

Sygn. akt: KIO/1100/10

WYROK

z dnia 23 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 czerwca 2010 r. przez **TP EmiTel Sp. z o.o., ul. Pilotów 4c, 31-462 Kraków** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Polskie Radio S.A., Al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie odpowiednich zmian treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tak aby zawarty w niej opis przedmiotu zamówienia uwzględniał wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w Specyfikacji w szczególności zawarta została informacja o:
 - 1) posiadanych obecnie przez Zamawiającego decyzjach o rezerwacji częstotliwości i określonych w nich parametrach świadczenia usługi,
 - 2) trybie realizacji umowy, w przypadku, gdy Zamawiający nie uzyska przed dniem 1 października 2010 r. nowych decyzji o rezerwacji częstotliwości oraz przeprowadzenia innych niezbędnych procedur, o ile ich przeprowadzenie jest wymagane przepisami prawa,
 - 3) ukształtowaniu zasad rozliczenia poniesionych przez Wykonawcę kosztów, dostosowania posiadanej przez niego infrastruktury do stanu zapewniającego

spełnianie parametrów określonych w załączniku nr 1 do SIWZ, w przypadku gdy Zamawiający uzyska ostateczną decyzję o rezerwacji częstotliwości określającą parametry świadczenia usługi w trakcie obowiązywania umowy w innych wielkościach niż określone w załączniku nr 1 do SIWZ, a dodatkowo także ukształtowaniu zasad rozliczenia poniesionych przez Wykonawcę kosztów wpływających z każdej kolejnej zmiany powołanych decyzji w zakresie ukształtowania parametrów określonych w uzyskanych poprzednio w trakcie obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego decyzjach o rezerwacji częstotliwości.

2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **TP EmiTel Sp. z o.o., ul. Pilotów 4c, 31-462 Kraków,**
3. zasądza koszty postępowania od **Polskiego Radia S.A., Al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa** na rzecz **TP EmiTel Sp. z o.o., ul. Pilotów 4c, 31-462 Kraków.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie usługi emisji programów Polskiego Radia w zakresie UKF w Ostrołęce”, zostało wszczęte przez Polskie Radio S.A., zwaną dalej: „Zamawiającym”, w dniu 26 maja 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej. W tym samym dniu ukazało się ono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 100-152226).

W dniu 2 czerwca 2010 r. Wykonawca: TP EmiTel Sp. z o.o., zwany dalej Odwołującym, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) opublikowanej przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 26 maja 2010 r.

Zgodnie z argumentacją prezentowaną przez Wykonawcę w odwołaniu Zamawiający dokonał naruszenia 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, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z powołaną ustawą. Odwołujący podnosił, iż:

- 1) w załączniku nr 1 do SIWZ: Tabela 1 i Tabela 2 kolumna pkt. „Pozioma charakterystyka promieniowania” (tu dopisek Zamawiającego) „Ostateczny kształt charakterystyki promieniowania zostanie określony przez Urząd Komunikacji Elektronicznej (UKE) przy zmianie Decyzji rezerwacji częstotliwości”, w ocenie Odwołującego narusza art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 ze zm.), w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad współzycia społecznego tzw. zasadę słuszności kontraktowej,
- 2) w załączniku nr 1 do SIWZ: Tabela 1 wiersz 1-4 i Tabela 2 kolumna pkt. „ERP max [kw]” tu w brzmieniu (1) „10”, (2) „5”, (3) „10”, w ocenie Odwołującego narusza

art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp. oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego, w związku z art. 14 ustawy Pzp, zważywszy, że Zamawiający zamierza ukształtować postanowienia przyszłej umowy o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niedozwolony, jako że treść zobowiązania naruszać będzie przepisy prawa powszechnie obowiązującego tj. ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 roku Nr 273, poz. 2703) a w szczególności art. 115 ust. 1 i 2 oraz art. 145 ust. 4,

- 3) w załączniku nr 1 do SIWZ: Tabela 2 w całości w ocenie Odwołującego narusza art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp. oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego, w zw. z art. 14 Pzp zważywszy, że Zamawiający zamierza ukształtować postanowienia przyszłej umowy o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niedozwolony, jako że treść zobowiązania naruszać będzie przepisy prawa powszechnie obowiązującego tj. ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo telekomunikacyjne, a w szczególności art. 115 ust. 1 i 2 oraz art. 145 ust. 4

Odwołujący podnosząc wskazane powyżej zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w przywołanym powyżej zakresie.

Odwołujący uzasadniając pierwszy z podniesionych przez siebie zarzutów podnosił, iż zamieszczenie w Załączniku 1 do SIWZ pod ujętymi w nim tabelami następującego zapisu „*Ostateczny kształt charakterystyki promieniowania zostanie określony przez UKE przy zmianie Decyzji rezerwacji częstotliwości*” powoduje, że zobowiązanie Wykonawcy wynikające ze złożonej przez niego oferty obejmować będzie charakterystykę częstotliwości wskazaną w powołanych tabelach, ale także nieznaną mu w chwili składania oferty. Tym samym zakres usługi zależy od zdarzenia przyszłego i niepewnego (ewentualnej decyzji Prezesa UKE), a żaden z Wykonawców nie ma wystarczających przesłanek do dokonania rzetelnej i adekwatnej wyceny oferowanego świadczenia. Odwołujący wskazywał, iż ewentualna zmiana określona kwestionowanym zapisem będzie miała zasadniczy wpływ na realizację zamówienia. Rodzi ona bowiem konieczność zakupu nowych systemów antenowych, przebudowy konstrukcji wsporczych i wyłączenia emisji w czasie modernizacji lub budowy nowych anten nadawczych. Odwołujący wskazywał, iż takich okoliczności nie przewidziano w SIWZ. Dlatego też, w jego opinii, Wykonawcy zmuszeni będą do poniesienia niemożliwych do oszacowania w chwili obecnej kosztów. Może to prowadzić do znacznych strat po ich stronie związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia,

ponieważ za określoną w ofercie cenę będą musieli świadczyć usługę wymagającą znacznie większego nakładu pracy i środków finansowych. Odwołujący podnosił, iż nieznana jest perspektywa czasowa umożliwiająca ustalenie Wykonawcom właściwych parametrów usługi, a zmiany sposobu świadczenia usługi nie zostały przewidziane w SIWZ. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, iż Zamawiający powinien prawidłowo przygotować postępowanie, w tym opisać przedmiot zamówienia. Tymczasem dopuścił on możliwość dokonywania zmian umowy po jej podpisaniu. Zamawiający w takim przypadku w oderwaniu od warunków postępowania będzie ustalał inne zasady świadczenia usługi. Spowoduje to, że zmieni się treść zobowiązania umownego. Dlatego też może stać się przyczyną nieporównywalności ofert Wykonawców. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż ewentualne postępowanie administracyjne przed prezesem UAE prowadzone będzie na wniosek Zamawiającego. Zatem jeśli Zamawiający przewiduje wprowadzenie zmian i złożenie odpowiedniego wniosku do Prezesa UAE, to powinien przedstawić te założenia również w SIWZ.

Argumentację odnoszącą się do zarzutów drugiego i trzeciego Odwołujący przedstawił łącznie. Wskazywał on, iż do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia konieczne będzie uzyskanie pozwolenia radiowego. Podnosił również, iż Zamawiający dysponuje obecnie decyzjami rezerwacji częstotliwości o innych niż określone w SIWZ parametrach. Zgodnie z twierdzeniami Odwołującego decyzje te odnoszą się do obiektu w lokalizacji wskazanego w tabeli 1, a obiekt wskazany w tabeli 2 jest własnością podmiotu trzeciego, stąd realnie tylko on będzie mógł świadczyć tę usługę. Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający nie powinien wychodzić poza ramy określone w posiadanych decyzjach. Podnosił, iż Zamawiający obecnie nie dysponuje decyzją rezerwacyjną na obiekt wskazany w tabeli nr 2, brak pewności, że decyzję taką uzyska, a nawet jeśli tak się stanie, to nie jest pewne czy będzie ona odpowiadała opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ. Koniecznym w takim przypadku będzie, w opinii Odwołującego, sporządzenie raportu o oddziaływaniu na środowisko. Wskazane przez Odwołującego argumenty, uzasadniają wystarczająco twierdzenie, iż SIWZ zawiera w sobie sprzeczne postanowienia, szczególnie wobec faktu, iż posiadane przez Zamawiającego decyzje nie dopuszczają świadczenia usług emisji z tak dużą mocą, która została określona w załączniku nr 1 do SIWZ.

Zamawiający na rozprawie wniósł odpowiedź na odwołanie. Twierdził on w niej, iż zawarł w SIWZ precyzyjną charakterystykę dwóch obiektów nadawczych,

których parametry są porównywalne i zapewniające porównywalne pokrycie powierzchniowe i ludnościowe. Wyjaśnił, iż opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w oparciu o informacje uzyskane z UKE. Ponadto została dopuszczona możliwość świadczenia usługi z obiektów równoważnych wskazanym w załączniku nr 1 do SIWZ. Dlatego też, w opinii Zamawiającego, uwzględnił on zasady konstruowania opisu przedmiotu zamówienia określone w ustawie Pzp. Wobec czego uznał, że zarzuty dotyczące braku znajomości wszystkich parametrów technicznych, braku wystarczających przesłanek dokonania rzetelnej i adekwatnej wyceny oraz nieznanego ostatecznego zakresu przedmiotu zamówienia należy uznać za niezasadne. Wyjaśnił, iż znany jest też termin rozpoczęcia świadczenia usługi na warunkach określonych w SIWZ – to 1 października 2010 r. Wyjaśnił, że nielogicznym byłoby określanie parametrów w SIWZ w sposób zaspokajający jego potrzeby, a następnie kierowanie do UKE wniosków powodujących ukształtowanie powołanych parametrów w inny sposób. Dlatego też niezasadny w jego opinii jest zarzut przeniesienia ustalenia ostatecznych parametrów usługi na etap po podpisaniu umowy. Nadrzędnym celem, który przyświeca działaniu Zamawiającego jest zapewnienie słuchalności na największym obszarze przez jak największą liczbę osób.

Zamawiający wyjaśniał również, że powstanie nowego obiektu nadawczego jest procesem długotrwałym, a każdy z etapów, w tym dokonanie oceny oddziaływania na środowisko, jest czasochłonny. Wskazywał dalej, iż już w decyzji Prezesa UKE zawarte jest zastrzeżenie, iż techniczne warunki rozpowszechniania programów mogą zostać zmienione. Zwrócił również uwagę na fakt, iż parametry określone przez niego w SIWZ są parametrami docelowymi. Potwierdził on słuszność twierdzeń Odwołującego, iż dostosowanie infrastruktury do stanu spełniającego wymagania SIWZ wymaga poniesienia nakładów finansowych, zaprzeczył jednak tezie, iż Odwołujący, kierując się treścią SIWZ, nie byłby w stanie oszacować ceny i uwzględnić ewentualnych i koniecznych do poniesienia kosztów, szczególnie w przypadku, gdy parametry określone w SIWZ są już znane.

Zamawiający twierdził, iż żaden przepis prawa nie zobowiązywał go do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia dopiero po uzyskaniu ostatecznej decyzji o rezerwacji częstotliwości, a także nie nakazuje mu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z parametrami technicznymi w posiadanych już decyzjach. Podnosił on, iż istotą powołanych decyzji jest przyznanie częstotliwości, a nie określenie parametrów technicznych, które mogą potem ulec zmianie. Możliwe jest świadczenie usługi w oparciu o uzyskane przez operatora pozwolenie radiowe, do uzyskania którego nie jest niezbędne wydanie decyzji o rezerwacji częstotliwości.

Zamawiający wykazywał, iż nie jest koniecznym sporządzenie raportu o oddziaływaniu na środowisko, ponieważ w przypadku opisanym w SIWZ, prowadzący instalację lub użytkownik urządzenia są zobowiązani do wykonania odpowiednich pomiarów dopiero po rozpoczęciu użytkowania instalacji, a także każdorazowo przy zmianie warunków pracy instalacji.

Ponadto Zamawiający zauważył, iż do wprowadzenia ewentualnych zmian w treści zawartej już umowy, konieczna jest zgoda obu stron, które ją podpisały. Zatem niemożliwe jest jednostronne ukształtowanie przez Zamawiającego zobowiązania w sposób odmienny od określonego w ofercie najkorzystniejszej.

Zamawiający na rozprawie przed Izbą, na pytanie Przewodniczącego, wyjaśnił, iż w świetle prawa byłoby możliwe świadczenie usługi na podstawie decyzji o rezerwacji częstotliwości dopuszczającej wyższą maksymalną skuteczność promieniowania, aniżeli określona w obecnie obowiązujących decyzjach, a tym samym w wielkościach, które obecnie są dopuszczone i stosowane. Tym samym mogłaby zostać zachowana ciągłość nadawania programu.

Zamawiający wyjaśnił, iż zakładał, w chwili przygotowywania dokumentacji postępowania, w tym SIWZ, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego, zawarta w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie, zawarta zostanie w terminie, który umożliwi uzyskanie Zamawiającemu decyzji o zmianie decyzji o rezerwacji częstotliwości, które obecnie są w jego posiadaniu, tak aby w dniu 1 października 2010 r., tj. w dniu, w którym umowa ta miałaby wejść w życie, obowiązywała już nowa decyzja o rezerwacji częstotliwości dopuszczająca nadawanie sygnału o parametrach określonych w SIWZ. Uzupełniając tę wypowiedź dodał, iż uwzględniał także możliwość zawarcia umowy w terminie, który uniemożliwiłby uzyskanie odpowiednich decyzji z odpowiednim wyprzedzeniem, tj. przed 1 października 2010 r. W takim przypadku zakładał emisję sygnału zgodną z dotychczas posiadanymi decyzjami o rezerwacji częstotliwości.

Zamawiający wyjaśnił, na pytanie Przewodniczącego, iż w przypadku, gdy data zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego uniemożliwiłaby Zamawiającemu uzyskanie decyzji o rezerwacji częstotliwości na parametrach opisanych w SIWZ Wykonawca powinien uwzględnić ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej, podobnie jak Zamawiający. Muszą się oni bowiem liczyć z ryzykiem gospodarczym związanym z tego rodzaju działalnością. Wskazywał, iż nadawanie na podstawie obecnie obowiązującej decyzji

sygnału o częstotliwości w niej wskazanych powinno zostać zawieszona na okres przebudowy infrastruktury operatora. Wyjaśnia, iż zgodnie z §. 6 wzoru umowy ust. 2 wykonawca otrzymywałby wynagrodzenie tylko za efektywny czas emisji, zaś zgodnie z regulaminem współpracy technicznej, który stanowi zał. nr 1 do wzoru umowy (§. 2 ust. 5 lit. f) do efektywnego czasu emisji nie zalicza się czasu przerw spowodowanych decyzjami Prezesa UKE. Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż oczywistym jest, że wobec faktu, iż zawieszenie emisji na czas przebudowy infrastruktury w takim przypadku spowodowane byłoby przyczynami leżącymi po stronie Zamawiającego, Wykonawca nie ponosiłby w takim przypadku negatywnych konsekwencji z uwagi na nierealizowanie w tym czasie usługi.

Zamawiający przedłożył Izbie dwa dokumenty pochodzące z UKE, z dnia 15 stycznia i 18 czerwca 2010 r. Jego zdaniem, pisma te potwierdzają jednoznacznie, iż wskazane w SIWZ parametry, zostaną zawarte w wydanych w przyszłości nowych decyzjach, jako że uzgodnione one zostały z UKE w okresie przed ogłoszeniem postępowania.

Wyjaśnił również, iż kwestionowany przez Odwołującego w pierwszym zarzucie zapis w zał. nr 1 do SIWZ odnosi się do poziomej charakterystyki promieniowania, która to zmieniona może być jedynie przy zakłóceniach.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) i 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. Nr 41, poz. 238) w brzmieniu nowym – po wejściu w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdzając powyższe, nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający podnosił, iż przedstawione wraz z odwołaniem pełnomocnictwo dla pana Piotra S., który podpisał odwołanie w imieniu TP EmiTel Sp. z o.o., nie upoważnia w sposób prawidłowy pana S. do wniesienia tegoż odwołania. Wskazywało ono w swej treści, iż jest on upoważniony do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, podczas gdy zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby. Tym samym, w opinii Zamawiającego, pełnomocnictwo wskazywało inny organ od tego, który wskazany jest w powołanym przepisie ustawy, dlatego też odwołanie to zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, wobec czego powinno zostać odrzucone. Zamawiający twierdził, iż osoba, która podpisała odwołanie, przekroczyła tym samym pełnomocnictwo jej udzielone.

W ocenie Izby nie istniały przeszkody ku temu, aby uznać, iż pan Piotr S. posiadał umocowanie do wniesienia odwołania w imieniu TP EmiTel Sp. z o.o. Izba uznała, iż skoro zgodnie z art. 172 ust. 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza została utworzona do rozpoznawania odwołań, a Prezes jest jednym z trzech organów Izby, to pomimo regulacji art. 180 ust. 4 ustawy Pzp, iż odwołania wnosi się do Prezesa Izby, nie ma podstaw do uznania, iż pełnomocnictwo upoważniające do wniesienia odwołania do Izby, a nie zgodnie z treścią powołanego art. 180 ust. 4, do Prezesa Izby, jest wystawione wadliwie.

Izba stwierdziła w dalszej kolejności, iż wypełniona została przesłanka interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną

za zgodność z oryginałem, a w szczególności: SIWZ, a ponadto treść odwołania i odpowiedzi na nie oraz pism składanych przez strony w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisany powinien zostać przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia, w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie, nie jest sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Zgodnie z ustaleniami Izby Zamawiający nie uwzględnił w nim wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przez zainteresowanych Wykonawców.

W ocenie Izby za tak przyjętym stanowiskiem przemawia fakt, iż z treści SIWZ kwestionowanej przez Odwołującego nie wynika w sposób jednoznaczny to, że od dnia 1 października 2010 r. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, świadczył będzie usługę o parametrach określonych w załączniku 1 do SIWZ. Kwestionowany przez Odwołującego w pierwszym zarzucie zapis znajdujący się pod tabelami, poprzez swoją wieloznaczność i duży stopień niedookreślenia, jest mylący i może wprowadzać Wykonawców w błąd. W ocenie Izby analiza treści powołanego zapisu, nie daje podstaw do uznania, twierdzenia Zamawiającego, iż odnosi się on do poziomej charakterystyki promieniowania, która to zmieniona może być jedynie w przypadku zakłóceń. Nawet jeśli zamiarem Zamawiającego było, aby zapis ten wyrażał wskazywaną na rozprawie przez Izbę zakres znaczeniowy, to z literalnego jego brzmienia, nie można wywieść takiej treści. Izba uznała, kierując się regulacją przywołanego powyżej art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, iż Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny.

Kolejnym argumentem, za tym, aby uznać zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia, za sporządzony w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jest nie zawarcie w nim przedstawionej dopiero przez Izbę informacji, iż Zamawiający obecnie dysponuje

wiązującymi go decyzjami o rezerwacji częstotliwości określającymi odmienne, niż określone w SIWZ, parametry świadczenia usługi. Informacja ta, w ocenie Izby, jest o tyle istotna, iż zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego złożonymi na rozprawie, w przypadku gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, zawarta w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie, zawarta zostanie w terminie, który uniemożliwi Zamawiającemu uzyskanie z odpowiednim wyprzedzeniem prawomocnych decyzji określających parametry wskazane w SIWZ, to Wykonawca, który podpisze taką umowę, będzie zobowiązany świadczyć usługę o parametrach określonych w dotychczas posiadanych przez Zamawiającego decyzjach. Wiedzy zawartej w przywołanym oświadczeniu, Wykonawca nie mógł uzyskać z zapisów SIWZ. W ocenie Izby, co najmniej ten jeden fakt, przesądza o nieprawidłowości zapisów SIWZ i nie uwzględnieniu przez Zamawiającego wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym kontekście Izba uznała za niedopuszczalne stanowisko wyrażone przez Zamawiającego na rozprawie, iż Wykonawca w takim przypadku powinien uwzględnić ewentualność takich zmian jako element ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej. Szczególnie w kontekście wcześniejszych ustaleń, zgodzisz którymi Wykonawca nie miał żadnych podstaw ku temu, aby uwzględniać w swojej ofercie taką okoliczność. Zamawiający dopiero na rozprawie przez Izbą jednoznacznie potwierdził, iż uwzględniał możliwość zawarcia umowy w terminie uniemożliwiającym uzyskanie ostatecznej decyzji o rezerwacji częstotliwości zawierającej wskazanie na parametry określone w SIWZ. W tej materii Izba uznała za słuszny argument Odwołującego, iż nie dopuszczalnym jest przenoszenie przez Zamawiającego pełnego ryzyka postępowania administracyjnego prowadzonego przez Prezesa UKE na Wykonawców. Szczególne znaczenie, w ocenie Izby, ma również w tym miejscu treść pisma przedłożonego przez Zamawiającego na rozprawie z dnia 18 czerwca 2010 r. Zgodnie nią określone w nim parametry nie są ustalone ostatecznie i w sposób wiążący dla Prezesa UKE. Mogą się one zmienić jeszcze przed wydaniem jakiegokolwiek decyzji w sprawie, dlatego też Prezes UKE nie może zagwarantować, iż na ewentualny wniosek Zamawiającego zostanie wydana decyzja rezerwacyjna ze wskazanymi w tym piśmie parametrami.

Niedopuszczalną w tym kontekście jest również argumentacja Zamawiającego, iż w przypadku konieczności wprowadzenia ewentualnych zmian w treści umowy, Wykonawca może się na te zmiany nie wyrazić zgody i umowę tym samym rozwiązać.

Zgodnie z regulacją ustawy Pzp Zamawiający powinien zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia pełną informację o wszystkich czynnikach mających wpływ na ukształtowanie przez Wykonawców swoich ofert. Tym samym Wykonawcy mają prawo oczekiwać

od Zamawiającego zapewnienia im możliwości uzyskania z treści SIWZ wszystkich istotnych dla skonstruowania oferty informacji. W ocenie Izby w rozstrzyganym przypadku Zamawiający nie wypełnił przywołanych obowiązków. A dodatkowo poprzez treść poszczególnych zapisów SIWZ mógł wprowadzić Wykonawców w błąd. Przykładem takiej regulacji są postanowienia § 1 ust. 1 lit. b) Załącznika nr 5 do SIWZ, Wzoru umowy, zgodnie z którym w przypadku wyboru obiektu nadawczego o parametrach technicznych proponowanych przez Operatora innych niż określone w Decyzji rezerwacji do czasu zmiany Decyzji rezerwacji na te parametry, Operator zobowiązuje się przedłożyć tymczasowe pozwolenie radiowe i pokryć wszelkie koszty związane z jego uzyskaniem. Zestawienie powołanego zapisu wraz treścią załącznika nr 1 do SIWZ w ocenie Izby może co najmniej sugerować Wykonawcom, iż Zamawiający obecnie jest w posiadaniu decyzji o rezerwacji częstotliwości określającej parametry wskazane w przywołanym załączniku nr 1 do SIWZ.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 28 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Strona może złożyć wniosek dotyczący kosztów postępowania. Odwołujący w odwołaniu wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami obejmującymi wynagrodzenie pełnomocnika. Nie przedłożył jednak Izbie odpowiednich rachunków zgodnie z § 3 ust. 2 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. Dlatego też Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zwrot kosztów w tym zakresie.

Przewodniczący:

.....