

Sygn. akt KIO/UZP 1919/09

WYROK
z dnia 4 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2010 r. odwołania wniesionego przez **Polskie Sieci Nadawcze Spółka z o.o., ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Radio S.A., Al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa** protestu z dnia 3 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Polskie Sieci Nadawcze Spółka z o.o., ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Polskie Sieci Nadawcze Spółka z o.o., ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx

- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polskiej Sieci Nadawcze Spółka z o.o., ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „świadczenie usług emisji programów Polskiego Radia w zakresie UKF.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2009 r., pod nr 2009/S 133-194846.

W dniu 3 grudnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności odrzucenia ofert Odwołującego się w zadaniach nr: 1, 2, 3, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 15, 17, 19, 26, 28, 29, 31, 32, 34, 35, 36, 38, 39, 45, 46, 47, 54, 56, 57, 59, 61, 65, 66, 71, 73, 74, 81, 82, 85, 87, 89 i wyboru ofert TP EmiTel Sp. z o.o. jako najkorzystniejszych w zadaniach nr: 1, 2, 8, 10, 12, 15, 19, 26, 29, 34, 39, 46, 54, 57, 74, 87 oraz zaniechania odrzucenia tych ofert i zaniechania ustalenia, czy oferty te zawierają rażąco niską cenę, wyboru oferty RDF 2 Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zadaniach nr: 7, 10, 16, 23, 51, 63 i 77 i zaniechanie odrzucenia tych ofert. Powyższe, zdaniem Odwołującego się, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) i podstawę do unieważnienia czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia postępowania, odrzucenia ofert Odwołującego się oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący się podniósł, iż brak podstaw do odrzucenia jego ofert, z tej przyczyny, że ich treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz że nie dysponuje potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia. Odwołujący się wyjaśnia, iż oferty Odwołującego się dotyczą obiektów, których właścicielem jest TP Emitel Sp. z o.o. (dalej TP EmiTel). Ze względów technicznych, ekonomicznych, środowiskowych nie jest możliwe uzyskanie efektu propagacyjnego oczekiwanego przez Zamawiającego z obiektów alternatywnych. Z tego też powodu, w odniesieniu do tych zadań,

świadczenie usługi z wykorzystaniem infrastruktury TP EmiTel jest konieczne. Do wykonania zadań, na które oferty złożył Odwołujący się, niezbędne będzie udzielenie Odwołującemu się (podobnie jak każdemu innemu operatorowi alternatywnemu) przez TP Emitel dostępu telekomunikacyjnego, o czym Zamawiający wiedział (pierwotna wersja punktu 3 Załącznika nr 1 do SIWZ). Ponadto, Odwołujący się zwraca uwagę, iż Zamawiający nie uwzględnił również uwarunkowań wynikających z obowiązującej Oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej („UKE”) decyzją z dnia 28.11.2007 r. DRTN-WOR-6062-3/07 (73) („Oferta ramowa”) i faktycznych możliwości wykonawców biorących udział w postępowaniu (poza TP EmiTel), których oferty opierają się na tej Ofercie ramowej. Dalej Odwołujący się wyjaśnia, że niniejsze postępowanie dotyczy 90 obiektów nadawczych, spośród których 76 dysponuje operator zastany TP EmiTel. Jest on podmiotem zajmującym pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczenia treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym. Z tego powodu, jest on obowiązany do zapewniania innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostępu telekomunikacyjnego zgodnie z Ofertą ramową oraz decyzją Prezesa UKE z dnia z dnia 9.10.2008 r. DRTN-WOR-6062-3/07(121), które określają tryb i warunki zapewnienia tego dostępu. Jak wynika z definicji Wolnego Zasobu z pkt. 1 Załącznika 1 do powołanej decyzji DRTN-WOR-6062-3/07 (73), aby uzyskać dostęp do infrastruktury, która nie jest dostępna w chwili składania i rozpatrywania takiego wniosku (co zachodzi w odniesieniu do 76 spośród 90 obiektów nadawczych operatora zastanego określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ), konieczne jest dostarczenie TP Emitel oświadczenia podmiotu (czyli Zamawiającego), na rzecz którego wykonywana jest usługa z wykorzystaniem tej infrastruktury, o woli zmiany operatora. Uzyskanie takiego oświadczenia od Zamawiającego jest zaś możliwe tylko po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z powołanych decyzji Prezesa UKE wynika, że żaden operator alternatywny nie mógł uzyskać dostępu telekomunikacyjnego przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu, a z powodu braku tego dostępu, Zamawiający odrzucił oferty Odwołującego się, stworzone na podstawie Oferty ramowej. Stan taki uprzywilejowuje zastanego operatora oraz nie zapewnia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W toku postępowania Odwołujący się wyjaśnił i potwierdził w punkcie 5 formularza każdej z ofert na wykonanie 39 zadań, co do których niezbędne byłoby uzyskanie dostępu telekomunikacyjnego u operatora zasiedziałego, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany w terminach określonych w Załączniku nr 2 do SIWZ z zastrzeżeniem pkt 7 Formularza każdej z ofert. W punkcie 6 formularza każdej z ofert Odwołujący się potwierdził, że z przypadku wyboru jego ofert zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach określonych w Załączniku nr 5 do SIWZ. Zawarte w punkcie 7 formularza oferty oświadczenie, że Odwołujący się nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne niewykonanie

przez TP EmiTel obowiązku udzielenia dostępu telekomunikacyjnego nie jest niezgodne z Załącznikiem nr 7 do SIWZ („Istotne postanowienia Umowy) ani SIWZ, ponieważ Załącznik nr 7 i sam SIWZ nie regulują wykorzystania infrastruktury podmiotu trzeciego. Odwołujący się podnosi, że zawarte w punkcie 7 formularza oferty oświadczenie nie zwalnia go z odpowiedzialności z tytułu wykonania umowy i odpowiedzialność ta nie została w żadnym momencie wyłączona. Odwołujący się nie wprowadził żadnych zastrzeżeń do Załącznika nr 5 do SIWZ i jest gotów na jej zawarcie.

Odwołujący się podnosi również, że w pierwszej połowie 2009 r. rozgłośnie regionalne Polskiego Radia przeprowadziły podobne postępowania o zamówienia publiczne. W żadnym z przedmiotowych postępowań nie doszło do odrzucenia oferty zawierającej identyczny punkt 7 Formularza oferty.

Złożone przez Odwołującego się oświadczenie w punkcie 7 formularza oferty było konieczne, ponieważ w dniu składania ofert Odwołujący się nie posiadał i nie mógł posiadać dostępu do obiektów. Dopiero zakończenie postępowania przetargowego i wybór ofert Odwołującego się, pozwoli Odwołującemu się złożyć wnioski o uzyskanie dostępu. Procedura związana z uzyskaniem dostępu trwa od 1 do 3 miesięcy, a Odwołujący się nie zna terminu ostatecznego zakończenia postępowania przetargowego. Z tych powodów Odwołujący się nie mógł w swojej ofercie przyjąć odpowiedzialności za działania podmiotu trzeciego, który jednocześnie jest konkurentem Wykonawcy w tym samym postępowaniu. Punkt 7 Formularzy ofert jest jedynie potwierdzeniem obiektywnych, faktycznie przewidzianych w SIWZ okoliczności, które dotyczą wykorzystania w trybie określonym powołanymi decyzjami administracyjnymi, infrastruktury podmiotu trzeciego do świadczenia usług objętych postępowaniem i wynikają z wymogów tego trybu.

Zdaniem Odwołującego się, bezzasadna jest również argumentacja Zamawiającego o tym, że Odwołujący się nie mając dostępu telekomunikacyjnego do obiektów TP EmiTel nie dysponuje samodzielnie potencjałem technicznym lub zobowiązaniem TP EmiTel do udostępnienia niezbędnej do wykonania zamówienia infrastruktury technicznej. Odwołujący się dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nie ma jedynie dostępu do obiektów TP EmiTel. i nie jest prawnie możliwe uzyskanie takiego dostępu przed wyborem oferty Odwołującego się. Nie było więc możliwe złożenie zobowiązania TP EmiTel w tym zakresie.

W opinii Odwołującego się, Zamawiający w ogóle nie dokonał rozstrzygnięcia niniejszego postępowania w odniesieniu do zadania nr 13. Zamawiający najpierw zawiadomił Odwołującego się o wyborze najkorzystniejszych ofert, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i unieważnieniu postępowania w odniesieniu do zadania nr 13, a następnie zamieścił na swojej stronie internetowej „Sprostowanie Informacja na podstawie

art. 92 ust. 2 ustawy PZP". W treści tego sprostowania brak informacji o rozstrzygnięciu niniejszego postępowania w odniesieniu do zadania nr 13.

Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający był zobowiązany odrzucić wskazane oferty TP EmiTel, ponieważ zawierają one rażąco niskie ceny, na co wskazuje m.in. fakt, iż w odniesieniu do zadań wyszczególnionych w Załączniku 2 do niniejszego protestu cena zaoferowana przez TP Emitel za usługę emisji programów jest na poziomie lub wręcz poniżej poziomu ceny za dostęp telekomunikacyjny do elementów infrastruktury niezbędnych w celu świadczenia przedmiotowej usługi, powiększonej o oszacowaną, z dołożeniem niezbędnej staranności, cenę za energię elektryczną niezbędną do pracy urządzeń związanych ze świadczeniem tej usługi. Na powyższą okoliczność Odwołujący się zwrócił już uwagę w piśmie z dnia 25 września 2009 r., jednakże nie otrzymał odpowiedzi.

Ponadto, Odwołujący się zwrócił uwagę, że zgodnie z Ofertą ramową TP EmiTel zobowiązany został w szczególności do równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, a także oferowania usług oraz udostępniania informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa. Zakładając, że TP EmiTel wypełnia obowiązki nałożone w Ofercie ramowej i przyjął do kalkulacji własnej oferty koszt wykorzystania niezbędnych elementów infrastruktury na poziomie wynikającym z Oferty ramowej, ewidentnym jest, że dokonał rażącego zaniżenia ceny za emisję programów poprzez nieuwzględnienie w ogóle albo uwzględnienie w niewystarczającym zakresie kosztu wykorzystania sprzętu niezbędnego do świadczenia usługi emisji programów, obsługi i utrzymania urządzeń oraz pozostałych kosztów bezpośrednich i proporcji kosztów pośrednich.

Odwołujący się podniósł również zarzut wyboru oferty RDF 2 Sp. z o.o. (dalej RDF) w odniesieniu do zadań o numerach: 7,10,16,23,51,63 i 77 oraz zaniechania odrzucenia tych ofert, pomimo że zawierały istotne uchybienia zarówno formalne (oferta nie została zbindowana lub w inny sposób scalona, czego wymaga pkt 14.9 SIWZ, a strony oferty nie zostały ponumerowane, czego wymaga pkt 14.7 SIWZ, RDF złożyła trzy oddzielne formularze oferty, czyli trzy oferty, z których każda powinna mieć dołączone dokumenty, zgodnie z wymogiem zawartym w pkt 9.1 i 9.2. SIWZ. Tymczasem trzem ofertom tego wykonawcy towarzyszy tylko jeden komplet wymaganych dokumentów, co oznacza, że dwie ze złożonych ofert są pozbawione wymaganych dokumentów), jak i merytoryczne. Druga kategoria uchybień polega na braku danych liczbowych dla zasięgów i pokryć z obiektów alternatywnych, czego jednoznacznie wymagał pkt 9.2.3 SIWZ. Tymczasem mapy załączone przez RDF nie zawierają ani liczby km² objętych zasięgiem ani liczby ludności. Nie jest więc jasne skąd pochodzą (ręcznie dopisane) procentowe zasięgi. Nie wiadomo także, czy odnoszą się one do zasięgów ludnościowych, czy też powierzchniowych.

W dniu 16 grudnia 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że protest odrzucił w zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru oferty RDF jako oferty najkorzystniejszej oraz ponownego badania i oceny ofert w zadaniach o numerach 16, 21, 33, 51, 63, 76 i 77, w pozostałym zakresie protest oddalił.

Zamawiający przede wszystkim wskazuje na niezasadność argumentów dotyczących celowego i świadomego sformułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób preferujący tylko jednego wykonawcę, tj. TP EmiTel.

Zamawiający zwraca również uwagę na fakt, iż okoliczności uzasadniające bezpodstawność odrzucenia ofert Odwołującego się, a dotyczące naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy określaniu warunków udziału w postępowaniu i wymogów, jakim muszą sprostać wykonawcy i oferowane przez nich usługi, były już przedmiotem rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Odwołującego się wobec treści SIWZ, które stało się ostateczne z chwilą uprawomocnienia się postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej o umorzeniu postępowania odwoławczego (postanowienie KIO z dnia 1 października 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1192/09). Tym samym jako takie nie mogą już być przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia i nie mogą być brane pod uwagę jako uzasadnienie zarzutu ww. odrzucenia ofert Odwołującego się. Zamawiający zwraca uwagę, iż korzystając ze środków ochrony prawnej, wykonawcy nie mogą zapominać o ogólnych zasadach rządzących w prawie cywilnym, w szczególności o zasadzie *res iudicata*, w świetle której w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego te same okoliczności faktyczne i prawne mogą być tylko raz przedmiotem protestu i odwołania wniesionego przez ten sam podmiot. Niemniej jednak Zamawiający podkreśla, iż określenie wymogów realizacji przedmiotu zamówienia z zachowaniem ustawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży.

Odnosząc się do argumentów przytoczonych przez Odwołującego się na poparcie twierdzenia, dotyczącego zgodności oświadczeń złożonych przez Odwołującego się w ofercie z treścią SIWZ, Zamawiający wskazuje, iż z jednej strony Odwołujący się zobowiązuje się ponieść wszelką odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, jednocześnie z drugiej ją ogranicza, poprzez wyłączenie odpowiedzialności w przypadku nie uzyskania dostępu telekomunikacyjnego, a tym samym przenosi ryzyko związane z prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą na Zamawiającego. W opinii Zamawiającego, bezspornym pozostaje fakt, iż treść oświadczenia wyłączającego odpowiedzialność Odwołującego się w przypadku nie uzyskania przez niego dostępu telekomunikacyjnego w terminie rozpoczęcia świadczenia usługi pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ, albowiem żadne postanowienie Istotnych postanowień umowy

nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie przedmiotu zamówienia w przypadku nie uzyskania dostępu do infrastruktury TP EmiTel.

Ponadto z treści przedmiotowego oświadczenia wynika, że Odwołujący się nie dysponuje potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia, co pozostaje w sprzeczności ze złożonym przez niego oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Co więcej, wykładnia oświadczenia woli Wykonawcy, jakim jest jego oferta, dokonana na podstawie art. 65 § k.c. prowadzi do wniosku, iż oferta Wykonawcy w niniejszym postępowaniu została złożona z zastrzeżeniem warunku w rozumieniu art. 89 k.c., co w ocenie Zamawiającego, pozostaje w sprzeczności z istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uwagę zwraca fakt, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, mogą brać udział wyłącznie wykonawcy, którzy już w chwili składania ofert dysponują potencjałem technicznym, umożliwiającym wykonanie zamówienia, ewentualnie tacy, którzy przedstawią zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego niezbędnego do wykonania zamówienia. Tymczasem z treści uzasadnienia wynika wyraźnie, że Odwołujący się nie dysponuje samodzielnie potencjałem technicznym i nie posiada zobowiązania TP EmiTel do udostępnienia infrastruktury niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreśla również, iż Odwołujący się miał wystarczającą ilość czasu, aby powziąć niezbędne czynności do uzyskania dostępu telekomunikacyjnego, a przynajmniej by mieć pewność, iż w przypadku wyboru jego oferty ten dostęp uzyska, albowiem ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 lipca 2009 r., termin składania ofert upływał zaś w dniu 22 września 2009 r., tj. 69 dni, licząc od dnia ukazania się ogłoszenia. W dniu 26 listopada 2009 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. po upływie 63 dni od dnia otwarcia ofert. W opinii Zamawiającego, uwzględniającej wcześniejsze informacje Odwołującego się, dotyczące okresu trwania procedury związanej z uzyskaniem dostępu telekomunikacyjnego (2-3 miesiące), Odwołujący się miał ok. 132 dni, tj. ponad 4 miesiące na uzyskanie dostępu telekomunikacyjnego.

Za chybiony i w pełni bezzasadny należy uznać także zarzut braku rozstrzygnięcia postępowania w zadaniu nr 13. Jak wynika z przepisów art. 92 oraz art. 93 ustawy Pzp jedynym obowiązkiem ciążącym na Zamawiającym było zawiadomienie Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, o unieważnieniu postępowania w zadaniu nr 13, któremu to obowiązkowi Zamawiający uczynił zadość w piśmie z dnia 26 listopada 2009 r. Natomiast Zamawiający nie miał obowiązku zamieszczania przedmiotowej informacji w tzw. informacji z art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem informacji o unieważnieniu postępowania nie obejmuje swoim zakresem norma powołanego przepisu.

Ustosunkowując się do zarzutu zaniechania odrzucenia wykonawcy RDF Zamawiający podnosi brak interesu prawnego po stronie Odwołującego się w oprotestowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez RDF w odniesieniu do zadań, w których Odwołujący się nie złożył w ogóle oferty i nie udowodnił, iż Zamawiający naruszył lub mógł naruszyć interes prawny Odwołującego się poprzez wybór oferty RDF, w szczególności nie wykazał związku przyczynowego między naruszeniem a doznaniem uszczerbku przez Odwołującego się.

Odnosząc się do zarzutu wyboru oferty RDF w zadaniach o numerach: 7, 10, 23 Zamawiający wyjaśnia, iż wezwał Wykonawcę do uzupełnienia stosownych dokumentów oraz do złożenia stosownych wyjaśnień. Z uwagi na fakt, iż uzupełnione dokumenty spełniały wymogi określone w SIWZ i zostały złożone zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a złożone wyjaśnienia *de facto* nie prowadziły do zmiany treści oferty, nie zaistniały ani przesłanki wykluczenia Wykonawcy, ani też przesłanki odrzucenia oferty jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ.

Nadto, w opinii Zamawiającego, w obecnym stanie prawnym wskazane przez Odwołującego się uchybienia co do formy złożonej oferty nie stanowią już podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co *expressis verbis* wynika z przepisu niniejszego artykułu.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, iż żaden z przepisów ustawy Pzp nie obliguje Zamawiającego do informowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o czynnościach podejmowanych w stosunku do konkretnego wykonawcy, polegających na wszczęciu w stosunku do niego postępowań wyjaśniających, prowadzonych w trakcie badania i oceny ofert.

W opinii Zamawiającego, chybionym jest również argument Odwołującego się, iż art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obliguje każdorazowo Zamawiającego do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie, o którym mowa w ww. artykule. Z powołanego przepisu wynika, iż zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny tylko w sytuacji, gdy w toku badania oferty powźmie wątpliwość co do tej wysokości. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku wzywania do złożenia przedmiotowych wyjaśnień, gdy wysokość ceny nie budzi jego wątpliwości.

Zamawiający podkreśla, iż w przedmiotowym postępowaniu dokonał wnikliwej analizy cen zaoferowanych przez TP EmiTel, również w kontekście informacji uzyskanych od Odwołującego się w piśmie z dnia 25 września 2009 r. W toku przedmiotowej analizy Zamawiający porównał oferowane ceny, nie tylko w kontekście kwot, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych zadań, ale również porównał je z cenami oferowanymi przez innych Wykonawców i z cenami obecnie świadczonych usług.

Zamawiający dokonał również porównania cen oferowanych przez innych wykonawców z kwotami, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych zadań i cenami oferowanymi przez Odwołującego się. Wyniki przeprowadzonej analizy jednoznacznie wykazały, brak podstawy do uznania cen TP EmiTel za ceny budzące wątpliwość co do ich wysokości, albowiem stanowiły one od 70% do 90% wartości usług szacowanych przez Zamawiającego. Różnica w porównaniu z cenami zaoferowanymi przez innych Wykonawców wynosiła 10%-20%, a w porównaniu z cenami obecnie świadczonych usług wynosiła 10%-15%.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż w dniu 29 grudnia 2005 r., na wniosek Związku Pracodawców Mediów Publicznych, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął przeciwko TP EmiTel postępowanie antymonopolowe w sprawie podejrzenia nadużywania przez tę Spółkę pozycji dominującej. Przedmiotowe postępowanie dotyczy działania polegającego na stosowaniu w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki konkurencji, poprzez bezzasadne różnicowanie stawek za usługi sygnału programu radiowego i telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych i telewizyjnych, na krajowym rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, za nadużycie pozycji dominującej, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. i nie zostało ono na chwilę obecną prawomocnie zakończone. W dniu 25 października 2007 r. Prezes UOKiK wydał decyzję nr DOK 95/07, w której stwierdził nadużywanie przez tę Spółkę w ww. zakresie pozycji dominującej, a w uzasadnieniu tego orzeczenia wskazał, iż ceny usług TP EmiTel stosowanych wobec nadawców publicznych były o ok. 30-35 % wyższe od cen usług oferowanych podmiotom komercyjnym. W chwili obecnej powołana decyzja jest wprawdzie nieprawomocna, ale w ocenie Zamawiającego ustalenia poczynione przez Prezesa UOKiK w tym postępowaniu nie pozostawiają żadnych wątpliwości, iż ceny zaoferowane przez tego Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu nie są cenami rażąco niskimi.

W dniu 23 grudnia 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Z tym, że w odniesieniu do oferty RDF Odwołujący się podtrzymał zarzuty w zakresie zadań: 7 i 23, zaś w odniesieniu do oferty TP EmiTel nie podtrzymał zarzutów dotyczących zadania nr 10.

Odwołujący się podnosi, iż usługi będące przedmiotem zamówienia o parametrach określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ mają być wykonane w lokalizacjach wymienionych w Załączniku nr 1 do SIWZ. Na 90 spośród tych lokalizacji, 76 to lokalizacje, którymi dysponuje operator zastany, to jest TP Emitel Sp. z o.o. Lokalizacje te są tylko miejscem, z którego mają być wykonane usługi, a nie częścią potencjału technicznego do wykonania tego zamówienia. W przeciwnym razie prowadzenie postępowania w stosunku do zasadniczej

większości lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia byłoby fikcją. Lokalizacje te to obiekty nadawcze TP Emitel, do których żaden inny Wykonawca nie ma dostępu. TP Emitel jest zobowiązany udostępnić te obiekty innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym na podstawie obowiązującego Prawa telekomunikacyjnego (w szczególności art. 34) oraz wydanych na jego podstawie decyzji administracyjnych (oferty ramowej zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej decyzją z dnia 28.11.2007 r. DRTH-WOR-6062-3/07 (73) oraz decyzji z dnia 9.10.2008 r. DRTH-WOR-6062-3/07(121)). Ze względu na określone w tych decyzjach warunki uzyskanie tego dostępu jest możliwe tylko po wyborze najkorzystniejszej oferty. Dostęp do lokalizacji posiadanych przez TP Emitel nie jest więc elementem wykonania przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu zachodzi więc zbieg przepisów obowiązującego Prawa telekomunikacyjnego z przepisami ustawy PZP. Realizacja obowiązków TP Emitel co do zapewniania dostępu telekomunikacyjnego innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym może nastąpić bowiem tylko w trybie ustawy Pzp.

Odwołujący się podkreśla ponadto, iż w proteście z dnia 3 grudnia 2009 r., dotyczącym wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu Odwołujący powołał się na zupełnie inne okoliczności, niż w proteście z dnia 28 lipca 2009 r. wobec treści Ogłoszenia i SIWZ. Odwołujący się zwraca uwagę, iż przedmiotem zarzutów w niniejszym postępowaniu jest m.in. okoliczność, iż Zamawiający nie uwzględnił uwarunkowań wynikających z powołanych decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i faktycznych możliwości wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jednakże, zarzuty Odwołującego się obecnie dotyczą jednak innej czynności Zamawiającego niż zarzuty z wcześniejszego protestu.

Zdaniem Odwołującego się, błędna jest interpretacja Zamawiającego, że Odwołujący nie dysponuje potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia. Na przedmiotowy potencjał techniczny nie składają się obiekty nadawcze TP EmiTel, jak wskazuje Zamawiający. Interpretacja pojęcia „potencjał techniczny” prezentowana przez Zamawiającego oznaczałaby, że tylko jeden podmiot taki potencjał posiada i tylko ten podmiot może brać udział w postępowaniu o udzielenia zamówienia. Żaden inny podmiot w dniu składania oferty nie mógł bowiem takiego dostępu posiadać. Warunkiem złożenia wniosku o dostęp jest bowiem uzyskanie zamówienia.

Odwołujący się zwraca uwagę na działania podjęte przez jednego z wykonawców, spółkę RSTV, zmierzające do uzyskania dostępu telekomunikacyjnego w trakcie trwania niniejszej procedury przetargowej. RSTV złożył w spółce TP Emitel wniosek o dostęp telekomunikacyjny i uzyskał odmowę dostępu z następującym uzasadnieniem: „(...) Przedmioty Dostępu, o jakie Państwo wnioskowali stanowią zasób zajęty na potrzeby prowadzenia przez TP Emitel działalności telekomunikacyjnej TP Emitel na rzecz spółki Polskie Radio S.A. z siedzibą w Warszawie oraz są objęte planem wykorzystania

infrastruktury na potrzeby działalności telekomunikacyjnej TP Emitel w przypadku wyłonienia TP Emitel, jako wykonawcę usług emisji programów Polskiego Radia w zakresie UKF w postępowaniu o udzielenie Zamówienia publicznego."

Odwołujący się podnosi, iż niezrozumiała jest całkowicie odmienna interpretacja Zamawiającego, od tej dokonywanej przez rozgłośnie regionalne Zamawiającego, w przedmiocie posiadania potencjału technicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie całodobowych usług emisji programów radiowych w lokalizacjach i z parametrami technicznymi zawartymi w poszczególnych Decyzjach rezerwacji oraz warunkach określonych w SIWZ. Świadczenie usług emisji może odbywać się w oparciu o Ofertę ramową o dostępie telekomunikacyjnym zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Zamawiający dopuścił również świadczenie usług emisji z obiektów równoważnych (pkt 3 SIWZ).

W zakresie odpowiedzialności związanej z realizacją przedmiotowego zamówienia Zamawiający postanowił, iż „każda ze Stron odpowiada wobec drugiej Strony za szkody wynikłe z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań określonych w niniejszej Umowie”.

Odwołujący się składając oferty w niniejszym postępowaniu oświadczył, iż zapoznał się z Istotnymi postanowieniami umowy, które stanowią Załącznik nr 5 do SIWZ i zobowiązał się, w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy na określonych w tym załączniku warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego (pkt 6 Formularza oferty).

Jednocześnie Odwołujący się wskazał, iż zamówienie wykona z udziałem podwykonawcy, którym jest TP Emitel. Jednakże Odwołujący się nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne niewykonanie przez TP Emitel określonego w powołanych decyzjach obowiązku udzielenia Wykonawcy dostępu telekomunikacyjnego (ostatni akapit pkt 7 Formularza oferty).

W ślad za złożonym przez Odwołującego się oświadczeniem, Zamawiający wezwał Odwołującego się, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień „odnośnie wątpliwości powziętych przez Zamawiającego w toku analizy złożonych przez Państwa ofert, a dotyczących sprzeczności pomiędzy oświadczeniami złożonymi w „formularzu oferty” (załącznik nr 4 do SIWZ).” Zamawiający wskazał, iż „budzi wątpliwości w jaki sposób należy rozumieć przytoczone powyżej oświadczenia z pkt 7 „Formularzy ofert” w kontekście oświadczenia złożonego w pkt 5 przedmiotowych formularzy.”

W odpowiedzi z dnia 2 listopada 2009 r. Odwołujący się oświadczył m.in., iż „Wykonawca niniejszym zapewnia, że nie jest także zwolniony z odpowiedzialności z tytułu

wykonania umowy i odpowiedzialność ta nie została w żadnym momencie wyłączona. Wykonawca (...) nie wprowadził żadnych zastrzeżeń do projektu umowy z SIWZ i jest gotów na jej zawarcie, o ile uzyska dostęp do infrastruktury podmiotu dominującego. (...) Oświadczenie Wykonawcy zawarte w pkt 7 Formularzy ofert wynikają zatem z faktu, iż w dniu składania ofert nie posiadał on dostępu do obiektów TP Emitel. Ani Wykonawca, ani jakkolwiek inny operator alternatywny z powodów formalno-prawnych (...) dostępu takiego nie mógł posiadać. Dopiero zakończenie postępowania przetargowego i wskazanie przez Zamawiającego zwycięzcy umożliwi wnioskowanie o uzyskanie dostępu. Zważywszy, że procedura związana z uzyskaniem dostępu trwa, w zależności od postawy TP Emitel, od 1 do 3 miesięcy, a Wykonawcy nie jest znany termin zakończenia przez Zamawiającego postępowania przetargowego, Wykonawca nie może przyjmować odpowiedzialności za działania podmiotu trzeciego, który jednocześnie jest konkurentem Wykonawcy w tym postępowaniu."

W związku z powyższym Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu ofert Odwołującego się, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 26 listopada 2009 r.). Zamawiający w uzasadnieniu przedmiotowej decyzji podniósł, iż „analiza wyżej przytoczonych wyjaśnień wskazuje, że treść oświadczenia złożonego w pkt 7 Załącznika nr 4 do SIWZ („Formularz oferty”) pozostaje w sprzeczności z postanowieniami Załącznika nr 6 do SIWZ („Istotne postanowienia umowy”), albowiem żadne postanowienie Umowy nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie przedmiotu zamówienia w przypadku nie uzyskania dostępu do infrastruktury TP EmiTel. Przeciwnie w świetle przytoczonego powyżej postanowienia § 7 ust. 1 „Istotnych postanowień umowy” Wykonawca ponosi wszelką odpowiedzialność z tytułu niewykonania umowy, niezależnie od tego czy wina leży po stronie Wykonawcy, czy też spowodowane jest to działaniem podmiotu trzeciego. Ponadto z treści wyjaśnień udzielonych przez PSN Sp. z o.o. w sposób jednoznaczny wynika, iż wykonawca ten nie dysponuje potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia, co pozostaje w sprzeczności ze złożonym przez niego oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, w przypadku dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, uzależnia on zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego od uzyskania dostępu telekomunikacyjnego do obiektów TP EmiTel Sp. z o.o.: ”Wykonawca, co zostało już powiedziane powyżej nie wprowadził, żadnych zastrzeżeń do projektu umowy z SIWZ i jest gotów na jej zawarcie, o ile uzyska dostęp do infrastruktury podmiotu dominującego.” Tymczasem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 Pzp mogą brać udział wyłącznie Wykonawcy, którzy już w chwili składania ofert dysponują potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia, ewentualnie tacy, którzy przedstawią zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego niezbędnego do

wykonania zamówienia. Z treści wyjaśnień PSN Sp. z o.o. wynika, że nie dysponuje on samodzielnie potencjałem technicznym i nie posiada zobowiązania TP EmiTel do udostępnienia infrastruktury niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia.”

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Jednym z warunków koniecznych do realizacji przedmiotu zamówienia jest dysponowanie obiektami nadawczymi. Zamawiający wskazał (pkt 3 SIWZ), iż wykonanie zamówienia może nastąpić bądź w oparciu o konkretne obiekty nadawcze, określając ich parametry techniczne (Załącznik nr 1 do SIWZ), bądź też przy użyciu obiektów równoważnych.

Odwołujący zdecydował się wykonać zamówienie z wykorzystaniem obiektów należących do TP Emitel i z tych względów wskazał ten podmiot jako podwykonawcę w realizacji zamówienia.

Sposób i tryb uzyskania dostępu do obiektów znajdujących się w posiadaniu TP EmiTel został uregulowany w Ofercie ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w celu świadczenia usług transmisji radiofonicznych lub telewizyjnych, stanowiącej Załącznik nr 1 do decyzji nr DRTN-WOR-6062-3/07 (73) Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 28 listopada 2007 r. Z powołanego dokumentu wynika, iż zawarcie umowy poprzedza złożenie wniosku o dostęp, który podlega weryfikacji z punktu widzenia formalnego i merytorycznego. Nieudzielenie odpowiedzi na wniosek w terminie 14 dni roboczych oznacza pozytywne rozpatrzenie wniosku (rozdział 2 pkt 2.3. ppkt 11 przedmiotowej Oferty).

Przedmiotem wniosku o dostęp jest infrastruktura TP EmiTel. W sytuacji, w której wniosek dotyczy tzw. wolnego zasobu oraz zostaną spełnione pozostałe wymagania wynikające z powoływanej Oferty, TP EmiTel zobowiązany jest do zawarcia umowy o dostęp. Jednocześnie „wolny zasób” zdefiniowano w ramach przedmiotowej Oferty jako przedmiot dostępu, który nie jest m.in. dostępny w momencie składania i rozpatrywania wniosku o dostęp, ale podmiot na rzecz którego wykonywana jest usługa z wykorzystaniem danego zasobu złoży oświadczenie woli na piśmie wyrażające wolę zmiany operatora.

Odwołujący się składając ofertę, nie zabezpieczył sobie w istocie możliwości wykonania zamówienia, nie złożył bowiem nawet wniosku o dostęp. Zadeklarował też udział podwykonawcy, co do którego nie ma pewności. Konsekwencją powyższego było złożenie, kwestionowanego przez Zamawiającego, oświadczenia w pkt 7 Formularza oferty. Z treści przedmiotowego oświadczenia, co potwierdzają również złożone, w dniu 2 grudnia 2009 r. wyjaśnienia („Wykonawca (...) gotów jest na jej [przyp. umowy] zawarcie, o ile uzyska dostęp do infrastruktury podmiotu dominującego”), wynika tyle, że Odwołujący się zawrze umowę, jeśli uzyska dostęp do obiektów TP Emitel. Oświadczenie powyższe jest klasycznym przykładem warunku zawieszającego, a więc zastrzeżenia, które uzależnia powstanie skutków czynności od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Nie ulega wątpliwości, iż

Odwołujący się nie posiada żadnej gwarancji, że uzyska taki dostęp. Co więcej wskazuje, że powyższe spotyka się najczęściej z odmową.

Ze spornego oświadczenia Odwołującego się wynika jeszcze jedna okoliczność. Taka mianowicie, iż wszelkie negatywne skutki, które są z tym zastrzeżeniem związane i które mogą wyniknąć dla Zamawiającego nie obciążają Odwołującego się.

W opinii Izby, przedmiotowe oświadczenie jest niedopuszczalne nie tylko w świetle postanowień SIWZ, ale w szczególności postanowień ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż trafnie Zamawiający wskazał, że Odwołujący się nie dysponuje w istocie potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia. Za wewnątrznie sprzeczne należy uznać stanowisko Odwołującego się, zawarte w proteście, iż „protestujący dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nie ma jedynie dostępu do obiektów TP EmiTel Sp. z o.o. i nie jest prawnie możliwe uzyskanie takiego dostępu przed wyborem oferty Protestującego. Nie było więc możliwe złożenie zobowiązania TP EmiTel Sp. z o.o. w tym zakresie.” Otóż, nie budzi wątpliwości, iż dla realizacji usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia, niezbędne jest korzystanie z obiektów nadawczych. W istocie więc obiekty nadawcze wchodzi w skład potencjału technicznego, koniecznego do wykonania zamówienia. Jeśli obiekty te nie znajdują się w posiadaniu potencjalnych wykonawców, zachodzi konieczność pozyskania do nich dostępu. W sytuacji, w której Odwołujący się zamierza posłużyć się obiektami należącymi do TP EmiTel jasne jest, że jego potencjał techniczny nie jest wystarczający do wykonania zamówienia i stąd też, na mocy przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezbędne jest przedstawienie pisemnego zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia potencjału technicznego. Wolą ustawodawcy bowiem jest, żeby w postępowaniu uczestniczyły jedynie te podmioty, które w chwili złożenia oferty są zdolne do wykonania zamówienia, a nie wszystkie podmioty świadczące usługi z danego segmentu, które złożyły ofertę.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego się, że nie miał możliwości uzyskania przedmiotowego zobowiązania, a kolizja przepisów, na którą wskazuje Odwołujący się w istocie nie występuje. Oczywistym jest, że sytuacja, w której dla realizacji zamówienia niezbędne jest skorzystanie z potencjału jednego podmiotu jest niekomfortowa i może prowadzić do pewnych nadużyć ze strony tego podmiotu. Jednakże ocena tej płaszczyzny nie należy do kognicji Izby. Sam Odwołujący się zresztą wskazuje, iż w świetle art. 34 Prawa telekomunikacyjnego i właściwych decyzji, TP Emitel taki dostęp jest zobowiązany zapewnić. Jeśli zaś tego nie czyni, uchylając się od nałożonych na niego obowiązków, Odwołujący się ma możliwość podjęcia odpowiednich kroków zmierzających do zapewnienia ochrony jego interesów, jednakże nie w trybie środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie Pzp.

W tym miejscu należy jednak wskazać, iż Odwołujący się nie skorzystał z mechanizmów i rozwiązań, które daje mu powoływana oferta ramowa. Zwrócić należy

uwagę, iż Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej dostrzegł problem, na który wskazuje Odwołujący się, wprowadzając zmiany projektu Oferty ramowej, sporządzonej przez TP EmiTel, rozszerzając definicję wolnego zasobu. Zwrócił bowiem uwagę, iż „zamieszczona pierwotnie definicja wolnego zasobu nie obejmowała takich zasobów TPE, które wykorzystywane są obecnie w celu świadczenia usług transmisji RTV na rzecz nadawców i które ewentualnie mogłyby zostać zwolnione w przypadku rezygnacji przez nadawców z usług TPE na rzecz potencjalnych konkurentów. Chcąc zapewnić nadawcom ciągłość świadczenia usługi na rzecz użytkowników końcowych w przypadku zmiany operatora sieci transmisyjnej, Prezes UKE wprowadził do definicji podpunkt d, stanowiący iż „Wolny zasób to przedmiot Dostępu, który nie jest (...) dostępny w momencie składania i rozpatrywania wniosku o Dostęp, ale podmiot na rzecz którego wykonywana jest usługa z wykorzystaniem danego zasobu złoży oświadczenie woli na piśmie wyrażające wolę zmiany operatora.” (str. 9 powoływanej decyzji). Biorąc powyższe pod uwagę, jak i również samą treść przedmiotowej Oferty stwierdzić należy, iż Odwołujący się błędnie zinterpretował postanowienia Oferty, z której wbrew twierdzeniom Odwołującego się, nie wynika, iż złożenie wniosku o dostęp, jak i uzyskanie oświadczenia Zamawiającego o woli zmiany operatora jest możliwe dopiero po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe twierdzenie nie znajduje oparcia nie tylko we wskazanych dokumentach, ale również w stanowisku Zamawiającego zaprezentowanym na rozprawie, z którego wynika, iż nie ma przeszkód dla złożenia przedmiotowego oświadczenia i w formie pisemnej były one wydawane wykonawcom. Potwierdzenie powyższego znajduje się również w materiale dowodowym przedstawionym przez Zamawiającego. Zamawiający przedłożył bowiem oświadczenie wydane na rzecz INFO-TV-FM Sp. z o.o. w omawianym przedmiocie. Ponadto, w wyjaśnieniach z dnia 11 sierpnia 2009 r., dotyczących treści SIWZ, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 wyraził zgodę na wydawanie oświadczeń o zamiarze powierzenia świadczenia usług emisji z obiektu nadawczego objętego Ofertą ramową, innemu niż TP EmiTel Operatorowi. Odwołujący się z tej możliwości nie skorzystał. Podobnie, jak wykonawca RSTV. Nie może zatem dziwić postępowanie TP EmiTel względem RSTV w okolicznościach podanych przez Odwołującego się. Wadliwa interpretacja postanowień Oferty ramowej obciąża bowiem jedynie podmiot, który jej dokonuje.

Zwrócić należy również uwagę, że kwestionowane oświadczenie Odwołującego się może być oceniane także z punktu widzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zarówno w świetle SIWZ, jak i Załącznika nr 5 nie jest dopuszczalne zawarcie umowy pod warunkiem. Z treści Istotnych postanowień umowy jasno wynika, iż zawarcie umowy nie następuje w wyniku ziszczenia się wskazanego warunku zawieszającego, ale w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe jest konsekwencją regulacji ustawowych, a szczególności art. 91 ust. 1 w zw. z art. 94 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. Zatem,

przedmiotowe oświadczenie pozostaje w sprzeczności ze wskazanymi postanowieniami. Wykonawcy bowiem nie mają możliwości uzależnienia faktu zawarcia umowy od jakiegokolwiek warunku. Mają jedynie możliwość uchylenia się od zawarcia umowy, jednakże z wszystkimi konsekwencjami takiego oświadczenia, jak chociażby utrata wadium (art. 46 ust. 5 lit. a ustawy Pzp).

Z pewnością więc nie zasługują na ochronę takie działania wykonawców, którzy w istocie nie zabezpieczają sobie możliwości realizacji zamówienia w chwili składania ofert, chcąc przerzucić na Zamawiającego negatywne skutki takiej sytuacji. Nie jest bowiem prawdą, że Zamawiający niczym nie ryzykuje. Zauważyć bowiem należy, iż Zamawiający w czasie, w którym Odwołujący się jest związany ofertą, zobowiązany byłby oczekiwać na ziszczenie się tego warunku, a więc w istocie nie mógłby podpisać umowy w terminie, o którym mowa w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp. W tej sytuacji rację należy przyznać Zamawiającemu, iż Odwołujący się faktycznie zobowiązał się do zawarcia umowy pod warunkiem, co nie jest dopuszczalne z przyczyn, o których była mowa powyżej.

Natomiast Krajowa Izba Odwoławcza nie dostrzega sprzeczności kwestionowanego oświadczenia z § 7 Istotnych postanowień umowy. Taka sprzeczność zachodziłaby w sytuacji, w której Odwołujący się, na podstawie niniejszych postanowień SIWZ, chciałby się zwolnić z odpowiedzialności za działania TP Emitel, występującego w roli podwykonawcy w realizacji przedmiotowego zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, regulacja taka znajduje uzasadnienie, a co więcej oparcie w przepisach prawa. W tym miejscu przypomnieć należy Odwołującemu się, iż dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza (art. 474 k.c.). Gdyby więc nawet uznać, iż oświadczenie nie zawiera zobowiązania do zawarcia umowy pod warunkiem, to należałoby przyjąć, że Odwołujący się chce zwolnić się z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w przedmiocie, który przypisany jest TP EmiTel. Zaś, w świetle § 7 Istotnych postanowień umowy nie jest to możliwe. Nie jest bowiem tak, jak chciałby tego Odwołujący się, że ze świadczenia usług emisji wyłączone jest zapewnienie dostępu do urządzeń nadawczych. Z pkt 3 SIWZ wyraźnie bowiem wynika, iż świadczenie usług emisji programów odbywać się będzie w oparciu o pewną bazę techniczną, którą zobowiązany zapewnić jest wykonawca, a w skład tej bazy wchodzi m.in. obiekty nadawcze.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut braku rozstrzygnięcia w zakresie zadania nr 13. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż Odwołujący się otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych (pismo z dnia 26 listopada 2009 r.). Przedmiotowa informacja spełnia zatem dyspozycję normy zawartej w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Zaś, sprostowanie informacji zamieszczone na stronie internetowej, dotyczy jedynie tych informacji, których obowiązek zamieszczenia wynika z art. 92 ust. 2

ustawy Pzp. Analiza wskazanego przepisu pozwala na stwierdzenie, że zakres informacji udzielanych wykonawcom, z tymi zamieszczanymi na stronie internetowej Zamawiającego, jest inny. Strona internetowa służy jedynie umieszczeniu informacji wymienionych w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zakres tych informacji jest zatem węższy niż ten, który uzyskuje wykonawca w ramach obowiązkowego zawiadomienia i wśród tych informacji nie znajduje się informacja dotycząca unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem, Zamawiający nie miał obowiązku w sprostowaniu informacji z art. 92 ust. 2 ustawy Pzp powtarzać informacji, którą przekazał wykonawcom, a która dotyczyła unieważnienia postępowania. Nie oznacza to jednakże, że Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia w przedmiotowym zakresie. Informacja zawarta w piśmie z dnia 26 listopada 2009 r. jest bowiem jak najbardziej aktualna.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż brak znajomości po stronie Odwołującego się obowiązków publikacyjnych Zamawiającego był jedyną podstawą do formułowania przedmiotowego zarzutu i jako taki należy uznać go za bezprzedmiotowy.

W przedmiocie zarzutu rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, iż za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, zgodnie z którym, za rażąco niską cenę uznaje się cenę nierealną, która w warunkach rynkowych, uwzględniając warunki realizacji danego zamówienia, nie daje możliwości wykonania tego zamówienia. Punktem wyjścia dla dokonania oceny w tym przedmiocie jest wynik porównania wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT z ceną oferty, jak również porównanie cen złożonych ofert. Wynikające z tych porównań rozbieżności muszą być na tyle istotne, że zachodzi podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny, a te z kolei mogą stanowić podstawę do wdrożenia procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie orzecznictwo prezentuje pogląd, iż dysproporcje występujące w cenach jednostkowych poszczególnych ofert nie stanowią podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny.

W okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący się formułując zarzut rażąco niskiej ceny, w istocie oparł się jedynie na wybranych składnikach cenotwórczych oferty, tj. ceny za dostęp telekomunikacyjny i energię. W ocenie Izby, argumentacja ta nie może spotkać się z przyjęciem z tego powodu, iż jak zostało wyżej wskazane, różnice w cenach poszczególnych składników oferty nie dają podstaw do powzięcia wątpliwości w przedmiocie realności ceny z tej przyczyny, iż na cenę jednostkową ma wpływ tak wiele czynników i tak różne to mogą być czynniki u poszczególnych wykonawców, iż nie stanowi ona obiektywnego miernika dla oceny realności ceny oferty.

Ponadto, przytoczona przez Odwołującego się argumentacja dotknięta jest błędem. Co się tyczy kosztów energii, argumentacja Odwołującego się zasadza się na odwołaniu do oferty TP EmiTel z 2005 r., sporządzonej na rzecz Odwołującego się. Tymczasem takie działanie nie znajduje uzasadnienia z tego powodu, iż powyższe ceny budzą wątpliwości nie

tylko ze względu na upływ terminu (nieaktualność), ale również z tego powodu, że w tym czasie nie obowiązywały jeszcze postanowienia powoływanych decyzji, regulujące ceny za dostęp telekomunikacyjny i tym samym działania TP EmiTel były niczym nieograniczone. Ponadto, z decyzji Prezesa UOKiK z 25 października 2007 r. wynika jedynie obowiązek stosowania jednakowych opłat dostępowych w stosunku podmiotów, które z dostępu telekomunikacyjnego korzystają, niezależnie czy należą do kręgu odbiorców publicznych, czy też komercyjnych. Zaś, jak wynika z decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 28 listopada 2007 r., opłaty za dostęp, zaproponowane w projekcie Oferty ramowej, zostały skorygowane, przy uwzględnieniu stanowiska Stowarzyszenia Ochrony Praw Konsumentów Usług Telekomunikacyjnych oraz Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji (która w tym względzie przedstawiła stanowisko PSN Sp. z o.o.), w taki sposób, żeby „Oferta stwarzała operatorom alternatywnym możliwości skonstruowania oferty detalicznej, która mogłaby konkurować z cenami, jakie TP EmiTel Sp. z o.o. stosuje wobec nadawców”. Oznacza to, iż opłaty za dostęp zostały skonstruowane w taki sposób, aby przedsiębiorca umożliwiający dostęp i będący dysponentem obiektów otrzymał wynagrodzenie, ale jednocześnie poziom tego wynagrodzenia nie będzie zaburzał, czy wręcz uniemożliwiał konkurencji pomiędzy operatorem zasiedziałym a operatorami alternatywnymi (str. 19 decyzji). Jeśli zaś Odwołujący się uważa, iż poziom tak ustalonych cen za dostęp nie umożliwia uczciwej konkurencji, posiada możliwość skorzystania z właściwych instrumentów administracyjnych.

Zarówno powyższe rozważania, jak i poczynione przez Zamawiającego ustalenia, iż ceny ofert złożonych przez TP EmiTel stanowiły od 70% do 90% wartości usług szacowanych przez Zamawiającego, a różnica w porównaniu z cenami zaoferowanymi przez innych Wykonawców wynosiła 10%-20%, a w porównaniu z cenami obecnie świadczonych usług wynosiła 10%-15%, Zamawiający nie miał podstaw przypuszczać, że zaoferowana cena stanowi cenę rażąco niską, a tym samym nie był zobowiązany do wdrożenia procedury wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z faktem, iż do złożenia wyjaśnień nie wezwano TP EmiTel, zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp należy uznać za bezprzedmiotowy. Zaś, z powodów o których była mowa wyżej, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Z przytoczonych względów należało również oddalić wnioski dowodowe Odwołującego się, gdyż wnioskowany dowód z opinii biegłego nie był niezbędnym dla rozstrzygnięcia sprawy.

W tym miejscu dodać należy jedynie, iż Zamawiający nie ma obowiązku informowania wszystkich wykonawców o wdrożeniu procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jawność postępowania gwarantuje wykonawcom dostęp do protokołu postępowania i jego

załączników, co z kolei umożliwi powzięcie przez wykonawców informacji również w tym zakresie.

W zakresie zarzutów sformułowanych wobec oferty RDF stwierdzić należy, iż faktem jest, że wskazany wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych w świetle pkt 9.2 ppkt 3 SIWZ „porównawczych map poglądowych zasięgów i pokrycia powierzchniowego (bez zakłóceń) w postaci liczbowej dla obiektu określonego przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ i obiektu równoważnego, proponowanego przez Wykonawcę, oraz zawierających wartość w jakim procencie zasięg powierzchniowy (bez zakłóceń) dla obiektu równoważnego umiejscowionego w lokalizacji równoważnej zawiera się w zasięgu powierzchniowym (bez zakłóceń) dla obiektu określonego przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ. Mapy dla porównywanych lokalizacji/obiektów muszą być sporządzone w tej samej skali dla jednakowych wartości natężeń pól lub w postaci jednej mapy uwzględniającej przedmiotowe porównanie, przez niezależną instytucję np. Instytut Łączności”.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał tego Wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakujących dokumentów (pismo z dnia 23 października 2009 r.). Zamawiający wskazał, iż „załączone do oferty mapy porównawcze obarczone są błędami i brakami (...). Brak jest wskazania zasięgu powierzchniowego w postaci liczbowej. Jednocześnie na przedmiotowych mapach ręcznie dopisano (brak autoryzacji) informacje w jakim procencie zasięg powierzchniowy (bez zakłóceń) dla obiektu równoważnego umiejscowionego w lokalizacji równoważnej zawiera się w zasięgu powierzchniowym (bez zakłóceń) dla obiektu określonego przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ. Ręczne dopisanie przedmiotowych informacji rodzi wątpliwość czy jest to informacja wynikająca z obliczeń niezależnej instytucji, jaką jest TP R&D RA, czy jest to informacja dopisana przez Wykonawcę. Dodatkowo w zadaniu 18 dla obiektu Gdynia/Oksywie oraz w zadaniu 21 dla obiektu Gorzów Wlkp./ul. Podmiejska dołączyli Państwo mapy porównawcze, z treści których nie wynika, że wykonała je niezależna instytucja (w szczególności TP R&D RA).”

W odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 2 listopada 2009 r.) RDF sanowała stwierdzony błąd, dołączając odpowiednie mapy. Analiza uzupełnionych dokumentów pozwala na stwierdzenie, iż z przedmiotowych map wynika zasięg i pokrycie, co więcej są one zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Na uwagę zasługują również wyjaśnienia RDF, z których wynika, iż „przedłożone do oferty mapy były mapami wykonanymi również przez TP R&D RA na podstawie identycznego zlecenia, brak wskazania liczbowego oraz procentowego pokrycia powierzchniowego wynikał z faktu iż te dane zostały nam przekazane oddzielnym pismem. Wobec powyższego w ofercie uzupełniliśmy dane poprzez naniesienie ręczne odpowiednich danych. W celu uniknięcia wszelkich wątpliwości w załączeniu zostają przekazane mapy zasięgu pokrycia powierzchniowego oraz mapy

porównawcze zasięgu pokrycia powierzchniowego ze wskazaniem liczbowym i procentowym naniesionym i dokonany przez TP R&D RA.”

W tych okolicznościach zarzut, iż treść oferty RDF nie odpowiada treści SIWZ należy uznać za chybiony. Jak wynika ze stanowiska Odwołującego się zaprezentowanego na rozprawie, Odwołujący się sformułował zarzut jedynie w oparciu o pierwotną treść oferty, nie uwzględniając dokonanych uzupełnień. Już z tych powodów uwzględnienie zarzutu nie było więc możliwe. Oparcie zarzutu na błędnej podstawie faktycznej, czyni ten zarzut niezasadnym.

Zaś, wszelkie zarzuty o charakterze formalnym, sformułowane względem oferty RDF, nie stanowią podstawy do stwierdzenia, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W orzecznictwie prezentowany jest jednolity pogląd, iż uchybienia co do formy nie dyskwalifikują oferty. Nie sposób bowiem uznać, iż takie okoliczności jak: zbindowanie oferty i ponumerowanie stron objęte są treścią oferty. W ten sam sposób należy ocenić fakt niedołączenia do poszczególnych formularzy ofertowych kompletu załączników.

Na marginesie dodać jedynie wypada, iż rację należy przyznać Zamawiającemu, że Odwołujący się nie ma interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów w odniesieniu do ofert złożonych na zadania, w których Odwołujący się takich ofert nie przedstawił. Nie ma bowiem możliwości doznania uszczerbku przez Odwołującego się w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....