

WYROK

z dnia 16 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 10 i 14 lipca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2020 r. **przez odwołującego** HELLAS SAT CONSORTIUM LTD, 1 Panagias Galaktotrofousas, Kofinou, 7735 Larnaca, w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego** Telewizja Polska S.A. ul. Jana Pawła Woronicza 17; 00-999 Warszawa

przy udziale:

- A. **przystępującego** Eutelsat S.A., rue Balard 70, 75015 Paryż, **po stronie zamawiającego**,
- B. **przystępującego** TTcomm S.A., ul. Żurawia 32/34, 00-515 Warszawa, **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża HELLAS SAT CONSORTIUM LTD, 1 Panagias Galaktotrofousas, Kofinou, 7735 Larnaca i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez HELLAS SAT CONSORTIUM LTD, 1 Panagias Galaktotrofousas, Kofinou, 7735 Larnaca tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 złożono w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (PZP), którego przedmiotem jest „Dzierżawa transpondera satelitarnego dla potrzeb przewoźnych stacji satelitarnych DSNG”, nr postępowania ZP/TITT/18/2020.

Odwołujący sformułował następująco zarzuty odwołania.

1. Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „PZP”) w imieniu HELLAS SAT CONSORTIUM LTD z siedzibą na Cyprze (dalej: „Odwołujący”) wnoszę odwołanie na czynności i zaniechania czynności Telewizji Polskiej S.A. (dalej: „Zamawiający”) w Postępowaniu, w postaci:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) zaniechania czynności odrzucenia:
 - a. oferty wykonawcy Studiotech Poland sp. z o.o.;
 - b. oferty wykonawcy TTcomm S.A.;
 - c. oferty wykonawcy Eutelsat S.A.;
- 3) zaniechania czynności wykluczenia z Postępowania:
 - a. wykonawcy Studiotech Poland sp. z o. o.;
 - b. wykonawcy TTcomm SA.

2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 marca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 064-152464.

3. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucono:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP przez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej: „SIWZ”), tj. błędne ustalenie, że pkt 3.2 oferty Odwołującego jest niezgodny z pkt 1. ppkt 5) lit. a) załącznika nr 1 do SIWZ,

ewentualnie, na wypadek nie uwzględniania powyższego zarzutu

2) naruszenie art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty Postępowaniu, czego skutkiem było odrzucenie

oferty Odwołującego, tj. błędne niewzwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści pkt 3.2 oferty Odwołującego,

ewentualnie, na wypadek nie uwzględnienia powyższego zarzutu

3) naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny i nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego ani względami technicznymi, a ponadto utrudniający uczciwą konkurencję, czego skutkiem było odrzucenie oferty Odwołującego, tj. niezgodne zawężenie parametru określonego w pkt 1. ppkt 5) lit, a) załącznika nr 1 do SIWZ jedynie do pozycji satelitarnej 23,5°E lub 33°E, gdy tymczasem obiektywnie potrzeby Zamawiającego spełnia także pozycja orbitalna 39°E,

4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez zaniechanie odrzucenia złożonych w Postępowaniu ofert przez:

a. wykonawcę Studiotech Poland sp. z o.o., pomimo tego, że oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z treścią SIWZ,

b. wykonawcę TTcomm SA,

pomimo, że oferty złożone przez tych wykonawców są niezgodne z treścią SIWZ, tj. niezgodne z pkt 9.1 w zw. z pkt 10. 1 SIWZ w zw. z pkt 2 załącznika nr 2 do SIWZ (formularz oferty);

5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez zaniechanie odrzucenia złożonej w Postępowaniu oferty przez wykonawcę Eutelsat S.A. pomimo, że wykonawca ten faktycznie zaoferował rozwiązania alternatywne (w ofercie złożonej bezpośrednio przez siebie oraz ofercie złożonej jako podwykonawca wykonawcy TTcomm S.A.), tj. niezgodnie z pkt 9.2 SIWZ;

6) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) PZP poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia z Postępowania wykonawców:

a. wykonawcę Studiotech Poland sp. z o. o.,

b. wykonawcę TTcomm S.A.,

pomimo, że wykonawcy ci w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że zrealizują zamówienie bez udziału podwykonawców;

7) pozostałe naruszenia wskazane w odwołaniu.

4. W związku z podniesionymi zarzutami, wniesiono o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
 - 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu,
 - 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny oferty Odwołującego,
 - 4) nakazania Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych w Postępowaniu przez:
 - a. wykonawcę Studiotech Poland sp. z o.o.;
 - b. wykonawcę TTcomm SA;
 - c. wykonawcę Eutelsat SA;
 - 5) nakazania Zamawiającemu wykluczenia z Postępowania:
 - a. wykonawcy Studiotech Poland sp. z o.o.;
 - b. wykonawcy TTcomm S.A.;
 - 6) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Odwołującego.
5. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w treści odwołania przepisów PZP, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku.

Oferta złożona przez Odwołującego jest - zgodnie z informacją z otwarcia ofert przekazaną przez Zamawiającego w dniu 4 maja 2020 r. - najtańszą z ofert złożonych w Postępowaniu. Cena brutto oferty Odwołującego, obliczona zgodnie z punktem 6.2. SIWZ wynosi kwotę 7 269 120,00 zł. Czyni to ofertę Odwołującego tańszą o 424 516,61 zł od kolejnej, najniższej ceny oferty w Postępowaniu - złożonej przez Eutelsat S.A. (której cena brutto wynosi 7 693 636,61 zł). Stosownie zaś do punktu 15.2.1. SIWZ, cenie brutto przyznano w ramach kryteriów oceny ofert wagę aż 85% (w pozostałym zakresie punktowana jest szerokość pasma). Gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę Wykonawcy, to oferta Odwołującego powinna dostać w rzeczywistości najwięcej punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

W świetle powyższego, oferta złożona przez Odwołującego jest w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, lecz w skutek naruszeń dokonanych przez Zamawiającego została ona odrzucona. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów powoduje więc utratę przez Odwołującego możliwości realizacji zamówienia objętego Postępowaniem i szkodę w postaci utraconych zysków z tytułu realizacji zamówienia.

6. Odwołujący dochował terminu na wniesienie odwołania, bowiem informację o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania w zakresie zarzutów, o których

mowa w punkcie 3 odwołania, Odwołujący powziął w dniu 8 maja 2020 r., tj. w dniu przesłania przez Zamawiającego informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił następującą argumentacją formalną i prawną.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2) PZP (pkt 3.1} niniejszego pisma)

1.1 Zgodnie z pkt 1. ppkt 5) lit. a) załącznika nr 1 do SIWZ, parametrem dzierżawionej pojemności jest pozycja satelitarna 23,5°E lub 33°E (dalej: „Parametr Przetargu”). Zgodnie natomiast z pkt 3.2 oferty Odwołującego, oświadczył on, że zrealizuje zamówienie zgodnie z pozycją orbitalną 39°E (dalej: „Parametr Oferty”).

1.2 Należy wskazać, że z technicznego punktu widzenia - zdolności satelitarne opisane Parametrze Przetargu mogą być zapewniane również na pozycji orbitalnej określonej w Parametrze Oferty. Z uwagi na tę okoliczność, złożona w Postępowaniu przez Odwołującego oferta powinna zostać uznana, za zgodną z SIWZ.

1.3 Szczegółową argumentację w tym zakresie Odwołujący przedstawia w punkcie 1.16 poniżej i zamierza ją dodatkowo przedstawić na rozprawie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 PZP (pkt 3.2) niniejszego pisma)

1.4 Stosownie do art. 87 ust. 1 PZP:

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

1.5 W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”) podkreśla się, że odrzucenie oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP dopuszczalne jest jedynie, gdy niemożliwe jest wyjaśnienie treści oferty i ewentualne potwierdzenie jej zgodności z treścią SIWZ (por. m.in. wyrok KIO z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 346/18).

1.6 Wobec powyższego, czynność odrzucenia oferty Odwołującego, dokonywana w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, powinna zostać poprzedzona wezwaniem Zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia mogłyby bowiem prowadzić do ustalenia, że złożona oferta odpowiada treści SIWZ.

1.7 W stanie faktycznym sprawy, Zamawiający nie skierował jednak do Odwołującego wezwania w trybie art. 87 ust. 1 PZP, lecz dokonał odrzucenia złożonej przez niego oferty z pominięciem trybu wezwania do jej wyjaśnień. W ocenie Odwołującego, gdyby Zamawiający

skorzystał z tego trybu, mógłby powziąć wiedzę, iż Parametr Oferty spełnia wymagania określone dla Parametru Przetargu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 PZP (pkt 3.3) niniejszego pisma)

1.8 Stosownie do: a. art. 7 ust 1 PZP:

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

b. art. 29 ust. 2 PZP:

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

c. art. 29 ust. 3 PZP:

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

1.9 Stosownie do przywołanych przepisów, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Ponadto, z przywołanych przepisów wynika dla Zamawiającego zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcy, potencjalnie zdolnego do realizacji zamówienia. Stawiając wymogi w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie powinien więc kierować się subiektywnym podejściem, nie znajdującym oparcia w jego obiektywnych potrzebach.

1.10 Powyższa reguła jest utrwalona w linii orzeczniczej. Przykładowo, w wyroku KIO z dnia 7 września 2017 r., sygn. KIO 1777/17, stwierdzono:

Warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne. Warunki udziału w postępowaniu muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia i sformułowane z poszanowaniem konkurencyjnych reguł postępowania. Wobec tego stwierdzić należy, że określenie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu

wymaga wyrażenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do zamówienia.

1.11 Należy zaznaczyć, w rozumieniu zacytowanych przepisów niedopuszczalnym jest nie tylko wskazanie konkretnego produktu, ale także parametru, który de facto zmusza wykonawców do zaoferowania jednego, konkretnego rozwiązania. W tym tonie wypowiedziała się KIO m.in. w wyroku z dnia 18 listopada 2008 r. (KIO/UZP 1240/08: Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć nie tylko opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

1.12 Ciężar dowodu co do wykazania, że dane rozwiązanie jest obiektywnie uzasadnione dla zamawiającego, spoczywa na nim samym. I w tym zakresie właściwym jest odwołanie się do wyroku z dnia 18 listopada 2008 r., KIO/UZP 1240/08:

Do naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p. może dojść w sytuacji, w której istnieje jedynie możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji. Odwołujący ma obowiązek uprawdopodobnić, że wymagania Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia mogą utrudnić uczciwą konkurencję, a na Zamawiającym ciąży obowiązek dowiedzenia, że albo nie utrudnił on uczciwej konkurencji, albo ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego w ramach postawionych wymagań mają uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

1.13 Sposób opisanie Parametru Przetargu - przy założeniu, że Parametr Oferty nie spełnia wymagania postawionego w Parametrze Przetargu - nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

1.14 Warto zwrócić uwagę, że Odwołujący jest właścicielem dwóch (2) nowych satelitów zlokalizowanych na pozycji 39°E, funkcjonujących w rygorze umów koordynacji częstotliwości dla zakresu objętego przedmiotem zamówienia Postępowania.

1.15 Co więcej, satelity Odwołującego funkcjonują w rygorze priorytetu ITU wobec satelitów sąsiadujących w odległości ± 2 stopni kątowych, w szczególności wobec satelitów Paksat 38.2 East oraz RSCC 40 East, co daje jego klientom środowisko spektralne wolne od interferencji dla stacji naziemnych uplink oraz downlink z antenami już od 60 cm.

1.16 Odwołujący od ponad dekady z sukcesem oferuje usługi Video (takie jak DTH, Video Distribution and Contribution oraz usługi Occasional Use) pierwszorzędnym klientom w Europie. Przy czym kolokacja dwóch satelitów na jednej pozycji orbitalnej 39°E, gwarantuje jego klientom świadczenie usług bez najmniejszych przeszkód. Ponadto, Odwołujący od roku 2008 świadczył usługi video także dla licznych kluczowych nadawców w Polsce, mianowicie TVP, Puls TV, Cyfrowy Polsat, TVN S.A. oraz TVS, którzy to nadawcy zarejestrowali w systemie Occasional Use Hellas Sat swoje stacje DSNG dla nadawania/odbioru swoich usług (szczegóły na ten temat znajdują się w załączniku nr 7 do dowożenia).

1.17 W świetle powyższego, dokonanie przez Zamawiającego zawężenia możliwych do zastosowania rozwiązań nie jest obiektywnie uzasadnioną potrzebą Zamawiającego, stanowiąc naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP i ofert wykonawców Studiotech Poland sp. z o.o oraz TTcomm S.A (pkt 3.4) niniejszego pisma)

1.18 Zgodnie z pkt 9.1 SIWZ, oferta w Postępowaniu musiała obejmować całość przedmiotu zamówienia i być sporządzona zgodnie z SIWZ i treścią określoną w dokumentach wskazanych w pkt 10.1 SIWZ. Takim dokumentem był formularz oferty, który stanowił załącznik nr 2 do SIWZ.

1.19 Punkt 2 formularza oferty wymagał, aby właściwie zaznaczyć, czy wykonawca zamierza zrealizować zamówienie przy udziale podwykonawców. Zarówno wykonawca Studiotech Poland sp. z o.o. oraz TT.com S.A wskazali, że nie będą wykonywać zamówienia przy udziale podwykonawców:

bez udziału podwykonawców:

z udziałem niżej wskazanych podwykonawców:

Lp.	podwykonawcy	Cześć zamówienia, której wykonanie
-----	--------------	------------------------------------

1.

1.20 W rzeczywistości jednak żaden z tych wykonawców nie jest w stanie świadczyć przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem we własnym zakresie. Podmioty te są faktycznie jedynie wykorzystywane do sprzedaży usługi podmiotu trzeciego, który w realiach sprawy powinien być potraktowany za podwykonawcę.

1.21 W rzeczywistości bowiem, usługę stanowiącą przedmiot zamówienia objęty Postępowaniem mają realizować:

a. dla wykonawcy Studiotech Poland S.A. - SES S.A., który jest właścicielem satelity Astra 3B (którą zaoferował wykonawca w punkcie 3.1 formularza jego oferty);

b. dla wykonawcy TTcomm S.A. - Eutelsat SA, który jest właścicielem satelity Eutelsat 33 (którą zaoferował wykonawca w punkcie 3.1 formularza jego oferty).

1.22 Zaoferowane przez wykonawców Studiotech Poland S.A. oraz TTcomm S.A. rozwiązania należą do podmiotów trzecich, tj. odpowiednio SES S.A. oraz Eutelsat S.A. i to te podmioty faktycznie i bezpośrednio świadczyłyby usługi związane z przedmiotem zamówienia objętym Postępowaniem na rzecz Zamawiającego.

1.23 W tym miejscu należy przypomnieć, że przedmiot zamówienia stanowi „dzierżawa pojemności w paśmie ciągłym 36MHz lub 72MHz na satelicie kontrybucyjnym dla potrzeb TVP w zakresie przekazów DSNG”, co powoduje, że faktycznym dzierżawcą pojemności na satelicie kontrybucyjnym jest właściciel danego satelity kontrybucyjnego.

1.24 W oparciu o definicję umowy o podwykonawstwo, zawartą w art. 2 pkt 9b) PZP, należy wywieść, że podwykonawcą jest ten podmiot, który:

a. posiada umowę z wykonawcą, której przedmiotem są dostawy (art. 2 pkt 2) PZP natomiast wśród umów dostawy wyraźnie wymienia także dzierżawę, która jest przedmiotem zamówienia objętego Postępowaniem);

b. realizuje chociażby tylko część zamówienia publicznego.

1.25 Wobec powyższego, należy uznać, że obaj wykonawcy - Studiotech Poland S.A. oraz TTcomm S.A. - przy realizacji zamówienia mają zamiar korzystać z podwykonawstwa, lecz pomimo tego, w treści złożonych przez siebie ofert powiadomili Zamawiającego, że jest inaczej. Czyni to ich oferty niezgodnymi z SIWZ.

1.26 Nieodrzućenie oferty ww. wykonawców w świetle powyższych okoliczności stanowi tym samym naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, naruszając zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te stanowią natomiast gwarancję transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i są fundamentalne dla prawa zamówień publicznych (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 października 2019 r., sygn. I GSK 1455/18).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP i oferty

Eutelsat S.A. (pkt 3.5) niniejszego pisma)

1.27 Jak zostało to wskazane powyżej, satelita Eutelsat 33E stanowi własność Eutelsat S.A., który jako podwykonawca de facto zaoferował rozwiązanie przedstawione przez

wykonawcę TTcomm SA, a niezależnie od tego - wykonawca Eutelsat S.A. złożył bezpośrednio własną ofertę. W ten sposób, wykonawca Eutelsat S.A. zaoferował Zamawiającemu alternatywne rozwiązania.

1.28 Stosownie do punktu 9.2 SIWZ :

Wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę. Złożenie większej liczby ofert lub oferty zawierającej rozwiązania alternatywne lub oferty wariantowej, spowoduje odrzucenie wszystkich ofert złożonych przez danego Wykonawcę

1.29 W Postępowaniu Zamawiający nie zdefiniował, co należy rozumieć pod pojęciem „rozwiązania alternatywnego”. Pojęcie to nie jest definiowane również w PZP. Stosownym jest więc odwołanie się do terminu „alternatywny” używanego w mowie potocznej. Miarodajnym w tym zakresie będzie słownik języka polskiego PWN, który pod pojęciem „alternatywny” rozumie;

«dający możliwość wyboru między dwiema możliwościami»

1.30 Można ponadto przypuszczać, że tak postawiony przez Zamawiającego warunek wynikał z chęci przeciwdziałania sytuacji, kiedy jeden podmiot stara się wpływać na postępowanie w ten sposób, że składa oferty o różnych cenach, by po ujawnieniu ofert konkurencji, nie wycofywać oferty tańszej, mniej opłacalnej gospodarczo.

1.31 Z pewnością także rozwiązanie alternatywne jest rozumiane szerzej, aniżeli złożenie przez jednego wykonawcę większej liczby ofert albo złożenia oferty wariantowej (świadczy o tym użycie alternatywy „lub” w warunku). Zdaniem Odwołującego, warunek ten miał przeciwdziałać w Postępowaniu czynnościom, które podjął Eutelsat S.A.

1.32 Nie ulega wątpliwości, że działanie Eutelsat S.A. w Postępowaniu polega na zaoferowaniu Zamawiającemu „wyboru między dwiema możliwościami”, tj.:

- a. możliwości przedstawionej w ofercie wykonawcy TTcomm S.A., oraz
- b. możliwości przedstawionej bezpośrednio przez Eutelsat S.A. w jego ofercie.

1.33 Wobec powyższego, należy uznać, że wykonawca Eutelsat S.A. zaoferował w Postępowaniu rozwiązanie alternatywne. Czyni to jego ofertę niezgodną z SIWZ.

1.34 Nieodrzućenie oferty ww. wykonawcy w świetle powyższych okoliczności stanowi tym samym naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, naruszając zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a więc fundamentalne dla prawa zamówień publicznych zasady.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) PZP (pkt 3.6) niniejszego pisma)

1.35 Stosownie od argumentacji przedstawionej przy uzasadnieniu zarzutu z pkt 3.4 niniejszego pisma, dokonane przez wykonawców Studiotech Poland S.A. oraz TTcomm S.A. naruszenie kwalifikuje się - niezależnie od przesłanki na odrzucenie złożonych przez nich ofert - do wykluczenia obu wykonawców w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) PZP.

1.36 Zgodnie z: art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) PZP:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

1.37 To, że Studiotech Poland S.A. oraz TTcomm S.A. nie wskazali w ofertach, że będą korzystać z podwykonawstwa niewątpliwie wyczerpuje normę z zacytowanego przepisu.

1.38 Niezależnie od tego, czy wykonawcom w tym zakresie powinno zarzucić się zamierzone działanie/rażące niedbalstwo, czy też jedynie lekkomyślność i niekwalifikowaną formę niedbalstwa - obaj wykonawcy powinni zostać wykluczeni z Postępowania.

1.39 Waga naruszenia ww. wykonawców w tym zakresie jest doniosła także w świetle niedawnego orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18.

1.40 W wyroku tym, Trybunał uznał, że powierzenie części robót budowlanych w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego, o którym to podwykonawstwie zadecydowano bez zgody instytucji (i które doprowadziło do rozwiązania umowy dotyczącej tego zamówienia), stanowi znaczące lub uporczywe niedociągnięcie przy wykonywaniu istotnego zobowiązania ze wspomnianym zamówieniem w rozumieniu rzeczzonego przepisu, a zatem może ono uzasadniać wykluczenie tego wykonawcy z udziału w późniejszym postępowaniu sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

1.41 Wobec powyższego, należy uznać, że obaj wykonawcy - Studiotech Poland S.A. oraz TTcomm S.A. - powinni zostać wykluczeni z Postępowania.

Podsumowanie

1.42 W świetle powyższego odwołania jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w dniu 10 lipca 2020r. udzielił odpowiedzi na odwołanie

Działając w imieniu Zamawiającego — Telewizji Polskiej S.A. na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) — dalej jako: „ustawa Pzp”— niniejszym wnoszę o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) pozostawienie zarzutów odnoszących się wprost do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) bez rozpoznania, jako zarzutów spóźnionych;
- 3) zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania wywołanych miesieniem odwołania.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający podnosi, że odwołanie jest bezzasadne i powinno zostać oddalone w całości.

Ad. Zarzut 1 i 2

Zamawiający w SIWZ (pkt 1.5 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ), w sposób jednoznaczny wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa pojemności w paśmie ciągłym 36 MHz lub 72 MHz na satelicie kontrybucyjnym dla potrzeb TVP w zakresie przekazów DSNG na pozycji 23,5° E lub 33°E. Wymagania określone w SIWZ były wiążące dla wszystkich Wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu, w tym również dla Odwołującego.

W związku z tym, że odwołujący w pkt 3.2 Formularza oferty oświadczył, że zrealizuje przedmiotowe zamówienia na satelicie Helias Sat4 znajdującej się na pozycji orbitalnej 39° East, Zamawiający zmuszony był odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty).

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp „w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Powyższy artykuł powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień Zamawiającego, a więc prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tych że wyjaśnień w celu "spełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, "wyjaśnia treść złożonej

oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli Zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje ("wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty").

W tym miejscu zauważyć należy, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 51/17) w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp nie zostały zawarte jakiegokolwiek przesłanki uniemożliwiające wystosowanie przez zamawiającego do wykonawcy żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednak z praktyki, a także ugruntowanego orzecznictwa i doktryny wynika, że zamawiający powinien "stosować do "wykonawcy żądanie wyjaśnień dopiero, gdy zrodzą się u zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości do treści oferty. W innych przypadkach żądanie wyjaśnień byłoby bezpodstawne i bezcelowe (...)"

Wobec powyższego w przypadku gdy w treści oferty Odwołujący w sposób jasny i czytelny wskazał, że zrealizuje przedmiotowe zamówienie na satelicie Hellas Sat4 znajdującej się na pozycji orbitalnej 39°East, Zamawiający nie miał żadnych podstaw aby zwrócić się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty. Sam Odwołujący w pkt 1.1 uzasadnienia do odwołania zaznaczył „(..)parametrem dzierżawionej pojemności jest pozycja satelitarna 23,5°E lub 33°E. Zgodnie natomiast z pkt 3.2 oferty Odwołującego, oświadczył on, że zrealizuje zamówienie zgodne z pozycją orbitalną 39°E”. Odwołujący złożył ofertę mając pełną świadomość tego, że ta oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, tak więc wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty byłoby bezzasadne i bezcelowe. W tym miejscu, z całą mocą należy podkreślić, że Zamawiający nie miał podstaw i nie powziął żadnych wątpliwości, co do treści oferty złożonej przez Odwołującego. Na marginesie należy wskazać, iż w kontekście treści SIWZ i treści oferty Odwołującego, Zarzut 2 mija się z elementarnymi zasadami logiki. Skoro bowiem Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że ów winien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, oznacza to, że Odwołujący chciałby coś wyjaśnić — jak można by przypuszczać — chciałby wyjaśnić niezgodność treści swojej oferty z treścią SIWZ. Tymczasem w odwołaniu Odwołujący nie podnosi, że np. omyłkowo podał niezgodną z treścią SIWZ pozycję satelitarną — wręcz przeciwnie, Odwołujący podtrzymuje opisany w ofercie zamiar realizacji zamówienia na pozycji orbitalnej 39°E. Do czego miałyby zatem prowadzić owe wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, jeśli nie do odrzucenia jego oferty. Ponadto, warto zaznaczyć że Zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy oferty złożonej przez Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem zaoferowana przez Wykonawcę realizacja przedmiotu zamówienia przy użyciu satelity Hellas Sat4 na pozycji orbitalnej 39°East, w sposób oczywisty nie odpowiada treści SIWZ.

Poprawienie w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany w treści oferty. Wskazanie pozycji orbitalnej należy bezspornie traktować jako jeden z „kluczowych parametrów przedmiotu zamówienia”. Zamawiający nie mógłby poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozycji orbitalnej, albowiem takie poprawienie stanowiłoby bez wątpienia istotną zmianę treści oferty. Ponadto, nawet gdyby (hipotetycznie) Zamawiający dokonał poprawienia treści oferty Odwołującego w zakresie pozycji orbitalnej na odpowiadającą treści SIWZ, to biorąc pod uwagę fakt, że jak sam Odwołujący zaznaczył w odwołaniu realizacja zamówienia miałyby się odbywać na pozycji 39°East, a nie innej pozycji orbitalnej niż wskazana w formularzu oferty, Zamawiający byłby zobowiązany ofertę Odwołującego odrzucić, wobec — co oczywiste — wyrażenia sprzeciwu Odwołującego na dokonanie takiego poprawienia jego oferty.

Zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień jedynie potwierdziłoby, że będzie on realizował zamówienie z satelity HellaSat znajdującej się na pozycji orbitalnej 39°East. Chcąc spełnić wymagania Zamawiającego w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący musiałby zmienić satelitę, a tym samym pozycję orbitalną, co stanowiłoby istotną zmianę treści oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie sposób Zarzutów 1 i 2 określić inaczej niż kuriozalnymi. Odwołujący podnosi jakoby Zamawiający dokonał oceny jego oferty w sposób sprzeczny z SIWZ poprzez błędne ustalenie, że pkt 3.2 oferty Odwołującego jest niezgodny z pkt 1 ppkt 5 lit. a) załącznika nr 1 do SIWZ, podczas gdy fakty są oczywiste, dostrzegalne gołym okiem, nie wymagające żadnej choćby splotycznej analizy, bowiem:

- 1) w pkt 1 ppkt 5 lit. a) załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał pozycji satelitarnej 23,5° E lub 33°E, a
- 2) Odwołujący w pkt 3.2 oferty podał: „pozycja orbitalna 39° East”.

Wyżej wymieniona, ewidentna rozbieżność nie jest przez Odwołującego w treści odwołania podważana (jest wręcz potwierdzona), wobec czego nie ma sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym co do ww. faktów. Kuriozalnym jest zatem stawianie zarzutu jakoby Zamawiający błędnie ustalił fakty, a taki zarzut *expressis verbis* został podniesiony w pkt 3.1) odwołania (str. nr 2 odwołania). Co więcej, Odwołujący nie zarzuca Zamawiającemu zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nie domaga się poprawienia jego oferty. Zdumiewające wobec tego jest żądanie Odwołującego by unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego, a tym samym stwierdzić, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ, choć nie trzeba mieć specjalistycznej wiedzy by stwierdzić, że takowa niezgodność bezsprzecznie zachodzi.

Odnosnie Zarzutu 2 (alternatywnego) — tu również Zamawiający wykazał brak elementarnych zasad logiki formułowania zarzutu i wynikającego z niego żądania, bowiem z jednej strony Odwołujący domaga się by Zamawiający wezwał go do wyjaśnienia treści oferty, z drugiej zaś — sam w odwołaniu potwierdza parametry podane w ofercie, które bezspornie są niezgodne z istotnymi wymogami SIWZ, czego ewentualne wyjaśnienie treści oferty prowadziłyby do identycznych wniosków i skutków jakie wynikają z samej treści oferty, a więc do konieczności jej odrzucenia. Już z tego tylko powodu odwołanie podlega oddaleniu w zakresie Zarzutu 2 na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem hipotetyczne naruszenie przez Zamawiającego rzekomego obowiązku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści jego oferty nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż efekt wyjaśnień prowadziłyby do odrzucenia oferty Odwołującego.

Można jedynie przypuszczać, że rzeczywistym żądaniem Odwołującego jest by Zamawiający przyjął ofertę, mimo ewidentnej niegodności jej treści z treścią SIWZ, i uznał, że zamówienie może być realizowane z innej niż wskazana w załączniku nr 1 do SIWZ pozycji satelitarnej, tak jakby tego wymagania w ogóle nie było lub można byłoby uznać, że jest ono nie istotne.

Prezentowane w odwołaniu podejście w tym zakresie jest kompletnie oderwane od przepisów ustawy Pzp, a realizacja żądań Odwołującego prowadziłyby do pogwałcenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe zarzuty należy uznać za całkowicie bezzasadne.

Ad. Zarzut 3 (alternatywny)

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp „odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej — jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”.

W dniu 31 marca 2020 r. Zamawiający wszczął Postępowanie, przez zamieszczenie na tablicy ogłoszeń oraz na Platformie Zakupowej Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 064-162464 z dnia 31 marca 2020 r. Działając na podstawie art. 42 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający udostępnił SIWZ na Platformie Zakupowej Zamawiającego od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. od dnia 31 marca 2020 r.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że termin na wniesienie odwołania w zakresie postanowień SIWZ, w tym Opisu przedmiotu zamówienia, upłynął w dniu 10 kwietnia 2020 r. (piątek). Odwołujący jednak takiego odwołania nie złożył.

Mając na uwadze fakt, że terminy na wnoszenie odwołań są terminami zawitymi, a tym samym nie podlegają one przywróceniu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z 14 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 872/14), odwołanie w zakresie przedmiotowego zarzutu należy uznać za spóźnione i winno zostać odrzucone w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Warto zwrócić uwagę, że gdyby Zamawiający zmienił w sposób istotny opis przedmiotu zamówienia po otwarciu ofert, to wtedy ewidentnie naruszyłby przepisy ustawy Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący z pełną zatem Wiadomością złożył ofertę niezgodną z istotnymi wymaganiami SIWZ, tylko po to żeby mieć legitymację prawną do wniesienia odwołania i usiłowania doprowadzenia do unieważnienia przedmiotowego postępowania. W ocenie Zamawiającego, Zarzut 3, jako wnoszony — w sposób oczywisty — po terminie, stanowi działanie mające cechy próby nadużycia prawa.

Ad. Zarzut 4 (alternatywny)

W niniejszym odwołaniu Odwołujący podnosi, że oferty złożone przez TTcomm S.A. oraz Studiotech Poland Sp. z o.o. powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustaw Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Zarzut podniesiony w odwołaniu jest oczywiście bezzasadny, gdyż zarówno TTcomm S.A., jak i Studiotech Poland Sp. z .o.o. nie mieli obowiązku wskazania w formularzu oferty, że będą realizować zamówienie z udziałem podwykonawców w odniesieniu do właścicieli lub dzierżawców transponderów satelitarnych.

Warto zaznaczyć, że oświadczenie o realizowaniu zamówienia przy udziale jest oświadczeniem wiedzy i ma jedynie walor informacyjny, a brak podania tej informacji. nie wywołuje żadnych negatywnych skutków prawnych. Nawet zmiana takiego oświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie jest istotną zmianą treści oferty. W wyroku z dnia 21 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2336/17, Izba podniosła, że wymóg wskazania podwykonawców w związku z treścią art. 36b ust. 1 ustaw Pzp nie ma charakteru bezwzględnie a zaniechanie podania wyczerpujących informacji w tym zakresie nie może skutkować wyciągnięciem wykonawców negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty.

Podkreślić należy, że biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz specyfikę jego realizacji, wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, ani Eutelsat S.A.

nie jest podwykonawcą TTcomm S.A., ani SES S.A. nie jest podwykonawcą Studiotech Poland Sp. z o.o.

Dla wykonawcy, który składa ofertę w niniejszym postępowaniu oferując realizację zamówienia z wykorzystaniem transpondera dzierżawionego od innego podmiotu (właściciela transpondera lub jego dzierżawcy), ani właściciela transpondera, ani dzierżawca transpondera nie będzie podwykonawcą zamówienia dla tegoż wykonawcy. Inaczej rzecz ujmując, jeżeli wykonawca na potrzeby realizacji zamówienia korzysta z transpondera, który wydzierżawił lub i absolutnie nie oznacza, że realizacja zamówienia w takim przypadku będzie odbywała się przy udziale podwykonawców.

Ponadto należy zauważyć, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że Zarzut 4 jest zasadny (tj. że Wykonawcy którzy nie są Właścicielami transpondera winni wykazać w Formularzu oferty, że realizacja zamówienia będzie odbywać się przy udziale podwykonawców, to i tak odwołanie podlegałoby oddaleniu w zakresie Zarzutu 4 na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem ewentualne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców TTcomm S.A. oraz Studiotech Poland Sp. z o.o. nie miałyby wpływu na wynik przedmiotowego postępowania, albowiem najkorzystniejszą ofertą pozostaje oferta złożona przez Eutelsat S.A.

Wobec powyższego Zarzut 4 również podlega oddaleniu.

Ad. Zarzut 5 (alternatywny)

Odnosnie zarzutu naruszenia zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Eutelsat S.A. stwierdzić należy, że zgodnie z pkt 9. 2 SIWZ „Wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę. Złożenie większej liczby ofert lub oferty zawierającej rozwiązania alternatywne lub oferty wariantowej, spowoduje odrzucenie wszystkich ofert złożonych przez danego Wykonawcę”. Jak Odwołujący zauważył w ustawie Pzp brak jest definicji „rozwiązania alternatywne”, natomiast zgodnie ze słownikiem języka polskiego pod pojęciem „alternatywny” rozumie się „dający możliwość wyboru między dwiema możliwościami”.

W danym postępowaniu jeden podmiot może złożyć tylko jedną ofertę, w której deklaruje na jakich warunkach będzie realizował przedmiot zamówienia na rzecz Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca Eutelsat S.A. złożył jedną ofertę, która w żadnym stopniu nie jest sprzeczna z ustawą Pzp oraz zapisami SIWZ.

Zarzut odnoszący się do rzekomego zaoferowania przez Eutelsat S.A. rozwiązania alternatywnego jest zdumiewający i nie ma żadnego pokrycia w faktach. Nawet, gdyby — jak chce tego Odwołujący — hipotetycznie założyć, że Eutelsat S.A. był podwykonawcą TTcomm

S.A. (z czym nie można się zgodzić — Zamawiający odniósł się do kwestii podwykonawstwa w odpowiedzi na Zarzut 4), to i tak nie mogłoby być mowy o zaoferowaniu przez Eutelsat S.A. rozwiązań alternatywnych. Przez alternatywne rozwiązanie nie sposób bowiem traktować sytuacji, w której podmiot składający samodzielnie ofertę w postępowaniu jest jednocześnie podwykonawcą innego podmiotu samodzielnie składającego ofertę. Taka sytuacja oznaczałaby jedynie w jednym przypadku realizację zamówienia przez dany podmiot, a w drugim udział owego podmiotu w realizacji zamówienia, czego nie sposób logicznie utożsamiać z oferowaniem przez ten podmiot alternatywnych rozwiązań. Próżno by szukać przepisów ustawy Pzp lub dorobku orzeczniczego Izby by wesprzeć pogląd prezentowany przez Odwołującego. Podkreślić przede wszystkim należy, że z powodów opisanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na Zarzut 4 Eutelsat S.A. nie jest podwykonawcą TTcomm S.A., co stanowi samodzielną podstawę do oddalenia Zarzutu 5. Twierdzenie Odwołującego jakoby złożenie oferty przez podmiot będący podwykonawcą innego wykonawcy w postępowaniu miało być tożsame ze złożeniem oferty wariantowej przez ów podmiot jest do tego stopnia kuriozalne, że nie sposób z nim bardziej szczegółowo polemizować.

Abstrahując od bezzasadnego twierdzenia Odwołującego jakoby Eutelsat S.A. był podwykonawcą TTcomm S.A. podkreślić należy, iż nawet gdyby tak hipotetycznie stwierdzić, brak byłoby podstaw do odrzucenia oferty Eutelsat S.A. z tego powodu.

Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp „wykonawca” to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie zaś do art. 2 pkt 9b ustawy PZP „umowa o podwykonawstwo” to umowa zawierana w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

W nawiązaniu do definicji „wykonawcy” i „podwykonawcy” należy zauważyć, że podwykonawca nie składa w postępowaniu oferty, nie ubiega się o nie i tym bardziej nie podpisuje umowy z Zamawiającym, może on realizować zamówienie publiczne, ale formalną podstawą wykonywania określonych czynności jest umowa między nim a wykonawcą lub innym podwykonawcą.

Należy zaznaczyć, że w obowiązującym stanie prawnym, nie ma przeszkód, aby Wykonawca w tym samym postępowaniu, w którym złożył ofertę, występował jako podwykonawca innego wykonawcy lub udostępnił mu swoje zasoby jako podmiot trzeci. Co do zasady nie ma zatem

żadnych podstaw do tego, aby uznać, że Wykonawca, który jest jednocześnie podwykonawcą innego Wykonawcy złożył w postępowaniu przetargowym dwie oferty. Jeśli Zamawiający wybierze ofertę tego Wykonawcy, będzie on realizował zamówienie zgodnie z umową zawartą z Zamawiającym. Jeśli nie dojdzie do wyboru jego oferty, a doszłoby do wyboru oferty innego wykonawcy, którego ten pierwszy jest podwykonawcą, wówczas zostałby on zaangażowany w realizację zamówienia jako podwykonawca. W takiej sytuacji, w żaden sposób nie można mówić o zakłóceniu uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W związku z powyższym Zarzut 5 Odwołującego jest całkowicie chybiony — oferta złożona przez Eutelsat S.A. w żaden sposób nie narusza przepisów ustawy Pzp.

Ad. Zarzut 6 (alternatywny)

Biorąc pod uwagę argumenty przedstawione w odpowiedzi na Zarzuty 4 i 5 niniejszej odpowiedzi, przedmiotowy zarzut powinien podlegać oddaleniu, jako bezzasadny.

Ponadto, należy podkreślić, iż nawet gdyby przyjąć hipotetycznie, że wykonawcy TTcomm S.A. i Studiotech Poland Sp. z o.o. winni wskazać podwykonawców (tj. odpowiednio Eutelsat S.A. i SES S.A.), a tego nie uczynili, nie sposób byłoby uznać, że konieczne jest wykluczenie ww. Wykonawców stawiając zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Odwołujący po raz kolejny traktuje przepisy ustawy Pzp instrumentalnie, bowiem przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro Zamawiający nie postawił warunków udziału w postępowaniu, ani nie zastrzegł na podstawie art. 36a ust. 2 Pzp obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę całości lub części zamówienia, to jaki wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu mogłoby mieć oświadczenie o czysto informacyjnym charakterze względem podwykonawstwa zatem wykluczenia wykonawcy w takiej sytuacji jest zdumiewające stając w ewidentnej sprzeczności z przepisami ustaw Pzp.

Zamawiający zwraca również uwagę, że Zarzuty 4 - 6 są zarzutami przedwczesnymi. W dniu złożenia odwołania (18 maja 2020 r.) Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym Odwołujący nie miał żadnych podstaw do konstruowania zarzutów odwołania w zakresie pozostałych ofert. Nie można mówić o zaniechaniu przez Zamawiającego czynności odrzucenia ofert, czy też wykluczenia wykonawców, w sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 29 czerwca 2020 r., a więc 42 dni po wniesieniu odwołania. Na jakiej podstawie Odwołujący antycypując czynności Zamawiającego, które miały miejsce ponad miesiąc po wniesieniu odwołania, postawił

Zamawiającemu zarzuty w zakresie owych czynności?! W ocenie Zamawiającego, z powodów formalnych, odwołanie w zakresie Zarzutów 4 — 6 winno być pozostawione bez rozpoznania jako przedwczesne, bez względu na to, że na obecną chwilę te czynności zostały podjęte, bowiem ww. zarzuty na moment miesienia odwołania nie odpowiadały sytuacji zaistniałej w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Reasumując należy stwierdzić, że wniosek Odwołującego o uwzględnienie odwołania jest całkowicie bezzasadny i pozbawiony jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych. Nie ma żadnych wątpliwości, co do faktu, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, zaś zarzuty względem pozostałych ofert złożonych w postępowaniu skonstruowane są z intencjonalnym potraktowaniem przepisów ustawy Pzp. Odwołujący za wszelką cenę dąży do przywrócenia swojej oferty w postępowaniu, mimo iż godziłoby to bezsprzecznie w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a jeżeli to by się nie udało dąży do tego, aby "eliminować wszystkie pozostałe oferty złożone w postępowaniu i w konsekwencji doprowadzić do jego unieważnienia.

W kontekście całokształtu treści odwołania i sposobu sformułowania kaskadowo alternatywnych zarzutów i żądań, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący zniekształca stan faktyczny niejako na siłę dostosowując go do niekiedy abstrakcyjnych zarzutów. Nie ma to jednak kompletnie nic wspólnego z doprowadzeniem postępowania o zamówienie do stanu zgodności z prawem w związku z rzekomymi nieprawidłowościami, a taki jest cel postępowania odwoławczego.

Na poparcie powyższej tezy należy zwrócić uwagę na fakt, że Odwołujący domaga się przywrócenia jego oferty (Zarzut 1), mimo bezsprzecznej niezgodności jej treści z treścią SIWZ, w dodatku jakoby Zamawiający błędnie ustalił fakty, które nie są w ogóle sporne. Jeden z głównych i klarownie wyrażonych w SIWZ parametrów zamówienia chciałby Odwołujący potraktować jako nieistotny, czy niebyły. Dostrzegając najprawdopodobniej bezzasadność ww. żądania Odwołując skonstruował Zarzut 2, jako ewentualny, na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu 1. W tym miejscu zachodzi sprzeczność logiczna, bowiem brak uwzględnienia Zarzutu 1 musiałby skutkować siłą rzeczy skutkować oddaleniem odwołania w zakresie Zarzutu 2, gdyż ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania w kontekście zasadności odrzucenia oferty Odwołującego (do czego Zamawiający szerzej odniósł się w odpowiedzi na Zarzut 1 i 2). Dalej Odwołujący skonstruował trzecią alternatywę, tj. gdyby nie uwzględniono Zarzutu 1, a następnie nie uwzględniono Zarzutu 2, to Odwołujący stawia kolejne cztery zarzuty (nr 3-6). Żądania w zakresie zarzutów 3-6 mają de facto na celu unieważnienie postępowania, skoro nie udało się go wygrać. Zarzut 3 jest zarzutem na postanowienia SIWZ, a więc jest zarzutem

kompletnie spóźnionym, wniesionym po terminie. Zarzuty 4-6 opierają się na z gruntu błędnej tezie jakoby właściciel lub dzierżawca transpondera satelitarnego był podwykonawcą Wykonawcy, który dzierżawiąc ów transponder złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Nie bacząc na przedmiot zamówienia, jego specyfikę oraz przepisy prawa Odwołujący z tej wymienionej tezy próbuje uczynić dogmat, w oparciu o który buduje argumentację o całym szeregu rzekomych naruszeń po stronie Zamawiającego i błędach po stronie wszystkich pozostałych Wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, podczas gdy w istocie rzeczy to Odwołujący jako jedyny poczynił błędy w tym postępowaniu i nie mogąc się z tym pogodzić próbuje wbrew prawu przywrócić swoją ofertę, a jeśli to by się okazało niemożliwe — bezprawnie przywrócić sobie termin na odwołania na postanowienia SIWZ, a gdyby i to okazało się niemożliwe, doprowadzić do unieważnienia postępowania. Zważyć jednak należy, iż kreowana przez Odwołującego teza w kwestii podwykonawstwa jest z gruntu chybiona, co sprawia że upada uzasadnienie Zarzutów 4-6.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zaskarżył czynności jak i zaniechania zamawiającego w stosunku do jego oferty jak i ofert konkurentów (pozostałych wykonawców).

W ocenie odwołującego niesłusznie odrzucono jego ofertę jako sprzeczną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Przyznaje, że zaproponował inną pozycję orbitalną dla zaoferowanego wydzierżawionego transpondera satelitarnego niż wynika to z siwz to jest wyznaczonych przez zamawiającego dwóch pozycji orbitalnych to jest 23,5 stopni East i 33 stopni East, ponieważ zaoferował pozycję orbitalną 39 stopni East. Niemniej uważa, że zaoferowana pozycja orbitalna spełni oczekiwania i potrzeby zamawiającego. Na tę okoliczność przedstawił dowody na rozprawie, które miały wykazać, że zaoferowana pozycja orbitalna 39 stopni East spełni potrzeby zamawiającego. Niemniej już w samym odwołaniu dopuścił możliwość, że jego argumentacja może nie zostać uwzględniona przez Izbę. W tej sytuacji uważa, że zamawiający nie wyczerpał obowiązku wezwania go do złożenia wyjaśnień, które by przekonały zamawiającego o tym, że jego oferta jest zgodna z treścią siwz. Tym samym odwołujący uważa, że odrzucenie jego oferty narusza zarówno art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. jak i art.87 ust.1 ustawy Pzp. Z kolei

zamawiający powołuje się na postanowienia siwz, które określiły parametry pozycji orbitalnej potencjalnie dzierżawionego transpondera satelitarnego do dwóch pozycji to jest 23.5 stopni East i 33 stopni East. Przez co po stronie zamawiającego leżał obowiązek odrzucenia oferty, której treść jest sprzeczna z treścią siwz. Izba oceniając zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z odrzuceniem oferty odwołującego, przyznaje słuszność czynności zamawiającego. W myśl przywołanego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią siwz. W ocenie Izby skoro zamawiający w siwz określa parametr techniczny jaki ma spełnić oferowany przedmiot zamówienia to stanowi o treści siwz. Każde odstępstwo w złożonej ofercie od wyznaczonego parametru technicznego w siwz powoduje nie prawo a obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego wymusza art.7 ust.1 ustawy Pzp, który określa zasadę równego traktowania wykonawców. Wszyscy wykonawcy składający oferty mają obowiązek w równym zakresie przestrzegać postanowień siwz. W tym wypadku odnosi się ta zasada do opisu przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający wyznaczył obowiązujące parametry w tym wypadku określając pozycje orbitalne dzierżawionych transponderów satelitarnych do dwóch dopuszczonych pozycji orbitalnych to jest 23,5 stopni East albo 33 stopni East. Skoro zamawiający określił parametry techniczne przedmiotu zamówienia wpisując je w treść siwz to ma prawo a wykonawca ma obowiązek składając ofertę zaoferować wyznaczone parametry techniczne pozycji orbitalnych transponderów. Zgodnie z formularzem oferty wykonawca miał obowiązek wpisać parametr techniczny to jest pozycję orbitalną wydzierżawianego transpondera do formularza oferty. Okolicznością przyznaną czyli bezsporną w sprawie, jest wpisanie do formularza oferty odwołującego parametru pozycji orbitalnej 39 stopni East, czyli poza pozycjami orbitalnymi dopuszczonymi w siwz to jest 23,5 stopni East i 33 stopni East.

Przy czym odwołujący nie podnosi w odwołaniu, że zaszła w jego ofercie omyłka pisarska co do parametru pozycji orbitalnej a wpisanie 39 stopni East było świadome a nie wynikiem omyłki pisarskiej, ponieważ uważa, że zaoferowany parametr odpowiada i spełnia potrzeby zamawiającego.

Jak już wyżej zaznaczono odwołujący przewiduje okoliczność uznania przez Izbę sprzeczności treści oferty z treścią siwz jednak uważa, że te niezgodności oferty z postanowieniami siwz można wyjaśnić w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp, wskazując wręcz na obowiązek wyjaśnienia wątpliwości po stronie zamawiającego, chociażby z powodu, że jego oferta jest najkorzystniejszą spośród złożonych ofert. Odwołujący uważa, że czynność wyjaśnienia powinna być wykonana przez zamawiającego przed odrzuceniem jego oferty jako sprzecznej z treścią siwz. Czyli oferta według odwołującego nie powinna być, w konsekwencji obowiązku po stronie zamawiającego wyjaśnień co do jej treści, odrzucona.

Izba również nie podziela tego zarzutu odwołania a opartego o treść art.87 ust.1 ustawy Pzp. jako obowiązku zamawiającego. Przede wszystkim treść art.87 ust.1 ustawy Pzp reguluje prawo dla zamawiającego wyjaśniania wątpliwości. Czyli obowiązek do składania wyjaśnień można wywodzić po stronie wykonawcy, który złożył ofertę, a nie po stronie zamawiającego, który może żądać wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Nawet gdyby przyjąć w określonych okolicznościach obiektywnie istniejące wątpliwości co do treści złożonej oferty, obligujące zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień to ustawa nie dopuszcza negocjacji czyli ustaleń ponad treść wynikającą z treści złożonej oferty, jak i nie dopuszcza jakichkolwiek zmian w jej treści. Jak już wyżej Izba ustaliła tą wymaganą treścią objęte są parametry pozycji orbitalnej wyznaczonej na 23,5 stopni Est albo na 33 stopni East. W tym stanie rzeczy doprowadzenie do zgodności treści złożonej oferty do treści siwz wymagało by wpisania do formularza oferty odwołującego parametru 23,5 stopni East albo 33stopni East, w zamian wpisanej do formularza oferty wartości 39 stopni East. Po pierwsze dyspozycja art.87 ust.1 ustawy Pzp. nie dopuszcza takiej możliwości formułując wprost, że wyjaśnienia nie pozwalają na jakąkolwiek zmianę w treści oferty. Po drugie odwołujący w złożonym odwołaniu nie dopuszcza takiej możliwości twierdząc, że pozycja orbitalna o wartości 39 stopni East odpowiada oczekiwaniom i potrzebom zamawiającego dla przewoźnych stacji satelitarnych DSNG. Tak więc okoliczności co do treści złożonej oferty w zakresie pozycji satelitarnej (39 stopni East zamiast 23,5 albo 33 stopni East) jak i postawa, oczekiwania odwołującego co do oferowanego parametru pozycji orbitalnej transpondera satelitarnego wykluczają zastosowanie art.87 ust.1 w zakresie dopuszczonych tym przepisem wyjaśnień co do treści złożonej oferty, ponieważ nie usuną jej sprzeczności z treścią siwz. Oczekiwania odwołującego co do pozycji orbitalnej sprowadzają się do zmiany treści siwz i to po złożeniu ofert.

Izba niejako z urzędu rozważyła zastosowanie art.87 ust.2 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp, z których wynika obowiązek zamawiającego do poprawienia oferty w określonych tam sytuacjach. Przy czym podziela w tym zakresie argumentację zamawiającego zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie. Rozbieżności między parametrem oferty 39 stopni East a 23,5 albo 33 stopni East nie można zakwalifikować zwłaszcza do omyłki pisarskiej bo trudno skojarzyć cyfry z siwz (23,5 albo 33) z cyfrą z oferty (39) jako omyłkę pisarską. Tym bardziej, że wiedza, którą posiada zamawiający jak wskazał na rozprawie powoduje, że pozycja orbitalna transpondera satelitarnego odwołującego funkcjonuje o parametrze technicznym 39 stopni East i nie może być więc omyłką pisarską. Również nie zachodzi możliwość uznania niezgodności oferty z siwz jako niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, skoro w odwołaniu jak i na rozprawie odwołujący twierdził, że parametr pozycji orbitalnej 39 ° East jest odpowiedni a nie tylko parametr 23,5 czy też 33 ° East.

W tym stanie rzeczy Izba nie uznaje za wykazane i udowodnione zarzuty naruszenia przez zamawiającego zarówno art. 89 ust.1 pkt 2 jak i art.87 ust.1 ustawy Pzp, a wskazane w odwołaniu.

Kolejny zarzut naruszenia ustawy Pzp wskazany w odwołaniu to art.29 ust.2 i 3 ustawy Pzp. czyli dotyczący nieuprawnionego opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję jak i nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

Izba w tym zakresie podziela argumentację zamawiającego i uznaje zarzut za spóźniony. Ogłoszenie o zamówieniu i postanowień siwz nastąpiło dnia 31 marca 2020r, czyli 10 dniowy termin na wniesienie odwołania co do postanowień siwz upłynął dniu 10 kwietnia 2020r. Ustawa Pzp nie przewiduje przywrócenia terminu na wniesienie odwołania a w tym przypadku ustalonego w art.182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp., który traktować należy jako termin zawity na zaskarżenie czynności zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego materiałów opracowanych przez zamawiającego i odwołującego, wskazujących na nieosiągnięcie parametru wymaganych dostępności przekazu satelitarnego dla transmisji przewoźnych stacji satelitarnych o pozycji orbitalnej 39 stopni East według twierdzeń zamawiającego. Jak również Izba nie przyjęła dowodów przeciwnych odwołującego na okoliczność osiągnięcia parametru wymaganych dostępności dla transmisji przewoźnych stacji satelitarnych o pozycji orbitalnej 39 stopni East przekazu satelitarnego. Jak również wniosku dowodowego odwołującego o powołanie biegłego sądowego na wykazanie, że pozycja orbitalna 39 stopni East transpondera satelitarnego jest odpowiednia dla potrzeb zamawiającego.

Izba powyższe dowody uznała za spóźnione na etapie po złożeniu ofert i upływie 10 dni od daty zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do wniosków odwołującego, jak i bezprzedmiotowych ze strony zamawiającego.

Podsumowując zarzut odrzucenia oferty odwołującego jako naruszający wskazane powyżej przepisy ustawy Pzp nie potwierdził się. W związku z powyższym obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty odwołującego.

W tym stanie rzeczy pozostałe zarzuty odwołania, a sprowadzające się do odrzucenia pozostałych ofert czy to jako sprzecznych z treścią siwz, czy to jako wymagających wykluczenia wykonawców są nieuprawnione i bezprzedmiotowe po stronie odwołującego, który nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia w myśl art.179 ust.1 ustawy Pzp. Jak słusznie podnosił w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie zamawiający zarzuty co do pozostałych ofert jak i wykonawców miały służyć unieważnieniu postępowania. Niemniej zarzut unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z racji nie złożenia żadnej oferty

nie podlegającej odrzuceniu (art.93 ust.1 pkt 1 ustawy pzp) odwołujący nie podniósł w złożonym odwołaniu.

Niemniej Izba skwituje poniżej podniesione kolejne zarzuty jak poniżej, które również nie potwierdziły się.

Co do braku odrzucenia ofert

- a. wykonawcy Studiotech Poland sp. z o.o.;
- b. wykonawcy TTcomm SA;
- c. wykonawcy Eutelsat SA;

Izba stwierdza brak naruszenia przez zamawiającego wskazanego w odwołaniu art.89 ust.1 pkt 2 i art.7 ust.1 ustawy Pzp. przez nieodrzućenie tych ofert.

Co do nie wypełnienia w formularzu ofertowym udziału podwykonawcy odnośnie oferty TTcomm S.A. udziału jako podwykonawcy Eutelsat S.A. a odnośnie oferty Studiotech Poland sp. z o.o. udziału podwykonawcy SES S.A., zarzut jest nieuprawniony. W myśl obowiązującego art.6 k.c. w związku z art.14 ust.1 ustawy Pzp. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W tym miejscu Izba wskazuje, że nie uwzględniła wniosków dowodowych złożonych na posiedzeniu w dniu 10 lipca 2020r, co uczyniła na rozprawie w dniu 14 lipca 2020r., ponieważ skutki wywodzone z tych wniosków dowodowych nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie.

Powyższe odnosi się do wniosków dowodowych:

- 1 – potwierdzenie, że satelita na pozycji orbitalnej 33°E należy do podmiotu Eutelsat, wyciąg ze strony internetowej Eutelsat;
- 2 – informacja na stronie internetowej wikipedia, z powyższego wynika jak w 1, dowód nr 1 i 2 na okoliczność własności satelity zaoferowanej przez TTcomm jako należącej do Eutelsat, co stanowi potwierdzenie, że satelita zaoferowany przez Eutelsat stanowi jego własność;
- 3 – prospekt informacyjny Eutelsat, z którego wynika, że dysponuje satelitą 33°E, str. 5, tłumaczenie zawarte jest dla jednej strony, dokument łącznie liczy stron 16 na okoliczność, że właściciel satelity jest podmiotem, który w rzeczywistości realizuje usługi związane z utrzymaniem satelity, w tym także miałby realizować usługi, które są przedmiotem zamówienia;
- 4 – dotyczy oferty Studiotech, świadczy, że zaoferowana przez niego satelita jest własnością SES S.A. satelita Astra 3 B;

- 5 – wyciąg ze strony internetowej SES S.A. Astra 3 B, który potwierdza, że zaoferowana satelita przez Studiotech należy do SES S.A. satelita Astra 3 B;

Natomiast Izba przyjęła wnioski dowodowe odnoszące się do treści złożonych ofert :

- 6 – wyciąg z oferty Studiotech, z którego wynika, iż wykonawca ten wskazał, że będzie realizował zamówienie bez podwykonawcy, formularz ofertowy znajdujący się również w dokumentacji postępowania;

- 7 – wyciąg z formularza ofertowego TTcomm, który potwierdza, że będzie wykonywał zamówienie bez udziału podwykonawcy, również znajduje się w dokumentacji postępowania.

Z przywołanych w uzasadnieniu odwołania art.2 pkt 9b) w związku z art. 2 pkt 2 jak i art.36 b i następnym o podwykonawstwie ustawy Pzp. wynika, że przez umowę o podwykonawstwie należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, której przedmiotem są dostawy (w tym dzierżawa), stanowiące część zamówienia publicznego. Ustawa Pzp. w regulacjach o podwykonawstwie odnosi się jako do łącznych przesłanek tej umowy do po pierwsze umowy w formie pisemnej, po drugie o charakterze odpłatnym, po trzecie o części zamówienia publicznego a nie całości zamówienia publicznego. W przedmiotowej sytuacji, gdzie przedmiotem zamówienia jest dzierżawa transpondera satelitarnego dla potrzeb przewoźnych stacji satelitarnych DSNG odwołujący nie wykazał na potwierdzenie podwykonawstwa ze strony Eutelsat, czy też SES S.A. istnienia umów w formie pisemnej o charakterze odpłatnym (dzierżawy) oraz do jakiej części przedmiotu zamówienia jaką jest dzierżawa transpondera satelitarnego mogłaby odnosić się, czy też odnosi się konieczność podwykonawstwa. Tym samym postawiony przez odwołującego zarzut braku, wypełnienia w formularzu ofertowym Studiotech oraz TTcomm, a przez to potwierdzenia konieczności podwykonawstwa, nie został wykazany jako niezbędny do wykonania zamówienia i nieudowodniony jako istniejący.

Tym samym odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców:

- a. wykonawcę Studiotech Poland sp. z o. o,
- b. wykonawcę TTcomm S.A.,

jakoby wykonawcy ci w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że zrealizują zamówienie bez udziału podwykonawców. Bowiem odwołujący nie wykazał i nie udowodnił konieczności, ani istnienia

podwykonawstwa części zamówienia jakim jest przedmiotowa dzierżawa transpondera satelitarnego.

Również jako nieuprawniony Izba uznaje zarzut złożenia dwóch ofert przez Eutelsat, skoro oferty złożyli następujący oferenci: Eutelsat, TTcomm, Studiotech i Odwołujący. Fakt, że Eutelsat jest właścicielem satelity nie oznacza, że nie może udostępnić jej innym podmiotom, które za jego zgodą mogą oddawać przedmiot dzierżawy osobie trzeciej do poddzierżawy (art.698 k.c.), a przez co mogą realizować niniejszy przedmiot zamówienia w ramach dzierżawy i to bez podwykonawstwa właściciela satelity Eutelsat na pozycji orbitalnej 33°E.

Podsumowując Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, w tym przepisów, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy Pzp., w związku z podniesionymi zarzutami odwołania co do czynności bądź zaniechań zamawiającego.

Izba co do procedury nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w związku z nie zaskarżeniem wyboru najkorzystniejszej oferty Eutelsat, którego termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 9 lipca 2020r. nie znajdując podstaw w art.189 ust.2 w tym pkt 2 ustawy Pzp. jako podmiotu nieuprawnionego. Ponadto na rozprawie w dniu 14 lipca 2020r. zamawiający oświadczył o nie zawarciu umowy z wykonawcą wybranym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. Zamawiający nie złożył faktury vat na poczet wynagrodzenia pełnomocnika z tytułu zastępstwa procesowego.

Przewodniczący:.....