

Sygn. akt: KIO/UZP 346/08

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu ~~1 w dniach~~* 28 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Astra Polska Sp. z o.o., 00-073 Warszawa, Pl. Piłsudskiego 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Telewizję Polską S.A. Biuro Technologii i Inwestycji, 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17** protestu / ~~protestów~~* z dnia 25 marca 2008 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz

2. kosztami postępowania obciąża Telewizję Polską S.A. Biuro Technologii i Inwestycji, 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Astra Polska Sp. z o.o., 00-073 Warszawa, Pl. Piłsudskiego 2,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064,00 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Telewizję Polską S.A. Biuro Technologii i Inwestycji, 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17** na rzecz **Astra Polska Sp. z o.o., 00-073 Warszawa, Pl. Piłsudskiego 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu z tytułu wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Astra Polska Sp. z o.o., 00-073 Warszawa, Pl. Piłsudskiego 2**

U z a s a d n i e

Zamawiający, Telewizja Polska S.A. Biuro Technologii i Inwestycji z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i uruchomienie systemu satelitarnego multipleksu dla nadawania platformy DTH (Direct To Home) – nr sprawy 129/TID/TMV/CP/07”, które zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. W dniu 14.03.2008r. nastąpiła publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2008/S 52-070728, w tym też dniu Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na własnej stronie internetowej.

W dniu 25.03.2008r. Odwołujący Astra Polska Sp. z o.o. wniósł protest, dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej również ustawą Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy Pzp poprzez:

1. określenie obowiązku i żądanie złożenia oświadczenia, określonego w formularzu oferty pkt I.6 (powtórnego również w pkt nr 3 Załącznika nr 1 do siwz), dotyczącego możliwości integracji oferowanego systemu z wybranym przez Zamawiającego dowolnym dostawcą systemu dostępu warunkowego,

2. określenie w Załączniku nr 1 do siwz – Założenia techniczne, obowiązku wykonawcy, polegającego na wykonaniu niezbędnego okablowania oraz podłączenia Systemu do Centralnej Aparatury Emisyjnej bez wskazania informacji, umożliwiających określenie kosztów z tym związanych,

3. określenie w pkt 3 Załącznika nr 1 do siwz (Gwarancja, szkolenie, upgrade systemu), iż Zamawiający oczekuje, że wykonawca systemu multipleksu zobowiąże się do współpracy z dostawcą systemu dostępu warunkowego i systemów peryferyjnych w przyszłości bez podania jakichkolwiek informacji dotyczących tych systemów, jak również okresu obowiązywania gwarancji,

4. określenie w Załączniku nr 1 do siwz – rozdz. 2 pkt f żądania kompatybilności z systemem DVB SimulCrypt (wersja 3 lub nowszy) oraz synchronizacji do minimum 10 różnych systemów warunkowego dostępu różnych producentów poprzez interfejs DVB EIS-SCS (m.in. VideoGuard, Nagravision, Irdeto, Conax),

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że protest został wniesiony wobec braku odpowiedzi Zamawiającego na pytania, dotyczące wyjaśnienia zapisów siwz. Argumentując zarzuty Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie określił żadnych, nawet minimalnych parametrów systemu dostępu warunkowego, ani też ram czasowych integracji z dostawcą systemu dostępu warunkowego, wymagając złożenia przez wykonawców oświadczenia w tym zakresie. Ponadto, Zamawiający nie podał informacji dotyczącej lokalizacji oraz odległości pomieszczenia CAE i pomieszczenia aparatury, warunków technicznych, szacunkowej odległości do tablicy energetycznej w pomieszczeniu aparatury tj. przebiegu trasy okablowania, co jest niezbędne do przygotowania oferty, w tym określenia kosztów i pracochłonności tych zadań. W zakresie wymaganej współpracy z dostawcą systemu dostępu warunkowego i systemów peryferyjnych w przyszłości Zamawiający nie podał warunków współpracy, w tym rodzaju informacji, które mają być udostępniane przez wykonawcę, ani też ram czasowych tej współpracy, co jest niezbędne dla prawidłowego sporządzenia oferty. Odwołujący wskazał także na swoje przypuszczenia, dotyczące przyjęcia przez Zamawiającego w przyszłości rozwiązania, które mogłoby spowodować, że liczba możliwych do zintegrowania systemów dostępu warunkowego zostanie ograniczona w praktyce do jednego systemu (VideoGuard), co ograniczy zasadę uczciwej konkurencji i możliwość złożenia oferty w przyszłym postępowaniu dotyczącym rozbudowy systemu.

Odwołujący wniósł w proteście o:

- zmianę zapisów formularza oferty pkt 1.6 poprzez dodanie informacji dotyczących systemu dostępu warunkowego,
- udostępnienie informacji niezbędnych do przygotowania oferty w zakresie okablowania oraz podłączenia Systemu do centralnej Aparatury Emisyjnej,
- udostępnienie informacji dotyczących współpracy z dostawcą Systemu Dostępu Warunkowego i systemów peryferyjnych,
- zmianę siwz w zakresie żądania kompatybilności z systemem DVB SimulCrypt (wersja 3 lub nowszy) oraz synchronizacji do minimum 10 różnych systemów warunkowego

dostępu różnych producentów poprzez interfejs DVB EIS-SCS (m.in. VideoGuard, Nagravision, Irdeto, Conax), uniemożliwiająca przyjęcie rozwiązania ograniczającego zachowanie zasady uczciwej konkurencji w tym postępowaniu i w kolejnym postępowaniu dotyczącym dostawy systemu dostępu warunkowego.

Pismem z dnia 07.04.2008 r. Zamawiający oddalił protest, wskazując że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ani też zasady równego i nieograniczonego dostępu do informacji związanych z prowadzonym postępowaniem. Zamawiający pismem z dnia 28.03.2008r. wyjaśnił treść siwz w zakresie o jaki zwrócił się Odwołujący udzielając odpowiedzi łącznie na wszystkie pytania, które w tym czasie wpłynęły także od innych wykonawców. Wyjaśnienia zostały niezwłocznie wysłane do wykonawców jak również zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego protest został złożony wobec czynności zaniechania udzielenia wyjaśnień przez Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, protest należy uznać za bezprzedmiotowy. Zarzuty wskazane w treści protestu są powieleniem pytań zawartych przez Odwołującego w piśmie dotyczącym wyjaśnienia treści siwz. Zamawiający stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia jednoznacznie określa parametry systemu multipleks w stosunku do systemu dostępu warunkowego, w tym konieczność zastosowania systemów zgodnych z normą DVB. Wszelkie wymagania zawarte w siwz mogą dotyczyć wykonawcy w okresie obowiązywania zawartej umowy. W treści wyjaśnień z dnia 28.03.2008r. określono także ramy czasowe zobowiązania maksymalnie na okres gwarancji. W zakresie lokalizacji Systemu i Centralnej Aparatury Emisyjnej Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z treścią ogłoszenia oraz udzielonych w dniu 28.03.2008r. informacji, miejscem instalacji systemu jest siedziba Zamawiającego przy ul. Woronicza 17 w Warszawie. Zakres współpracy wykonawcy z przyszłym dostawcą systemu dostępu warunkowego mieści się w standardach współpracy w tej branży oraz wynika z treści siwz, a także wyjaśnień z dnia 28.03.2008r. Zarzut dotyczący wadliwości przyszłego postępowania dotyczącego rozbudowy systemu Zamawiający uznał za bezprzedmiotowy i nie posiadający związku z niniejszym postępowaniem.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 11.04.2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 2 ustawy Pzp poprzez:

1. określenie obowiązku i żądanie złożenia oświadczenia określonego w formularzu oferty pkt I.6 (powtórnego również w pkt nr 3 Załącznika nr 1 do siwz), dotyczącego możliwości integracji oferowanego systemu z wybranym przez Zamawiającego dowolnym dostawcą systemu dostępu warunkowego,

2. określenie w pkt 3 Załącznika nr 1 do siwz (Gwarancja, szkolenie, upgrade systemu), iż Zamawiający oczekuje, że wykonawca systemu multipleksu zobowiąże się do współpracy

z dostawcą systemu dostępu warunkowego i systemów peryferyjnych w przyszłości bez podania jakichkolwiek informacji dotyczących tych systemów, jak również okresu obowiązywania gwarancji,

3. określenie w Załączniku nr 1 do siwz – rozdz. 2 pkt f żądania kompatybilności z systemem DVB SimulCrypt (wersja 3 lub nowszy) oraz synchronizacji do minimum 10 różnych systemów warunkowego dostępu różnych producentów poprzez interfejs DVB EIS-SCS (m.in. VideoGuard, Nagravision, Irdeto, Conax),

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście i wniósł w odwołaniu o:

- zmianę zapisów formularza oferty pkt 1.6 poprzez dodanie informacji dotyczących systemu dostępu warunkowego,
- udostępnienie informacji dotyczących współpracy z dostawcą systemu dostępu warunkowego i systemów peryferyjnych,
- zmianę siwz w zakresie żądania kompatybilności z systemem DVB SimulCrypt (wersja 3 lub nowszy) oraz synchronizacji do minimum 10 różnych systemów warunkowego dostępu różnych producentów poprzez interfejs DVB EIS-SCS (m.in. VideoGuard, Nagravision, Irdeto, Conax), uniemożliwiająca przyjęcie rozwiązania ograniczającego zachowanie zasady uczciwej konkurencji w tym postępowaniu i w kolejnym postępowaniu dotyczącym dostawy systemu dostępu warunkowego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W załączniku nr 1 do siwz pt. „Założenia techniczne do systemu multipleksu cyfrowego” Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, wskazując m.in., że dostawa Systemu Multipleksu Cyfrowego obejmuje „uruchomienie, integrację i konfigurację Systemu oraz przeprowadzenie szkolenia.” W pkt 2 lit. f „Skramblowanie”, Zamawiający zawarł wymóg dotyczący kompatybilności z systemem DVB SimultCrypt (wersja 3 lub nowszy) i synchronizacji do minimum 10 różnych systemów warunkowego dostępu różnych producentów poprzez interfejs DVB EIS-SCS (m.in. VideoGuard, Nagravision, Irdeto, Conax).

W pkt. 3 – Gwarancja, szkolenie, upgrade systemu, Zamawiający zawarł wymaganie, aby wykonawca zagwarantował możliwość integracji systemu multipleksu z wybranym przez TVP dowolnym dostawcą systemu dostępu warunkowego oraz zobowiązał się do udzielenia niezbędnych informacji oraz do współpracy z dostawcą systemu dostępu warunkowego i systemów peryferyjnych w przyszłości.

Odwołujący, w dniu 19.03.2008r., zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie kwestii stanowiących przedmiot protestu i odwołania. W dniu 28.03.2008r. Zamawiający udzielił

odpowiedzi na pytania zgłoszone m.in. przez Odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, że obecnie do dystrybucji sygnałów do sieci kablowych używany jest system NDS Director.

Upgrade systemu NDS oraz zakup systemu dostępu dla odbiorców indywidualnych są przedmiotem odrębnych zamówień. Zamawiający stwierdził, że wymaga gwarancji możliwości integracji systemu multipleksu z systemami dostępu warunkowego DTH i współpracy z firmą NDS. Wskazał jednocześnie, że integracja systemów nastąpi w okresie gwarancji. W celu integracji wymaga się zgodności protokołów ECMG-SCS, EMMG/PDG-MUX, C(P)SIG-(P)SIG. Z powyższych względów Zamawiający narzucił wykonawcom kompatybilność z systemem DVB SimulCrypt v.3.0 i nowszymi.

W odpowiedzi na pytanie nr 4 Zamawiający wyjaśnił, że równolegle do niniejszego postępowania przetargowego przeprowadza upgrade systemu NDS Director w celu zapewnienia jego kompatybilności z DVB SimultCrypt i możliwości współpracy z dowolnym systemem multipleksu przy zachowaniu kodowania w systemie VideoGuard.

Termin składania ofert został przesunięty z dnia 22.04.2008r. na dzień 08.05.2008r.

Z zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji wynika zakaz dyskryminacji wykonawców z jakiegokolwiek powodu. Zasada ta, określona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, znajduje rozwinięcie w dalszych przepisach Prawa zamówień publicznych. Odwołujący, zarzucając naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, przedstawił w proteście i odwołaniu okoliczności wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także naruszenie zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ocena realizacji powyższych wymogów ustawy Pzp przez Zamawiającego powinna być dokonywana w kontekście danego stanu faktycznego przy uwzględnieniu, że opis przedmiotu zamówienia adresowany jest przede wszystkim do podmiotów, które są zdolne do wykonania danego zamówienia i jednocześnie są profesjonalistami w danej dziedzinie.

W ocenie Izby, żądanie przez Zamawiającego zagwarantowania przez wykonawcę możliwości integracji systemu multipleksu z wybranym przez Zamawiającego w przyszłym postępowaniu dowolnym dostawcą systemu dostępu warunkowego, w sytuacji gdy parametry techniczne tego systemu nie zostały sprecyzowane w siwz, a zatem nie są znane wykonawcom, stanowi wymaganie, które narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Zważywszy na zapis, zawarty w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 2 (pismo do wykonawców z dnia 28.03.2008r.), dotyczący konieczności uwzględnienia przez wykonawców w ofercie kosztów integracji systemów: upgrade NDS oraz systemu dostępu warunkowego DTH z systemem multipleksu, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie określił w siwz w sposób dostateczny podstaw do wyliczenia kosztów integracji. Zamawiający nie

zawarł w siwz informacji dotyczących parametrów systemów, z którymi nastąpi integracja systemu multipleks. Wobec nieuwzględnienia powyższych informacji w treści opisu przedmiotu zamówienia, nie mogą mieć znaczenia wyjaśnienia, złożone przez Zamawiającego na rozprawie, iż koszty integracji obejmują koszty udostępnienia dokumentacji i koszty konsultacji technicznych. Wobec powyższego Izba uznała, iż opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, którego bezspornie częścią jest integracja systemu, w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań, mających wpływ na kalkulację kosztów przedsięwzięcia, a zatem na rzetelne przygotowanie oferty, narusza zasadę uczciwej konkurencji. Określenie podstaw do skalkulowania kosztów integracji systemów umożliwi wykonawcom rzetelne przygotowanie ofert, zapewni zachowanie zasady uczciwej konkurencji, a także porównywalność składanych przez wykonawców ofert. Informacje powyższe winny znaleźć odzwierciedlenie w treści opisu przedmiotu zamówienia w siwz i jako takie udostępnione wszystkim potencjalnym wykonawcom.

W toku rozprawy pojawiły się sprzeczne oświadczenia stron co do możliwości integracji systemu multipleksu, który zgodnie z wymaganiami Zamawiającego musi być zgodny z normą DVB SimulCrypt 3 lub nowszymi, z systemem dostępu warunkowego. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że żądanie zgodności z wersją 3 normy DVB SimulCrypt, która jest „praktycznie nieobecna na rynku usług CAS DTH, a dostępne na rynku systemy dostępu warunkowego nie są w ogóle zgodne z normą SimulCrypt 3 lub są zgodne jedynie częściowo”, prowadzi do ograniczenia zasady uczciwej konkurencji. W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, że znaną mu firmą, która oferuje obecnie system dostępu warunkowego zgodny z normą SimulCrypt 3 jest firma NDS, która aktualnie wykonuje na rzecz Zamawiającego upgrade systemu NDS Director. Izba uznała za bezprzedmiotowy zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji podniesiony przez Odwołującego w kontekście przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę systemu dostępu warunkowego, które nie zostało do chwili obecnej ogłoszone przez Zamawiającego, zważywszy, że został on oparty wyłącznie na przypuszczeniach Odwołującego.

W ocenie Izby zasadny jest zarzut, dotyczący braku w specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji określających warunki współpracy wykonawcy z przyszłym dostawcą systemu dostępu warunkowego oraz z firmą NDS, realizującą modernizację aktualnego systemu w TVP. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, iż wymaganie dotyczące złożenia przez wykonawcę oświadczenia obejmującego zobowiązanie do współpracy, należy rozumieć jako deklarację woli wykonawcy w zakresie podjęcia w przyszłości takiej współpracy. W ocenie Izby, Zamawiający wymagając powyższego oświadczenia, dotyczącego współpracy jest zobowiązany do określenia co najmniej zakresu tej współpracy tak, aby oświadczenie wykonawcy w tym względzie mogło być skuteczne, a zobowiązanie wykonalne. Izba wzięła

przy tym pod uwagę, iż powyższe oświadczenie, zgodnie z postanowieniem Zamawiającego określonym w § 15 wzoru umowy, stanowi integralną jej część - jest zawarte w treści załącznika nr 1 i nr 2 do siwz. W świetle powyższego Izba zgodziła się z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający nie określił zakresu żądanej współpracy z dostawcą systemu dostępu warunkowego i systemów peryferyjnych w przyszłości, a zatem nie zawarł w siwz wyczerpujących informacji, niezbędnych do przygotowania oferty.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią powyższego przepisu Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zasada jawności może być rozpatrywana w różnych aspektach. Może dotyczyć jawności informacji o planowanych i podejmowanych procedurach zamówieniowych, jawności dokumentacji konkretnej procedury zamówieniowej oraz jawności procedur odwoławczych i sądowych. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zasady jawności w żadnym z powyższych aspektów.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów nie zawartych w proteście. Nie były zatem rozpatrywane zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 6 i art. 42 ustawy Pzp, podniesione przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie stwierdziła także okoliczności skutkujących unieważnieniem z urzędu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy rachunku obejmującego wynagrodzenie pełnomocnika. Przedłożenie przez Odwołującego umowy zlecenia w świetle przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) nie może stanowić podstawy do określenia wysokości uzasadnionych kosztów uczestnika postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*