Sygn. akt: KIO 1852/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 10 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2024 r. przez wykonawcę Emitel S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia we Wrocławiu „Radio Wrocław" S.A. w likwidacji z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy BCAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1852/24

Uzasadnienie

Zamawiający Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia we Wrocławiu „Radio Wrocław" S.A. w likwidacji z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Usługi emisji programów Radia Wrocław S.A. w zakresie UKF w okresie 36 miesięcy, z ośmiu obiektów nadawczych" (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 listopada 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 232-729804.

W dniu 27 maja 2024 r. wykonawca Emitel S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. wyboru oferty wykonawcy BCAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „BCAST") jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
2. niedokonania unieważnienia Postępowania

- w zakresie części zamówienia, w których została wybrana oferta BCAST jako najkorzystniejsza, tj. części 2, 3, 5, 6 oraz 8.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp"):

1. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 oraz art. 83 § 1 oraz art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BCAST w części 2, 3, 5, 6 oraz 8 Postępowania, podczas gdy oferta BCAST jest niezgodna z przepisami ustawy lub nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
2. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BCAST w części 2, 3, 5, 6 oraz 8 Postępowania, podczas gdy oferta BCAST jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż BCAST nie jest w stanie rozpocząć realizacji usługi emisji od dnia 1 czerwca 2024 r.;
3. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty BCAST, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu i nie jest ofertą najkorzystniejszą w części 2, 3, 5, 6 oraz 8 Postępowania, a w konsekwencji tego nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz prowadzenie Postępowania w sposób nieprzejrzysty;

   ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 — 3, w tym na skutek zaniechania ich rozpatrzenia z przyczyn formalnych:

4. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, pomimo że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie Postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
5. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, pomimo że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez BCAST jako najkorzystniejszej oferty w części 2, 3, 5, 6 oraz 8 Postępowania;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert w części 2, 3, 5, 6 oraz 8 Postępowania;
3. dokonania odrzucenia oferty BCAST złożonej w części 2, 3, 5, 6 oraz 8 Postępowania;
4. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2, 3, 5, 6 oraz 8 Postępowania poprzez wybór oferty złożonej przez Odwołującego;

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 — 3, w tym na skutek zaniechania ich rozpatrzenia z przyczyn formalnych:

5. unieważnienia Postępowania w części 2, 3, 5, 6 oraz 8 Postępowania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca BCAST Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca BCAST Sp. z o.o. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczą czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania unieważnienia Postępowania.
Po pierwsze, informację o ponowionej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, m.in. w częściach zamówienia, których dotyczy odwołanie, Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 9 maja 2024 r. Natomiast informację o pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 18 kwietnia 2024 r. Składając odwołanie wobec ponowionej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący obowiązany jest wykazać, że podniesienie zarzutów zawartych w odwołaniu nie było możliwe w ustawowym terminie na wniesienie odwołania liczonym od pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W odwołaniu podlegającym rozpoznaniu w niniejszej sprawie ww. okoliczność nie została wykazana. Kierując się powyższą zasadą należy zatem uznać, że termin na wniesienie odwołania winien być liczony od poinformowania przez Zamawiającego o pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. 18 kwietnia 2024 r. Jednakże, nawet jeśliby uznać, że termin na wniesienie odwołania winien być liczony od ponowionej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, to i tak upłynął on w dniu 20 maja 2024 r.
Po drugie, podniesione w odwołaniu zarzuty Odwołujący oparł na twierdzeniu o niemożliwości realizacji przez BCAST usługi emisji od dnia 1 czerwca 2024 r. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał m.in.:
[w ramach argumentacji: „Niemożność świadczenia emisji przez BCAST od 1 czerwca 2024 r. – pozwolenia radiowe"]
„11. W oparciu o doświadczenia Emitel z uzyskania pozwoleń radiowych wynika, że średni czas oczekiwania na wydanie pozwolenia radiowego wynosi prawie 52,5 dni.
12. Gdyby nawet przyjąć, że BCAST złoży wnioski o pozwolenia radiowe w dniu złożenia niniejszego odwołania, tj. dnia 27 maja 2024 r., to według powyższych wyliczeń BCAST uzyska pozwolenia radiowe najwcześniej w dniu 18 lipca 2024 r., a więc przeszło półtora miesiąca po dacie, w której powinien rozpocząć świadczenie emisji."
oraz
[w ramach argumentacji „Niemożność świadczenia emisji przez BCAST od 1 czerwca 2024 r. – zgłoszenie i opomiarowanie PEM"]
„24. Powyższych obowiązków BCAST nie powinien móc zrealizować w terminie do 1 czerwca 2024 r. W przypadku bowiem zgłoszenia z art. 152 POŚ starosta (jako organ ochrony środowiska właściwy w sprawie) może zgłosić sprzeciw w terminie 30 dni od dnia doręczenie zgłoszenia. Niezbędnym elementem zgłoszenia są wykonane wcześniej pomiary pól elektromagnetycznych dla nadajników BCAST. Wykonanie takich badań oraz ich opracowanie jest procesem czasochłonnym."
Z powyższych twierdzeń Odwołującego wynika, że powziął on lub mógł powziąć wiedzę o okolicznościach faktycznych stanowiących podstawę podniesionych zarzutów daleko wcześniej niż 17 maja 2024 r.
W odwołaniu zostało zawarte następuje twierdzenie: „Z dniem 17 maja 2024 r. Odwołujący powziął informację o tym, że zachodzi możliwość unieważnienia Postępowania". Jednakże w dniu 17 maja 2024 r. miało jedynie miejsce skierowanie

przez Zamawiającego do Odwołującego pisma dotyczącego zawarcia aneksu do umowy na świadczenie usług emisji programów zawartej w dniu 28 maja 2021 r., w której Zamawiający powołał się na ewentualną możliwość unieważnienia prowadzonego Postępowania. Należy jednak zaznaczyć, że wyrażenie przez Zamawiającego opinii o ewentualnej możliwości unieważnienia Postępowania nie oznacza powzięcia przez Odwołującego wiedzy o zaistnieniu okoliczności faktycznych stanowiących podstawę stwierdzenia obowiązku dokonania takiej czynności. Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że w tym zakresie – tj. także dla ustalenia terminu do wniesienia odwołania - istotne znaczenie ma zaistnienie okoliczności, które wskazują na obowiązek (a nie możliwość) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia - stąd stawiany jest zarzut zaniechania dokonania tej czynności przez zamawiającego. Tym bardziej bez znaczenia pozostaje fakt wyrażenia przez zamawiającego opinii o jedynie możliwości unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: