

WYROK
z dnia 4 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2010 r., 25 stycznia 2010 r. oraz 29 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Telewizję Polską S.A. Ośrodek Emisji, 00-999 Warszawa, ul. J. P. Woronicza 17** protestu z dnia 27 listopada 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 1 111 zł 00 gr (słownie: tysiąc sto jedenaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 13 889 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47.**

Uzasadnienie

W dniu 13.11.2009 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę operatora technicznego Multipleksu Cyfrowego DVB-T.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13.11.2009 r. (2009 / S 219 315175-2009).

Odwołujący wniósł protest, a następnie odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, wskazując na naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 30 ust. 7, art. 142 ust. 2.

Zastrzeżenia odwołującego dotyczyły:

1. postanowienia rozdziału 4 pkt 4.1 SIWZ w zw. z postanowieniem sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu,
2. postanowienia rozdziału 4 pkt 4.6 SIWZ w zw. z postanowieniem sekcji II.1.6 ogłoszenia o zamówieniu,
3. postanowienia rozdziału 5 SIWZ w zw. z postanowieniem sekcji II.3 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zażądał modyfikacji treści SIWZ, poprzez:

1. podzielenie zamówienia na części i dopuszczenie składania ofert częściowych (rozdział 4 pkt 4.1), a także dokonanie pozostałych zmian z tym związanych,

2. dostosowanie postanowień rozdziału 4 pkt 4.6 SIWZ do ustawy Pzp,
 3. doprowadzenie do stanu zgodnego z prawem zapisów SIWZ rozdziału 5 albo wykazanie, iż zamawiający zawiadomił Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata i nie otrzymał negatywnej opinii w tym zakresie,
- a w przypadku, gdyby modyfikacja nie była możliwa odwołujący zażądał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu i odwołania wskazał:

Ad. 1

Zamawiający w rozdziale 4 pkt 4.1 SIWZ stwierdził, że przedmiotem zamówienia jest usługa operatora technicznego Multipleksu Cyfrowego DVB-T obejmująca:

- a) usługi nadawcze w standardzie DVB-T,
- b) usługi sieciowe.

W ocenie Odwołującego, poprzez tak sformułowany przedmiot zamówienia zamawiający ograniczył konkurencję na rynku telekomunikacyjnym, na którym działają podmioty świadczące usługi sieciowe (standardowe usługi telekomunikacyjne) - pkt b, co oznacza, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w sposób nieuzasadniony połączył ze sobą dwie usługi, które są zupełnie niezależne, w żaden sposób nie są ze sobą powiązane, mogłyby stanowić odrębne przedmioty zamówienia i mogłyby zostać udzielone w osobnych postępowaniach. Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazał, że usługa nadawcza w uproszczeniu polega m.in. na stworzeniu sieci nadawczej obejmującej cały kraj w oparciu o posiadane słupy nadawcze celem przekazywania sygnału cyfrowego, zaś usługa sieciowa polega m.in. na stworzeniu zupełnie odrębnej od sieci nadawczej, sieci kablowej (platformy teleinformatycznej) łączącej wszystkie jednostki zamawiającego w celu świadczenia standardowych usług telekomunikacyjnych.

Stwierdził, że w obecnym stanie, połączenie w jednym zamówieniu usług sieciowych z usługami nadawczymi z góry wyklucza udział w przedmiotowym postępowaniu profesjonalnych firm telekomunikacyjnych działających na rynku, w tym Exatel S.A., co wynika z faktu, iż firmy takie nie posiadają odpowiedniej infrastruktury, w związku z czym zmuszone byłyby kalkulować w cenie oferty koszty związane z dzierżawą odpowiednich masztów nadawczych, co z kolei powoduje automatyczne wzmocnienie pozycji wykonawcy posiadającego już własną infrastrukturę w zakresie usługi nadawczej, natomiast na starcie

osłabia pozycję, a wręcz "eliminuje" z postępowania duże firmy telekomunikacyjne, mogące świadczyć usługi sieciowe.

Podzielenie zamówienia na 2 części obejmujące: 1) usługi nadawcze, 2) usługi sieciowe i dopuszczenie składania ofert częściowych w przedmiotowym postępowaniu, pozwoli zamawiającemu na uzyskanie niższej ceny ofertowej zarówno na nadawanie sygnału i zdecydowanie niższej ceny ofertowej na usługi sieciowe, ponieważ dopiero umożliwienie prawdziwej konkurencji w części dotyczącej rynku usług sieciowych pozwoli na zaoferowanie odpowiednio niskich cen mających uzasadnienie w sytuacji panującej na rynku usług telekomunikacyjnych.

Dodatkowo wskazał, że połączenie w/w usług w jednym postępowaniu, bez możliwości składania ofert częściowych powoduje sytuację, w której tak naprawdę na rynku pozostaje tylko jeden liczący się wykonawca, który posiada własną infrastrukturę w postaci masztów nadawczych na terenie obejmującym 90 % kraju i jednocześnie posiada możliwości świadczenia usług sieciowych po minimalnych kosztach lub nie ponosząc ich wcale, w związku z posiadanym dostępem do sieci kablowej obejmującej teren całego kraju.

Pozostali wykonawcy będą zmuszeni ponosić, a co za tym idzie kalkulować w cenę ofertową, dodatkowe koszty związane bądź to z dzierżawą masztów nadawczych celem świadczenia usługi nadawczej, bądź to z dzierżawą kabli celem świadczenia usługi sieciowej, w zależności od tego, w której dziedzinie dany wykonawca się specjalizuje.

W podsumowaniu stwierdził, że przedmiot zamówienia jest podzielny, usługi nadawcze nie są tym samym co usługi sieciowe (standardowe usługi telekomunikacyjne), na rynku istnieje wiele podmiotów mogących świadczyć w/w usługi, o ile zostaną one rozdzielone. Uznał, że zamawiający utrudnia uczciwą konkurencję, akceptując sytuację, w której uprzywilejowaną pozycję będzie miał tylko jeden wykonawca, będący w stanie

zaferować cenę niższą od pozostałych wykonawców, która to jednak cena w rzeczywistości może okazać się znacznie wyższa nawet od średniej ceny rynkowej, jakiej należałoby się spodziewać, gdyby w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

Wskazał także, że ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 29 ust. 2 zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, co w ocenie odwołującego nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego usług nieodpowiadających jego potrzebom, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia.

Powołując się na wyrok o sygn. akt: KIO/UZP 1001/08, KIO/UZP 1035/08, podniósł, że przyznane Zamawiającemu w art. 83 ust. 2 ustawy Pzp prawo do dopuszczania lub nie możliwości składania ofert częściowych nie jest prawem bezwzględnym. Podlega ono

4

kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówienia, a w szczególności, czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, nie prowadzi do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. 2

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że opis przedmiotu zamówienia za pomocą kodów CPV został dokonany wyłącznie odnośnie usług nadawczych, zamawiający zaniechał natomiast opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą kodów CPV dotyczących usług sieciowych, co stanowi naruszenie art. 30 ust. 7 ustawy Pzp.

Ad. 3

Wobec faktu, że zamawiający wskazał termin realizacji zamówienia wynoszący 3652 dni, czyli 10 lat, co jest niezgodne z przepisem art. 142 ust. 2 ustawy Pzp, z którego wynika, iż co do zasady umowa może zostać zawarta na czas oznaczony nie dłuższy niż 4 lata, odwołujący wniósł o doprowadzenie postanowień ogłoszenia i SIWZ do stanu zgodnego z prawem albo wykazanie, iż zamawiający zawiadomił Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata i nie otrzymał negatywnej opinii w tym zakresie.

Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazał:

Ad. 1

Decyzja odnośnie tego, czy dopuścić możliwość składania ofert częściowych w przypadku, w którym przedmiot zamówienia jest podzielny, jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego i zależy wyłącznie od woli zamawiającego.

Powołując się na doktrynę przyjął, że wykonawcy nie mają podstaw do żądania od zamawiającego wyrażenia przez niego zgody na składanie ofert częściowych. Wskazał, iż Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 16 czerwca 2003 r. (V CA 1213/02) odrzucił pogląd, że brak zgody zamawiającego na składanie ofert częściowych godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż ogranicza udział niektórych wykonawców w postępowaniu.

Zamawiający podniósł, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza, że każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, "bez żadnych przywilejów i ulg", każdy ma mieć zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Również ocena ofert powinna być dokonywana z uwzględnieniem tych kryteriów

5

Powołując się na orzecznictwo organów administracyjnych stwierdził, że powyższy nakaz należy rozumieć jako nakaz równego traktowania wszystkich wykonawców, poprzez takie konstruowanie przedmiotu zamówienia, które stworzy wykonawcom mogącym zrealizować dane zamówienie jednakowe szanse na zwycięstwo w postępowaniu, co w ocenie zamawiającego prowadzi do wniosku, że zasada równego traktowania wykonawców ma zastosowanie tylko do tych wykonawców, którzy są w stanie zrealizować

zamówienie. Tymczasem rozumowanie odwołującego zmierza w kierunku absolutyzacji zasady równego traktowania wykonawców, zgodnie z którą zamawiający byłby zobowiązany równo traktować wszystkich potencjalnych wykonawców, niezależnie od tego czy są oni w stanie podjąć się realizacji zamówienia. Konsekwentne wdrożenie takiej zasady w życie prowadziłoby do absurdalnych konsekwencji i uniemożliwiłoby udzielenie jakiegokolwiek zamówienia publicznego. W każdym bowiem wypadku opisanie przedmiotu zamówienia nieuchronnie prowadzi do tego, że nie wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku są w stanie je zrealizować, a więc stosując rozumowanie odwołującego, w każdym wypadku dochodziłoby do ograniczenia konkurencji.

Wskazał także, że z zasady równego traktowania wykonawców wynika, że zamówienie nie może być określone, poprzez nieuzasadnione, nieobiektywne wymogi co do przedmiotu zamówienia, które prowadziłyby do wykluczenia części wykonawców z możliwości uczestnictwa w postępowaniu. Zamawiający ocenił, że zarzut, który odwołujący postawił zamawiającemu sprowadza się natomiast do tego, że przedmiot zamówienia zamawiający określa w sposób taki, który sprawia, że nie wszystkie podmioty, które będą mieć wolę udziału w postępowaniu, będą mogły wziąć w nim udział wobec faktu, że są w stanie wykonać jedynie część zamówienia, a nie jego całość.

Zamawiający wskazał, że nie różnicuje bezzasadnie sytuacji różnych wykonawców, przyznając im nieusprawiedliwione ulgi i przywileje, a jedynie korzysta ze swojego prawa zlecenia zamówienia jednemu wykonawcy, co leży w interesie zamawiającego. Wskazał, że utrudnienie uczciwej konkurencji, zakazane zamawiającemu, polega przede wszystkim na takim tendencyjnym określeniu przedmiotu zamówienia, które wyklucza możliwość jego udzielenia określonej grupie wykonawców nie ze względu na obiektywnie uzasadnione i istotne dla zamawiającego cechy zamówienia (którym w tym przypadku jest również integralność zamówienia), a ze względu na taką konkretyzację przedmiotu zamówienia, która będzie wskazywała w zasadzie na pochodzenie tego przedmiotu od konkretnego wykonawcy. Z tego względu podstawową cechą właściwie opisanego przedmiotu zamówienia jest jego neutralność, którą należy jednak analizować przez pryzmat rzeczywistych i usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego.

Za bezpodstawne uznał zamawiający twierdzenie odwołującego, iż połączenie w jednym zamówieniu usług sieciowych z usługami nadawczymi z góry wyklucza udział

w przedmiotowym postępowaniu profesjonalnych firm telekomunikacyjnych działających na rynku, w tym Exatel S.A.

Zdaniem zamawiającego względy celowościowe przemawiają za wyłączeniem zamówień częściowych w przedmiotowym postępowaniu. Podniósł, że zamówienie dotyczy usługi złożonej, której efekt końcowy (rezultat) ma polegać na zapewnieniu zamawiającemu sygnału telewizyjnego o określonej jakości. Uzyskanie takiego efektu jest możliwe przy należytej koordynacji wszystkich czynności lub działań (części usługi) składających się na przedmiotową usługę. Wyjaśnił, że każda część usługi ma dla zamawiającego wartość jedynie wówczas, gdy wszystkie części zostaną należycie wykonane. W tym wyraża się ścisły związek funkcjonalny istniejący pomiędzy poszczególnymi częściami usługi. Takie powiązanie wskazuje na bardzo istotną rolę koordynacji poszczególnych działań wchodzących w zakres przedmiotowej usługi. Ma to również istotne znaczenie dla jasnego określenia podmiotu odpowiedzialnego za realizację usługi jako całości.

Rozbite związku funkcjonalnego, o którym mowa powyżej musi skutkować zwiększeniem ogólnych kosztów realizacji efektu końcowego usługi (dodatkowe koszty związane z koniecznością koordynacji wykonania usługi w całości), jak również wzrostem ryzyka nie osiągnięcia przez zamawiającego zamierzonego celu. W interesie zamawiającego leży wykonywanie zamówienia objętego postępowaniem przez jeden podmiot, bądź przez tzw. konsorcjum podmiotów. Przy takim bowiem modelu podmiotowym świadczonej usługi koordynacja poszczególnych części usługi złożonej może zostać zrealizowana w sposób najbardziej efektywny. Ponadto przy takim modelu obowiązek koordynacji zawsze obciąża wykonawcę, który ponosi pełną odpowiedzialność za efekt końcowy. Z tego też powodu istnieje zasadnicza różnica między świadczeniem usługi złożonej przez konsorcjum podmiotów, lub pojedynczego wykonawcę, a świadczeniem usług częściowych przez różnych wykonawców.

Wskazał, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby odwołujący wziął udział w tym

postępowaniu, występując wspólnie z innym podmiotem w ramach konsorcjum.

W podsumowaniu zamawiający stwierdził, że odwołujący chroni wyłącznie własne partykularne interesy, a jego rzeczywiste intencje obrazuje żądanie ewentualne unieważnienia całego postępowania w przypadku, gdyby modyfikacja treści SIWZ nie była możliwa.

Ad. 2

Zamawiający wyjaśnił, że usługi sieciowe nie stanowią na tyle znaczącej części zamówienia, by powstał obowiązek opisanego tego elementu za pomocą kodów CPV. Przedmiotowo istotny zakres zamówienia został tymi kodami opisany. Nie sposób zasadnie oczekiwać od zamawiającego, żeby opisywał za pomocą kodów CPV każdy, choćby

7

najmniejszy element zamówienia. Podkreślił, że usługa sieciowa jest komplementarna do usługi nadawczej i jest ściśle z usługą nadawczą związana.

Ad. 3

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie jest uprawniony do kontrolowania, czy zamawiający wypełnił swoje obowiązki ustawowe w stosunku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Podkreślił, że przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku przedstawiania wykonawcom jakichkolwiek dowodów na okoliczności legalności prowadzonych postępowań.

Zamawiający zapewnił odwołującego, że postępowanie prowadzone jest w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Dodatkowo podniósł, że oczekiwanie odwołującego, aby zamawiający wykazał, że "zawiadomił Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata i nie otrzymał negatywnej opinii w tym zakresie" nie znajduje podstawy w przepisach, ponieważ ustawa przewiduje jedynie obowiązek zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, natomiast nie uzależnia możliwości zawarcia umowy na taki okres od zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. ogłoszenia o zamówieniu z dnia 13.11.2009 r. (2009/S 219 315175-2009), SIWZ, pisma zamawiającego z dnia 13.12.2009 r. (TVP-p-5335/2009), oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście z dnia 27.11.2009 r., rozstrzygnięciu protestu z dnia 07.12.2009 r., odwołaniu z dnia 17.12.2009 r., odpowiedzi na protest z dnia 15.01.2010 r. oraz zgłoszonych ustnie do protokołu rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut odnośnie postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, iż przedmiotem zamówienia jest usługa operatora technicznego Multipleksu Cyfrowego DVB-T obejmująca usługi nadawcze w standardzie DVB-T oraz usługi sieciowe, czym zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 2 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

We wniesionych środkach ochrony prawnej odwołujący postawił tezę, że połączenie w jednym postępowaniu usług sieciowych z usługami nadawczymi wyklucza jego udział w tym postępowaniu.

W ocenie Izby teza ta, nawet gdyby miała okazać się prawdziwą, jest niewystarczająca do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp

8

oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ zasada ta sama w sobie nie gwarantuje udziału wszystkim wykonawcom we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący postawił także tezę, iż podzielenie zamówienia na dwie części pozwoli zamawiającemu uzyskać niższe ceny ofertowe w obu tych częściach w porównaniu do ceny, jaką zamawiający uzyska w wyniku objęcia obu tych części jednym postępowaniem, co miało być niejako automatycznym następstwem umożliwienia konkurencji w zakresie usług sieciowych.

W ocenie Izby również ta teza, nawet gdyby miała okazać się prawdziwą, jest

niewystarczająca do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ uzyskanie niższej ceny pozostaje bez znaczenia w sytuacji, gdy zamawiający uzyskałby usługę, wprawdzie za niższą cenę, ale taką, które nie zaspokaja jego potrzeb.

Odwołujący postawił nadto tezę, iż połączenie w jednym postępowaniu, bez możliwości składania ofert częściowych, usług sieciowych i nadawczych, oznacza, że realizacji tego zamówienia może podjąć się tylko jeden wykonawca o dominującej pozycji na rynku, co jednak pozostaje w sprzeczności z twierdzeniem odwołującego na rozprawie, że według jego wiedzy żaden wykonawca nie jest w stanie samodzielnie podjąć się realizacji i zrealizować niniejsze zamówienie.

Na rozprawie odwołujący stwierdził, że dołączenie usługi sieciowej w stosunku, do której istnieje na rynku konkurencja do usługi nadawczej jest ze strony zamawiającego zabiegiem sztucznym.

W ocenie Izby stwierdzenie to, w sytuacji, gdy jednocześnie odwołujący nie wykazał, że brak jest konkurencji na rynku usług nadawczych, mogłoby co najwyżej oznaczać, że zamawiający połączył ze sobą dwie usługi, w których świadczeniu specjalizują się różne firmy (firma specjalizująca się w świadczeniu usług sieciowych nie specjalizuje się w świadczeniu usług nadawczych), co stawiałoby obie grupy tych firm w podobnej sytuacji, co jednak w żaden sposób nie świadczyłoby jeszcze o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Oceniając stanowisko odwołującego, iż objęcie jednym postępowaniem usług nadawczych i sieciowych prowadzi do zagrożenia, iż dominujący na danym rynku wykonawca będzie w stanie zaoferować cenę niższą od pozostałych wykonawców, która to jednak cena w rzeczywistości będzie mogła być znacznie wyższa nawet od średniej ceny rynkowej (jak należy domniemać od średniej ceny rynkowej w zakresie dotyczącym usług sieciowych), Izba wskazuje, że celem prowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, jest wybór oferty

9

z najniższą ceną, nie zaś uzyskanie ceny z cenami najniższymi w obu zakresach, tj. w zakresie usług nadawczych i jednocześnie w zakresie usług sieciowych.

Zdaniem Izby kluczową kwestią dla podważenia zgodnego z prawem opisu przedmiot zamówieniu, tj. w przedmiotowej sprawie, poprzez nie dopuszczenie składania ofert częściowych jest ustalenie, czy taki właśnie opis wynika z rzeczywistej potrzeby zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że ustawodawca, przyznając zamawiającemu w przepisie art. 83 ust. 2 ustawy Pzp prawo decydowania o dopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych, przyjął założenie, że to sam zamawiający najlepiej i najtrafniej zidentyfikuje swoją potrzebę i towarzyszące jej uwarunkowania.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający źle zidentyfikował potrzebę uzyskania od jednego wykonawcy świadczenia usługi nadawczej i sieciowej oraz towarzyszące tej potrzebie uwarunkowania w ramach jednego postępowania.

Nie sposób nie uznać zasadności uwarunkowania w postaci czasu, tj. potrzeby wyłonienia wykonawcy na świadczenie usługi nadawczej i sieciowej w jednym postępowaniu, tj. w tym samym czasie, ponieważ różne losy odrębnych postępowań lub zamówień częściowych w ramach jednego postępowania niosą niebezpieczeństwo nie skoordynowania w czasie rozpoczęcia świadczenia obu rodzajów usług.

Izba podziela także stanowisko zamawiającego, iż z punktu widzenia jego interesów, a z tej właśnie perspektywy należy oceniać opis przedmiotu zamówienia, solidarna odpowiedzialność jednego wykonawcy - konsorcjum w większym stopniu zapewni realizację oczekiwanych, różnych rodzajowo usług niż realizacja tych usług przez dwóch wykonawców. W ocenie Izby jest tak dlatego, iż każdy z członków konsorcjum jest ekonomicznie zainteresowany prawidłową realizacją całości przedmiotu zamówienia.

Z taką sytuacją nie ma się do czynienia, gdy każdy z wykonawców jest zainteresowany jedynie realizacją usługi, której świadczenia odrębnie od innego wykonawcy się podjął. Nie do uniknięcia problemy na granicy realizacji usług świadczonych przez dwóch wykonawców obarczać będą wyłącznie zamawiającego, który oczekuje efektów równoczesnego świadczenia obu tych usług.

Odwołujący odmawia zamawiającemu ewentualnego skorzystania z usług podmiotu, który poniósł już uprzednio koszty związane z budową własnej infrastruktury, czy też

skorzystania z usług wykonawcy - konsorcjum w imię rozszerzenia kręgu wykonawców o odwołującego, nie bacząc na to, że odwołujący nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił, że:

1. z ekonomicznego punktu widzenia efekt udzielenia dwóch odrębnych zamówień będzie co najmniej taki sam jak udzielenia jednego zamówienia,
 2. z organizacyjnego punktu widzenia efekt udzielenia dwóch odrębnych zamówień będzie co najmniej taki sam jak udzielenia jednego zamówienia,
- tj. co najmniej taka sama będzie skuteczność w koordynowaniu świadczenia

10

usług przez dwóch wykonawców przez zamawiającego jak w koordynowaniu tychże usług w ramach konsorcjum.

Nie może także odwołujący zagwarantować zamawiającemu, że wszczęcie przez zamawiającego dwóch odrębnych postępowań, czy też jednego postępowania w ramach, którego zamawiający dopuści składanie ofert częściowych, doprowadzi do odpowiedniego skoordynowania w czasie świadczenia obu rodzajów usług (rozpoczęcia świadczenia usługi nadawczej i sieciowej).

Dodatkowym argumentem przemawiającym za tym, że zamawiający nie utrudnił uczciwej konkurencji, poprzez nie dopuszczenie składania ofert częściowych jest fakt, iż pomimo licznych odwołań na treść SIWZ, żadne z tych odwołań nie dotyczyło objęcia zamówieniem obu rodzajów usług, co podkreślał zamawiający.

Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut odnośnie nie zastosowania do opisu usługi sieciowej nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV), czym zamawiający naruszył przepis art. 30 ust. 7 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że przepis art. 30 ust. 7 ustawy Pzp nie wskazuje do jakich elementów / zakresów / składowych przedmiotu zamówienia zamawiający winien zastosować nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

Uprawnionym zatem jest uznanie, że wskazanie nazw i kodów w odniesieniu do zasadniczego, pierwszoplanowego zakresu przedmiotu zamówienia jest wystarczające.

Przyjęcie założenia, że zamawiający winien to uczynić w odniesieniu do wszystkich najdrobniejszych nawet elementów / zakresów / składowych przedmiotu zamówienia jest absurdalne, a i niepotrzebne, o czym mowa poniżej.

W ocenie Izby wskazanie na pierwszym miejscu w sekcji II.1.5. ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. 4.1. SIWZ usługi nadawczej pozwala na przyjęcie, że to usługom nadawczym w standardzie DVB-T zamawiający przypisał znaczenie podstawowe, przy czym ze względu na wskazaną już powyżej lakoniczność regulacji ustawy Pzp w rozpoznawanym zakresie nie sposób doszukać się kryteriów (np. kryterium udziału w całkowitej wartości zamówienia), które ograniczają zamawiającego w tej materii.

Wydalenie konieczności opisu „całego” przedmiotu zamówienia za pomocą nazw i kodów CPV nie znajduje również uzasadnienia z punktu widzenia przydatności dla wykonawcy tego opisu dla podjęcia decyzji co do udziału w postępowaniu, ponieważ istotny

11

dla podjęcia takiej decyzji jest szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego z poszanowaniem przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego nawet gdyby zakwalifikować nieopisanie „pełnego” przedmiotu zamówienia z zastosowaniem CPV za uchybienie, to uznać by należało, że uchybienie to nie prowadziłoby do nieważności zawartej umowy na podstawie przepisu art. 146 ust. 1 ustawy Pzp.

Uznać także należy, że nie zastosowanie CPV do opisu całego przedmiotu zamówienia nie może wpłynąć na wynik postępowania, ponieważ to nie ten opis precyzuje oczekiwania zamawiającego. Zaoferowanie przedmiotu zgodnego z wymaganiami zamawiającego, wskazanymi w przedmiotowym postępowaniu w załączniku nr 3 do SIWZ, zapewni nie podlegającemu wykluczeniu wykonawcy, który zaoferuje najniższą cenę wybór jego oferty (o ile jednocześnie oferta nie będzie podlegała odrzuceniu z żadnego innego

powodu).

Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 30 ust. 7 ustawy Pzp.

Zarzut odnośnie postanowienia o 10 letnim terminie realizacji zamówienia, z którym odwołujący powiązał żądanie modyfikacji treści SIWZ, poprzez doprowadzenie do stanu zgodnego z prawem albo wykazania przez zamawiającego, iż zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata i nie otrzymał negatywnej opinii Prezesa UZP w tym zakresie nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż zadośćuczynienie ogólnemu żądaniu odwołującego, polegającemu na doprowadzeniu treści pkt. 5 SIWZ do stanu zgodnego z prawem nie jest w ogóle możliwe, ponieważ odwołujący nie sprecyzował, w jaki sposób należałoby zmienić treść SIWZ, aby była ona zgodna z prawem. Rozpoznawanie zarzutu pod kątem tego żądania jest zatem bezcelowe.

Nadto Izba stwierdza, że odwołujący wskazując jako podstawę prawną zarzutu art. 142 ust. 2 ustawy Pzp nie podjął nawet próby uzasadnienia, że zawarcie w wyniku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umowy na okres 10 lat nie może być uzasadnione w świetle okoliczności, o których mowa w tym przepisie.

Rozpoznając natomiast odwołanie pod kątem żądania wykazania przez zamawiającego, iż ten zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, stwierdzić należy, iż w obowiązującym stanie prawnym brak jest podstaw do nakazania przez Izbę, aby zamawiający wykazał, że wywiązał się z obowiązku, o którym mowa w art. 142 ust. 3 ustawy Pzp.

12

Niemniej jednak na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania Izba ustaliła, że pismem z dnia 13.11.2009 r. znak: TVP-p-5335/2009, podpisanym przez p.o. Prezesa Zarządu Tomasza Szatkowskiego, którego adresatem jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, a które wpłynęło do tego Urzędu w dniu 16.11.2009 r. zamawiający zawiadomił Prezesa UZP o zamiarze zawarcia umowy na okres 10 lat w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia na usługę operatora technicznego Multipleksu Cyfrowego DVB-T. W piśmie tym zamawiający zawarł również uzasadnienie prawne i faktyczne.

Wobec wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 13.11.2009 r., uznać należy, że zamawiający wywiązał się w terminie z nałożonego na niego przepisem art. 142 ust. 3 ustawy Pzp obowiązku.

Odwołujący nie wskazał podstawy prawnej pozwalającej żądać od Prezesa UZP opinii o złożonym zawiadomieniu (negatywnej / pozytywnej). Co więcej odwołujący przyznał na rozprawie, że brak jest takiej podstawy.

Brak ze strony odwołującego jakiegokolwiek argumentacji na poparcie tezy o niezgodnym z prawem wszczęciu przez zamawiającego przedmiotowego postępowania w wyniku, którego zawrze umowę na 10 lat, fakt, że zamawiający zawiadomił Prezesa UZP o zamiarze zawarcia takiej umowy, a nadto brak normy prawnej pozwalającej żądać od Prezesa UZP opinii o złożonym zawiadomieniu (negatywnej / pozytywnej) przesądza o konieczności uznania zarzutu za niezasadny, a tym samym o braku podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 142 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając przy rozliczaniu wpisu fakt, że sprawa o sygn. akt KIO/UZP 1877/09, zgodnie z zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, została rozpoznana łącznie ze sprawami o sygn. akt KIO/UZP/1876/09, KIO/UZP/1881/09, KIO/UZP/1883/09.

13

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....