 r. przedłożonego przez odwołującego jako dowód w sprawie, dopuszczał posłużenie się także kopią danego dokumentu, poświadczoną za zgodność oryginałem przez notariusza, radcę prawnego lub adwokata, zgodnie z odrębnymi przepisami.

Nawet z powyższego upoważnienia wynika, że zamawiający oczekiwał zawarcia umowy od dnia 12 września 2016 r., a nie od dnia 1 września 2016 r., jak przedstawiał

27

sprawę odwołujący. Nie mniej, zamawiający oznaczył w postanowieniach SIWZ i we wzorze umowy datę 1 września 2016 r. - jako wymaganej gotowości wykonawcy do realizacji usługi.

W odpowiedzi na pytanie nr 2 do SIWZ zamawiający sprecyzował, że w Załączniku nr 1 do SIWZ - Formularzu Ofertowym, w przypisie omyłkowo podano czas trwania umowy. Właściwym czasem trwania umowy jest czas 24 miesięcy, tak jak określono to w przedmiocie zamówienia. Zamawiający informował, że pytania oraz odpowiedzi na nie - stają się integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.

Niezasadne były więc zarzuty odwołującego, że zamawiający wymagał zawarcia umowy z datą wsteczną, to jest od 1 września 2016 r.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału III SIWZ - jeżeli oferta dotyczyła lokalizacji o innych parametrach geograficznych niż zawarte w decyzji o przyznaniu częstotliwości

zamawiającemu, zostały określone dokumenty, które wykonawca obowiązany był złożyć. Zamawiający w sposób jednoznaczny informował, że do czasu uzyskania przez niego nowej Decyzji rezerwacji częstotliwości, emisja będzie odbywała się na podstawie Pozwolenia Tymczasowego Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Zamawiający uzyskał od uprawnionego organu postanowienie o przyznaniu częstotliwości na określoną lokalizację. Jeżeli wykonawca składał ofertę z inną lokalizacją, to korekta postanowienia w zakresie częstotliwości obciążała danego wykonawcę. Taka sytuacja zaistniała w tym przypadku, ponieważ emisja sygnału dotychczas odbywała się ze stacji nadawczej dla Słupska w Bierkowie, a odwołujący w ofercie zaoferował lokalizację z centrum Słupska. Wystąpienie o pozwolenie tymczasowe oraz pokrycie kosztów związanych z jego uzyskaniem leżało po stronie wykonawcy.

Nie można było pominąć, że odwołujący BCAST Sp. z o.o. w przedłożonej ofercie zaoferował wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ- Załącznik nr 1-Formularz Ofertowy pkt 1. Zaakceptował terminy świadczenia usługi zawarte w załączniku nr 5 - „Istotne Postanowienia Umowy”. Oświadczył, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wnosi do niej żadnych zastrzeżeń oraz, że uzyskał niezbędne informacje do przygotowania oferty.

Odwołujący oświadczył ponadto, że załączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia umowy/wzór umowy zostały przez niego zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązał się w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego. We wzorze umowy zamawiający sprecyzował dokumenty, jakie ze strony wykonawcy mają zostać załączone. Oświadczenie powyższe obejmowało deklarację gotowości do świadczenia usługi na dzień 1 września 2016 r.

Podstawowe znaczenie miało zatem dla rozpatrzenia niniejszej sprawy

28

zobowiązanie się odwołującego do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że wykonawcy nie zaskarżyli postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu doprecyzowania terminu, zakresu, formy - dokumentów, udostępnianych przez zamawiającego przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą, lub dotyczących warunków uruchomienia usługi po zawarciu umowy i wyznaczenia stosownego dla wykonawcy czasu na uzyskanie wymaganych dokumentów, przygotowanie urządzeń w celu umożliwienia uruchomienia usługi. Zarzutami odwołania objęta była również okoliczność, że czas trwania umowy został oznaczony datą kalendarzową od 1 września 2016 r. do 31 sierpnia 2018 r.

W większości, więc zarzuty rozpatrywanego odwołania dotyczyły wadliwych zdaniem odwołującego postanowień SIWZ, sprowadzających się do:

- niepodania informacji o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, do czego zobowiązuje przepis art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp

- niewyznaczenia stosownego czasu w SIWZ na uzyskanie zezwoleń i przygotowanie urządzeń ze strony wykonawcy, umożliwiające rozpoczęcie usługi we wskazanej w ofercie lokalizacji.

Argumenty, że wykonawca nie może ponosić kosztów, zanim nie uzyska pewności otrzymania zamówienia, z pewnością byłyby celowe, ale na etapie skarżenia postanowień SIWZ. Należało uwzględnić, że termin na zaskarżenie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opublikowanej od 06.07.2016 r. jak podaje protokół postępowania), zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp upłynął w dniu 18 lipca 2016 r. i brak było jakichkolwiek podstaw do rewidowania ich treści na etapie oceny ofert, czy w trakcie zawierania umowy.

Podstawą oceny zaskarżonej czynności zamawiającego mogły stanowić postanowienia SIWZ, w takim kształcie w jakim zostały podane do wiadomości pomiotom zainteresowanym udziałem w postępowaniu przetargowym - przed złożeniem ofert. Zamawiający nie może czynić żadnych odstępstw od warunków, które ustanowił, gdyż jego czynności muszą być przewidywalne tak dla potencjalnych uczestników postępowania, jak i dla tych którzy złożyli oferty.

Dla odwołującego wiążące było jego zobowiązanie się do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Zamawiający miał świadomość, iż pierwotny termin 1 września 2016 r. upłynął bezskutecznie i oczekiwał zawarcia umowy w dniu 12 września 2016 r., który to termin Izba

29

uznała za realny i możliwy do dotrzymania przez odwołującego, a przyczyny z jakich nie doszło do podpisania umowy leżały po stronie odwołującego.

Zdaniem Izby postanowienia SIWZ na temat wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w kontekście zobowiązania z punktu 10 Formularza ofertowego: „*Zobowiązuję się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości: 3 % ceny całkowitej brutto usługi w okresie 24 miesięcy w formie; pieniądzu na rachunek Zamawiającego,*” były jednoznaczne i nie wymagały żadnych dalszych doprecyzowań ze strony zamawiającego. Zabezpieczenie jak wyżej, wnosi się przed zawarciem umowy, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Ostatecznie odwołujący wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy przelewem z dnia 13 września 2016 r., a zamawiający w powiadomieniu z dnia 15 września 2016 r., nie podnosił okoliczności związanych z terminem ustanowienia zabezpieczenia i ograniczył się do uznania, że do podpisania umowy na usługi emisji programu radiowego Radia Gdańsk S.A. ze stacji Słupsk w dniu dzisiejszym, tj. 15.09.2016 r. nie doszło z powodów leżących po stronie wykonawcy, gdyż firma BCAST Sp. z o.o. uchyliła się od podpisania umowy w rozumieniu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie miał obowiązku zgodzić się na terminy zawarcia umowy wyznaczone przez odwołującego - według propozycji spotkania w Gdańsku pojutrze, to jest w najbliższy piątek (16 września 2016 r.) lub w poniedziałek 19 września 2016 r. Zrozumiałe było dążenie zamawiającego do pilnego zawarcia umowy z wykonawcą wybranym do realizacji 4 części zamówienia (Słupsk) - celem utrzymania ciągłości nadawanych audycji radiowych, gdyż jako rozgłośnia radia publicznego realizuje też obowiązki nadawania komunikatów np. w trakcie klęsk żywiołowych, czy innych zagrożeń. Ponadto, jak wynikało ze stanowiska odwołującego świadczenie usługi mogło być podjęte 1-2 dni po podpisaniu umowy. Wyłoniony wykonawca zamówienia zobowiązany był do bezzwłocznego rozpoczęcia usług, włączając w to uzyskanie prawomocnej decyzji umożliwiającej rozpowszechnianie programu z lokalizacji objętej przedmiotem umowy, zgodnie z warunkami SIWZ.

Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający wykazał się dobrą wolą i wyznaczył odwołującemu ostateczny termin zawarcia umowy do dnia 15 września 2016 r., do godziny 10:00. Temu terminowi odwołujący również się nie podporządkował, gdyż uznał, że przyjazd do Gdańska, mimo powiadomienia z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym (około 20 godzinny) przekracza jego możliwości. W formie wiadomości e-mail zawiadomił jedynie o podpisaniu umowy i podał dane osób, które z ramienia wykonawcy miały ją zawrzeć. W dniu 15 września 2016 r. odwołujący przesłał za pośrednictwem operatora pocztowego dwa egzemplarze podpisanej przez niego umowy na emisję programu radiowego Radia Gdańsk

30

S.A. w Słupsku, która dotarła do zamawiającego w dniu 20 września 2016 r., a więc po wyznaczonym terminie.

Na gruncie niżej wymienionych przepisów i postanowień SIWZ - jedynie skuteczne podpisanie umowy - nastąpiłoby poprzez jej złożenie u zamawiającego w oryginale w formie pisemnej w wyznaczonym terminie do 15 września 2016 r., do godziny 10:00, gdyż taka forma czynności wynika z art. 139 ust. 2 Pzp, w związku z art. 61 § 1 K.c. i art. 78 K.c., w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 139 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga pod rygorem nieważności zachowania formy pisemnej. Z kolei w myśl art. 78 § 1 K.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp dla zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarczy wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których w danym przypadku - wzoru umowy - każdy miał być podpisany przez obydwie strony. Ustawodawca w art. 78 § 2 K.c. wprowadził formę równoważną pisemnej - oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej, ale opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Podpisana przez odwołującego umowa została dostarczona 20 września 2016r., tak że dopiero z tym dniem zamawiający był w jej posiadaniu, czego odwołujący nie kwestionował. Tak więc o zawarciu umowy można by mówić najwcześniej od 20 września 2016 r., gdyby umowa została w tym dniu podpisana przez zamawiającego, do czego jednak nie doszło, gdyż zamawiający 15 września 2016 r. skorzystał z procedury określonej w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, o czym powiadomił odwołującego w tym samym dniu około godziny 13:00.

Izba uznała, że okoliczności faktyczne przytoczone w materiale dowodowym sprawy świadczą, że odwołujący, jakkolwiek mógł mieć wolę zawarcia przedmiotowej umowy, to jednak nie był gotów do wypełniania obowiązków w niej przewidzianych i chwycił się wszelkich sposobów, aby moment zawarcia umowy przedłużyć. Korespondencja kierowana do zamawiającego zawierała niezasadne z punktu widzenia postanowień SIWZ żądania, do tego przedstawiane w sposób niesprecyzowany i znacząco spóźniony np. w odniesieniu do żądania oryginału omawianego wyżej upoważnienia. Argumenty, że odwołujący w ciągu 20 godzin nie mógł dotrzeć z Warszawy do Gdańska, lub że członkowie Zarządu przebywali na delegacji - nie mogły zostać uwzględnione. Odwołujący jest osobą prawną i ma obowiązek takiego zorganizowania własnej działalności, aby przejściowa nieobecność osób decyzyjnych, nie uniemożliwiała funkcjonowania podmiotu, np. poprzez pozostawienie pełnomocnictw.

31

W tym stanie rzeczy Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, przedstawione w uzasadnieniu podjętych czynności, że „dwukrotne wezwania oferenta do określenia terminu rozpoczęcia i miejsca świadczenia oferowanej usługi wysłane przez zamawiającego pozostały bez odpowiedzi. Odesłano jedynie niepodpisaną umowę z datą rozpoczęcia usługi w dniu 12.09.2016.” Taką wiedzę posiadał zamawiający w dniu dokonania kwestionowanej czynności, tj. 15 września 2016 r. Propozycja spotkania z zamawiającym przedstawiona przez BCAST dla omówienia nowego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi złożona po zamknięciu przedmiotowego postępowania nie pozwalała zamawiającemu nawet na zorganizowanie emisji zastępczej, poprzez brak konkretnej daty rozpoczęcia świadczenia usługi.

Ponadto, zamawiający ustalił poprzez wysłanych pracowników Rozgłośni do wskazanego - zgodnego ze współrzednymi miejsca nadawania celem dostarczenia sygnału - zgodnie z postanowieniami SIWZ i wzoru umowy, że w danym miejscu Stacji Nadawczej - opisaney w ofercie BCAST brak, potwierdził to również dowód z fotografii złożony przez przystępującego EmiTel Sp. z o.o. Twierdzenia odwołującego, że zakupił stosowne urządzenia i był gotów do ich montażu pozostały nieudowodnione. Nawet trudno odnieść się do dwóch stron niesygnowanego dokumentu, jaki odwołujący przedstawił na potwierdzenie zawarcia umowy z ENGIE EC Słupsk z dnia 22 sierpnia 2016 r. o najem miejsca na kominie, jako masztu dla urządzeń nadawczych - dowód ten Izba uznała za niewiarygodny. Odwołujący nie przedstawił też dowodów posiadania koniecznych urzędowych pozwoleń, uzgodnień na emisję programu z danej lokalizacji, co potwierdzają pismo z UKE z dnia 23 września 2016 r. oraz informacja z 27 września 2016 r. z UM Wydziału Gospodarki Ochrony Środowiska. Zamawiającemu nie umożliwiono też zamontowania na infrastrukturze wykonawcy urządzeń satelitarnej stacji odbiorczej i pozostałych, wymienionych w zał. 5 do umowy.

Ustalony ciąg zdarzeń i zaniechań ze strony odwołującego - czego konsekwencją był brak podpisania umowy o świadczenie usług w wyznaczonym terminie, w okolicznościach danej sprawy nakazywał uznać, iż firma BCAST Sp. z o. o. uchyliła się w rozumieniu przytaczanej wyżej normy art. 94 ust. 3 ustawy Pzp od podpisania przedmiotowej umowy. Zamawiający nie mógł poprzestać jedynie na składanych przez odwołującego zapewnieniach o woli podpisania umowy, gdyż nie szły za tym zbieżne z deklaracjami zachowania wykonawcy. Udzielanie zamówień w trybie przepisów ustawy Pzp pozwala na zaspokajanie oznaczonych potrzeb społecznych - w tym przypadku emisji programu radiowego. Przeszkody do zawarcia umowy ewidentnie leżały po stronie wykonawcy, a zamawiający nie miał żadnego obowiązku czekać - nie wiadomo jak długi czas, aż wykonawca będzie gotowy faktycznie podjąć się realizacji usługi, którą zadeklarował w swojej ofercie.

32

Działania wykonawcy BCAST Sp. z o.o. były pozorne, nakierowane na przedłużenie procedury zawarcia umowy, faktycznie kwalifikowały się jako zaniechania i wyczerpywały przesłankę art. 94 ust. 3 ustawy Pzp - uchylania się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z tych względów również następne czynności zamawiającego - wyboru oferty wykonawcy EmiTel Sp. z o.o. na część 4 zamówienia Izba uznała za zasadne.

Materiał dowodowy sprawy dawał podstawy do stwierdzenia, że działania zamawiającego podane w powiadomieniu z dnia 15 września 2016 r., tj. w zaistniałych okolicznościach znajdowały normatywne wsparcie w przywołanym jako podstawa tych czynności art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie potwierdziły się zarzuty odwołującego naruszenia przez zamawiającego n.w. przepisów, tj.:

1. art. 94 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, iż wykonawca BCAST uchylił się od zawarcia z zamawiającym umowy wraz z bezzasadnym wybraniem oferty najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert,
2. art. 91 ust. 1 przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców

- skoro nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp w odniesieniu do kwestionowanych czynności zamawiającego, ich podważanie z punktu widzenia zasad generalnych postępowania nie znajdowało usprawiedliwionych racji.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: