

WYROK
z dnia 3 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22,02-675 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Radio S.A., al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Arkena Sp. z o.o., ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **BCAST Sp. z o.o., ul. Świętokrzyska 20/511, 00-002 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22,02-675 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22,02-675 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **EmiTel Sp. z o.o., ul. Wołoska 22,02-675 Warszawa** na rzecz **Polskiego Radia S.A., al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa** 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 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Odwołujący EmiTel Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania i polegającej na wyborze oferty firmy BCAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zadaniu nr 8 świadczenie usług z obiektu nadawczego Lublin, obejmującego emisję Programu 2 i Programu 4 Polskiego Radia, a w konsekwencji zaniechania czynności polegającej na wykluczeniu BCAST Sp. z o.o. jako wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające, bądź mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 7 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez potraktowanie wykonawców w sposób nierówny i nieodrzućenie przez Zamawiającego oferty BCAST Sp. z o.o. złożonej w zadaniu nr 8 (świadczenie usług z obiektu nadawczego Lublin, obejmującego emisję Programu 2 i Programu 4 Polskiego Radia), która to oferta w zadaniu nr 8 nie spełnia wymogów SIWZ, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zwłaszcza nie spełnia jasnego wymogu określonego w pkt. 3 SIWZ (str. 2), tj. możliwości uzyskania z waw obiektu propagacji sygnału, która będzie zawierać 95% dotychczasowego pokrycia terytorialnego wynikającego z parametrów technicznych obiektów nadawczych umiejscowionych w lokalizacjach podanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ (zasięg porównywalny), naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BCAST Sp. z o.o. złożonej w zadaniu nr 8 (świadczenie usług z obiektu nadawczego Lublin, obejmującego emisję Programu 2 i Programu 4 Polskiego Radia), z uwagi na fakt, iż treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ zważywszy, że wykonawca BCAST Sp. z o.o. w ofercie nie przedstawił charakterystyki systemu antenowego, wynikającej ze specyfiki technicznej budowy takiego systemu antenowego, a jedynie same wytlumienia określone przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej dla dwóch odrębnych anten, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia tego zarzutu, naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BCAST Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty złożonej przez tego wykonawcę w zadaniu nr 8 (świadczenie usług z obiektu nadawczego Lublin, obejmującego emisję Programu 2 i Programu 4 Polskiego Radia), w zakresie informacji zaprezentowanej przez wykonawcę BCAST Sp. z o.o. w tabeli nr 1 Lublin 91,80 Mhz Charakterystyka promieniowania anteny (str. 6) i Tabeli nr 2 — Lublin 99,00 Mhz Charakterystyka promieniowania anteny (str. 7),

zważywszy na wątpliwość, czy wykonawca ten przedstawił w tej informacji charakterystykę wspólnego dla obu emisji systemu antenowego, bądź też przedstawił dwie charakterystyki rozdzielnych anten oraz czy wykonawca ten przedstawił również rzeczywistą charakterystykę promieniowania systemu antenowego dla tych emisji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz zobowiązanie Zamawiającego do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej BCAST Sp. z o.o. w zadaniu (części) nr 8 Zamówienia; dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty spółki BCAST Sp. z o.o. w zadaniu (części) nr. 8 Zamówienia; ewentualnie wezwania wykonawcy BCAST Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w sprawie złożonej oferty, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu (części) 8 Zamówienia, spełniającej wszystkie wymagania określone w SIWZ, z pominięciem ofert odrzuconych,

Odwołujący wniósł również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego łącznie z kosztami zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w odwołaniu na okoliczności wskazane w jego treści, powołanie biegłego z zakresu telekomunikacji o specjalności radiodfuzja celem zbadania osiągniętego zasięgu przez obiekt równoważny zaproponowany przez wykonawcę BCAST Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy BCAST Sp. z o.o. w odniesieniu do zadania (części) nr 8, nie spełnia wymogu SIWZ określonego w pkt. 3 na str. 2, tj. aby osiągnąć zasięg powierzchniowy emisji z takiego obiektu (określanego jako równoważny) zawierał co najmniej 95% obszaru zasięgu powierzchniowego wynikającego z parametrów technicznych obiektów nadawczych umiejscowionych w lokalizacjach podanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ (zasięg porównywalny). Jednocześnie emisja z obiektu równoważnego ma uwzględniać wymagane wytłumienia charakterystyki systemu antenowego, przewidywane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, co wynika z treści Załącznika nr 1 A do SIWZ wzór oświadczenia pkt. 1.1. Odwołujący podniósł, że wytłumienia wymagane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie wynikają z technicznej właściwości anten, lecz stanowią formę administracyjnego ograniczenia w prowadzeniu emisji wynikającą z tego, aby emisja nie powodowała zakłóceń w działalności telekomunikacyjnej innych podmiotów bądź służb.

W celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane usługi, wymogów (warunków) technicznych realizacji usług, wymogów (warunków) technicznych realizacji usług, w tym opisanego powyżej tzw. zasięgu powierzchniowego (wymogu, by zasięg obiektu równoważnego miał zawierać w 95% dotychczasowego pokrycia powierzchniowego, wynikającego z parametrów technicznych obiektów nadawczych umiejscowionych w

lokalizacjach podanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ), Zamawiający zobowiązany był przeprowadzić badanie uzyskiwanego zasięgu z uwzględnieniem normy ITU (Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego) o numerze P.525 (normę tę przywołał sam Zamawiający w pkt. 3 na str. 2 SIWZ).

Odwołujący podniósł, że dokonał analizy propagacyjnej oferowanej przez BCAST Sp. z o.o. usługi pod kątem uzyskiwanego zasięgu powierzchniowego, z zastosowaniem przewidzianej przez Zamawiającego normy. Z obliczeń i analiz dokonanych przez Odwołującego wynika, że obiekt nadawczy BCAST Sp. z o.o. nie może być uznany za równoważny wobec obiektu określonego przez Zamawiającego, gdyż obiekt ten nie spełnia wymogu SIWZ pokrycia sygnałem takiej powierzchni, jak oczekuje Zamawiający.

Odwołujący podkreślił, że analiza wykonana przez laboratorium Odwołującego (Dział Radiodiffuzji EmiTel) z wykorzystaniem wymogów normy ITU (Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego) o numerze P.525 oraz z wykorzystaniem informacji prezentowanych przez BCAST Sp. z o.o. w ofercie wykazała, że procent zasięgu pokrycia powierzchniowego obiektu podstawowego RTON Lublin w zasięgu powierzchniowym z obiektu równoważnego zaoferowanego przez BCAST Sp. z o.o. dla Programu 2 Polskiego Radia wynosi 91,2%, natomiast dla Programu 4 Polskiego Radia wynosi 93,6%, a więc poniżej wymogu SIWZ w wysokości 95%.

Odwołujący wskazał na dwie kwestie:

Po pierwsze, SIWZ nie dopuszczał nawet najmniejszych odstępstw od wymogów postawionych dla zasięgów powierzchniowych dla obiektów równoważnych. Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 23 kwietnia 2014 roku wniosek nr 8 na pytanie wykonawcy: „Czy biorąc pod uwagę możliwości istnienia rozbieżności i/lub zaokrągleń w ocenie niektórych danych symulacyjnych w trakcie dokonywania porównania (np. niedokładność wyboru lokalizacji obiektu w kwadracie mapy 100x100m) nie jest zasadnym w ocenie Zamawiającego przyjęcie pewnego marginesu dopuszczalnych różnic w dokonywanych przez strony porównaniach (przykładowo: 0,5-1% zasięgu)?” stwierdził, że ewentualne rozbieżności i zaokrąglenia zostały uwzględnione w określonej przez Zamawiającego tolerancji, tj. spełnienia, co najmniej 95% zasięgu powierzchniowego dla parametrów emisji określonych w SIWZ.

Po drugie, w ocenie Odwołującego, BCAST Sp. z o.o. w ofercie składanej w zadaniu nr 8 przedstawił rzeczywistej charakterystyki promieniowania systemu antenowego. Gdyby przyjąć spodziewaną rzeczywistą charakterystykę promieniowania systemu antenowego zaoferowanego przez BCAST Sp. z o.o., zasięg powierzchniowy byłby dodatkowo pomniejszony o około 15% i oscylowałby w granicach dla Programu 2 Polskiego Radia ok.

75%, natomiast dla Programu 4 Polskiego Radia ok. 78%.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Załączniku nr 1A do SIWZ przedstawił wzór oferty, jaką mają przedłożyć wykonawcy, określając również w tym wzorze, że prezentacja charakterystyki systemu antenowego jest najważniejszym elementem opisującym obiekt nadawczy równoważny. Zdaniem Odwołującego ma to szczególne znaczenie, gdyż poprzez taką charakterystykę można opisać, w jaki sposób promieniują energię anteny w zależności od przyjętego kierunku, a tym samym możliwe jest określenie zasięgu emisji programu nadawcy oraz możliwości dotarcia do ludności zamieszkałej na danym terytorium. Z uwagi na fakt, że Zamawiającemu zależy na osiągnięciu jak najlepszego rezultatu dotarcia ze swoim programem do radiosłuchaczy, stąd też im większy jest zasięg, tym lepszy zarówno efekt ekonomiczny, jak i społeczny, realizowany przez Zamawiającego. Charakterystyka przedstawia unormowany rozkład pola elektrycznego lub też względny rozkład powierzchniowej gęstości mocy. Charakterystyki promieniowania systemów antenowych są wyznaczane w dwóch płaszczyznach: poziomej i pionowej. Mogą być także przedstawiane w postaci trójwymiarowej. Na podstawie charakterystyk można określić kierunek oraz poziom wiązki głównej oraz, zazwyczaj niepożądanych, wiązek bocznych i wstecznych. Wyznacza się także kąt połowy mocy, odnajdując na charakterystyce punkty, w których natężenie pola odnotowuje spadki.

Wykonawca BCAST Sp. z o.o. w zadaniu nr 8 zaprezentował charakterystykę dwóch anten: w Tabeli nr 1 pracującej na częstotliwości 91,80 MHz (str. 6 oferty) oraz w Tabeli nr 2 pracującej na częstotliwości 99,00 MHz (str. 7 oferty). Anteny te zwieszane są na wysokości 151 metrów (str. 5 oferty pozycja 8 w tabeli). Zgodnie informacjami zawartymi w Tabelach nr 1 i nr 2, na większości azymutów prezentowane anteny nie prezentują żadnych wytłumień, a parametr ten mierzony w dB wynosi 0,0.

Tak zaprezentowana wręcz idealna charakterystyka anten, w ocenie Odwołującego budziła wątpliwości, gdyż nie prezentuje żadnych zjawisk, jak opisane powyżej wiązki boczne i wsteczne, natężenia pola, które odnotowuje spadki, nie prezentuje informacji, jak obie anteny zawieszane na tej samej wysokości będą wzajemnie na siebie oddziaływać, a tym samym budzi wątpliwości, czy spełnia wymagania określone przez SIWZ.

Zdaniem Odwołującego wątpliwości budzi zwłaszcza to, czy BCAST Sp. z o.o. zaprezentował rzeczywistą charakterystykę promieniowania anten, czy też jedynie wytłumienia wymagane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Wymóg taki zawarty był w pkt. 3 str. 2 oraz załącznik nr 1A str. 16 SIWZ.

Odwołujący badając kwestię charakterystyki promieniowania anten zaoferowanych przez BCAST Sp. z o.o. zwrócił się do producenta anten: spółki pod firmą TESLA SA (spółka

prawa handlowego Republiki Czech). Przedstawiona przez TESLA SA antena pracująca na założonych przez Zamawiającego parametrach emisji, nie była w stanie osiągnąć charakterystyki zaoferowanej przez BCAST Sp. z o.o. Po nałożeniu na antenę wytłumień wymaganych przez Prezesa UKE, charakterystyka anteny stała się poszarpana i nie prezentowała wytłumień równych 0,0 dB. W ocenie Odwołującego, istotne wątpliwości związane z poruszonymi aspektami charakterystyki anten, powinny skłonić Zamawiającego do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wezwania BCAST Sp. z o.o. do złożenia stosownych wyjaśnień. Bez złożenia takich wyjaśnień należy domniemywać, iż oferowana usługa nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca BCAST Sp. z o.o.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił Wykonawca Arkena Sp. z o.o. Izba nie rozpatrywała podniesionych w treści przystąpienia dodatkowych zarzutów przez tego Wykonawcę (np. braku przedstawienia w ofercie Wykonawcy BCAST sp. z o.o. innych niż wymienione w treści odwołania dokumentów, czy błędu w obliczeniu ceny). Zarzuty Wykonawca miał możliwość przedstawić we wniesionym samodzielnie odwołaniu. Wykonawca Arkena Sp. z o.o. nie zdecydował się na wniesienie odwołania. W postępowaniu odwoławczym Izba jest związana wyłącznie zarzutami, które zostały podniesione w odwołaniu. Jakikolwiek podnoszone dodatkowe zarzuty, nie wskazane w odwołaniu, zgodnie z treścią art. 192 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów, miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W trakcie rozprawy Odwołujący podtrzymał stanowisko wyrażone w odwołaniu. Dodatkowo wskazał nowe okoliczności. Podniósł, że wykonawca BCAST Sp. z o.o. oświadczył w ofercie, że będzie realizował zamówienie przy wykorzystaniu obiektu budowlany Lublin-Wrotków. Wysokość zawieszenia anteny wskazana została jako 151 m n.p.m. Obiekt ten od ok 2013r. znalazł się w strefie ograniczonej, w związku z tym jest to obiekt, którego nie można ani rozbudować, ani nadbudować. Wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa nie jest możliwe instalowanie jakichkolwiek obiektów lub też nadbudowywanie powyżej w sytuacji, gdy mamy do czynienia z obiektem w strefie ograniczonej. Jako dowód przedstawił wydruk z Wikipedii, w tym listę kominów mierzących co najmniej 150 m. W wydruku zawarto informację, że obiekt komin elektrociepłowni Lublin – Wrotków ma wysokość 150 m. Jest to sprzeczne z danymi podanymi w ofercie BCAST Sp. z o.o., gdzie wskazano, że antena zostanie umieszczona na wysokości 151 m. Odwołujący w związku z powyższym wskazał, że umieszczając antenę na wysokości 150 m, a więc na wysokości zgodnej z danymi rzeczywistymi, nie będzie możliwe osiągnięcie parametru wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ, to jest uzyskanie zasięgu powierzchniowego min. 95% obszaru. Odwołujący wyjaśnił, że różnica 1 m wpłynie na zmniejszenie przenikliwości fal radiowych o ok. 15-20% z uwagi na oddziaływanie konstrukcji żelbetonowej.

Należy podnieść, że Odwołujący nie sformułował takiego zarzutu w treści odwołania. Brak postawienia zarzutu w odwołaniu powoduje, że pozostali uczestnicy postępowania odwoławczego nie mogli przedstawić twierdzeń i dowodów, odnoszących się do tego zarzutu. Ponadto Izba nie może rozpatrywać odwołania w zakresie zarzutów, które nie były ujęte w odwołaniu. Nawet gdyby uznać, że podniesione przez Odwołującego w trakcie rozprawy okoliczności wpisują się w zarzut niespełnienia przez BCAST Sp. z o.o. wymogów SIWZ, to i tak w ocenie Izby, podnoszone okoliczności są bezzasadne. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie są prawdziwe twierdzenia Odwołującego co do wysokości masztu. Izba uznała za wiarygodne twierdzenie Przystępującego BCAST Sp. z o.o., że na stronie oficjalnej stronie internetowej Urzędu Lotnictwa Cywilnego www.ulc.gov.pl w zakładce dotyczącej aktualności oraz serwisu map, znajduje się informacja, zgodnie z którą komin elektrociepłowni Lublin-Wrotki ma wysokość 156 m. Dane podawane przez Urząd Lotnictwa Cywilnego na oficjalnej stronie internetowej tego Urzędu, muszą opierać się na dokumentacji. Dowód ten jest zatem wiarygodny, w przeciwieństwie do wydruku ze strony internetowej Wikipedii, w której zamieszczane są informacje, których źródło pochodzenia jest nieznane, a autorzy anonimowi. Przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci danych zawartych w portalu Wikipedia trudno uznać za wiarygodny. Dane zawarte w Wikipedii mogą zostać wprowadzone lub zmienione przez każdego zainteresowanego, są to bowiem dane, do których ma dostęp każdy użytkownik internetu i każdy użytkownik może

wprowadzić w nich zmiany. Tym samym informacje zawarte w portalu Wikipedia nie mają znamion danych podawanych przez osoby dysponujące rzeczywistą i fachową wiedzą na określony temat. Co więcej, dane te umieszczane są anonimowo, stąd też nie ma możliwości ustalenia, kto jest autorem danych umieszczonych w Wikipedii. Podkreślić należy, że Odwołujący nie zaprzeczył, że wysokość komina wynosi 150m, zaś na kolejnych 6 m wysokości znajdują się właśnie instalacje antenowe. Stąd należy uznać, że istnieje możliwość zawieszenia anteny na 151 m komina elektrociepłowni, a tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego BCAST sp. z o.o. nie spełnia wymogu SIWZ określonego w pkt. 3 na str. 2, tj. aby osiągnąć zasięg powierzchniowy emisji z takiego obiektu (określanego jako równoważny) zawierał co najmniej 95% obszaru zasięgu powierzchniowego wynikającego z parametrów technicznych obiektów nadawczych umiejscowionych w lokalizacjach podanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Odwołujący podnosił również dopiero w trakcie rozprawy, że w treści oferty Przystępującego BCAST Sp. z o.o. wskazano błędną rzędną terenu w wysokości 194m. Zdaniem Odwołującego, jeśli jest tak, jak twierdzi Przystępujący BCAST Sp. z o.o., że wysokość komina wynosi 156m, a z treści oferty Przystępującego BCAST Sp. z o.o. wynika, że antena zostanie zamieszona na wysokości 151m, to nie jest prawidłowo podana wartość rzędnej terenu jako 194m – zdaniem Odwołującego powinna to być wysokość 190m. Zdaniem Odwołującego, każda z tych danych ma podstawowe znaczenie, gdyż wpływa na ocenianą przez Zamawiającego wartość w postaci obszaru zasięgu powierzchniowego. Izba wzięła jednak pod uwagę fakt, że zgodnie z treścią SIWZ, wartości rzędnych terenu przyjmowane miały być z danych wynikających z określonego przez Zamawiającego oprogramowania. W punkcie 3 SIWZ Zamawiający zawarł następujące stwierdzenie: *„Do obliczeń porównawczych, dla obiektów określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ, przyjmowane będą wartości rzędnych terenu na podstawie danych wynikających z zaimplementowanego w oprogramowaniu ATDI ICS Designer cyfrowego modelu terenu, o którym mowa powyżej.”* Powyższe postanowienie SIWZ jednoznacznie potwierdza, że podana przez Odwołującego rzędna terenu nie miała wpływu na wynik, z uwagi na fakt, że rzędna terenu zostanie wpisana przez Zamawiającego na podstawie danych wynikających z zaimplementowanego w oprogramowaniu ATDI ICS Designer cyfrowego modelu terenu. Zatem rzędna terenu zostanie określona przez Zamawiającego na podstawie danych nie pochodzących od Wykonawców. Tym samym bezzasadny okazał się zarzut Odwołującego co do błędnego sformułowania rzędnych terenu przez Przystępującego BCAST Sp. z o.o., a zatem brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta tego Wykonawcy nie spełnia wymogu SIWZ określonego w pkt. 3 na str. 2, tj. aby osiągnąć zasięg powierzchniowy emisji z takiego obiektu

(określanego jako równoważny) zawierał co najmniej 95% obszaru zasięgu powierzchniowego wynikającego z parametrów technicznych obiektów nadawczych umiejscowionych w lokalizacjach podanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Izba nie rozpatrywała stwierdzenia Odwołującego, co do okoliczności, że Zamawiający powinien wykluczyć Wykonawcę BCAST Sp. z o.o. jako wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające, bądź mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Izby, powyżej wskazane stwierdzenie nie stanowi zarzutu. Po pierwsze, Odwołujący nie wskazał w treści odwołania żadnej okoliczności faktycznej, na której oparte zostałyby twierdzenie o przedstawieniu nieprawdziwych informacji. Brak wskazania okoliczności faktycznych w odwołaniu sprawia, że powyższe zdanie, nie poparte żadną okolicznością faktyczną, opisanym stanem faktycznym, nie może być rozumiane jako zarzut. Odwołujący nie wskazał także podstawy prawnej, stanowiącej podstawę potencjalnego wykluczenia z postępowania wykonawcy BCAST Sp. z o.o. z uwagi na podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji.

Odwołujący również w trakcie rozprawy nie sformułował takiego zarzutu. Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym Izba uznając, że zarzut nie został sformułowany, nie była uprawniona do orzekania co do okoliczności braku wykluczenia wykonawcy BCAST Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji.

Izba za bezzasadny uznała zarzut nie spełnia przez Wykonawcę BCAST sp. z o.o. wymogu SIWZ określonego w pkt. 3 na str. 2, tj. aby osiągnąć zasięg powierzchniowy emisji z takiego obiektu (określanego jako równoważny) zawierał co najmniej 95% obszaru zasięgu powierzchniowego wynikającego z parametrów technicznych obiektów nadawczych umiejscowionych w lokalizacjach podanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Podstawową kwestią dla rozstrzygnięcia zarzutu podniesionego w odwołaniu ma okoliczność, że Zamawiający zgodnie z pkt. 3 SIWZ zawarł postanowienie, zgodnie z którym: *„W przypadku oferowania świadczenia usług z obiektów równoważnych, w celu potwierdzenia, że oferowane z tych obiektów usługi spełniają określone powyżej wymogi, Zamawiający dokona porównania zasięgu pokrycia powierzchniowego dla obiektu nadawczego określonego przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ i obiektu równoważnego proponowanego przez wykonawcę. W wyniku porównania, Zamawiający określi jaki procent obszaru zasięgu powierzchniowego, wynikającego z parametrów*

technicznych obiektu nadawczego, umiejscowionego w lokalizacjach podanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ, zawiera zasięg powierzchniowy wynikający z parametrów technicznych obiektu równoważnego proponowanego przez wykonawcę. Przedmiotowe porównanie zostanie przeprowadzone w oparciu o obliczenia propagacyjne natężenia pola elektromagnetycznego przeprowadzone przy wykorzystaniu oprogramowania ATDI ICS Designer wersja 3.4.9 z dnia 20.02.2014 r., dla modelu ITU-R P.525 dla 50% czasu i 50% miejsc, bez zakłóceń, dla sygnału stereofonicznego, wartości natężenia pola określonej w kolumnie „Natężenie pola {dBuV/m}” Załącznika 1A do SIWZ, dla anteny odbiorczej: dipol A/2 (75Q) dla wysokości zawieszenia 10 m n.p.t., promienia 100 km. z wykorzystaniem zaimplementowanego w programie cyfrowego modelu terenu DEM dla rozdzielczości WOm x IOOm (5Om x 5Om, DTM resampling/reduction factor: 2), dla terytorium Polski z ograniczeniem do linii brzegowej w oparciu o kontur „Kontur PL.yec”. Do obliczeń porównawczych, dla obiektów określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ. przyjmowane będą wartości rzędnych terenu na podstawie danych wynikających z zaimplementowanego w oprogramowaniu ATDI ICS Designer cyfrowego modelu terenu, o którym mowa powyżej. Do obliczeń porównawczych Zamawiający przyjmie następującą konfigurację programu: (...).”

Należy wskazać, że Zamawiający wyraźnie zastrzegł w treści SIWZ, że dokona sprawdzenia treści ofert i porównania ofert wykonawców w oparciu o jeden i ten sam program (Wymieniony w SIWZ). Odwołujący powołał się natomiast na badania wykonane przez siebie (Dział Radiodfuzji EmiTel). Opracowanie to powstało w oparciu o inne oprogramowanie niż określone przez Zamawiającego. Powyższe, w ocenie Izby, nie może stanowić dowodu na okoliczność niezgodności oferty Wykonawcy BCAST Sp. z o.o. z treścią SIWZ, gdyż zostało przeprowadzone w sposób nie odpowiadający treści SIWZ, tj. w oparciu o inny program niż wskazany w SIWZ. Przyjęta metodologia pomiaru wpływa na jego wynik. Stąd też pomiary przeprowadzone w sposób inny niż przewidywał to Zamawiający, nie mogą stanowić wiarygodnego dowodu na okoliczność niespełnienia wymagania SIWZ w zakresie parametru zasięgu sygnału. Należy podkreślić, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie może zmieniać sposobu oceny ofert (na inny niż wskazany w SIWZ), gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, zgodnie z którym wykonawca BCAST Sp. z o.o. miał nie przedstawić wymaganej przez Zamawiającego w pkt. 3 SIWZ charakterystyki systemu antenowego, w pierwszej kolejności należy wskazać, że w trakcie rozprawy Odwołujący podtrzymał powyższy zarzut. Zgodnie z argumentacją Odwołującego, podniesioną w trakcie rozprawy, wymóg przedstawienia charakterystyki został sformułowany na str. 2 i wyrażony

słowami: „przez obiekt równoważny należy rozumieć obiekt nadawczy o innych parametrach technicznych niż wskazane przez Zamawiającego, w zakresie: długości geograficznej, szerokości geograficznej, rzędnej terenu, wysokości zawieszenia anteny, charakterystyki systemu antenowego, oraz - w przypadku emisji o mocy promieniowania (ERP max) do 1 kW włącznie - maksymalnej mocy promieniowania, nie większej jednak niż dwukrotność mocy podanej w Załączniku nr 1 do SIWZ".

Możliwość zaoferowania świadczenia usług z obiektu równoważnego obwarowana została spełnieniem następujących wymogów: wymogu, aby zasięg powierzchniowy obiektu równoważnego zawierał co najmniej 95% obszaru zasięgu powierzchniowego wynikającego z parametrów technicznych obiektów nadawczych umiejscowionych w lokalizacjach podanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ, wymogu, aby emisja z obiektu równoważnego uwzględniała wymagane wytlumienia charakterystyki anteny nadawczej przewidywane przez Urząd Komunikacji Elektronicznej (UKE). Dodatkowo w świetle treści Załącznika nr 1A do SIWZ Zamawiający wymagał przedstawienia tylko poziomej charakterystyki systemu antenowego oraz wymagał aby w przypadku, charakterystyki kierunkowej wykonawcy podali wytlumienia rastrem co 10°.

W ocenie Odwołującego, wytlumienia wskazane przez Przystępującego BCAST Sp. z o.o. w tabeli nr 1 i 2 nie są wystarczające. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca ten powinien w ofercie przedstawić informację, jaka ilość energii zostanie realnie oddana do otoczenia. Na podstawie tych danych będzie możliwe dopiero określenie realnego zasięgu obiektu. Odwołujący wyjaśnił, że przedstawienie samego wytlumienia (a więc samego wymogu administracyjnego, bez wartości mocy emitowanej), jest niezgodne z treścią SIWZ.

W ocenie Izby powyższy zarzut jest bezzasadny. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, Zamawiający nie wymagał rzeczywistej charakterystyki systemu antenowego. Brak jest takiego określenia w treści SIWZ. Gdyby takie wymaganie postawił, musiałby dodatkowo oczekiwać przedstawienia projektów i innych danych wskazujących na taką charakterystykę rzeczywistą. Należy mieć także na uwadze fakt, że system antenowy stanowi produkt, który dopiero powstanie. Izba zauważyła, że nie było także wykluczone w treści SIWZ przedstawienie określonych założeń. Nie zostały przedstawione żadne dowody, które potwierdzałyby stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym osiągnięcie założeń przedstawionych w charakterystyce w ofercie Wykonawcy BCAST sp. z o.o. nie jest możliwe. Należy podkreślić, że w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości i nieścisłości w treści SIWZ, nie należy obciążać nimi wykonawców składających ofertę w postępowaniu.

W ocenie Izby złożona przez Wykonawcę BCAST sp. z o.o. charakterystyka nie jest niezgodna z treścią SIWZ. Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający nie sformułował szczegółowych wymagań w zakresie przedstawienia charakterystyki, w tym wymagania, aby emisja z obiektu równoważnego uwzględniała rzeczywistą charakterystykę systemu antenowego. Nie zostały również sformułowane (poza wymogiem uwzględnienia wytlumień

wymaganych przez UKE oraz w przypadku kierunkowej charakterystyki wymogiem podania wytlumień z rastrem co 10°) szczegółowe wytyczne w zakresie sposobu przedstawienia charakterystyk systemów antenowych. W treści SIWZ, w tym w treści pkt. 3 SIWZ, Załącznika nr 1 do SIWZ i Załącznika nr 1A do SIWZ, brak jest jakichkolwiek zapisów, innych niż wymienione powyżej, mówiących o tym jakie elementy należy uwzględnić przy określaniu charakterystyk systemów antenowych. Ponownie należy podkreślić, że w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości i nieścisłości w treści SIWZ, nie należy obciążać nimi wykonawców składających ofertę w postępowaniu. W szczególności, gdy Zamawiający nie określił szczegółowych wymagań w tym zakresie, nie można na obecnym etapie żądać dodatkowych szczegółowych parametrów i dokumentów.

Tym samym należało stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty Wykonawcy BCAST sp. z o.o. z treścią SIWZ. Przystępujący BCAST sp. z o.o. przedstawił charakterystykę systemu antenowego, która nie jest niezgodna z wymaganiami SIWZ.

Z tego względu brak było także konieczności wyjaśniania okoliczności w zakresie złożonej oferty, skoro przedstawione zostały dokumenty wymagane przez Zamawiającego. Nietrafny zatem okazał się także zarzut zaniechania wyjaśnień treści oferty Wykonawcy BCAST sp. z o.o.

Izba uznała za niemającą znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy przedstawioną przez Odwołującego jako dowód informację z Urzędu Miasta Lublin, zgodnie z którą Urząd ten nie wydawał pozwoleń na budowę i nie otrzymał zgłoszenia zamiaru wykonania robót budowlanych, związanych z realizacją anten na przedmiotowym kominie. Przede wszystkim nie wskazano, na jaką okoliczność został powołany ww. dowód. Żadna okoliczność w tym zakresie nie została przedstawiona w odwołaniu. Pismo to nie wykazuje, aby system antenowy zaoferowany przez Przystępującego BCAST Sp. z o.o. nie spełniał wymogów SIWZ w zakresie min. 95% obszaru zasięgu powierzchniowego wynikającego z parametrów technicznych obiektów nadawczych umiejscowionych w lokalizacjach podanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ. Podkreślenia wymaga także fakt, że przedmiotowa instalacja antenowa stanowi produkt, który może dopiero powstać. Zamawiający nie wymagał, aby na dzień złożenia ofert przez wykonawców, zaoferowane przez nich systemy antenowe fizycznie już istniały.

Na marginesie Izba zauważa, że inni wykonawcy, w tym Przystępujący po stronie Odwołującego Arkena sp. z o.o. również planowali umieszczenie anteny na kominie elektrociepłowni Lublin – Wrotków. Dlatego informacja dotycząca braku decyzji o pozwoleniu na budowę i braku zgłoszenia zamiaru wykonania robót, dotyczy także tych wykonawców.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka. W gestii strony leży przedstawienie oceny czynności Zamawiającego, polegających na badaniu

spełnienia wymagań SIWZ. Odwołujący nie wykazał istnienia żadnych okoliczności szczególnych, jakie miałby potwierdzić świadek. Ocena niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie jest żadną okolicznością szczególną, której istnienie mogłoby zostać wykazane wyłącznie zeznaniami świadka.

Z analogicznych względów oddalony został przez Izbę wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Oddalając ten wniosek, Izba wskazała okoliczności podobne, jak przy oddaleniu wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, jak również Izba wzięła pod uwagę fakt, że na okoliczność zasięgu systemu antenowego Odwołujący powoływał dowód z przeprowadzonych przez siebie badań. Był to dowód załączony do odwołania. Przedstawianie dodatkowych dowodów w tym zakresie zmierzałoby w ocenie Izby do bezzasadnego przedłużenia postępowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....