Sygn. akt KIO 2525/23

WYROK

z dnia 19 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Rafał Malinowski

Protokolant:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 15 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę PSN Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawię w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Radio S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Emitel S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym zadania nr 10.

2.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2525/23

Uzasadnienie

Polskie Radio S.A. w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem są „usługi emisji programów radiowych w standardzie DAB+”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 20 marca 2023 r., pod numerem nr 2023/S 056-166748.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 28 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca PSN Infrastruktura Sp. z o.o. w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Emitel S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „Emitel” lub „Przystępujący”) w zadaniu nr 10 i w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że podlegała ona odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę i mimo, że wezwany do wyjaśnień Emitel nie wykazał, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Emitel w zadaniu nr 10 i w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że podlegała ona odrzuceniu, ponieważ jest ona niezgodna z warunkami zamówienia z pkt XV.3.2 SWZ, gdyż nie uwzględnia wszystkich kosztów pozostających w związku i niezbędnych dla prawidłowego i należytego wykonania zadania nr 10 i zadania nr 12 przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Emitel jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 10 i w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia;

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zadaniu nr 10 i w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia;

3.odrzucenia oferty Emitel w zadaniu nr 10 i zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP jako zawierającej rażąco niską cenę;

4.powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia;

5.unieważnienia postępowania w zadaniu nr 10 przedmiotu zamówienia na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, że:

I.Pozycja i obowiązki Emitel na rynku.

Emitel to największy przedsiębiorca telekomunikacyjny działający w obszarze radiokomunikacji w Polsce - jak sam to określił w piśmie Emitel z dnia 16.06.2023 r. do Zamawiającego Wyznaczonego.

Zdaniem Odwołującego, co istotne dla postępowania o udzielenie zamówienia w zadaniu nr 10 i zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia, ze względu na swoją pozycję w obszarze radiokomunikacji w Polsce, Emitel jest jedynym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym.

Pozycja ta została wyznaczona dla Emitel w decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej („UKE") z dnia 17.11.2018 r. DHRT.SMP.6040.2.2017.177, nazywanej „Decyzją SMP". Zgodnie z uzasadnieniem tej decyzji (str. 35) Prezes UKE ustalił bowiem m.in., że „łącznie z obiektów własnych i dzierżawionych Emitel sp. z o.o. (poprzednik prawny Emitel S.A.) prowadzi 545 emisji UKF, co daje łącznie 50,9% oraz 20 emisji DAB+ stanowiących 83,3% wszystkich emisji radia cyfrowego w Polsce.", natomiast pod względem przychodów uzyskiwanych na rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczenia treści radiofonicznych użytkownikom końcowym udział Emitel wyniósł średnio za badany okres 94,1% (str. 36).

II.Obowiązki regulacyjne Emitel.

Odwołujący argumentował, że w konsekwencji wyznaczenia Emitel jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej, w opisanej Decyzji SMP zostały nałożone na Emitel obowiązki regulacyjne, w tym:

1) obowiązek, o którym mowa w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez:

- oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi, w szczególności w zakresie opiat za wykorzystywanie infrastruktury telekomunikacyjnej, linii światłowodowych oraz radiolinii. należących do Emitel w celu uniknięcia dyskryminacji w zakresie warunków świadczonych usług, opłat oraz jakości usług (pkt IV.2.a Decyzji SMP)

2) obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez Emitel (pkt IV.5 Decyzji SMP)

3) obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na przygotowaniu i przedstawieniu w terminie 3 (trzech) miesięcy od dnia doręczenia decyzji projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, jaka ma być stosowana przez Emitel, zgodnie z zakresem wskazanym w Załączniku nr 1 do decyzji (pkt IV.6 Decyzji SMP)

4) obowiązek, o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, polegający na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych, związanych z działalnością w zakresie dostępu telekomunikacyjnego zgodnie z przepisami art. 49 — 54 ustawy Prawo telekomunikacyjne i odpowiednimi aktami wykonawczymi do ustawy Prawo telekomunikacyjne (pkt IV.4 Decyzji SMP).

III.Oferta ramowa Emitel.

Odwołujący wskazał, że aktualna oferta ramowa, która zgodnie z Decyzją SMP ma być stosowana przez Emitel, została przygotowana przez Emitel i zatwierdzona decyzją Prezesa UKE z dnia 8.07.2019 r. DHRT.WORK. 6082.2.2018.373 („oferta ramowa Emitel").

IV.Znaczenie oferty ramowej Emitel dla kalkulacji ceny w zadaniu nr 10 i w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że z realizacji przez Emitel nałożonych na tego przedsiębiorcę obowiązków regulacyjnych wynika, że opłaty za dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej Emitel ustalone według oferty ramowej, która ma być stosowana przez Emitel, ustalone zostały co najwyżej na poziomie ponoszonych przez Emitel kosztów. Gdyby bowiem zawarte w pkt IV.5 Decyzji SMP określenie „w oparciu o ponoszone koszty" dopuszczało ustalenie tych opłat na poziomie wyższym od ponoszonych kosztów, pozostawałoby to w sprzeczności z określonym w pkt IV.2.a) Decyzji SMP obowiązkiem Emitel oferowania dostępu na warunkach nie gorszych od stosowanych przez Emitel w ramach własnego

przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że opłaty za dostęp telekomunikacyjny ustalone według oferty ramowej Emitel pokazują koszty dostępu telekomunikacyjnego, które Emitel stosuje w ramach własnego przedsiębiorstwa.

Odwołujący argumentował, że oferując w niniejszym postępowaniu wykonanie usług emisji programów radiowych w standardzie DAB+ w ramach objętych odwołaniem zadań przedmiotu zamówienia, Emitel założył wykorzystanie określonych elementów swojej infrastruktury telekomunikacyjnej (nadawczej). Koszty wykorzystania tej infrastruktury (koszty ponoszone w związku z przygotowaniem i z utrzymaniem tej infrastruktury) należą tym samym do kosztów, które są niezbędne dla prawidłowego i należytego wykonania przedmiotu zamówienia, które zgodnie z pkt XV.3.2 miały być uwzględnione w kalkulacji ceny w zadaniach objętych odwołaniem.

Zdaniem Odwołującego, ze względu na opisane obowiązki regulacyjne Emitel, koszt wykorzystania przez Emitel własnej infrastruktury na potrzeby wykonania zadania nr 10 i zadania nr 12 przedmiotu zamówienia jest możliwy do określenia na podstawie opłat za dostęp ustalonych według oferty ramowej Emitel (koszt ten jest nie niższy niż opłaty za dostęp).

Odwołujący argumentował, że jeżeli koszt ten jest wyższy od ceny za usługę zaoferowanej Zamawiającemu przez Emitel w objętych odwołaniem zadaniach przedmiotu zamówienia, jest to dowód, że cena ta została rażąco zaniżona, jest rażąco niska i nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych dla prawidłowego i należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego wystarczający jest przy tym już sam fakt, że zaoferowana cena nie pokrywa kosztu wykorzystania przez Emitel własnej infrastruktury na potrzeby wykonania zaoferowanej usługi - pomijając już fakt, że w celu realizacji tej usługi (wykonania przedmiotu zamówienia) konieczne jest poniesienie przez Emitel także innych niezbędnych kosztów.

V.Rażąco niska cena w ofercie Emitel na zadanie nr 10 i zadanie nr 12 przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, cena w ofercie Emitel na zadanie nr 10 i na zadanie nr 12 przedmiotu zamówienia spełnia przesłanki z art. 224 ust. 1 oraz z art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP.

Jak wskazywał, fakt ten jest bezsporny, ponieważ Zamawiający Wyznaczony sam stwierdził te okoliczności w wezwaniu z dnia 2.06.2023 r., w którym zwrócił się do Emitel o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia cen, w tym stawki netto za godzinę świadczenia usług (emisji) oferowanych m.in.:

- w zadaniu nr 10 przedmiotu zamówienia: na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. W zadaniu tym zaoferowana cena jest bowiem 0 50,31% niższa od ubruttowionej wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania (kwoty 6 646 920 zł)

- w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia: na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp. W zadaniu tym zaoferowana cena osiąga bowiem graniczny próg 29,93 % w stosunku do ubruttowionej wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania (kwoty 2 221 380 zł), przy jednoczesnym zaistnieniu dodatkowych okoliczności opisanych w wezwaniu z dnia 2.06.2023 r., które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego Wyznaczonego co do realności stawek i cen zaoferowanych przez Emitel w zadaniu nr 12.

Odwołujący argumentował, że w stosunku do oferty Emitel na zadanie nr 10 i na zadanie nr 12 przedmiotu zamówienia zaistniało więc domniemanie rażąco niskiej wysokości zaoferowanej ceny oraz stawek za godzinę usług emisji - odpowiednio na podstawie art. art. 224 ust. 1 oraz z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp.

VI.Cena w ofercie Emitel na zadanie nr 10 i na zadanie nr 12 przedmiotu zamówienia jest rażąco niska.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z formularzem oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 5 do SWZ, w zadaniu nr 10 oraz w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia wykonawcy zobowiązani zostali do podania:

- stawek netto za godzinę usługi (kolumna 5), skalkulowanych łącznie za usługi dosyłu sygnału do stacji nadawczych oraz rozpowszechniania sygnału multipleksu DAB+ z tych stacji nadawczych, a w konsekwencji

- wartości zamówienia, poprzez przemnożenie zaoferowanych stawek netto za godzinę usługi przez określoną przez Zamawiającego liczbę godzin świadczenia usługi.

Odwołujący wskazał, że dane te trzeba było skalkulować w każdym oferowanym zadaniu oddzielnie dla każdej ze stacji nadawczych, z której wykonawcy zaoferowali wykonanie usługi dosytu i rozpowszechniania sygnału multipleksu DAB+ w obrębie danego zadania przedmiotu zamówienia. Każdą z tych stacji nadawczych trzeba było wymienić w formularzu oferty (kolumna 2) oraz podać oddzielne dla nich stawki netto za godzinę usługi oraz wartości netto i brutto usługi oferowane dla każdej z nich.

Odwołujący podniósł, że podana w ten sposób cena zaoferowana przez Emitel w zadaniu nr 10 oraz w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia jest rażąco niska — nie pokrywa kosztu, którego poniesienie przez Emitel pozostaje bezpośrednio w związku i jest niezbędne dla prawidłowego i należytego wykonania przedmiotu zamówienia, na dowód czego Odwołujący powołał się na przygotowaną na podstawie oferty ramowej Emitel kalkulację tego kosztu (Załącznik 5 do odwołania).

Odwołujący wskazał, że kalkulacja w odniesieniu do wykazanych stacji nadawczych z zadania nr 10 i zadania nr 12 przedmiotu zamówienia była możliwa, ponieważ parametry poszczególnych stacji nadawczych i warunków technicznych świadczenia usług wykonawcy zobowiązani zostali wyspecyfikować oddzielnie w odniesieniu do każdej z tych stacji nadawczych w opisie technicznym stacji nadawczych, którego wzór stanowi Załącznik nr 6 do SWZ, a dodatkowe informacje zawarte zostały w piśmie Emitel z dnia 16.06.2023 r. W załączonej kalkulacji zostały więc podane i wykorzystane do obliczeń parametry z Załącznika 6 do oferty Emitel oraz ustalone z pisma Emitel z dnia 16.06.2023 r.

Odwołujący wskazał, że kalkulacja ta została przygotowana na podstawie opłat za dostęp telekomunikacyjny ustalonych według oferty ramowej Emitel, pokazujących koszty dostępu telekomunikacyjnego, które Emitel stosuje w ramach własnego przedsiębiorstwa. Dotyczy ona stacji nadawczych, z których Emitel zaoferował wykonanie zadania nr 10 i zadania nr 12 przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do których Emitel zadeklarował wykorzystanie istniejących systemów antenowych (bez ich modyfikacji), a tym samym możliwe było jednoznaczne zidentyfikowanie tych systemów antenowych oraz ustalenie kosztu wykorzystania przez Emitel tych systemów na podstawie oferty ramowej Emitel (opłat za Dostęp do Nadawczych Systemów Antenowych), bez konieczności przyjmowania przez odwołującego jakichkolwiek własnych założeń, wynikających np. z innego umiejscowienia czy modyfikacji tych systemów antenowych, które to założenia mogłyby rodzić wątpliwości co do poprawności ustalonych opłat. Zdaniem odwołującego kalkulacja na powyższych zasadach, możliwa była finalnie w odniesieniu do zaoferowanych Zamawiającemu przez Emitel cen na jednej z czerech stacji nadawczych zadeklarowanych do wykonania zadania nr 10 (RTCN Łódź / Zygry), jak również na jednej z czterech stacji nadawczych zadektarowanych do wykonania zadania nr 12 (SLR Opole/Korfantego).

Odwołujący wskazał także, że dla ułatwienia analizy, kalkulacja z Załącznika 5 obejmuje tylko opłaty za wybrane, najistotniejsze elementy dostępu telekomunikacyjnego - niepodważalnie niezbędne Emitel co najmniej w takim zakresie i ilości do świadczenia usługi zgodnie z ofertą złożoną Zamawiającemu, i nie obejmuje innych niezbędnych w tym celu kosztów i danych wymienionych w wyjaśnieniu do tej kalkulacji.

Zdaniem Odwołującego jednak nawet przy tak ograniczonym zakresie, kalkulacja ta jest wystarczającym dowodem, że cena w ofercie Emitel na zadanie nr 10 i na zadanie nr 12 przedmiotu zamówienia jest rażąco niska. Według odwołującego kalkulacja ta zawiera bowiem dowody, że cena ta nie pokrywa nawet kosztu wykorzystania przez Emitel ewidentnie niezbędnych elementów własnej infrastruktury i kosztu zużycia prądu przez nadajnik na potrzeby wykonania każdego z tych zadań, mianowicie:

- w zadaniu nr 10 dla wykonania przedmiotu zamówienia ze stacji nadawczej RTCN Łódź Zygry Emitel zaoferował cenę 17 444,34 zł netto (średnio za miesiąc, 23,88 zł/godz. x 730,5 godz.) za usługę dosyłu i emisji, a z uwzględnieniem waloryzacji umownej - 19 050,09 zł (szczegóły w wyjaśnieniu do kalkulacji). Tymczasem sam koszt korzystania przez Emitel z wybranych elementów infrastruktury niezbędnej dla wykonania tej usługi ustalony na podstawie oferty ramowej Emitel wynosi 28.812,05 zł netto (średnio za miesiąc), a uwzględniając zużycie prądu jedynie przez nadajnik pracujący z najwyższą katalogową sprawnością i przy cenie energii 0,80 zł/kWh – 29.752 94 zł. Cena ta została więc zaniżona przez Emitel co najmniej o 10.702,85 zł (średnio za miesiąc), czyli o 56%.

- w zadaniu nr 12 dla wykonania przedmiotu zamówienia ze stacji nadawczej SLR Opole Korfantego Emitel zaoferował cenę 5.303,43 zł netto (średnio za miesiąc, 7,26 zł/godz. x 730,5 godz.) za usługę dosyłu i emisji, a z uwzględnieniem waloryzacji umownej – 5.760,44 zł (szczegóły w wyjaśnieniu do kalkulacji). Tymczasem sam koszt korzystania przez Emitel z wybranych elementów infrastruktury niezbędnej dla wykonania tej usługi ustalony na podstawie oferty ramowej Emitet wynosi 4.977,10 zł netto (średnio za miesiąc), a uwzględniając zużycie prądu jedynie przez nadajnik pracujący z najwyższą katalogową sprawnością i przy cenie energii 0,80 zł/kWh – 6.794 59 zł netto (średnio za miesiąc). Cena ta została więc zaniżona przez Emitel co najmniej o 1.034,15 zł (średnio za miesiąc), czyli o 18%.

Odwołujący wskazywał przy tym, że koszt zużycia energii elektrycznej ustalony został dla średniej w obrębie trwania umowy wynikowej ceny energii (szczegóły w wyjaśnieniu do kalkulacji) na poziomie 0,80 zł/kWh, możliwej do uzyskania jedynie przez dużych odbiorców (jakim bez wątpienia jest Emitel). Zdaniem odwołującego dowód na zaniżenie przez Emitel ceny pozostaje aktualny:

- w zadaniu nr 10 dla wykonania przedmiotu zamówienia ze stacji nadawczej RTCN Łódź Zygry - niezależnie od ceny energii, bowiem Emitel zaoferował cenę za usługę nawet poniżej samego kosztu korzystania przez Emitel z wybranych

elementów infrastruktury niezbędnej dla wykonania tej usługi

- w zadaniu nr 12 dla wykonania przedmiotu zamówienia ze stacji nadawczej SLR Opole Korfantego - nawet przy nierealnie niskim poziomie ceny energii 0,35 zł/kWh.

Zdaniem Odwołującego każdy z podsumowanych wyżej dowodów zawartych w Załączniku 5 jest niezależnie wystarczającym dowodem, że oferta Emitel na wykonanie zadania nr 10 i zadania nr 12 zawiera rażąco niską cenę, ponieważ Emitel zaoferował świadczenie usług dosyłu i emisji poniżej kosztu jej świadczenia. Ceny zaoferowane przez Emitel w każdym z tych zadań są bowiem niższe, niż koszty wykorzystania przez Emitel własnej infrastruktury telekomunikacyjnej ustalone na podstawie oferty ramowej Emitel i koszty zużycia prądu przez sam tylko nadajnik, na skutek czego:

- ceny te są niewiarygodne w porównaniu z cenami, które zostałyby skalkulowane z uwzględnieniem kosztów ustalonych na podstawie oferty ramowej Emitel i które na tej podstawie zostały obliczone w kalkulacji z Załącznika 5, tym bardziej, że oferta ramowej Emitel została zatwierdzona przez Prezesa UKE w wyniku wielomiesięcznego postępowania określonego Prawem telekomunikacyjnym

- ceny te są nierealistyczne, ponieważ nie pokrywają nawet części z niezbędnych kosztów wykonania każdego z zadań objętych odwołaniem ustalonymi na podstawie tej oferty. Skoro nie pokrywają nawet jednej istotnej części składowej zaoferowanej ceny, to tym bardziej nie pokrywają jej pozostałych istotnych części składowych, takich jak koszty zakupu i instalacji niezbędnych urządzeń, koszty obsługi tych urządzeń, koszty realizacji przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usług dosytu sygnału do stacji nadawczych. Zdaniem odwołującego wykonanie zadania nr 10 i zadania nr 12 przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Emitel nie jest więc możliwe z zachowaniem realiów rynkowych — nie pozwala bowiem na pokrycie kosztów ich wykonania, a tym bardziej — osiągnięcie przez Emitel jakiegokolwiek zysku.

VII. Wezwany do wyjaśnień Emitel nie wykazał, że jego oferta na zadanie nr 10 i zadanie nr 12 przedmiotu zamówienia nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 2.06.2023 r. Zamawiający Wyznaczony zwrócił się do Emitel o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia cen, w tym stawki netto za godzinę świadczenia usług (emisji) oferowanych w jedenastu zadaniach przedmiotu zamówienia, w tym:

- w zadaniu nr 10 (na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP) oraz

- w zadaniu nr 12 (na podstawie art. 224 ust. 1 PZP).

Emitel udzielił odpowiedzi na to wezwanie pismem Emitel z dnia 16.06.2023 r. Zdaniem odwołującego, na podstawie posiadanej części pisma Emitel z dnia 16.06.2023 r. Emitel nie wykazał, że jego oferta na zadanie nr 10 i zadanie nr 12 przedmiotu zamówienia nie zawiera rażąco niskiej ceny, ponieważ:

- zaniżenie przez Emitel kosztów wykorzystania własnej infrastruktury w tych ofertach nie jest uzasadnione „determinantami endogenicznymi" wskazanymi przez Emitel.

Odwołujący wskazał, że jak potwierdza kalkulacja tych kosztów z Załącznika 5, ustalenie ich odbywa się na podstawie wzorów z pkt 8.5, 8.8 i 8.13 podanych w ofercie ramowej Emitel oraz danych podanych przez sam Emitel w Informacjach Ogólnych, a więc informacji udostępnianych przez sam Emitel na swojej stronie internetowej. Ustalenie tych kosztów zawiera więc już w sobie wszelkie elementy, które wpływają na ich wysokość, w tym podany przez Emitel efekt skali, zakresu oraz możliwości wykorzystania autorskich rozwiązań z zakresu projektowania anten. Dokładnie m.in. temu celowi służy przyjęta w ofercie ramowej Emitel metoda obliczania tych kosztów.

- wyjaśnienia Emitel dotyczące zadania nr 12 przedmiotu zamówienia zawierają oświadczenia niezgodne ze stanem faktycznym.

Odwołujący podniósł, że z wyjaśnień Emitel w zakresie rażąco niskiej ceny w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia wynika m.in., że (str. 7 Kosztorysu inwestycyjnego dla zadań):

1)parametry emisyjne dla lokalizacji Opole Korfantego oraz Wysoka/Góra Św. Anny nie ulegają zmianie

2)parametry emisyjne dla stacji nadawczej Opole Chrzelice dobrano w taki sposób aby wykorzystać istniejący na obiekcie system antenowy po niewielkiej modernizacji.

Odwołujący podniósł, że z wyjaśnień tych wynika brak konieczności poniesienia przez Emitel niezbędnych dla realizacji zadania nr 12 przedmiotu zamówienia nakładów inwestycyjnych lub ich ograniczony zakres, co według odwołującego jest niezgodne ze stanem faktycznym, ponieważ w zadaniu tym:

- w odniesieniu do stacji nadawczej Wysoka/Góra Św. Anny wbrew wyjaśnieniom złożonym Zamawiającemu przez Emitel, parametry emisyjne ulegają jednak zmianie, ponieważ Emitel zaoferował emisję z wykorzystaniem nowego systemu antenowego. Zgodnie bowiem z wykazem obowiązujących pozwoleń i decyzji Prezesa UKE zezwalających na używanie urządzeń nadawczych w służbie radiodyfuzyjnej do emisji programów radiofonicznych („wykaz pozwoleń radiowych Prezesa UKE"), emisja z tej stacji nadawczej prowadzona jest obecnie przez Emitel z systemu antenowego zawieszonego na wysokości 36 m npt, podczas gdy Emitel zaoferował Zamawiającemu emisję z systemu antenowego zawieszonego na wysokości 77 m npt.

- w odniesieniu do stacji nadawczej Opole Chrzelice wbrew wyjaśnieniom złożonym Zamawiającemu przez Emitel, emisja zaplanowana została przez Emitel z wykorzystaniem systemu antenowego nie po niewielkiej modernizacji, ale po wymianie wszystkich anten i zastąpieniu ich nowymi, dodatkowo w większej liczbie. Zgodnie bowiem z wykazem pozwoleń radiowych Prezesa UKE, emisja z tej stacji nadawczej prowadzona jest obecnie przez Emitel z systemu antenowego zbudowanego z anten K523057 (producent — Kathrein), zawieszonych w układzie 2 piętra i 2 ściany, podczas gdy Emitel zaoferował Zamawiającemu emisję z systemu antenowego zbudowanego z anten 3VTV-02 (producent — SIRA), zawieszonych w układzie 3 piętra i 3 ściany.

- wyjaśnienia Emitel dotyczące zadania nr 12 przedmiotu zamówienia zawierają oświadczenia pomijające istotne dla sprawy okoliczności.

Odwołujący argumentował, że udzielając wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia, Emitel oświadczył m.in., że dobrał parametry emisyjne dla stacji nadawczej Wysoka/Góra Św. Anny w taki sposób, aby nie dokonywać modernizacji ww. obiektu nadawczego (pkt 1/ str. 22 pisma Emitel z dnia 16.06.2023 r.)

Odwołujący podniósł, że Emitel świadczy obecnie na rzecz Zamawiającego z wykorzystaniem wskazanego obiektu usługę analogiczną do usługi objętej postępowaniem o udzielenie zamówienia, na podstawie obowiązującej do dnia 30.09.2023 r. umowy zawartej z Zamawiającym w 2019 r. w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego znak sprawy BZP.B5.12.2019, co wg wyjaśnień ma pozwolić na wygenerowanie istotnych oszczędności w realizacji przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 12.

Zdaniem Odwołującego składając powyższe oświadczenie Emitel pominął jednak istotną dla sprawy okoliczność, że jakkolwiek nie planuje obecnie modernizacji stacji nadawczej Wysoka/Góra Św. Anny, z której zaoferował wykonanie tego zadania, dotychczasową usługę świadczył pierwotnie z wieży o wysokości 40 m, która została rozebrana w 2022 r., po wybudowaniu przez Emitel nowego obiektu nadawczego z wieżą o wysokości 83 m, na którą dotychczasowa emisja została przeniesiona. Informacje o tym nowym i historycznym obiekcie nadawczym znajdują się w poświęconym radiofonii i telewizji serwisie Radio Polska, będącym zapewne najbardziej aktualną bazą emisji i obiektów nadawczych.

Zdaniem Odwołującego koszt takiej wieży wynosi kilkaset tysięcy złotych i powinien w odpowiednim udziale zostać uwzględniony w kosztach przygotowania i utrzymania niezbędnej infrastruktury na potrzeby wykonania zadania nr 12 przedmiotu zamówienia, co wiązałoby się ze wzrostem kosztu a nie oszczędnościami.

VIII. Oferta Emitel dotycząca zadania nr 10 przedmiotu zamówienia została złożona mimo nieustalenia przez Emitel warunków technicznych i finansowych wykonania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że jak potwierdził właściciel nieruchomości, na której zlokalizowana jest stacja nadawcza RTCN Łódź / EC, z której Emitel zaoferował wykonanie usługi Zamawiającemu, do dnia 26.04.2023 r., w którym upłynął termin składania ofert w postępowaniu, Emitel nie uzgodnił, ani nie wystąpił o uzgodnienie, warunków technicznych i finansowych instalacji anten niezbędnych do wykonania z tej stacji zadania nr 10 przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, że nawet jeśli Emitel zainstalował fizycznie anteny na stacji nadawczej RTCN Łódź / EC, nie mógł wiarygodnie wykazać, że jego oferta na zadanie nr 10 przedmiotu zamówienia nie zawiera rażąco niskiej ceny.

IX. Wyjaśnienia Emitel zawierają niewiarygodne oświadczenia dotyczące wykorzystania nadajników przeniesionych z innych lokalizacji.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia Emitel w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczą 11 zadań przedmiotu zamówienia, zaoferowanych do realizacji z wykorzystaniem łącznie 43 nadajników. Spośród tych nadajników, dla uruchomienia nowych stacji nadawczych lub koniecznej zmiany parametrów emisji na istniejących stacjach nadawczych, Emitel zadeklarował wykorzystanie 6 używanych nadajników pochodzących z przeniesienia z obiektów o zmienianych parametrach, co pozwoliło wygenerować istotne oszczędności w realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że 5 z 6 tych nadajników zostało w piśmie Emitel z dnia 16.06.2023 r. przyporządkowane do zadań przedmiotu zamówienia objętych odwołaniem, które są jednocześnie jedynymi zadaniami, w których w trakcie kilku

poprzednich analogicznych postępowań przetargowych wobec oferty Emitel składane były oferty konkurencyjne, tj.

- w zadaniu nr 10 — 3 używane nadajniki do uruchomienia nowych stacji nadawczych

- w zadaniu nr 12 — 1 używany nadajnik do uruchomienia nowej stacji nadawczej, 1 używany nadajnik do zmiany parametrów na istniejącej stacji nadawczej.

Odwołujący argumentował, że faktyczne przeniesienie nadajników pochodzących z innych stacji nadawczych z różnych zadań przedmiotu zamówienia niemal w całości jedynie do stacji nadawczych w obrębie dwóch zadań przedmiotu zamówienia objętych odwołaniem - jest niewiarygodne, zwłaszcza w przypadku zadania nr 10 przedmiotu zamówienia, gdzie do uruchomienia stacji nadawczej TON Sieciechów Emitel zadeklarował w wyjaśnieniach wykorzystanie używanego nadajnika przeniesionego ze stacji RTCN Poznań/Śrem z województwa wielkopolskiego (zadanie nr 13 przedmiotu zamówienia), podczas gdy w tym samym województwie wielkopolskim zaoferowane zostało przez Emitel uruchomienie nowej emisji ze stacji nadawczej RON Piła, wymagającej użycia nadajnika o takiej samej mocy znamionowej (1,45 kW).

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że oferta Emitel w zadaniu nr 10 i w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia zawiera rażąco niską cenę, zaś wezwany do wyjaśnień Emitel nie wykazał, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Oferta ta podlegała więc odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, czego Zamawiający zaniechał i co skutkuje naruszeniem tego przepisu.

X. Oferta Emitel na wykonanie zadania nr 10 i zadania nr 12 przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich kosztów pozostających w związku i niezbędnych dla prawidłowego i należytego wykonania każdego z tych zadań.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z warunkami zamówienia z pkt XV.3.2 SWZ, w odniesieniu do zadania nr 10 i do zadania nr 12 przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał, by w kalkulacji ceny uwzględnić wszystkie koszty pozostające w związku i niezbędne dla prawidłowego i należytego wykonania każdego z tych zadań. Zamawiający zdefiniował przy tym, że oznacza to wykonanie zgodne z wymaganiami wykonania przedmiotu zamówienia zawartymi w Załączniku nr 1 do SWZ oraz Załączniku nr 11A do SWZ i w Załączniku nr 11 B do SWZ w zakresie wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia i terminów jego wykonania.

Zdaniem Odwołującego oferta Emitel na wykonanie tych zadań nie uwzględnia tych wymaganych kosztów, ponieważ:

a) zarówno w zadaniu nr 10, jak i w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia kalkulacja ceny w ofercie Emitel nie obejmuje nawet kosztów wykorzystania własnej infrastruktury telekomunikacyjnej i kosztu zużycia prądu przez nadajniki.

Powołując się na uzasadnienie przedstawione w pkt III oraz pkt IV odwołania Odwołujący podniósł, że Emitel zaoferował wykonanie tych zadań poniżej kosztów wykorzystania niezbędnej własnej infrastruktury (w zadaniu nr 10 przedmiotu zamówienia) powiększonego o koszty zużycia prądu przez niezbędne nadajniki (w zadaniu nr 10 i zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia), co potwierdza Załącznik 5. Dla wykonania przedmiotu zamówienia ze stacji nadawczych wskazanych w tym Załączniku Emitel zaoferował bowiem ceny netto za usługi dosyłu i emisji, które także z uwzględnieniem waloryzacji umownej są niższa od tych kosztów co najmniej o kwoty wskazane w Załączniku 5 - od przeszło 1000 zł netto do przeszło 10 000 zł netto średnio za miesiąc.

Odwołujący wskazał, że cena z oferty Emitel w zadaniu nr 10 i w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia nie pokrywa więc nawet kosztów wykorzystania (przygotowania i utrzymania) przez Emitel własnej infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług będących przedmiotem tych zadań - w postaci masztów czy wież (odpowiednio do obu zadań), systemów antenowych, miejsc pod nadajniki i kosztów zużycia prądu przez te nadajniki na stacjach nadawczych, z których Emitel zaoferował ich wykonanie.

b) zarówno w zadaniu nr 10, jak i w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia kalkulacja ceny w ofercie Emitel nie obejmuje pozostałych niezbędnych kosztów pozostających w związku i niezbędnych dla prawidłowego i należytego wykonania każdego z tych zadań.

Odwołujący argumentował, że do wykonania każdego z zadań objętych odwołaniem niezbędne są nie tylko wykorzystanie własnej infrastruktury telekomunikacyjnej Emitel, ale inne czynności, które generują koszty i obciążenia, np. koszty zakupu i instalacji niezbędnych urządzeń nadawczych i kontrolnych - w szczególności w przypadku stacji nadawczych, z których usługa nie była wcześniej realizowana, koszty obsługi tych urządzeń (nadzór, prace utrzymaniowe i naprawcze), koszty realizacji przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usług dosytu sygnału do stacji nadawczych, z których zostało zaoferowane wykonanie każdego z tych zadań.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt XV. 3.2. SWZ, wszystkie te koszty należało uwzględnić w kalkulacji stawek za godzinę emisji zaoferowanych z konkretnych stacji nadawczych w każdym z zadań objętych odwołaniem. W ofertach Emitel na zadanie nr 10 i na zadanie 12 przedmiotu zamówienia tak się jednak nie stało. Skoro cena netto (średnio za miesiąc) za usługę dosyłu i emisji zaoferowana przez Emitel w każdym z tych zadań nie pokrywa nawet kosztów wykorzystania przez Emitel własnej infrastruktury i kosztu zużycia prądu przez nadajniki, tym bardziej nie pokrywa pozostałych niezbędnych kosztów pozostających w związku i niezbędnych dla prawidłowego i należytego wykonania każdego z tych zadań. Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że oferta Emitel w zadaniu nr 10 i w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich kosztów pozostających w związku i niezbędnych dla prawidłowego i należytego wykonania każdego z tych zadań. Jest więc niezgodna z warunkami zamówienia z pkt XV.3.2 SWZ. W konsekwencji, oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, czego Zamawiający zaniechał i co skutkuje naruszeniem tego przepisu.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 13 września 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający przedstawił również stosowną argumentację w trakcie rozprawy.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

Pismem z dnia 12 września 2023 r. stanowisko w sprawie zajął Przystępujący. Przedstawił on argumentację oraz dowody na poparcie prezentowanego stanowiska, tj., że odwołanie zasługuje w całości na oddalenie. Przystępujący przedstawił również stosowną argumentację w trakcie rozprawy.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W trakcie posiedzenia Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zadania nr 10. W związku z powyższym postępowanie odwoławcze w tej części należało umorzyć w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy PZP.

W zakresie podtrzymanym przez Odwołującego Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Emitel S.A. z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności na podstawie dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym: ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informacji z otwarcia ofert, ofert wykonawców, wezwania zamawiającego skierowanego do przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnień przystępującego co do ceny ofertowej, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączników do pism procesowych stron i uczestników postępowania, jak również oświadczeń, stanowisk oraz dowodów złożonych przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest są usługi emisji programów radiowych w systemie DAB+. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części, w tym m.in.:
- zadanie nr 10 na usługi dosytu sygnału do stacji nadawczej(ych) oraz rozpowszechniania sygnału multipleksu w standardzie DAB+ w bloku 5C w Łodzi i części województwa łódzkiego (pkt 3.10 SWZ)
- zadanie nr 12 na usługi dosytu sygnału do stacji nadawczej(ych) oraz rozpowszechniania sygnału multipleksu w standardzie DAB+ w bloku 1 lC w Opolu i części województwa opolskiego (pkt 3.12 SWZ).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:
- na zadanie nr 12:
    - przystępującego Emitel S.A., który zaoferował cenę 1.566.374,89 zł brutto oraz odwołującego, który zaoferował cenę 2 291 266,82 zł brutto przy kwocie 2.220.150,00 zł brutto łącznie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia objętego tym zadaniem.

Ustalono także, że w odniesieniu do stacji nadawczej Wysoka/Góra Św. Anny przystępujący zaoferował Zamawiającemu

emisję z systemu antenowego zawieszonego na wysokości 77 m npt. (por. opis techniczny stacji nadawczych dla zadania nr 12 – wypełniony załącznik nr 6 do oferty przystępującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że w odniesieniu do stacji nadawczej Opole Chrzelice przystępujący zaoferował Zamawiającemu emisję z systemu antenowego zbudowanego z anten 3VTV-02 (producent — SIRA), zawieszonych w układzie 3 piętra i 3 ściany.

Ustalono kolejno, że zamawiający pismem z 2 czerwca 2023 r., zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia cen oraz ich istotnego – z uwagi na ukształtowanie sposób wyliczenia ceny – elementu składowego, jakim są stawki netto za godzinę świadczenia usługi (emisji), oferowanych za świadczenie usług emisji programów radiowych w standardzie DAB+ w: (…)

8) zadaniu nr 10 przedmiotu zamówienia (emisja DAB+ w Łodzi i części województwa łódzkiego); (…)

Zamawiający w wezwaniu wskazał, że *Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa, o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu z uwagi na złożenie oferty po terminu lub błąd w obliczeniu ceny, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy, chyba że rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień.*

Przesłanki zobowiązujące zamawiających do badania oferowanych cen mają rozłączny charakter, co oznacza, że obligatoryjność wezwania nie jest zależna od zaistnienia obu okoliczności wskazanych w przepisie art. 224 ust. 2 pkt 1. Doktryna i orzecznictwo od lat zajmują jednoznaczne stanowisko, że o ile rozbieżności nie są powodowe okolicznościami, których wystąpienie rozwiewa nie pozostawia wątpliwości dotyczące różnic pomiędzy oferowanymi cenami a ubruttowioną szacowaną wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy, które to okoliczności są możliwe do jednoznacznego i obiektywnego potwierdzenia (dowiedzenia) – w sytuacji opisanej w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy – po stronie zamawiającego pojawia się obowiązek badania ceny i wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

Sytuacja, o której mowa powyżej zaistniała, w stanie faktycznym sprawy – w przypadku Państwa oferty złożonej w zadaniach wymienionych powyżej w pkt 1 – 10 wezwania: (…)

- w zadaniu nr 10 przedmiotu zamówienia zaoferowana cena jest o 50,31% niższa od ubruttowionej wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania (kwota: 6 646 920 zł);

Zważywszy, że analiza okoliczności wpływających na wartości zamówienia, uwzględnionych przez Zamawiającego Wyznaczonego przy ustalaniu tej wartości przed wszczęcie postepowania nie pozwoliła na wskazanie okoliczności, które w sposób niebudzący wątpliwości uzasadniałyby różnice występujące na ww. wskazanym poziomie, w szczególności przy zakresie zamówienia obejmującym rozbudowę sieci nadawczej DAB+ i zwiększenie zasięgu nadawania, ziściła się przesłanka obligująca do badania cen zaoferowanych przez Państwa w zadaniach wskazanych w pkt 1 – 10 początkowej części wezwania.

W związku z powyższym, Zamawiający Wyznaczony zwraca się o złożenie wyjaśnień i przedstawienie dowodów, w szczególności szczegółowej kalkulacji kosztów oraz sposobu obliczenia wysokości cen i stawek godzinowych emisji oferowanych w zadaniach nr: 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 15, i 17 przedmiotu zamówienia – opisujących i wskazujących okoliczności lub elementy organizacyjne, technologiczne, zarządzania, które wpłynęły na wysokość zaoferowanych stawek i cen oraz opisujące w jaki sposób okoliczności lub elementy, o których mowa powyżej na te zaoferowane poziomy cen wpłynęły, w tym w szczególności:

1) informacji w zakresie przyjętej do kalkulacji ceny oszczędności, metody wykonania zamówienia, wybranych przez Państwa rozwiązań technicznych, oryginalności oferowanych usług, wyjątkowo sprzyjających warunków usług dostępnych dla Państwa, które pozwoliły Państwu na zaoferowanie ceny i stawki na wskazanych powyżej poziomach,

2) informacji na temat zarządzania procesem świadczonych usług i ich wpływie na wysokość oferowanych w poszczególnych zadaniach cen i stawek,

3) informacji w zakresie wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt. 4) – 7) ustawy, w tym informacji na temat wysokości przyjętych do kalkulacji kosztów osobowych, kosztów pracy i ich wpływie na wysokość oferowanych w poszczególnych zadaniach cen i stawek,

4) informacji na temat wysokości przyjętych do kalkulacji kosztów koszty ponoszone w związku z przygotowaniem

infrastruktury nadawczej do emisji cyfrowej, koszty związane z utrzymaniem tej infrastruktury w okresie świadczenia usług,

5) koszty dosyłu sygnału do stacji nadawczych zlokalizowanych w ramach poszczególnych regionów,

6) informacji na temat wysokości przyjętych do kalkulacji kosztów dosyłu sygnału modulacyjnego łączami IP oraz wysokości kosztów przygotowania i utrzymania infrastruktury w tym zakresie,

7) informacji na temat zakładanego rodzaju i wysokości innych kosztów, opłat i podatków, które będą musieli Państwo ponieść w związku z realizacją zamówienia w zadaniach objętych zakresem wezwania, niezbędnych dla prawidłowego wykonania usługi oraz wynikających z wymogów i warunków projektowanych postanowień umowy,

8) wskazania, czy w ogóle, a jeżeli tak, na jakim poziomie został założony w kalkulacji wzrost inflacji oraz wzrost cen energii, wzrost cen gazu

9) informacji na temat wysokości zakładanego zysku.

Dodatkowo, w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy, Zamawiający Wyznaczony wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie określonym w poprzednim akapicie w odniesieniu do ceny (oraz stawek za godzinę emisji, jako istotnej części składowej ceny) oferowanej przez Państwa w zadaniu nr 12 przedmiotu zamówienia (emisja w Opolu i części województwa opolskiego).

W tym zadaniu oferowana cena osiąga graniczny próg 29,93 % w stosunku do ubruttowionej wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postepowania (kwota: 2 221 380 zł). Jednocześnie różnica pomiędzy oferowanymi w tym zadaniu cenami przekracza 30%, przy czym poziom drugiej z oferowanych cen jest zbliżony do szacowanego przez Zamawiającego Wyznaczonego poziomu kosztów emisji programów ogólnopolskich i regionalnych w obszarze objętym zadaniem 12 (2 291 266,82 zł). Jednocześnie okoliczności faktyczne odnoszące się do zamówienia objętego zakresem przedmiotowym zadania nr 12 wskazują, że składają Państwo ofertę na usługi obecnie świadczone przez innym podmiot (oferta dotycząca tzw. „przejęcia emisji") – usługi, które w warunkach zamówienia wymagają dodatkowo rozbudowy sieci nadawczej DAB+. W sytuacji w której ogólne warunki gospodarcze, geopolityczne, w tym wojna, znaczne zmiany inflacji i cen energii elektrycznej oraz nieprzewidywalności prognoz w tym zakres, nie sprzyjają inwestycjom i wpływają na wzrost ich kosztów i kosztów prowadzonych działalność gospodarczych oraz świadczonych usług, okoliczności wskazane powyżej budzą wątpliwości Zamawiającego Wyznaczonego co do realności stawek i ceny oferowanych w zadaniu nr 12.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z 16 czerwca 2023 r. Cześć tych wyjaśnień została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego. Zamawiający zaś, odtajnił część z tej zastrzeżonej części.

Następnie ustalono, że pismem z 17 sierpnia 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 10 i 12.

Uzasadnienie prawne:

Zdaniem Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Główną okolicznością, na podstawie której Odwołujący wywodził twierdzenia dotyczące rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego był fakt wydania wobec Przystępującego przez Prezesa UKE decyzji regulacyjnej w oparciu o art. 40 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1648), dalej jako: „ustawa Pt", oraz nałożenia tą decyzją obowiązku sporządzenia oferty ramowej, która miałaby być źródłem informacji na temat kosztów wykorzystania przez Przystępującego własnej infrastruktury na potrzeby wykonania zadania nr 10 i 12.

Z powyższego Odwołujący wywodził, *że opłaty za dostęp telekomunikacyjny ustalone według oferty ramowej Emitel pokazują koszty dostępu telekomunikacyjnego, które Emitel stosuje w ramach własnego przedsiębiorstwa* (…) *Jeżeli koszt ten jest wyższy od ceny za usługę zaoferowanej Zamawiającemu przez Emitel w objętych odwołaniem zadaniach przedmiotu zamówienia, jest to dowód, że cena ta została rażąco zaniżona, jest rażąco niska i nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych dla prawidłowego i należytego wykonania przedmiotu zamówienia.*

Z powyższym twierdzeniem Izba się nie zgodziła.

W pierwszej kolejności Izba pragnie zauważyć, że Odwołujący swoje twierdzenia wywodził z treści Decyzji Prezesa UKE nr DHRT.SMP.6040.2.2017.177, w której to decyzji na Przystępującego nałożony został obowiązek, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez Emitel (punkt IV.5 sentencji Decyzji). W przedmiotowej decyzji na Przystępującego został również nałożony obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 ustawy

Pt, polegający na przygotowaniu i przedstawieniu w terminie 3 (trzech) miesięcy od dnia doręczenia decyzji projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, jaka ma być stosowana przez EmiTel, zgodnie z zakresem wskazanym w Załączniku nr 1 do decyzji (punkt IV.6 sentencji Decyzji).

Należy podkreślić, że ww. decyzja została wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2023 r. w sprawie o sygn. akt XVII AmT 142/19, uchylona. Jak wskazywał pełnomocnik Odwołującego w trakcie rozprawy, od ww. rozstrzygnięcia została wniesiona apelacja – co jednak istotne, nie wykazał swojego twierdzenia w żaden sposób.

Dalej wskazać należy, że ustawa Pt przewiduje dwa alternatywne sposoby ustalania opłat hurtowych opartych na kosztach oraz weryfikacji ich prawidłowości. Jeden ze sposobów określony został w art. 40 ustawy Pt i dotyczy obowiązku ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty. Taki też obowiązek został nałożony na Przystępującego.

Alternatywnym obowiązkiem jaki może zostać nałożony na operatora o znaczącej pozycji rynkowej przez krajowy organ regulacyjny jest obowiązek, o którym mowa w art. 39 ustawy Pt, tj. obowiązek kalkulacji uzasadnionych kosztów dostępu telekomunikacyjnego oraz stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora.

Pojęcia jakimi operują ww. regulacje różnią się. Należy zwrócić uwagę, że w przypadku art. 40 ustawy Pt mowa jest o kosztach „ponoszonych". Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 7 maja 2014 r., sygn. akt VI ACa 1479/13 *„W art. 40 ustawy - Prawo telekomunikacyjne chodzi o koszty faktycznie ponoszone przez operatora, niezależnie od tego, czy były one uzasadnione."*

Podobnie wskazał w nowszym orzeczeniu Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 7 czerwca 2018 r., sygn. akt XVII AmT 13/15 *„W przypadku nałożenia obowiązku, o którym mowa w art. 40 Prawa telekomunikacyjnego ustawodawca nie zakładał weryfikacji zasadności ponoszonych przez operatora kosztów. Przy ustalaniu opłat operator może uwzględnić wszelkie koszty, które w świetle obowiązujących przepisów mogą być traktowane jako koszt uzyskania przychodów związanych ze świadczeniem usług dostępowych."*

Z kolei w decyzji, o której mowa w art. 39 ustawy Pt, mowa jest o kosztach uzasadnionych i stosowaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora. Jednym ze standardów, do stosowania którego może być zobowiązany operator w drodze decyzji wydawanej w oparciu o art. 39 ustawy Pt jest model kalkulacji kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego, który poniósłby efektywnie działający przedsiębiorca (§ 18 Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa w sprawie prowadzenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów usług z dnia 15 grudnia 2005 r., Dz. U. 2005 Nr 255, poz. 2140).

Na podstawie ww. porównania widać więc, że różny będzie charakter opłat za dostęp w zależności od rodzaju wydanej decyzji. W przypadku decyzji z art. 40 ustawy Pt chodzi o koszty ponoszone (pozostające w związku przyczynowo-skutkowym ze świadczeniem danej usługi) z kolei w przypadku decyzji z art. 39 ustawy Pt, możliwym jest odniesienie się np. do standardu efektywnie działającego przedsiębiorcy i kosztów uzasadnionych.

Skoro tak, nie można wykluczyć, że koszty dostępu określone w ofercie ramowej Przystępującego mogłyby zostać obniżone, choćby do poziomu kosztów uzasadnionych.

Dalej wskazać należy, co nie było sporne między stronami, że decyzja wydawana w oparciu o art. 40 ustawy Pt ma zastosowanie jedynie do rynku w zakresie dostępu telekomunikacyjnego (rynku hurtowego). Natomiast usługi będące przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia świadczone są na rynku detalicznym.

Stronę popytową na szczeblu detalicznym tworzą nadawcy radiowi. Stronę popytową na szczeblu hurtowym stanowią operatorzy sieci transmisyjnej (tak: Prezes UKE w Decyzji DHRT.SMP.6040.2.2017.177 str. 11, 21). Ze względu na powyższe, tym bardziej nie można wykluczyć, że na rynku detalicznym Przystępujący będzie mógł zastosować korzystniejsze warunki świadczenia usług niż te wynikające z obowiązującej go oferty ramowej, która to oferta nie ma jednak przełożenia na rynek detaliczny. Przystępujący nie jest więc zobowiązany do określania warunków świadczenia usług na rynku detalicznym w oparciu o treść oferty ramowej, która obowiązuje jedynie w zakresie ustalenia opłat dostępowych na rynku hurtowym.

Powyższe ustalenia obalają tezę Odwołującego przywołaną w pierwszej części przedmiotowego uzasadnienia. Zdaniem Izby Przystępujący uprawniony był w niniejszym postępowaniu zaoferować warunki świadczenia usług korzystniejsze niż wynikające z obowiązującej go oferty ramowej, która odnosi się jedynie do rynku hurtowego.

Powyższe świadczy o tym, że sam fakt zaoferowania przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu cen niższych niż wynikające z obowiązującej go oferty ramowej, nie przesądza samoistnie o rażąco niskim charakterze ceny jego

oferty.

Odnosząc się do pozostałych argumentów Odwołującego, Izba pragnie wskazać, że:

- główny dowód, na który powołuje się Odwołujący, tj. kalkulacja stanowiąca załącznik nr 5 do odwołania, przy uwzględnieniu wcześniejszej argumentacji, nie może przesądzać o rażąco niskim charakterze ceny oferty Przystępującego, gdyż opiera się na wysokości opłat za dostęp telekomunikacyjny ustalonych według oferty ramowej Emitel. Według opinii Izby, zwłaszcza na rynku detalicznym, istnieje możliwość obniżenia kosztów wskazanych w ww. ofercie, a zatem kalkulacja na niej oparta nie może mieć przesądzającego charakteru;

- wyjaśnienia Emitel dotyczące zadania nr 12, zdaniem Izby, obalają ciążące na Przystępującym domniemanie rażąco niskiej ceny jego oferty. Z uwagi na to, że znaczna część wyjaśnień objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba odniesie się do nich jedynie w sposób ogólny. Zdaniem Izby, przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami były na tyle wyczerpujące, że zamawiający miał prawo stwierdzić wypełnienie przez Przystępującego obowiązku wykazania, że zaoferowana prze niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Izba po analizie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego oraz dowodów do nich załączonych, a także uwzględniając stanowiska i dowody przedstawione w toku postępowania odwoławczego stwierdziła, że stopień szczegółowości wyjaśnień złożonych przez Przystępującego oraz poparcie poszczególnych elementów wyjaśnień dowodami nie pozwalają na stwierdzenie, że wyjaśnienia Przystępującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w stopniu pozwalającym na odrzucenie oferty.

Odnosząc się z kolei do szczegółowych argumentów Odwołującego dotyczących poszczególnych stacji nadawczych, Izba pragnie zauważy, że:

- w odniesieniu do stacji nadawczej Wysoka/Góra Św. Anny, nie można uznać by Przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenie w zakresie zmiany parametrów emisyjnych. Jak wynika z oferty ramowej Przystępującego (pozycja 844 Informacji Ogólnych dla oferty nr DHRT.WORK.6082.2.2018.373) dla ww. obiektu wysokość zawieszenia anten wynosi 76,8m, a więc zgodna jest z ofertą złożoną przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Nie ma więc miejsca zmiana parametrów emisyjnych w porównaniu do tych, które już świadczone są na rzecz Zamawiającego. Izba zgadza się w tym zakresie z argumentacją prezentowaną przez Przystępującego, że z punktu widzenia wymagań Zamawiającego, znaczenie ma jedynie fakt zawieszenia anteny na określonej wysokości. W chwili obecnej usługa świadczona jest z wysokości 77m, a więc zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Brak pozwolenia radiowego nie ma znaczenia w tym zakresie.

- w odniesieniu do stacji nadawczej Opole/Chrzelice Izba przyjmuje za swoją argumentację wskazaną w piśmie procesowym Przystępującego. Nie można zabronić Przystępującemu wykonywania prac modernizacyjnych z wykorzystaniem infrastruktury, która nie będzie już używana na innych stacjach nadawczych. Tego typu działanie wydatnie obniża koszty związane z pracami modernizacyjnymi, gdyż wykorzystane zostają elementy infrastruktury będące w posiadaniu Przystępującego. Przystępujący wykazał przedłożonymi dowodami podnoszone twierdzenia, a Izba nie znalazła argumentów by je kwestionować. Przede wszystkim zaś dowodów takich nie dostarczył Odwołujący – nie wskazując przede wszystkim, że prace modernizacyjne na jakie wskazywał, generowałyby koszty na określonym poziomie, wyższym niż założył Przystępujący. Samo twierdzenie o konieczności wymiany wszystkich anten i zastąpieniu ich nowymi, dodatkowo w większej liczbie, nie stanowi wykazania, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco zaniżona. Dodatkowo również dowody wskazywane przez Zamawiającego uwiarygadniają twierdzenia o ograniczonym zakresie prac modernizacyjnych.

Izba nie zgadza się również z argumentami Odwołującego, że Przystępujący miał obowiązek skalkulowania w cenie usługi oferowanej w niniejszym postępowaniu, kosztów związanych z przygotowaniem elementów infrastruktury, które zostały poniesione 2022 r.

W zakresie twierdzeń Odwołującego odnoszących się do niewiarygodnych oświadczeń dotyczących wykorzystania nadajników z innych lokalizacji, zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał w jaki sposób podnoszone przez niego twierdzenia mają się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego. Wykorzystywanie do świadczenia usług urządzeń, które funkcjonują już na innych obiektach nadawczych, mogą zostać przeniesione, a tym samym generują oszczędności, nie stanowi czegoś niewiarygodnego. W powyższym zakresie Izba nie znalazła podstaw by twierdzenia Odwołującego mogły zostać uznane za uzasadniające zarzut rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego lub też wadliwości złożonych przez niego wyjaśnień.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Izba pragnie wskazać, że Odwołujący opiera przedmiotowy zarzut w zasadzie na tych samych okolicznościach i dowodach, co zarzut rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, że przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz

jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Oczywiście nie jest jednak tak, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy ustawy PZP, w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5.

Co jednak ponownie należy podkreślić, dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na ww. podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Z ugruntowanego już orzecznictwa oraz poglądów doktryny wynika, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP może okazać się skuteczny w razie wykazania przez odwołującego niezgodności oferty jego konkurenta z warunkami zamówienia, która to niezgodność ma charakter jednoznaczny. Oznacza to, że owa niezgodność zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest przy tym, że niezgodność ta musi być oczywista i niewątpliwa.

Nie można jednak uznać, że o niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia przesądza tylko i wyłącznie zaoferowanie za realizację przedmiotu zamówienia stawki rażąco niskiej. Powyższe stanowi ewentualną podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, a nie w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Dla skutecznego postawienia zarzutu niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, Odwołujący musiałby wykazać, że przyjęte przez jego konkurenta założenia albo dane do kalkulacji ceny potwierdzają, że w istocie zaoferowane przez niego świadczenie na rzecz Zamawiającego nie jest tym, którego Zamawiający oczekiwał. Odwołujący powinien przy tym móc jednoznacznie wskazać w jakim zakresie oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nie wywodzić ten fakt jedynie z racji rażąco niskiej stawki za realizację określonych prac.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał by oferta Przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia. Co więcej, zdaniem Izby Odwołujący de facto traktował przedmiotowy zarzut jako wynikowy wobec zarzutu rażąco niskiej ceny i okoliczności, które zdaniem Odwołującego, uzasadniały tenże zarzut. Skoro zarzut podstawowy okazał się niezasadny, tym bardziej za taki należy uznać zarzut wynikowy.

Wobec powyższego zarzut ten należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 1 pkt 2 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).

Przewodniczący: ……