

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 15, 27 i 29 kwietnia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2016 r. przez wykonawcę

Space-Communications Ltd. ul. Menachema Begin 14, 52501 Ramat-Gan, Izrael

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Telewizję Polską S.A. ul. Jana Pawła Woronicza 17, 00-999 Warszawa

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Space-Communications Ltd. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Space-Communications Ltd. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dzierżawę transpondera satelitarnego dla potrzeb przewoźnych stacji satelitarnych DSNG przez okres 48 miesięcy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 marca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 053-088990. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Space-Communications Ltd. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz naruszenie wymogu bezstronności i obiektywizmu;

2. art. 39 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie wyłącznie dwóch pozycji, skutkujące dopuszczeniem do przetargu ograniczonego kręgu podmiotów przy jednoczesnym wskazaniu trybu postępowania jako przetargu nieograniczonego, ze względu na to, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia restrykcyjnie ogranicza krąg podmiotów dopuszczonych do przetargu, zaś definicja ustawowa przetargu nieograniczonego zakłada, że w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy,

3. art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem oczywistym skutkiem wadliwych czynności Zamawiającego jest utrudnianie innym przedsiębiorcom, niż dysponujący arbitralnie wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozycjami orbitalnymi, dostępu do rynku.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dopuszczonych do postępowania przetargowego pozycji orbitalnych, uzupełnionych co najmniej o pozycję orbitalną 4° W, którą może zaoferować Odwołujący jako operator satelity AMOS-3.

Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wzorze umowy Zamawiający wskazał tylko dwie pozycje satelitarne 23,5° E lub 33,1° E, co oznacza, że dopuścił do postępowania przetargowego wyłącznie podmioty oferujące łącza satelitarne na satelitach Eutelsat – pozycja 33,1°E i SES Astra – pozycja 23.5°E. W konsekwencji tej decyzji Zamawiającego, uczestnikami przetargu mogą być tylko operatorzy Eutelsat i SES Astra oraz ewentualnie podmioty, które na ich satelitach dzierżawią łącza, czyli *de facto* są pośrednikami ww. dwóch operatorów. Wobec powyższego przetarg nie ma charakteru nieograniczonego, pomimo istnienia innych podmiotów mogących zaoferować usługę operatora satelitarnego na potrzeby transmisji DSNG o odpowiednich parametrach technicznych. Takim operatorem jest w szczególności Odwołujący będący operatorem satelity AMOS-3.

Czynności Zamawiającego, powodujące ograniczenie postępowania przetargowego jedynie do dwóch pozycji orbitalnych konkretnych operatorów (Eutelsat i SES Astra) są wadliwe, ponieważ wyłączają z przedmiotowego zamówienia publicznego wielu innych operatorów satelitarnych i inne wyspecjalizowane podmioty, którzy mogą oferować Zamawiającemu serwis na innych pozycjach orbitalnych, spełniający wszystkie warunki techniczne wymienione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy uznać to za nieuzasadnione żadnymi względami merytoryczno-technicznymi ograniczanie konkurencji.

Opis przedmiotu zamówienia musi być zgodny z wyartykułowaną w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadą uczciwej konkurencji, jak też wymogiem bezstronności i obiektywizmu. To na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępności do postępowania. Ograniczenie wyłącznie do ww. dwóch pozycji orbitalnych nie ma żadnego uzasadnienia merytoryczno-technicznego. Jedynym istotnym argumentem mogłaby by tzw. elewacja, a zatem kąt, pod jakim satelitarna antena nadawcza stacji DSNG „widzi” satelitę. Istotnie, w przypadku niektórych pozycji orbitalnych, specyficzny dla danej pozycji orbitalnej kąt elewacji może powodować utrudnienia w połączeniu się stacji nadawczej DSNG z satelitą, co w szczególności dotyczy obszarów miejskich ze względu na istniejące przeszkody terenowe, a zwłaszcza budynki. Jednak w przypadku Odwołującego, który zamierza zaoferować Zamawiającemu serwis na satelicie AMOS-3, pozycja 4,0° W, problem ten nie występuje na terenie Polski.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający stwierdził, że jego zamiarem jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, jak również przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Celem Zamawiającego jest jednak przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb, a nie umożliwienie wykonawcy takiego ukształtowania warunków odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które są dla niego dogodne w kontekście składanej oferty. W interesie Zamawiającego nie leży bowiem faworyzowanie któregokolwiek z wykonawców czy też grupy wykonawców, lecz wybór wykonawcy, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę, gwarantującą realizację zamówienia zgodnie z postawionymi wymaganiami, które określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia stanowi autonomiczną decyzję Zamawiającego, która powinna być poprzedzona dokonaniem oceny własnych potrzeb i ustaleniem obiektywnie uzasadnionych czynników w tym obszarze.

W ocenie Zamawiającego zarzut, że wskazując wyłącznie dwie pozycje satelitarne, tj. 23,5° E oraz 33,1° E, Zamawiający ograniczył potencjalny krąg wykonawców jest o tyle niezasadny, że jakkolwiek fakt możliwości złożenia ofert przez wszystkich zainteresowanych wykonawców w przetargu nieograniczonym wynika bezpośrednio z treści art. 39 ustawy Prawo zamówień publicznych, to nie może to oznaczać, że wykonawcy nie mają spełniać warunków określonych przez Zamawiającego. Okoliczność, że nie wszyscy potencjalni wykonawcy są w stanie zaoferować realizację przedmiotu zamówienia, nie oznacza i nie może być interpretowana jako wskazująca, że postępowanie jest prowadzone w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zamawiający ma prawo do opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający grupę potencjalnych wykonawców, jeżeli określone wymagania wynikają z uzasadnionych, zobiektywizowanych potrzeb Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia nie musi być sporządzony w sposób umożliwiający jego realizację przez każdego zainteresowanego wykonawcę.

Brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie oznacza zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na istniejące na rynku produkty spełniające wymagania zamawiającego oferowane przez innych wykonawców niż wykonawca, którego potencjalna oferta nie spełnia oczekiwań zamawiającego.

Ograniczenie wymagań Zamawiającego do konkretnych pozycji orbitalnych nie jest podyktowane chęcią wyeliminowania potencjalnych wykonawców. Zamawiający, przygotowując specyfikację istotnych warunków zamówienia, uwzględnił wymagania użytkowników (tj. operatorów stacji DSNG, systemów nadawczych i odbiorczych w Zakładzie Głównym TVP i odbiorczych w Ośrodkach Terenowych TVP) oraz uwarunkowania

techniczne bazy sprzętowej (wykorzystywany sprzęt nadawczo-odbiorczy). Zamawiający dysponuje obszerną flotą przewoźnych stacji satelitarnych DSNG złożoną aktualnie z 25 stacji.

W przypadku satelity Amos występuje realne ryzyko braku możliwości realizacji przekazu lub pogorszenia jakości przekazu w wielu stałych lokalizacjach, z których są realizowane transmisje satelitarne przez Zamawiającego. Mając na względzie specyfikę realizowanych transmisji i relacji, Zamawiający nie może sobie pozwolić na rezygnację z prowadzenia transmisji lub akceptację ryzyka pogorszonej lub zaburzonej jakości technicznej przekazu z uwagi na ograniczenia związane z brakiem lub ograniczeniem dostępu do satelity w krytycznych dla Zamawiającego lokalizacjach. Wskazanie przez Zamawiającego określonych parametrów technicznych nadawania nie oznacza ponadto, co zauważył również sam Odwołujący, że oferty zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia może złożyć jedynie dwóch operatorów satelitarnych, tj. Eutelsat i SES Astra, ale mogą to uczynić także wszystkie inne podmioty, które wydzierżawią łącza na satelitach zapewniających wymagane standardy przekazu. Na rynku funkcjonuje wiele podmiotów świadczących usługi telekomunikacyjne drogą satelitarną, w tym poprzez dzierżawę pojemności na różnych satelitach różnych operatorów (właściciele satelitów). Podmioty takie dzierżawią od operatorów satelitów pojemności na tych satelitach celem ich wykorzystania do realizacji usług własnych, realizacji usług telekomunikacyjnych drogą satelitarną, bądź też dzierżawy części tych pojemności innym podmiotom. Opisana charakterystyka rynku dowodzi, że inne podmioty niż operatorzy satelitarni, składając ofertę, nie są pośrednikami operatora satelitarnego, gdyż dysponują samodzielnie pojemnością satelitarną na podstawie umowy dzierżawy. Tym samym podmioty te składając ofertę, podejmują całkowicie autonomiczną decyzję w zakresie ceny złożonej oferty, wobec czego przetarg objęty odwołaniem jest postępowaniem konkurencyjnym, a opis przedmiotu zamówienia, mimo iż z przyczyn technicznych nie dopuszcza możliwości dzierżawy na wszystkich istniejących pozycjach satelitarnych, daje możliwość złożenia oferty przez znaczny krąg potencjalnych wykonawców jak na rynek dóbr rzadkich, np. Orange, TT Com, M7 Group, Tower Com, CT, Telecom Austria, Media Broadcast, ABG, Arqiva. W ostatnio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach w tym samym przedmiocie zamówienia ofertę złożyli wykonawcy: Orange, Studiotech, TT Com.

Decydując się na wybór pozycji satelitarnych, które będzie wykorzystywał do przesyłu sygnału ze stacji DSNG via satelita do Centralnej Aparatury Emisyjnej oraz Ośrodków Regionalnych TVP S.A., Zamawiający kierował się następującymi warunkami technicznymi z miejsca realizacji przekazów przez przewoźne stacje DSNG oraz lokalizacji stacji odbiorczych: a) wystarczająca widoczność satelity w terenie zabudowanym: wysoki kąt elewacji i odpowiedni zakres azymutu anteny, b) minimalna odległość kątowna satelity od

sąsiadujących satelitów, c) możliwość odbioru satelitarnego w Ośrodkach Terenowych Zamawiającego (razem 16 Ośrodków).

W celu dokonania transmisji ze stacji DSNG do satelity należy dokonać tzw. zwizowania anteny znajdującej się na dachu wozu DSNG z satelitą. Zwizowanie oznacza, że antena musi „widzieć” satelitę bez żadnych przeszkód terenowych. Dla zwizowania wozu DSNG z satelitą należy ustawić antenę satelitarną pod właściwym kątem elewacji i azymutu (kierunku). W każdej lokalizacji i dla każdego satelity kąt elewacji i azymut jest unikalnym zestawem parametrów. Ze względu na powyższe oraz fakt, że 60 procent transmisji realizowanych jest przez stacje DSNG w Warszawie, Zamawiający dokonał wizji lokalnej w krytycznych lokalizacjach w Warszawie sprawdzając możliwość zwizowania anteny na wozie DSNG z satelitami 23,5°E (Astra) i 33,1°E (Eutelsat), 4°W (Amos-3). W efekcie ustalili, że z dwunastu lokalizacji na terenie Warszawy, krytycznych z punktu widzenia działalności operacyjnej TVP S.A., w ośmiu brak jest możliwości połączenia wozu DSNG z satelitą Amos-3 na pozycji 4°W.

Zamawiający zbadał też odległości kątowe pomiędzy satelitą Astra, Eutelsat i Amos-3 a satelitami sąsiadującymi. Mają one znaczenie z punktu widzenia technicznego dla realizacji połączenia stacji DSNG z satelitą z uwagi na charakterystykę promieniowania anteny nadawczej stacji DSNG – im mniejsza średnica anteny nadawczej, tym szersza wiązka nadawcza kierowana w stronę satelity, co oznacza, że antena promieniuje nie tylko w pożądanym kierunku, ale również do otoczenia. W związku z powyższym, odległość kątowa pomiędzy sąsiadującymi satelitami ma istotne znaczenie dla możliwości zwizowania anteny stacji DSNG z danym satelitą w taki sposób, aby nadawanie sygnału ze stacji DSNG nie powodowało zakłóceń sygnałów nadawanych na sąsiadujących satelitach. Stacje DSNG Zamawiającego wyposażone są w anteny nadawcze o średnicy 1,5 m, co oznacza że szerokość wiązki wynosi 1° (dla pomiaru wykonywanego przy 3dB spadku mocy). Usytuowanie satelitów w sąsiedztwie poniżej 1,5 kątowego przy jednoczesnym zastosowaniu anten nadawczych o średnicy 1,5 m może powodować niezamierzone zakłócenia sygnałów przekazywanych przez sąsiednie satelity (interferencje). W ocenie Zamawiającego, do pracy poprzez satelitę Amos niezbędne są anteny o większej średnicy, tj. min. 1,8 m, których Zamawiający nie posiada na wyposażeniu swoich stacji DSNG. Ponadto stacje DSNG Zamawiającego nie są wyposażone w precyzyjne systemy naprowadzające w oparciu o dane GPS, tylko każdorazowo naprowadzane są manualnie przez operatora stacji DSNG, co w przypadku konieczności pracy na satelicie Amos-3 może prowadzić do poważnych problemów eksploatacyjnych z całkowitym zakłócaniem użytkowników pracujących na sąsiednich satelitach. W skrajnym przypadku może to doprowadzić do zakazu pracy przez daną stację DSNG uniemożliwiając realizację transmisji oraz ewentualne roszczenia odszkodowawcze.

Zamawiający stwierdził brak możliwości odbioru satelity Amos-3 w następujących Ośrodkach Terenowych TVP: Białystok, Bydgoszcz, Gdańsk, Lublin, Olsztyn, Katowice, TAI Warszawa. Oznacza, że w przypadku skorzystania z satelity 4° W AMOS-3, Telewizja Polska we wskazanych lokalizacjach nie byłaby w stanie odebrać sygnału przesyłanego ze stacji DSNG. co w praktyce oznaczałoby całkowitą bezcelowość udzielenia takiego zamówienia. W świetle powyższych faktów bezprzedmiotowym staje się żądanie Odwołującego odnośnie uzupełnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uwzględnienia pozycji satelitarnej 4°W.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W wyniku przeprowadzonego podczas rozprawy dowodu w postaci wizji lokalnej we wskazanych przez Zamawiającego miejscach transmisji istotnych z punktu widzenia jego działalności, jak Pałac Prezydencki, Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, wybrane ministerstwa (8 przykładowych lokalizacji), potwierdził się fakt wskazany w powyżej przytoczonym stanowisku Zamawiającego, tj. że w lokalizacjach tych niemożliwa jest transmisja przy wykorzystaniu satelity Amos-3.

Tym samym Izba uznała, że potwierdziło się twierdzenie Zamawiającego, że postulowana przez Odwołującego zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest nieuzasadniona ze względów technicznych, gdyż mogłaby prowadzić do znacznego utrudnienia, a nawet częściowego uniemożliwienia, realizacji przez Zamawiającego jego zadań i prowadzenia jego działalności.

Należy tu przyznać rację Zamawiającemu, że celem udzielania zamówień publicznych jest realizacja jego uzasadnionych potrzeb (ewentualnie – za jego pośrednictwem – potrzeb publicznych). Potrzeby te i sposób ich realizacji oczywiście powinny być określone w sposób rzeczywisty, proporcjonalny i uzasadniony istniejącymi okolicznościami i warunkami. Uczciwa konkurencja w tym wypadku nie może więc polegać na tym, że Zamawiający powinien dopuścić wszystkich zainteresowanych udziałem w postępowaniu wykonawców,

a co za tym idzie – nieodpowiadające jego potrzebom produkty, które oferują, ale jedynie te, które odpowiadają jego potrzebom. Zamawiający ma prawo do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający możliwość zaoferowania danego produktu, a co za tym idzie – grupę potencjalnych wykonawców, jeżeli określone wymagania wynikają z uzasadnionych, zobiektywizowanych potrzeb Zamawiającego.

Jak ustalono w trakcie rozprawy – pozycja satelitarna do przesyłu sygnału ze stacji DSNG, którą zamierzał zaoferować Odwołujący, nie odpowiada potrzebom Zamawiającego.

Izba nie widzi też sensu w nakazywaniu Zamawiającemu podziału zamówienia na części i nakazywania częściowej dzierżawy łącz satelitarnych na różnych satelitach.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

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

Przewodniczący: