

Sygn. akt: KIO 1295/11

WYROK
z dnia 30 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**
Emil Kuriata
Honorata Łopianowska

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **INFO-TV-FM Sp z o.o., 22-400 Zamość, ul. Odrodzenia 7**, w postępowaniu prowadzonym przez **Telewizję Polską S.A., 00-999 Warszawa, ul. Jana Pawła Woronicza 17**

przy udziale wykonawcy **TP EmiTel Sp z .o. o., 31-462 Kraków, ul. Pilotów 4c** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

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

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **INFO-TV-FM Sp z o.o., 22-400 Zamość, ul. Odrodzenia 7** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **INFO-TV-FM Sp z o.o., 22-400 Zamość, ul. Odrodzenia 7** na rzecz **Telewizji Polskiej S.A., 00-999 Warszawa, ul. Jana Pawła Woronicza 17** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez INFO-TV-FM Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, [dalej także Odwołujący], w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2011 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest „Usługa emisji programów Telewizji Polskiej S.A. w ramach multipleksu MUX1 w okresie do 31.7. 2013 roku z możliwością przedłużenia do 27.4. 2014 r.” Wykonawca stwierdził, że Zamawiający - Telewizja Polska S.A. naruszył art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że w przedmiotowej sprawie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, a w szczególności, że zamówienie stanowi zamówienie uzupełniające do zamówienia na usługę operatora technicznego Multipleksu Cyfrowego DVB-T, wszczętego w trybie przetargu nieograniczonego w listopadzie 2009 roku (ogłoszenie nr 2009/S 219-315175). Zdaniem Odwołującego udzielenie zamówienia w tym trybie narusza także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, że realizacja zamówienia publicznego może być powierzona tylko Wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą Pzp. Mając na uwadze powyższe, wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie unieważnienia czynności polegającej na wszczęciu postępowania w sprawie zamówienia w trybie z wolnej ręki a w przypadku, gdyby Zamawiający zawarł umowę w sprawie tego zamówienia – o jej unieważnienie. W uzasadnieniu odwołania wskazał na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego, stwierdzając, że zastosowanie trybu z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady udzielania zamówień w trybach otwartych na konkurencję, dlatego przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki należy interpretować ściśle, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić. Zdaniem wykonawcy wskazany kierunek interpretacji przepisów dotyczących stosowania trybów nie przetargowych wyznacza kierunek dalszej argumentacji odwołania i w ocenie Odwołującego powinien także wyznaczać kierunek jego rozstrzygnięcia. Wskazując na art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stwierdził, że Zamawiający może w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego udzielić dotychczasowemu wykonawcy usług zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie dyspozycja ww. przepisu nie jest wypełniona gdyż: a) zamówienie „uzupełniające”, a więc Zamówienie na emisję programów Telewizji Polskiej S.A. w ramach multipleksu MUX1, nie jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego; b) zamówienie „uzupełniające”, a więc Zamówienie na emisję programów Telewizji Polskiej S.A. w ramach multipleksu MUX1, nie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego; c) wartość zamówienia „uzupełniającego” (na MUX 1) w

porównywalnym okresie świadczenia usług przekracza 50% wartości zamówienia podstawowego" (na MUX3). Odwołujący jednocześnie wyjaśnił, iż w ramach cyfryzowania nadawania sygnałów telewizyjnych w Polsce dostępne są obecnie cztery pokrycia, czyli tzw. multipleksy nazywane też odpowiednio MUX 1, MUX 2, MUX 3 i MUX 4. Prawo do użytkowania MUX - a przydzielane są nadawcom (np. TVP S.A.) na podstawie konkursu lub przetargu na podstawie ustawy o radiofonii i telewizji oraz prawa telekomunikacyjnego. Każde z pokryć (MUX-ów) stanowi zestaw 8 MHz kanałów częstotliwości przypisanych do odpowiednich obszarów geograficznych zgodnie z planem zagospodarowania częstotliwości, przy czym dla każdego z MUX-ów określono odrębny podział geograficzny obszarów wykorzystania częstotliwości, który w odniesieniu do MUX1 i MUX3 pokrywa się tylko częściowo. Usługi techniczne (usługi operatora technicznego) umożliwiające klientom końcowym dostęp do sygnałów telewizji cyfrowej świadczone są przez specjalistycznych operatorów telekomunikacyjnych (operatorów technicznych). Rola ta polega na zagregowaniu sygnałów telewizyjnych, odpowiednim ich przetworzeniu oraz rozproszaniu przy wykorzystaniu sieci naziemnych nadajników. Operatorzy techniczni świadczą usługi w oparciu o własną infrastrukturę oraz infrastrukturę dzierżawioną od innych podmiotów. Naturalnym podziałem usług, które mogą być świadczone przez operatora technicznego jest podział w oparciu o konkretne pokrycie, czyli MUX-y. Poszczególne MUX-y mogą być i są świadczone przez różne podmioty natomiast w stosunku do jednego MUX –a usługi te mogą być realizowane tylko przez jeden podmiot. Obecnie usługi MUX 3 i MUX 2 świadczone są przez EMITEL natomiast usługi MUX 4 świadczone są przez Odwołującego. Usługi operatora technicznego dla każdego z MUX-ów są więc autonomiczne i nie ma żadnych przeciwwskazań natury technicznej lub formalnej, ażeby każdy z MUX-ów mógł być obsługiwany przez inny podmiot. Poszczególne MUX-y przesyłane są na różnych częstotliwościach, co oznacza, że usługi operatora technicznego dla MUX 1 w odniesieniu do usług operatora technicznego dla MUX 3 nie spełniają przesłanki „zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego”, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Możliwość nadawania sygnału telewizyjnego w ramach MUX 1 i MUX 3 wynika z odrębnych decyzji rezerwacyjnych KRRiT, określających precyzyjnie parametry techniczne nadawania dla poszczególnych obszarów terytorium kraju. Także względy techniczne – zdaniem Odwołującego - powodują, że usługi operatora technicznego w każdym z MUX-ów wymagają użycia odmiennej infrastruktury technicznej (nadajników, łączy telekomunikacyjnych, stacji nadawczych). Okoliczności te potwierdzają, że usługi operatora technicznego dla MUX 1 nie są zgodne z przedmiotem zamówienia w odniesieniu do usług operatora technicznego dla MUX 3. Brak zgodności przedmiotów tych zamówień wynika również z różnych zasięgów obu multipleksów. Tym samym, każdy MUX jest niezależnym zbiornikiem danych. Różnice pomiędzy MUX 1 a MUX 3 precyzuje także „Projekt Planu Wdrażania Telewizji Cyfrowej w Polsce opublikowany przez Ministerstwo Infrastruktury w 2009 roku. Konieczne jest także zdaniem wykonawcy wyjaśnienie, że emisja sygnałów każdego MUX-a wymaga zastosowania odrębnych nadajników oraz łączy telekomunikacyjnych za pośrednictwem których sygnał dosyłany jest z

aparatury centralnej do stacji nadawczych, ponadto odrębny podział geograficzny obszarów wykorzystania częstotliwości dla MUX 3 i MUX 1 wymusza również częściowe zastosowanie innych stacji nadawczych (tylko niektóre części toru nadawczego są wspólne dla różnych MUX-ów). Odwołujący wskazał także, iż istnieją koszty, występujące w związku ze świadczeniem usług operatora technicznego, które są wspólne w przypadku świadczenia usług więcej niż jednego MUX-a przez danego operatora technicznego. Są to koszty związane z administracją i zarządaniem, ale również koszty związane z utrzymaniem i monitorowaniem wspólnych dla różnych MUX-ów części toru nadawczego. Takie zaangażowanie kosztowe powoduje, że operatorzy techniczni dążą wszelkimi możliwymi metodami do zagwarantowania sobie jak największej liczby MUX-ów do obsługi, ponieważ pewność świadczenia usług dla większej liczby MUX-ów wpływa na możliwość obniżenia średnich kosztów. W związku z wpływem liczby obsługiwanych MUX-ów na koszty świadczenia usług dla każdego z nich indywidualnie, opis przedmiotu i inne warunki zamówienia na świadczenie usług operatora technicznego MUX-a powinny uwzględniać w sposób precyzyjny i jednoznaczny ilość i numery MUX-ów przewidzianych do obsługi. Zdaniem Odwołującego, powyższego warunku nie spełnia dokumentacja postępowania, w oparciu o którą TVP przeprowadziło procedurę wyboru operatora technicznego obsługującego MUX 3. W szczególności zauważa, że w dokumentacji przeprowadzonego przetargu mowa była o operatorze multipleksu cyfrowego (w liczbie pojedynczej), a nie o operatorze multipleksów cyfrowych. Dodatkowo w propozycji treści umowy jednoznacznie wskazano MULTIPLEKS 3, który zdefiniowany został jako zestaw częstotliwości DVB-T przyznany na wyłączność Zamawiającego przez Prezesa UKE (w przypadku MUX 1 zestaw częstotliwości nie jest przyznany na wyłączność). Również zawarta w dokumentacji definicja decyzji rezerwacyjnej, która określona została jako decyzja rezerwacyjna na MUX- 3, nie pozostawia żadnych wątpliwości iż postępowanie dotyczyło wyłącznie świadczenia usług dotyczących MUX3. Podobnie jednoznacznie został określony przedmiot umowy (w Załączniku 3 do SIWZ), który stanowi, iż „Wykonawca uruchomi sieć DVB-T/MUX 3 TVP wykorzystując tymczasowe i docelowe 8 MHz kanały telewizyjne w polaryzacji poziomej zgodnie z poniższą tabelą. Tabela uwzględnia docelowe i tymczasowe częstotliwości przekazane przez UKE na okres przejściowy do wyłączenia analogowej sieci rozsiwecznej.” Odwołujący wskazał na opinię Prezesa UZP zgodnie z którą: „Aby określone zamówienia np. na roboty budowlane mogły zostać uznane za zamówienia uzupełniające w myśl art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie mogą one dotyczyć takich robót których wykonania zamawiający nie planował na etapie udzielenia zamówienia podstawowego i których konieczność wykonania pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia podstawowego. Z niniejszej przesłanki zamawiający może skorzystać w sytuacji, gdy już na etapie przygotowywania postępowania wie, że kolejny etap prac polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zadania będzie chciał powierzyć temu samemu wykonawcy”. Zamówienia uzupełniające, z samej swojej istoty, winny zostać określone już na etapie przygotowania zamówienia podstawowego. Wykonawca stwierdził także, że opis przedmiotu i pozostała dokumentacja postępowania dla zamówienia określanego przez

Zamawiającego jako „podstawowe” w żaden sposób nie odnosiła się do świadczenia usług w ramach MUX 1, nie zawierała koniecznych specyfikacji technicznych, porównywalnych ze specyfikacjami dotyczącymi zamówienia na MUX 3. Zauważył także, że operatorzy poszczególnych MUX-ów (takim zgodnie z projektem ustawy cyfryzacyjnej jest TVP) mogą mieć różne wymagania dotyczące zasięgu i jakości odbioru programów transmitowanych w danym MUX-ie. Projekt ustawy cyfryzacyjnej narzuca minimalny zasięg wynoszący 95% ludności kraju przy odbiorze z anten odbiorczych umieszczonych na dachach budynków. TVP postawiło wyższe wymagania dotyczące pokrycia - 98% ludności oraz dodatkowo zwiększenie mocy sygnału w taki sposób by w miastach o populacji większej niż 100 tys. osób możliwy był odbiór sygnału z anten umieszczonych wewnątrz budynków. Dlatego też, wskazana w SIWZ na świadczenie usług operatora technicznego MUX 3, możliwość rozszerzenia przedmiotu zamówienia o zamówienia uzupełniające przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek wzmianki o innych MUX-ach, w sposób oczywisty dotyczyła jedynie dalszego poprawiania parametrów odbiorczych dla MUX 3. Zamawiający wszczynając postępowanie na MUX 3 nie przewidywał, iż zamówieniami uzupełniającymi będą usługi operatora MUX 1. Mimo tego, że TVP S.A. otrzymała rezerwację częstotliwości na MUX 1 w dniu 30.09.2009 r. dokumentacja SIWZ ogłoszonego w dniu 10.11.2009 r. w żaden sposób nie nawiązywała do konieczności zamówienia tych usług (np. poprzez wskazanie częstotliwości lub decyzji rezerwacyjnej). Wprost przeciwnie, jasno określała zakres zamawianych usług ograniczony do MUX3. Zwrócił także uwagę, iż wartość zamówienia „uzupełniającego” (wartość rynkowa świadczenia usług operatora technicznego MUX 1), w porównywalnym do zamówienia podstawowego okresie czasu, przekracza 50% wartości zamówienia „podstawowego” (wartości zamówienia na MUX 3). „Spełnienie” wymagania art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp dotyczącego stosunku wartościowego zamówienia podstawowego i uzupełniającego jest możliwe jedynie przez sztuczne, mające na celu ominięcie stosowania konkurencyjnych procedur udzielania zamówień, udzielenie zamówienia uzupełniającego (na MUX 1) na okres znacznie krótszy, niż udzielono zamówienia podstawowego (umowę dotyczącą MUX 3 zawarto na okres 10 lat). W ocenie Odwołującego biorąc pod uwagę, że w sprawie mamy do czynienia z usługami o charakterze ciągłym porównanie wartości zamówienia „podstawowego” i „uzupełniającego” powinno odbywać się przy uwzględnieniu tego samego okresu świadczenia usług z uwzględnieniem harmonogramów świadczenia tych usług. Wskazał również, iż prawo do emisji w ramach MUX 1 przyznane zostało łącznie 5 nadawcom (TVP oraz 4 nadawcom prywatnym). Zatem TVP ma prawo do emisji 3/7 pojemności MUX 1, pozostali czterej nadawcy prywatni łącznie 4/7 pojemności). Jednocześnie usługi operatora technicznego w ramach jednego MUX - a z powodów technicznych świadczyć może tylko jeden podmiot. Oznacza to, że 4- ej nadawcy komercyjni, niezobowiązani do stosowania przepisów ustawy Pzp, zobowiązani są do dokonania wyboru tego samego operatora MUX 1 co TVP S.A, która objęta jest obowiązkiem stosowania przepisów ustawy Pzp. Inaczej mówiąc, z podmiotem wybranym przez TVP umowę na usługi operatora technicznego MUX 1 zawrze nie tylko TVP, ale także nadawcy prywatni. Biorąc pod uwagę dotychczasową

utrwaloną praktykę, nadawcy prywatni z pewnością zawrą te umowy na okres 10 lat. Doprowadziłyby to do sytuacji, w której po upływie okresu, na jaki TVP zawrze umowę w sprawie zamówienia „uzupełniającego” (MUX1) uzyska ona przesłankę (art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp) do udzielenia zamówienia temu samemu podmiotowi z wolnej ręki na kolejny okres, bowiem nie jest technicznie możliwe, aby usługi operatora technicznego jednego MUX-a świadczyły jednocześnie dwa różne podmioty (aby inny podmiot świadczył tą usługę dla TVP a inny dla nadawców prywatnych). Skoro więc nadawcy prywatni zawrą umowę z wykonawcą wybranym przez TVP w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp na okres dłuższy niż TVP (10 lat), po upływie okresu realizacji zamówienia uzupełniającego (31.07.2013 r. z możliwością przedłużenia do 27.04.2014 r.) TVP uzyska podstawę prawną do wyboru tego wykonawcy do świadczenia usługi na kolejne 7- 8 lat (wybrany operator MUX 1 będzie z przyczyn technicznych jedynym wykonawcą mogącym świadczyć dla TVP usługę do czasu wygaśnięcia umów na MUX1 zawartych z nadawcami prywatnymi). W tych okolicznościach rozszerzenie zamówienia z MUX 3 na MUX 1 i zlecenie zamówienia na MUX 1 z wolnej ręki jest próbą ominięcia zasady udzielania zamówień publicznych w trybach otwartych na konkurencję na okres 10 lat.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający m.in. stwierdził, że wnoszący odwołanie wykonawca aktywnie uczestniczył w postępowaniu przetargowym, składając najpierw protest, a następnie odwołanie dnia 17 grudnia 2009 r., w którym postawił Zamawiającemu zarzut dotyczący przewidzianej przez Zamawiającego w ogłoszeniu o przetargu nieograniczonym możliwości udzielenia przez TVP zamówień uzupełniających do zamówienia podstawowego tj. zamówienia na obsługę przez TPE multipleksu TVP. Zarzut był badany przez KIO, która w wyroku z dnia 4 lutego 2010 r. uznała za nieuzasadnione zarzuty spółki INFO-TV-FM sp. z o.o. w zakresie dotyczącym sposobu określenia w SIWZ zamówienia podstawowego możliwości udzielenia zamówień uzupełniających. Wskazując na ten wyrok stwierdził, że ustawodawca nałożył na zamawiającego tylko obowiązek przywołania jednej z okoliczności, z listy okoliczności enumeratywnie wymienionych w pkt. 1-10 art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdził także, że wyrok KIO nie został zaskarżony przez żaden z uprawnionych podmiotów, w tym w szczególności przez Odwołującego, oraz Odwołujący nie złożył również oferty w postępowaniu przetargowym. W chwili obecnej po opublikowaniu przez Zamawiającego zamiaru udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp, Odwołujący wniósł odwołanie na dokonanie wyboru tego trybu przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego zarzuty sformułowany w odwołaniu, którego dotyczy niniejsza odpowiedź na odwołanie dotyczy de facto niesprecyzowania w SIWZ przedmiotu zamówienia uzupełniającego i okoliczności jego udzielenia. W konsekwencji jest tożsamy z zarzutem oddalonym prawomocnie przez KIO. Odwołujący bowiem zarzucił wówczas, że Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ okoliczności, w których zamówienie uzupełniające mogłoby być złożone, oraz nie sprecyzował opisu przedmiotu zamówienia uzupełniającego, co w ocenie Odwołującego miało narażać potencjalnych wykonawców na ryzyko składania ofert bez wystarczającej wiedzy na temat

przedmiotu umowy. Odnosząc się zaś do twierdzenia, że „Zamawiający wszczynając postępowanie nie przewidywał, że zamówieniami uzupełniającymi będą usługi operatora MUX -1”, jest zdaniem Zamawiającego klasycznym przykładem naruszenia zasady rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu przed KIO. Nieprzedstawienie przez Odwołującego żadnego dowodu, który choćby uprawdopodobniałby to twierdzenie, wynika z faktu, iż taki dowód nie istnieje. Wręcz przeciwnie, już choćby twierdzenia Odwołującego dotyczące decyzji rezerwacyjnych, które Zamawiający otrzymał przed ogłoszeniem przetargu nieograniczonego (Odwołujący wskazuje daty wydania tych decyzji, również powołuje się na ich treść) dają podstawę, żeby uznać twierdzenie, o którym mowa w odwołaniu za nieprawdziwe. Zamawiający ogłaszając przetarg nieograniczony na świadczenie usługi operatora technicznego multipleksu DVB- T (ogłoszenie zostało opublikowane 13 listopada 2009 r., a Zamawiający otrzymał drugą decyzję rezerwacyjną tj. dotyczącą częstotliwości przeznaczonych do wykorzystania w ramach pierwszego multipleksu dnia 30 września 2009 r.) wiedział jakie ma potrzeby w zakresie nadawania i przesyłania sygnału telewizyjnego w technologii cyfrowej naziemnej, i te potrzeby zamierzał zrealizować. Potrzeby te są powszechnie znane, gdyż dotyczą sygnału telewizyjnego nadawanego obecnie w technologii analogowej. Kolejność uruchomienia poszczególnych multipleksów również była znana w chwili ogłoszenia przetargu tj. w 1 etapie Zamawiający planował uruchomienie multipleksu trzeciego, a w etapie drugim multipleks pierwszy, po wyjaśnieniu kwestii spornych dotyczących udziału pierwotnie planowych nadawców komercyjnych na pierwszym multipleksie. Zamiar uruchomienia multipleksu pierwszego w drugim etapie był tym bardziej oczywisty, że ze względu na silny związek funkcjonalny istniejący między tymi multipleksami tj. w ramach tych częstotliwości mają być nadawane wszystkie sygnały Zamawiającego, a ponadto wykorzystanie częstotliwości w ramach multipleksu 3 zależy od uruchomienia multipleksu 1, co wynika z treści decyzji rezerwacyjnych, na które powołuje się w odwołaniu Odwołujący, a zatem musiał znać ich treść. Zarzut przekroczenia dopuszczalnej wartości zamówienia jest niezrozumiały. Z jednej strony Odwołujący twierdzi, że Zamawiający przekroczył dopuszczalną wartość zamówienia podstawowego, jako że wartość zamówienia uzupełniającego, jako zamówienia na świadczenie usługi ciągłej należy ustalać poprzez odniesie się do tych samych okresów jej świadczenia. W tym przypadku Zamawiający stwierdził, że zgodnie z regułą rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu przed KIO, Odwołujący powinien wykazać, że Zamawiający ustalając wartość zamówienia uzupełniającego naruszył w tym zakresie przepisy ustawy Pzp. w szczególności, że ustalenie tej wartości nastąpiło z naruszeniem przepisów prawa, należytej staranności, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Oceniając pod tym względem wypowiedzi Odwołującego należy określić je jako czyste spekulacje Odwołującego. Odwołujący nie kwestionując sposobu ustalenia przez Zamawiającego wartości zamówienia uzupełniającego, ani wartości zamówienia podstawowego, kwestionuje sposób porównania prawidłowo ustalonych wartości na potrzeby ustalenia, czy została spełniona tzw. przesłanka wartościowa udzielenia zamówienia uzupełniającego z art. 67 ust.1pkt 6 Pzp. W celu wykazania zasadności tego rodzaju zarzutu Odwołujący powinien

wykazać, że przepisy Pzp zawierają przepis wprowadzający regułę modyfikującą wartości prawidłowo ustalonej wartości zamówienia podstawowego i uzupełniającego na potrzeby ustalenia, czy została spełniona przesłanka wartościowa, o której mowa. Odwołujący takiego przepisu nie wskazał. Podobnie czystą spekulacją jest zarzut celowego skrócenia przez Zamawiającego okresu świadczenia usług na podstawie zamówienia uzupełniającego w celu „ominięcia stosowania konkurencyjnych procedur otwartych udzielania zamówień”. W tym zakresie Odwołujący również nie przedstawił również żadnego dowodu. Zamawiający ustalając okres, na który zamierza udzielić zamówienia uzupełniającego kierował się treścią ostatecznej decyzji rezerwacyjnej z dnia 30 września 2009 r. (na tzw. multipleks pierwszy), z której wynika wyraźnie, iż decyzja ta została wydana na rzecz Zamawiającego do 31 lipca 2013 r. Fakt, iż Zamawiający przewidział możliwość przedłużenia tego okresu do 27 kwietnia 2014 r. wynika z projektu tzw. ustawy cyfryzacyjnej, która przewiduje obecność Zamawiającego na pierwszym multipleksie do 2014 r. Za pozbawione jakiegokolwiek znaczenia w sprawie Zamawiający uznaje rozważania Odwołującego dotyczące uzyskania przez Zamawiającego dodatkowej przesłanki udzielenia zamówienia w późniejszym okresie, tj. przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp wskutek udzielenia przez Zamawiającego zamówienia uzupełniającego na okres, o którym mowa powyżej. Jest to podobnie jak inne twierdzenia Odwołującego związane z zarzutem przekroczenia dopuszczalnej wartości zamówienia uzupełniającego czysta spekulacja. Odwołujący formułując tego rodzaju twierdzenie powinien wykazać zamiar Zamawiającego, a nie swoje uwagi dotyczące hipotetycznych stanów faktycznych, które nie wystąpiły, i których wystąpienie biorąc pod uwagę istniejący stan prawny, oraz projekty aktów normatywnych (projekt ustawy cyfryzacyjnej) należy ocenić jako bliskie zeru. Odnosząc się do Zarzut niezgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego stwierdził, w szczególności, że zamówienie podstawowe jest zamówieniem zupełnym w zakresie potrzeb Zamawiającego dotyczących nadawania i przesyłu sygnału w ramach zagregowanej wiązki określonej jako MUX 3. Wiedzę taką posiadał Odwołujący, stąd poprzez środki odwoławcze tj. protest oraz odwołanie dążył do uniemożliwienia Zamawiającemu udzielenia zamówienia uzupełniającego w zakresie niezrealizowanych, a jednocześnie wiadomych Zamawiającemu oraz uczestnikom postępowania przetargowego ogłoszonego dnia 13 listopada 2009 r., w tym Odwołującemu, potrzeb w zakresie usługi operatora technicznego multipleksu cyfrowego. Odwołujący formułując zarzut nieprzewidzenia możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, pokreślił, iż „brak wzmianki o innych MUX - ach w sposób oczywisty dotyczyła jedynie dalszego poprawiania parametrów odbiorczych TVP” (pkt 1.8.3 odpowiedzi na odwołanie). Już to twierdzenie Odwołującego, dowodzi niezrozumienia istoty zamówienia uzupełniającego, którego celem nie jest poprawa jakości świadczonej usługi na podstawie zamówienia uzupełniającego, lecz zwiększenie zakresu ilościowego świadczonej usługi. Podkreślił także, że Zamawiający zamówił usługę o najwyższych parametrach jakościowych, stąd twierdzenie, iż jakość ta może podlegać dalszej poprawie jest oderwane od realiów świadczenia usługi operatora technicznego multipleksu. Jednocześnie w postępowaniach odwoławczych dotyczących czynności

związanych z postępowaniem przetargowym, w którym przewidziano możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego, którego dotyczy odwołanie Odwołującego, wielokrotnie podnoszony był zarzut bardzo wysokich oczekiwań jakościowych Zamawiającego wobec usługi operatora technicznego multipleksu cyfrowego np. SLA, zmierzający do obniżenia parametrów jakościowych usługi. KIO nie uznała tego rodzaju zarzutów za zasadne, podkreślając prawo Zamawiającego do określania, jakiej jakości usługi oczekuje. KIO jednocześnie w wyniku zarzutów podniesionych przez odwołujących w postępowaniach odwoławczych dotyczących postępowania przetargowego, o którym mowa, odrzuciło możliwość tzw. „urynkowania technicznego usługi”. Podkreślił, że kody i nazwy CPV dla usługi w ramach poszczególnych multipleksów są tożsame, a numer multipleksu nie ma kompletnie żadnego znaczenia dla określenia przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest usługa operatora technicznego multipleksu cyfrowego bez względu na jego numer porządkowy. W obu przypadkach - zamówienie podstawowe i zamówienie uzupełniające - operator techniczny świadczył będzie te same usługi. Oczywistym jest, że Zamawiający w SIWZ zamówienia podstawowego określił, że usługi mają być świadczone z wykorzystaniem częstotliwości przewidzianych dla danego multipleksu. Nadal nie zmienia to faktu, co stanowi przedmiot, istotę świadczonych usług. Bezsprzecznie zakres częstotliwościowy, na którym odbywa się nadawanie sygnału nie determinuje przedmiotu świadczenia Wykonawcy, co dla Odwołującego jako podmiotu profesjonalnie funkcjonującego na tym rynku, winno być oczywiste. Raz jeszcze należy powtórzyć, że w przypadku udzielenia zamówienia uzupełniającego chodzi o zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego, a nie o tożsamość z przedmiotem zamówienia podstawowego. Podkreślił, że zamówienie podstawowe i zamówienie uzupełniające to dwa choć powiązane, lecz jednak autonomiczne byty prawne. Fakt powiązania tych zamówień jest oczywisty, co Zamawiający podkreślił. Oczywiste jest również, że usługa operatora technicznego obejmująca MUX - 3 jest świadczona na podstawie odrębnej umowy od umowy, na podstawie której ma być świadczona usługa obejmująca MUX -1. Umowa na tzw. MUX -1 jest zatem odrębną umową nie zaś aneksem do umowy na tzw. MUX -3. Autonomiczność bytów prawnych dwóch umów, o których mowa, uzasadnia wniosek, iż opisy dotyczące zamówienia podstawowego i uzupełniającego nie muszą być tożsame. Wskazane odwołania do MUX -3 odnoszą się w sposób oczywisty do umowy na tzw. MUX - 3, a nie do umowy MUX -1. Tak samo jak opis zamówienia uzupełniającego odnosi się do umowy na tzw. MUX -1, z tym jednak zastrzeżeniem, że powołanie się w opisie zamówienia do MUX - 3 jest uzasadnione tym, że zamówienie to ma charakter zamówienia uzupełniającego do zamówienia podstawowego, a nie odwrotnie. Podkreślił także, że zgodność przedmiotu zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego nie oznacza zgodności w zakresie każdego elementu opisu. Także twierdzenie Odwołującego, że opis przedmiotu i inne warunki zamówienia na świadczenie usług operatora technicznego MUX powinny uwzględniać w sposób precyzyjny i jednoznaczny ilość i numery MUX- ów przewidzianych do obsługi nie jest poparte żadnym dowodem. Odwołujący nie wskazuje żadnego przepisu prawa, który nakładałby tego rodzaju

obowiązek na Zamawiającego. Ponadto, mimo iż Odwołujący uczestniczył bardzo aktywnie w postępowaniu odwoławczym związanym z postępowaniem przetargowym, z którym związane jest zamówienie uzupełniające objęte zakresem odwołania Odwołującego. Odwołujący nie podniósł takich zarzutów we właściwym postępowaniu, tym samym utracił możliwość podnoszenia tego rodzaju zarzutów w obecnym postępowaniu. Zarzuty te, oprócz tego, że są bezpodstawne, są zarzutami spóźnionymi. Stwierdził także, że fakt występowania różnic między poszczególnymi multipleksami nie uzasadnia tezy o niezgodności przedmiotu zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym. Nie chodzi tu bowiem o tożsamość zamówień, ale o zgodność zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego. O tożsamości jest mowa wyłącznie w odniesieniu do rodzaju zamówień tj. tożsamości rodzaju świadczonej usługi. Odnośnie decyzji rezerwacyjnych jako podstawy wyróżniania odrębności usług operatora technicznego poszczególnych multipleksów cyfrowych, stwierdzić należy, iż taka argumentacja świadczy o pomyleniu stosunków administracyjno- prawnych ze stosunkami cywilno - prawnymi. Podkreślił także, że udzielenie zamówienia jest wynikiem potrzeb Zamawiającego związanych z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą, a nie tylko wykonywaniem decyzji administracyjnej. Zwrócił uwagę na konieczność zawarcia umowy cywilnoprawnej, której przedmiot i zakres określają ostatecznie strony w oparciu o oczekiwania Zamawiającego wyrażone w odpowiedniej formie. Organ administracji publicznej nie jest stroną stosunku cywilno - prawnego, tym samym wydane przez ten organ decyzje, choć mogą mieć znaczenie dla tego stosunku, nie mają żadnego wpływu na określenie jego przedmiotu. Dodał także, że tę samą usługę nadawania i przesyłu sygnału telewizyjnego w technologii analogowej na rzecz TVP świadczy jeden podmiot, mimo, że rezerwacje częstotliwości, z których korzysta TVP zostały dokonane na mocy różnych aktów prawnych. Co do czynników technicznych powołał się na opinię ekspertów z Zakładu Kompatybilności Elektromagnetycznej we Wrocławiu Instytutu Łączności (Państwowy Instytut Badawczy) z siedzibą w Warszawie sporządzoną na zlecenie Zamawiającego przed podjęciem decyzji dotyczącej skorzystania z możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego w zakresie niezrealizowanych w ramach zamówienia podstawowego potrzeb TVP, dotyczących MUX 1. Podkreślił także, że dla oceny zasadności zarzutu ważne jest nie to, czy występują jakiegokolwiek różnice między zamówieniem uzupełniającym a zamówieniem podstawowym, a jedynie to, czy zamówienie uzupełniające jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego przy zachowaniu tożsamości rodzajowej zamówień. Wszystkie wskazane przez Odwołującego różnice, niezależnie od tego, czy rzeczywiście istnieją, nie stanowią różnic uzasadniających tezę o niezgodności przedmiotu zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego, oraz o braku tożsamości rodzajowej tych zamówień. Podkreślił jednocześnie, że całkowicie niezrozumiałe jest wskazywanie przez Odwołującego rzekomych różnic między multipleksem pierwszym i trzecim dotyczących pokrycia geograficznego i ludnościowego. W przypadku pokrycia geograficznego tj. terytorialnego chodzi o całe terytorium RP, co wynika z ogólnopolskiego zakresu działania TVP, niezależnie od regionalizacji programów w ramach TVP 3.

W przypadku pokrycia ludnościowego chodzi zaś o dokładnie takie samo pokrycie. Stwierdził także, że Odwołujący nie wykazał zakresu różnic w częstotliwościach, infrastrukturze nadawczej, zasięgach, różnicach zbioru danych dla poszczególnych multipleksów, a tym bardziej ich związku i znaczenia w stopniu uzasadniającym zarzut Odwołującego. Podkreślił także, że dowodów i twierdzeń Odwołującego nie może zastąpić stwierdzeniem Odwołującego z odwołania, że „nie ma żadnych przeciwwskazań natury technicznej lub formalnej, ażeby każdy MUX mógł być obsługiwany przez inny podmiot” (s. 3, akapit piąty odwołania). Podnoszenie tego argumentu wskazuje na zasadniczy błąd w rozumowaniu Odwołującego. Zamawiający wszczynając przedmiotowe postępowanie nie powołuje się na punkt 1 przepisu art. 67 ust. 1 Pzp, lecz na punkt 6 tego przepisu. W związku z tym, bezsporny fakt, iż usługę operatora technicznego multipleksu 1 może świadczyć każdy wykonawca - operator, jednakże nie oznacza to, że Zamawiający nie jest uprawniony do zlecenia tej usługi Wykonawcy - TPE jako zamówienia uzupełniającego. Zamawiający w żadnym razie nie twierdził, że Wykonawca jest jedynym podmiotem zdolnym do wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że istotą zamówienia uzupełniającego udzielanego wyznaczonemu wykonawcy jest istnienie na rynku konkurencyjnych podmiotów. Zamówienia uzupełniającego udzielić bowiem można jedynie w następstwie przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zatem w warunkach konkurencji.

W przystąpieniu po stronie Zamawiającego wykonawca - TP EmiTel Sp. z o.o. z Krakowa stwierdził, że zarzuty podnoszone w odwołaniu nie są zasadne, albowiem zamówienie uzupełniające na usługę operatora technicznego pierwszego Multipleksu DVB-T jest zgodne z przedmiotem zamówienia na usługę operatora technicznego trzeciego Multipleksu DVB-T, czyli zamówienia podstawowego. Przedmiotem tego zamówienia są takie same usługi, jak te które Wykonawca świadczy w ramach zamówienia podstawowego. Zdaniem przystępującego zarówno w SIWZ dla zamówienia podstawowego, jak i w umowie zawartej w dniu 28 kwietnia 2011 roku, Zamawiający zapewnił sobie w sposób zgodny z ustawą w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego prawo udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia na usługi tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe w wymiarze wskazanym, tj. w tym przypadku maksymalnym wymiarze 50%. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w zakres zamówień uzupełniających mogą wchodzić jedynie zamówienia tego samego rodzaju, co zamówienie podstawowe, a warunkiem możliwości ich udzielenia jest m.in. zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego. Nieuprawnione zatem byłoby działanie Zamawiającego polegające na zleceniu w ramach zamówień uzupełniających realizacji innych usług niż przewidziane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Z pewnością zamówienie uzupełniające musi dotyczyć tego samego przedmiotu co zamówienie podstawowe, czyli być realizowane w tym samym miejscu. Zdaniem przystępującego w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją, albowiem obejmuje te same usługi, jakie Wykonawca świadczy w ramach zamówienia podstawowego, jednakże

w zakresie szerszym, albowiem obejmującym częstotliwości przeznaczone na emisję w ramach pierwszego Multiplexu DVB-T. Zamówienie uzupełniające, tak jak podstawowe, będzie zatem obejmować świadczenie usługi nadawczej multiplexu DVB-T i usług sieciowych. Wskazując na treść ogłoszenia 2011/S 109-179710 stwierdził, że obie usługi (to jest będące przedmiotem zamówienia podstawowego i uzupełniającego) polegają na naziemnej emisji w standardzie DVB-T zmultiplexowanych programów TVP zgodnie z decyzjami rezerwacyjnymi wydanymi przez Urząd Komunikacji Elektronicznej (UKE), w wykonaniu obu usług istnieje możliwość przenoszenia przez regulatora częstotliwości między MUX1, a MUX, przyporządkowanie danej częstotliwości do multiplexu jest wyłącznie umowne, a nie wynika z natury MUX1 lub MUX3, do wykonywania obu usług wykorzystywane będą w przeważającej większości te same obiekty nadawcze, które składają się z łączny dosyłowych, tego samego typu nadajników cyfrowych oraz systemów anten nadawczych oraz usługa nadawcza dla obu sieci MUX3 i MUX1 posiada ten sam kod CPV i wymagania techniczne określone w ten sam sposób w decyzjach rezerwacyjnych, a także dla obu usług wymagany jest ten sam standard transmisji. Te okoliczności, zdaniem przystępującego bezspornie przesądzą o tym, że przesłanka tożsamości przedmiotu zamówienia podstawowego i uzupełniającego jest w całości spełniona. Tym samym zarzuty Odwołującego w tym zakresie są pozbawione podstawy faktycznej i uzasadnienia prawnego. Fakt wykorzystania innej częstotliwości, nie ma z punktu widzenia zakresu usług wykonywanych przez wykonawcę żadnego znaczenia, albowiem rezerwacja częstotliwości przyznawana jest Zamawiającemu, zaś zakres, rodzaj i charakter czynności wykonawcy jest taki sam bez względu na to, jaka częstotliwość zostanie wykorzystana. Stwierdził także, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie nakłada na wykonawcę obowiązku posłużenia się tymi samymi środkami technicznymi, jakie wykorzystano w zamówieniu podstawowym - nie ma to bowiem znaczenia dla dokonania oceny, czy usługi uzupełniające wykonane przez Wykonawcę są tożsame z objętymi zamówieniem podstawowym - przedmiotem zamówienia nie jest bowiem dostęp do infrastruktury Wykonawcy, ale wykonanie usługi polegającej na dosyłu i emisji programu TV - z punktu widzenia Zamawiającego bez znaczenia jest to, jaką infrastrukturą i środkami technicznymi posłuży się Wykonawca, istotne jest bowiem uzyskanie parametrów usługi zgodnych z SIWZ i umową. Wykonawca tym samym w pełni podziela i przyjmuje za własne argumenty, jakimi Zamawiający posłużył się w treści ogłoszenia 2011/S 109-179710. Wykonawca stwierdził także, że w postanowieniach Sekcji VI pkt 3 ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 219-315175 z dnia 13.11.2009 r. o zamówieniu oraz w postanowieniach pkt 4.5 SIWZ, Zamawiający wyraźnie przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp do 50 % wartości zamówienia podstawowego. Odpowiednia informacja w tym zakresie zawarta została także w pkt 2 protokołu ZP-1 (część ogólna) postępowania przetargowego w ramach zamówienia podstawowego, w którym wskazano między innymi, iż wartość zamówienia ustalono na kwotę 975 000 000 PLN precyzując, że na wartość tę składają się: wartość zamówienia podstawowego na kwotę 650 000 000 PLN oraz 50 % tej wartości

przeznaczona na zamówienia uzupełniające, na kwotę 325 000 000 PLN. Stwierdził także, że postępowanie to, jak i ogłoszenie w Dz. Urzędowym UE, obejmowało usługi nadawcze w standardzie DVB-T wraz z dosyłem sygnałów do stacji nadawczych - co jest przedmiotem tożsamym z przedmiotem niniejszego postępowania. Wykonawca stwierdził także, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie odnosi limitu wartości zamówienia uzupełniającego do porównywalnego z zamówieniem podstawowym okresu jego wykonywania. Tym samym należy uznać, że niezależnie od okresu czasu, w jakim ma być wykonywane zamówienie (lub zamówienia) uzupełniające, jego (lub ich) wartość łącznie nie może przekroczyć wskazanego w ustawie, ogłoszeniu, SIWZ i umowie limitu. W tej sprawie nie ma wątpliwości, że wskazana przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia limitu tego przekroczyć nie może, stanowi ona bowiem mniej, około 1/7 tej wartości. Stwierdził także, że ustalone terminy obowiązywania umów dla zamówienia podstawowego i uzupełniającego, nie są w najmniejszym stopniu uzasadnione - terminy te bowiem wynikają bezpośrednio z treści uzyskanych przez Zamawiającego rezerwacji częstotliwości. Zaznaczył również, że Zamawiający przewidywał konieczność udzielenia zamówienia na usługi operatora technicznego pierwszego Multipleksu DVB-T w trakcie postępowania dotyczącego zamówienia podstawowego i temu właśnie służyło zapisanie w SIWZ i umowie możliwości udzielenia zamówień uzupełniających. Zdaniem Przystępującego, chybiona jest też argumentacja wskazująca na konsekwencje udzielenia zamówienia uzupełniającego dla pozostałych nadawców, jacy ostatecznie uzyskają rezerwację częstotliwości w zakresie pierwszego Multipleksu DVB-T. Analogicznie, wcześniejszy wybór operatora technicznego multipleksu dokonany przez pozostałych nadawców, determinowałby możliwość udzielenia zamówienia przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając niniejsze odwołanie oraz uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumenty załączone w odpowiedzi na odwołanie, oraz stanowisko wyrażone w przystąpieniu do postępowania odwoławczego i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania wyrażone w toku posiedzenia i rozprawy, a także akta sprawy odwoławczej o sygn. akt: KIO/ UZP/ 1876/10, KIO/ UZP/ 1881/10 oraz KIO/ UZP/ 1883/10, w tym Ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki i dotyczy naruszenia art. 67 ust.1 pkt. 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych w związku z zamiarem udzielenia zamówienia uzupełniającego na rzecz TP Mitel sp. z o.o. z Krakowa – wykonawcy zamówienia podstawowego. Zamówieniem podstawowym jest w niniejszej sprawie zamówienie udzielone wykonawcy - TP EmiTel sp. z o.o. z Krakowa na podstawie umowy zawartej w dniu 28 kwietnia 2011 r. Umowa ta została zawarta w

wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu podstawowym zostało opublikowane w Dz. Urz. UE nr 2009/S 219 – 315175 i jak wskazano w tym ogłoszeniu jego przedmiotem była usługa operatora technicznego Multipleksu Cyfrowego DVB –T. Zdaniem Odwołującego, zamówienie uzupełniające na usługę operatora technicznego pierwszego Multipleksu DVB-T nie jest zgodne z zamówieniem podstawowym, albowiem przedmiotem zamówienia podstawowego była usługa operatora technicznego trzeciego Multipleksu DVB-T. Jego zdaniem Odwołującego także to zamówienie uzupełniające - nie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym na usługę operatora technicznego trzeciego Multipleksu DVB-T, a ponadto jego wartość - (zamówienia uzupełniającego) - przekracza w porównywalnym okresie świadczenia usług 50% wartości zamówienia podstawowego.

Rozpoznając odwołanie, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego i wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego zostało ono wniesione przez podmiot uprawniony. Podnoszony zarzut wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony Zamawiający i przystępujący wykonawca oparli na twierdzeniu, że w treści tego pełnomocnictwa wskazano pełnomocnika, jako reprezentanta Zamawiającego, a nie Odwołującego, oraz pełnomocnictwo nie upoważniało do wniesienia odwołania do organu właściwego tj. Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, lecz do Krajowej Izby Odwoławczej. Izba nie uwzględniła pierwszego z zarzutów, że pełnomocnictwo załączone do odwołania z dnia 13 czerwca 2011 r. nie upoważniało pełnomocnika – Pani Anity E. do wniesienia odwołania w dniu 17 czerwca 2011 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa operatora technicznego pierwszego Multipleksu DVB-T. W tym przypadku Izba stwierdziła, że kwestionowane pełnomocnictwo zostało udzielone przez Odwołującego - spółkę INVO-TV-FM sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu i zgodnie z jego treścią pełnomocnik został upoważniony (...) do podejmowania w imieniu i na rzecz Spółki wszelkich czynności związanych z udziałem Spółki (...) we wszelkich postępowaniach prowadzonych przez Telewizję Polską S.A. w ramach multipleksu MUX 1, w tym między innymi w postępowaniu w przedmiocie, którego, ogłoszenie zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE o sygnaturze 2011/S 109-179710 i którego dotyczy odwołanie. Zdaniem Izby kwestionowane pełnomocnictwo upoważniało także do wnoszenia odwołań w tym postępowaniu. Z faktu wskazania w upoważnieniu, jako organu do wnoszenia odwołań - Krajowej Izby Odwoławczej, nie można wywodzić braku skuteczności wniesienia odwołania do Prezesa KIO i upatrywania w powyższym naruszenia art. 180 ust.2 ustawy Pzp. Tak jak ustaliła Izba odwołanie niniejsze zostało zaadresowane do Prezesa KIO oraz wniesione w terminie ustawowym. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że zgodnie z art. 172 ust.1 ustawy Pzp tylko Krajowa Izba jest właściwa do rozpatrywania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Drugi z zarzutów dotyczący omyłkowego wskazania w treści pełnomocnictwa Zamawiającego - w miejsce Odwołującego, nie może także stanowić podstawy

do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt ustawy Pzp. W tym przypadku Izba stwierdziła, że z treści tego pełnomocnictwa, bez prowadzenia postępowania dowodowego, można bezspornie wywieść, że dotyczy ono reprezentowania interesów Spółki INVO-TV-FM sp. z o.o. z Zamościa. Oczywiście w niniejszej sprawie Izba miała także na względzie ogólne reguły wykładni określone w dyspozycji art. 65 KC. Izba – podobnie tak jak wskazuje się w orzecznictwie - miała na uwadze okoliczności faktyczne wskazane powyżej oraz brała pod uwagę, jako nadrzędną regułę interpretacyjną – zgodny zamiar stron. Niewątpliwie wolą stron było umocowanie pełnomocnika do reprezentowania interesów odwołującego się wykonawcy, nie interesów Zamawiającego oraz wniesienie odwołania do właściwego organu i taka czynność została dokonana.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu Izba miała na względzie nie tylko argumentację podnoszoną w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie, czy też w przystąpieniu, ale także dowody, które w myśl przepisu art. 190 ust.1 ustawy Pzp są zobowiązane wskazywać strony oraz uczestnicy postępowania odwoławczego dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Oddalając pierwszy z zarzutów, dotyczący niezgodności zamówienia uzupełniającego na usługę operatora technicznego pierwszego Multipleksu DVB-T z zamówieniem podstawowym - na usługę operatora technicznego trzeciego Multipleksu DVB-T, Izba ustaliła, że w uzasadnieniu tego zarzutu wykonawca – powołując się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych - podał, że w myśl art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamówienia uzupełniające nie mogą dotyczyć takich robót których wykonania zamawiający nie planował na etapie udzielenia zamówienia podstawowego i których konieczność wykonania pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia podstawowego. Zdaniem Odwołującego zamówienia uzupełniające, z samej swojej istoty, winny zostać określone już na etapie przygotowania zamówienia podstawowego. Wykonawca stwierdził także, że opis przedmiotu i pozostała dokumentacja postępowania dla zamówienia określanego przez Zamawiającego jako „podstawowe” w żaden sposób nie odnosiła się do świadczenia usług w ramach Multiplex - u pierwszego [MUX 1], nie zawierała koniecznych specyfikacji technicznych, porównywalnych ze specyfikacjami dotyczącymi zamówienia dla Multiplex - u trzeciego [MUX 3]. Zauważył także, że operatorzy poszczególnych MUX-ów (takim zgodnie z projektem ustawy cyfryzacyjnej jest TVP) mogą mieć różne wymagania dotyczące zasięgu i jakości odbioru programów transmitowanych w danym MUX-ie. Stwierdził także, że możliwość nadawania sygnału telewizyjnego w ramach MUX 1 i MUX 3 wynika z odrębnych decyzji rezerwacyjnych, określających parametry techniczne nadawania dla poszczególnych obszarów terytorium kraju oraz, że poszczególne MUX-y przesyłane są na różnych częstotliwościach, co oznacza, że usługi operatora technicznego dla MUX 1 w odniesieniu do usług operatora technicznego dla MUX 3 nie spełniają przesłanki „zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego”, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Także

względy techniczne – zdaniem Odwołującego - powodują, że usługi operatora technicznego w każdym z MUX-ów wymagają użycia odmiennej infrastruktury technicznej (nadajników, łączy telekomunikacyjnych, stacji nadawczych). W toku rozprawy powołał się także na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązującej w przetargu nieograniczonym dla zamówienia podstawowego. Jego zdaniem użyte w specyfikacji w jej tytule pojęcie „usługa operatora technicznego Multiplex Cyfrowy DVB-T”, a w załączniku nr 3 do siwz pkt I. 2 – pojęcie DVB-T/MUX3 TVP, świadczą o tożsamości tych pojęć.

Izba przede wszystkim stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, że sporne zamówienie uzupełniające nie było planowane. Nie udowodnił także, że konieczność wykonania zamówienia pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia podstawowego, albowiem z dokumentacji jednoznacznie wynika, że podstawą realizacji zamówienia uzupełniającego będzie decyzja rezerwacyjna z dnia 30 września 2009 r. [DZC-WTV-5157-4/09], a wszczęcie postępowania o zamówienie podstawowe nastąpiło w listopadzie 2009 r. z zaznaczeniem w Ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. Ponadto rozpoznając ten zarzut Izba miała także na uwadze cel zamówienia podstawowego sformułowany, chociażby w projekcie umowy, stanowiącej załącznik do specyfikacji oraz użyte - także specyfikacją – definicje odnoszące się do takich pojęć jak Multiplex oraz Multiplex trzeci. Zgodnie z Preambułą projektu umowy – lit B - celem udzielenia zamówienia podstawowego było cyfrowe nadawanie naziemnych programów telewizji publicznej i świadczenie usług sieciowych. Z kolei w „Słowniczku pojęć” [projektu umowy str 4], Multiplex zdefiniowano jako „Zestaw kilku programów i/lub usług nadawany na jednej częstotliwości, a pojęcie Multiplexu trzeciego [MUX 3] jako „Zestaw częstotliwości DVB-T przyznany na wyłączność Zamawiającego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej”. Zdaniem Izby z faktu, że opis przedmiotu i pozostała dokumentacja postępowania dla zamówienia określanego przez Zamawiającego jako „podstawowe” w żaden sposób nie odnosiła się do świadczenia usług w ramach MUX 1 oraz nie zawierała koniecznych specyfikacji technicznych, porównywalnych ze specyfikacjami dotyczącymi zamówienia na MUX 3, Odwołujący nie może wywodzić niezgodności zamówienia podstawowego z zamówieniem uzupełniającym. Tak jak wskazała KIO w wyroku z dnia 4 lutego 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP/1876/09 oraz KIO/UZP/1881/09 i KIO/UZP/1883/09 Zamawiający nie ma obowiązku precyzowania okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, oraz zamieszczania specyfikacji technicznych związanych z planowanym zamówieniem uzupełniającym. Ustawa Pzp tak jak wskazano w art. 41 pkt 15 tej ustawy wymaga wyłącznie podania w Ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, wskazanych w powołanym art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podzieliła jednocześnie pogląd Zamawiającego, iż z faktu wydania przez Prezesa UKE dwóch odrębnych decyzji administracyjnych nie wynika obowiązek prowadzenia dwóch odrębnych postępowań o zamówienie publiczne w procedurze przetargowej, celem zawarcia dwóch odrębnych umów w sprawie

zamówienia publicznego. Izba rozpatrując wskazany zarzut miała także na względzie powołany przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp – stwierdziła, że na potwierdzenie tego zarzutu Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Co prawda powoływał się w odwołaniu na „Projekt Planu Wdrożenia Telewizji Cyfrowej w Polsce”, jednakże taki dowód do czasu zamknięcia rozprawy nie został przedłożony Izbie. Izba zwraca także uwagę, że Odwołujący nie kwestionował – prezentowanego w toku rozprawy - stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że wobec wydania decyzji rezerwacyjnych z dnia 31 lipca 2009 r. [DZC-WTV-5157-2/09] oraz z dnia 30 września 2009 r. [DZC-WTV-5157-4/09] powyższy dokument stracił swój byt oraz, że i ten dokument ten nie będąc źródłem prawa nie rodził żadnych skutków prawnych. Izba jednocześnie zauważa, że powoływany przez Odwołującego art. 31 dyrektywy klasycznej [Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) przede wszystkim stanowi o możliwości powtarzania podobnych usług - nie tych samych - powierzonych wykonawcy, któremu ta sama instytucja zamawiająca udzieliła pierwotnego zamówienia. Odwołujący potwierdził w toku rozprawy, że usługa emisji programów TVP w ramach multipleksu MUX1 jest usługą tego samego rodzaju. Tym samym na gruncie wskazanej dyrektywy, kwestionowane zamówienie uzupełniające jest bezspornie usługą podobną do usługi objętej zamówieniem podstawowym. Wobec zatem niepodważonej przez Odwołującego w toku rozprawy argumentacji Zamawiającego, co do funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na jego specyfikę oraz wobec braku – jak wskazano powyżej – możliwości zamiennego posługiwania się pojęciami Multipleks Cyfrowy DVB-T i DVB-T/MUX3 TVP, zarzut dotyczący niezgodności zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym nie został uwzględniony. W tym przypadku Izba miała także na względzie Opinię techniczną Zakładu Kompatybilności Elektromagnetycznej Instytutu Łączności z Wrocławia. Zgodnie z tą opinią (...) Usługa transmisji i emisji MUX 3 i MUX 1 z technicznego punktu widzenia jest tożsama, gdyż obejmuje m.in. te same elementy składowe i (..)może być prowadzona z tych samych obiektów równoległe, wykorzystując te same (lub równoważne) łącza dosyłowe. Stąd też Izba uznała za nieudowodnione twierdzenie Odwołującego, że różne częstotliwości usługi operatora technicznego dla MUX 1 oraz dla MUX 3, a także wymóg użycia odmiennej infrastruktury technicznej potwierdzają brak zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego wymaganego przepisem art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła także zarzutu odnoszącego się do wartości zamówienia uzupełniającego. W tym przypadku Izba ustaliła, że wartość zamówienia podstawowego została określona na kwotę 650 mln zł. Wartość zamówienia uzupełniającego, którego dotyczy odwołanie zostało określone na kwotę 48 mln zł. Zatem bezspornie wartość zamówienia podstawowego nie przekracza 50% wartości zamówienia podstawowego - (wartości zamówienia na MUX3). Ponadto Izba zwraca uwagę, że ze wskazywanej decyzji rezerwacyjnej z dnia 30 września 2009 r. bezspornie wynika, że TVP z dniem 31

lipca 2013 r. utraci prawo do częstotliwości dla pierwszego multipleksu (MUX1) i tym samym zamówienie uzupełniające nie mogło być obliczane do 10 letniego okresu, jak domaga się Odwołujący. Pozostała argumentacja związana z prawem do emisji w ramach MUX1 przyznana także 4 nadawcom prywatnym, w niniejszej sprawie jest bezprzedmiotowa i tym samym nie została uwzględniona przez Izbę. Przede wszystkim Izba stwierdziła, że zawarcie umów przez nadawców komercyjnych nie ma wpływu na treść decyzji rezerwacyjnej z dnia 30 września 2009 r., która to decyzja w niniejszej sprawie ma rozstrzygające znaczenie. Zatem przy ustalaniu wartości zamówienia uzupełniającego Zamawiający był uprawniony w pierwszej kolejności odnieść się do terminu wskazanego w powołanej decyzji rezerwacyjnej.

Wobec powyższych ustaleń także ostatni z zarzutów związany z brakiem zamieszczenia w Ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, dotyczącym usługi operatora technicznego trzeciego Multipleksu DVB-T, informacji o zamówieniu uzupełniającym - na usługę operatora technicznego pierwszego Multipleksu DVB-T – podlega oddaleniu. Informacja o zamówieniu uzupełniającym została zamieszczona w Sekcji VI pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 219-315175 z dnia 13.11.2009 r. oraz pkt 4.5 SIWZ. Dodatkowo okoliczność ta została potwierdzona we wskazanym wyroku KIO z dnia 4 lutego 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP/1876/09, KIO/UZP/1881/09 i KIO/UZP/1883/09 rozstrzygającym m.in. w przedmiocie zakresu informacji o zamówieniu uzupełniającym.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego tylko w kwocie 3600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit b rozporządzenia z dnia 15.03.2010 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:

.....

.....