

Sygn. akt: KIO 907/12

Sygn. akt: KIO 908/12

WYROK

z dnia 15 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 maja 2012 r. przez wykonawcę **INFO-TV-OPERATOR Sp. z o.o., ul. Odrodzenia 7, 22-400 Zamość,**

B. w dniu 4 maja 2012 r. przez wykonawcę **INFO-TV-OPERATOR Sp. z o.o., ul. Odrodzenia 7, 22-400 Zamość,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Lublinie „Radio Lublin” S.A., ul. Obrońców Pokoju 2, 20-030 Lublin,**

przy udziale wykonawcy **EmiTel Sp. z o.o., ul. Pilotów 4c, 31-462 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 907/12 oraz KIO 908/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża **INFO-TV-OPERATOR Sp. z o.o., ul. Odrodzenia 7, 22-400 Zamość** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **INFO-TV-OPERATOR Sp. z o.o., ul. Odrodzenia 7, 22-400 Zamość** tytułem wpisów od obu odwołań,

2.2. zasądza od **INFO-TV-OPERATOR Sp. z o.o., ul. Odrodzenia 7, 22-400 Zamość** na rzecz **Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Lublinie „Radio Lublin”**

S.A., ul. Obrońców Pokoju 2, 20-030 Lublin kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Lublinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 907/12

Sygn. akt: KIO 908/12

U z a s a d n i e

Zamawiający: Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Lublinie „Radio Lublin” S.A., ul. Obrońców Pokoju 2, 20-030 Lublin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi dosyłu do obiektów i emisji z obiektów nadawczych sygnału programu Radia Lublin S.A. - część nr 3 i nr 5 zamówienia.

W dniu 13 marca 2012 roku zostało zamieszczone przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie pod numerem 2012/S 50-081666.

Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2012r. przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach zamówienia.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 4 maja 2012r. wniósł dwa odrębne odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej: jedno w zakresie części nr 3, drugie w zakresie części nr 5 zamówienia.

Odwołujący INFO-TV-OPERATOR Sp. z o.o., ul. Odrodzenia 7, 22-400 Zamość w obu odwołaniach zarzucił Zamawiającemu przeprowadzenie w toku postępowania wadliwej procedury badania i oceny ofert naruszającej wyrażoną w art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podniósł również naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Emitel Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w sprawie treści złożonej oferty oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Emitel Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wnosił przy tym o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części trzeciej i piątej zamówienia;
- powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert;
- wezwania wykonawcy Emitel Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w sprawie treści oferty;
- wykluczenia wykonawcy Emitel Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w części trzeciej i piątej zamówienia;
- oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł także, z ostrożności zarzut zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i zażądał nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania, o ile zostałyby spełnione przesłanki zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że w rozdziale 19 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał na dwa kryteria oceny ofert, na podstawie, których dokona wyboru oferty najkorzystniejszej:

- cena;
- obszar pokrycia sygnałem mierzony wielkością objętej populacji.

Wskazał również, że zgodnie z treścią punktu 1 lit. a) zamieszczonego w rozdziale 16 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani przez Zamawiającego do złożenia w treści oferty oświadczenia o obszarze pokrycia sygnałem mierzonym wielkością objętej populacji.

Zauważył, że wykonawca ten zadeklarował, iż w części piątej zamówienia świadczyć będzie usługę z wykorzystaniem obiektu nadawczego Biała Podlaska(wskazanie Odwołującego podniesione w ramach odwołania o sygn. akt KIO 907/12), zaś w części trzeciej zamówienia świadczyć będzie usługę z wykorzystaniem obiektu nadawczego Tarnawatka(wskazanie Odwołującego podniesione w ramach odwołania o sygn. akt KIO 908/12).

Wskazał, że w treści oferty w części nr 5 wykonawca ten złożył oświadczenie, że oferuje dotarcie z sygnałem do populacji liczącej 177,2 tysięcy osób, zaś w treści oferty w części nr 3 wykonawca ten złożył oświadczenie, że oferuje dotarcie z sygnałem do populacji liczącej 428,6 tysięcy osób.

W ocenie Odwołującego przedstawione informacje są nieprawdziwe, co potwierdza według niego załączona do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 907/12 „Analiza zasięgu

użytkowego stacji UKF FM Biała Podlaska zgodnie z wymaganiami SIWZ przetargu Radio Lublin S.A. Raport Z21/21400422/035/2012” sporządzona przez Instytut Łączności z siedzibą we Wrocławiu.

Wywodził, że zgodnie z informacjami przedstawionymi w przedmiotowym raporcie, faktyczne całkowite pokrycie ludnościowe na danym terenie oszacowano na liczbę 153.000 osób.

Tym samym – według Odwołującego - wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Podobnie wnioski zaprezentował Odwołujący przy odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 907/12 załączając „Analizę zasięgu użytkowego stacji UKF FM zgodnie z wymaganiami SIWZ przetargu Radio Lublin S.A. - raport Z21/21400402/034/2012” sporządzoną przez Instytut Łączności z siedzibą we Wrocławiu.

Wskazał przy tym, że zgodnie z informacjami przedstawionymi w powyższym raporcie, faktyczne całkowite pokrycie ludnościowe na danym terenie oszacowano na liczbę 197.416 osób.

Zdaniem Odwołującego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naruszono zasadę uczciwej konkurencji poprzez zaniechanie sprawdzenia informacji istotnych dla wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wytknął Zamawiającemu nie dostrzeżenie wady oferty Emitela w trakcie badania i oceny polegającej na tym, iż deklarowana przez wykonawcę wielkość populacji na danym terenie rażąco odbiegała od rzeczywistej wielkości populacji.

W takiej sytuacji – według Odwołującego - Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Emitel do złożenia wyjaśnień treści oferty, czego zaniechał.

Dodał, iż w trakcie prowadzonego postępowania, po zapoznaniu się z ofertami konkurencji, wskazywał Zamawiającemu na podnoszone wyżej wątpliwości, które powinny rodzić po stronie Zamawiającego obowiązek zweryfikowania oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający powinien uznać, iż wykonawca Emitel złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik

prowadzonego postępowania, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Ponadto zauważył, iż informacje podane przez wykonawcę w powyższym zakresie, co do zasady nie mogą być przedmiotem jakichkolwiek zmian (w trybie uzupełnienia czy wyjaśnienia treści oferty, a także poprawiania omyłek).

Podniósł dodatkowo, iż informacja o deklarowanej przez konkurenta wielkości pokrycia nie podlega uzupełnieniu także z tego powodu, iż nie jest ona dokumentem, ani oświadczeniem, które wypełniałoby dyspozycję przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego deklaracja o cechach oferowanych usług stanowi istotną treść oferty, zaś jej zmiana po terminie składania ofert jest ustawowo zakazana.

Zauważył również, iż zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co do zasady niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty, po upływie terminu na składanie ofert (za wyjątkiem poprawienia omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp).

Przypomniał, iż dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania, opisujące sposób jego wykonania, stanowiące ponadto przedmiot oceny w ramach ustanowionych kryteriów, stanowią oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia i jako takie są częścią oferty, a dokumenty takie nie mogą być, zatem uzupełniane lub też poprawiane w toku postępowania.

Odwołujący podniósł także okoliczność możliwości zastosowania przez Zamawiającego dowolnych, nieweryfikowalnych sposobów określenia obszaru pokrycia sygnałem mierzonego wielkością objętej populacji, co w takim przypadku oznaczałoby nieporównywalność składanych przez wykonawców ofert, a więc ziściłyby się przesłanki zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego).

W dniu 10 maja 2012r. zgłosił skutecznie swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Emitel Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 20.04.2012r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie, załączonych do odwołania Analiz, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika pism oraz wyjaśnień Izba postanowiła oba odwołania oddalić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił, iż Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, o których wyżej mowa.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego oświadczenie w ofercie (str.3) zostało dokonane ściśle w granicach pkt. 2 załącznika nr 4 do SIWZ, z uwzględnieniem wszystkich zasadniczych założeń wymienionych pod literami od a do d.

Założenia te miały być uwzględnione przy obliczaniu wielkości populacji na obszarze pokrycia sygnałem i polegały one na przyznaniu przez UKE parametrów rezerwacji częstotliwości, zastosowaniu do świadczenia usługi wskazanego w pkt. 4 systemu antenowego opisanego przez wykonawcę w Wykazie narzędzi(...), przyjęciu minimalnej wartości natężenia pola 54dB μ V/m, przyjęciu rekomendacji ITU-R 370-7.

Okoliczności złożenia przedmiotowego oświadczenia przez Przystępującego w powyższym zakresie nie budziły wątpliwości Odwołującego.

Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, że nie jest spornym pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym i Przystępującym, iż oświadczenie złożone w ofercie w

części nr 3 i 5 spełnia wymagania definicji określonej w załączniku nr 4 dotyczącej obliczania wielkości obszaru pokrycia sygnałem, lecz brak jest uwzględnienia przy obliczeniu tej powierzchni zakłóceń przez innych nadawców sygnału, które powoduje, że liczby te są inne.

Zdaniem Izby na tle rozpoznawanej sprawy, również w nawiązaniu do żądań Odwołującego, pojawiła się także kwestia konieczności dokonania wykładni postanowień pkt. 2 załącznika nr 4 do SIWZ regulującego wymagania Zamawiającego w aspekcie założeń, które powinny być brane pod uwagę przy obliczaniu wielkości pokrycia sygnałem mierzonego wielkością populacji.

Wymienione w pkt. 2 lit. a-d załącznika nr 4 do SIWZ założenia zostały opisane przykładowo, o czym świadczy zwrot „...w szczególności...”. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że Zamawiający określił w tym postanowieniu elementy minimalne i podstawowe oraz, że nie żądał od wykonawców dodatkowych elementów poza tymi wyraźnie wskazanymi w SIWZ.

Izba podziela to zapatrywanie w całej rozciągłości, uznając, że wymaganie SIWZ w rozpoznawanym zakresie mogło dotyczyć jedynie elementów obligatoryjnych, jednoznacznie opisanych przez Zamawiającego i jedynie niespełnienie tych założeń mogło decydować o możliwości odrzucenia oferty wykonawcy.

Jednocześnie zdaniem Izby takie rozumienie postanowień SIWZ nie wykluczało możliwości złożenia przez wykonawców oświadczenia woli, z uwzględnieniem również innych założeń, niewymienionych w SIWZ, które mogły mieć charakter jedynie fakultatywny.

Z powyższego należy wnioskować, że Przystępujący nie miał obowiązku przy obliczaniu wielkości populacji obszaru pokrycia sygnałem mierzonym wielkością objętej populacji w ramach złożonej oferty, brania pod uwagę również zakłóceń interferencyjnych, bowiem takiego wymogu Zamawiający nie zawarł w SIWZ.

Ustalenia Izby również wskazują na to, że Zamawiający nie oczekiwał od wykonawców, aby było spełnione rzeczywiste dotarcie do odbiorców, lecz oczekiwał on jedynie złożenia oświadczenia o dotarciu z sygnałem bez zakłóceń do populacji.

W kontekście powyższego ustalenia należy przyjąć, że przedłożone przez Odwołującego Analizy z maja 2012r. Instytutu Łączności z siedzibą we Wrocławiu oraz uzupełniające do nich pismo z dnia 12 maja 2012r. nie mogą mieć waloru dowodowego wskazującego na złożenie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, że przyjęta w powyższych opracowaniach metodologia oparta była na dodatkowych założeniach, bazujących na nieżądanym przez Zamawiającego rekomendacji ITU-R BS.412-9, które mogły prowadzić do odmiennych wniosków, co do liczby populacji.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że wykazana przez Odwołującego metodologia wyliczania obszaru pokrycia jest - zdaniem Izby - równie poprawna, jak ta zastosowana przez Przystępującego, chociaż nie przewiduje dodatkowo zakłóceń, a zatem nie można przypisać oświadczeniu Przystępującego waloru nieprawdy.

Zresztą zdaniem Izby wprowadzenie przez Zamawiającego obligatoryjnego wymogu uwzględnienia założenia wystąpienia zakłóceń wywołanych nakładającymi się na siebie falami radiowymi byłoby żądaniem zbyt nadmiernym z powodu zmieniającej się infrastruktury nadawczej, a także z powodu ograniczonych możliwości pozyskania danych w tym zakresie z Państw za wschodnią granicą.

Natomiast argumentacja Odwołującego o konieczności zastosowania dobrych praktyk uwzględniających zakłócenia interferencyjne przy wyliczaniu wielkości populacji nie może być rozważana przez Izbę z uwagi na jej nie normatywny charakter, zarówno w odniesieniu do obowiązującego prawa, jak i treści SIWZ, która stanowi zamknięty zbiór reguł prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tych powodów nie można uznać za zasługujący na aprobatę Izby zarzut złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji.

Reasumując Odwołujący przygotowując własną ofertę powinien liczyć się z konsekwencjami wynikającymi z treści postanowień SIWZ, a jeżeli miał w tym zakresie wątpliwości to miał prawo zgłosić stosowne zastrzeżenia do SIWZ, w odpowiednim czasie, czego nie uczynił.

W konsekwencji, zdaniem Izby Zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w ramach przedmiotowego postępowania, bowiem każdy z wykonawców mógł do obliczania wielkości populacji zastosować metodologię, która byłaby bardziej korzystna dla danego wykonawcy z punktu widzenia ubiegania się o wyższą punktację i mieściłaby się w granicach SIWZ.

Nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia przepisu art. 87 ust.1 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający pismem z dnia 20.04.2012r. zwrócił się w tym trybie do Przystępującego o wyjaśnienie rozbieżności w zakresie wielkości populacji objętej obszarem pokrycia sygnałem dla części nr 3 zamówienia i wskazanie, jakie dane zostały przyjęte do określenia wielkości populacji liczącej 428,4 tys. osób. W dniu 23.04.2012r. Przystępujący udzielił odpowiedzi na powyższe zapytanie. Z uwagi na nieduże rozbieżności liczbowe w podanej populacji w części nr 5 zamówienia Zamawiający nie zwrócił się z podobnym zapytaniem do Przystępującego. Odwołujący nie udowodnił również okoliczności dokonania zmiany treści oferty przez Przystępującego.

W ocenie Izby posiadana przez Zamawiającego wiedza na temat złożonej przez Przystępującego oferty, potwierdzona powyższymi wyjaśnieniami, w całej rozciągłości dawała Zamawiającemu podstawę do rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu, zarówno w części 3, jak i w części 5 zamówienia.

Izba nie znalazła również podstawy do uznania istnienia w ramach prowadzonego postępowania przetargowego przesłanki z art.93 ust.1 pkt. 7 ustawy Pzp, bowiem postępowanie Zamawiającego w zaskarżonym zakresie nie jest obarczone jakąkolwiek wadą. Zarówno treść załącznika nr 4 do SIWZ, jak i złożone w wykonaniu tej treści oświadczenie woli Przystępującego nie były dotknięte wadami uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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: