

Wyrok
z dnia 25 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 i 22 października 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2019r. przez wykonawcę **PSN Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Migdałowa 4** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **rozgłośnie radiowe:**

- 1) **Polskie Radio - Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, adres: 00-977 Warszawa, al. Niepodległości 77/85**
- 2) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Białymstoku „Radio Białystok” Spółka Akcyjna, adres: 15-328 Białystok, ul. Świerkowa 1**
- 3) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Bydgoszczy „Polskie Radio Pomorza i Kujaw” Spółka Akcyjna; adres: 85-006 Bydgoszcz, ul. Gdańska 48/50**
- 4) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Gdańsku „Radio Gdańsk” Spółka Akcyjna, adres: 80-236 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 18**
- 5) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Katowicach „Radio Katowice” Spółka Akcyjna, adres: 40-953 Katowice, ul. Ligonía 29 .**
- 6) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Kielcach „Radio Kielce” Spółka Akcyjna, adres: 25-317 Kielce, ul. Radiowa 4**
- 7) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Koszalinie „Radio Koszalin” Spółka Akcyjna, adres: 75-502 Koszalin, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 41**
- 8) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Krakowie „Radio Kraków” Spółka Akcyjna, adres: 30-007 Kraków, al. Juliusza Słowackiego 22**

- 9) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Lublinie „Radio Lublin” Spółka Akcyjna, adres: 20-030 Lublin, ul. Obrońców Pokoju 2**
- 10) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Łodzi „Radio Łódź” Spółka Akcyjna, adres: 90-146 Łódź, ul. Narutowicza 130**
- 11) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Olsztynie „Radio Olsztyn” Spółka Akcyjna, adres: 10-206 Olsztyn, ul. Radiowa 24**
- 12) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Opolu „Radio Opole” Spółka Akcyjna, adres: 45-084 Opole, ul. Strzelców Bytomskich 8**
- 13) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Poznaniu „Radio Poznań” Spółka Akcyjna, adres: 60-765 Poznań, ul. Berwińskiego 5**
- 14) **„Polskie Radio Rzeszów” - Regionalna Rozgłośnia w Rzeszowie Spółka Akcyjna, adres: 35-032 Rzeszów, ul. Zamkowa 3**
- 15) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Szczecinie „PR Szczecin” Spółka Akcyjna, adres: 70-481 Szczecin, al. Wojska Polskiego 73**
- 16) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Warszawie „Radio dla Ciebie” Spółka Akcyjna, adres: 00-459 Warszawa, ul. Myśliwiecka 3/5/7**
- 17) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia we Wrocławiu „Radio Wrocław” Spółka Akcyjna, adres: 53-015 Wrocław, ul. Karkonoska 10**
- 18) **Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Zielonej Górze „Radio Zachód” Spółka Akcyjna, adres: 65-472 Zielona Góra, ul. Kukułcza 1 w imieniu i na rzecz których działa Zamawiający Wyznaczony - Polskie Radio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Niepodległości 77/85**

przy udziale **wykonawcy Emitel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Franciszka Klimczaka 1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1990/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę PSN Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Migdałowa 4** i:

2.1 zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę **15 000zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę PSN Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Migdałowa 4** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi emisji programów radiowych w systemie DAB+ zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 czerwca 2019r. za numerem 2019/S 116-285016.

W dniu 26 września 2019r. zamawiający poinformował wykonawców w zakresie zadania nr 2 pod nazwą „Multipleksacja w okresie 36 miesięcy” o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Emitel Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Franciszka Klimczaka 1 za cenę 3 517 864,42zł. Na to zadanie złożył również ofertę wykonawca PSN Infrastruktura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Migdałowa 4.

W dniu 7 października 2019r. odwołanie wniósł wykonawca PSN Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w odpisie z KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 7 października 2019r.

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 2 zarzucając zamawiającemu:

1) naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1) w związku z ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu, ponieważ:

- przystępujący nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny
- zamawiający wyznaczony nieprawidłowo ponownie wezwał przystępujący do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny
- nawet z ograniczonych, dostępnych odwołującemu informacji wynika, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę
- nawet z ograniczonych, dostępnych odwołującemu informacji wynika, że złożenie przez przystępującego oferty na zadanie nr 2 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (znk)

2) naruszenie art. 8 ust. 1 i ust. 3 przez odmowę udostępnienia odwołującemu informacji, które przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nieprawidłową weryfikację tego zastrzeżenia, czym zamawiający w sposób istotny ograniczył możliwość skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przysługujących mu na podstawie ustawy

3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości, w szczególności przez nieprawidłowe, ponowne wezwanie przystępujący do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej

ceny.

4) naruszenie art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez poprawienie przez zamawiającego oferty przystępującego, mimo, że nie zaistniała w niej oczywista omyłka pisarska oraz zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że jej treść nie odpowiada treści pkt 11.2.2 SIWZ, ponieważ w opisie przedmiotu zamówienia przystępujący podał nazwę nieistniejącego urządzenia, przez co usługa w zadaniu nr 2 nie mogła być zrealizowana.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia:

- 1) unieważnienia czynności wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty przystępującego
- 2) dokonanie odtajnienia pełnej treści wyjaśnień przystępującego złożonych w dniu 30.08.2019 r. oraz 13.09.2019 r. w trybie art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy
- 3) powtórzenia przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert
- 4) odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2), 3) i 4) oraz art. 90 ust. 3 ustawy
- 5) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wniósł także o:

- 1) obciążenie zamawiającego wyznaczonego kosztami postępowania odwoławczego
- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia na objęte odwołaniem zadanie nr 2 przedmiotu zamówienia. Na zadanie to oferty złożyło dwóch wykonawców - przystępujący oraz odwołujący. Oferta odwołującego uzyskała drugą w kolejności liczbę punktów. Na skutek niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności zamawiającego opisanych w odwołaniu zamawiający uznał jednak za najkorzystniejszą ofertę przystępującego. W konsekwencji, zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w tym zadaniu, a odwołujący może także ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści związanych z uzyskaniem tego zamówienia.

Uwzględnienie odwołania spowoduje, że możliwy będzie wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w objętym odwołaniem zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z tym podziałem zadanie nr 2 przedmiotu zamówienia, którego dotyczy odwołanie, to zadanie multipleksacyjne, obejmujące usługi kodowania i multipleksacji programów radiowych wraz z danymi dodatkowymi oraz usługi regionalizacji w okresie 36 miesięcy, które będą wykonywane od dnia 1.10.2020 r. do dnia 30.09.2023 r. (pkt 5.2 i 9.2 SIWZ).

Otwarcie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia nastąpiło w dniu 8.08.2019 r. Okazało się wówczas, że na zadanie nr 2 oferty złożyli dwaj wykonawcy - odwołujący oraz przystępujący. Byli to jedyni wykonawcy, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, przy czym

przystępujący złożył oferty na 33 spośród 34 zadań (z wyjątkiem zadania nr 17), zaś odwołujący - na 5 spośród 34 zadań (zadania nr 2,17,18, 21, 22).

Tak mała liczba wykonawców i ofert w tym postępowaniu zdaniem odwołującego potwierdza, jak niezwykle trudno jest konkurować z przystępującym, który od lat zajmuje wyjątkowo silną pozycję rynkową w dziedzinie usług zarówno cyfrowej, jak i analogowej emisji programów radiowych. Pozycji tej dotychczas nie udało się zmienić żadnemu z konkurentów przystępujący. Według Prezesa UKE, powołanego w stanowisku Komisji Europejskiej z dnia 14.12.2017 r. w sprawie decyzji Komisji PL/2017/2037: hurtowe rynki świadczenia usług transmisji programów radiofonicznych i telewizyjnych w Polsce, „Jeżeli chodzi o usługi cyfrowej transmisji dźwięku (DAB+), udział przystępującego w rynku pod względem ilości emisji wynosi 95,2% (...)” (str. 7) <https://www.uke.gov.pl/akt/kornisia-europejska-i-prezes-uokik-zaregulacja-emitela-zaproponowana-przez-uke,38.html>

Potwierdzeniem tej pozycji przystępującego jest fakt, że:

- w wyniku analogicznego poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Polskie Radio S.A. w 2017 r., przystępujący był dotychczas wyłącznym wykonawcą zadania multipleksacyjnego oraz wykonawcą 14 spośród 16 zadań emisyjnych
- w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oferta przystępującego została wybrana w 29 na 30 rozstrzygniętych zadań emisyjnych oraz w obu zadaniach multipleksacyjnych.

W odniesieniu do cen zaoferowanych za wykonanie zadania nr 2 przedmiotu zamówienia, po otwarciu ofert okazało się, że:

- przystępujący zaoferował 3 517 864,42 zł brutto
- Odwołujący zaoferował 5 728 530,20 zł brutto

zaś na sfinansowanie zamówienia w tym zadaniu zamawiający zamierza przeznaczyć 6 572 395,36 zł brutto.

dowód: ponownie sprostowana informacja z otwarcia ofert udostępniona dnia 9.08.2019 r.

Oferta przystępującego na zadanie nr 2 została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie:

- 1) sposobu realizacji przedmiotu zamówienia oferowanego przez przystępujący (Załącznik 4 do oferty przystępującego: „Opis realizacji usługi wytworzenia strumieni ETI i EDI premultipleksera oraz regionalizacji strumieni ETI i EDI, precyzujący sposób świadczenia oferowanych usług) oraz
- 2) wykazania podstaw zastrzeżenia przez przystępujący tajemnicy przedsiębiorstwa (Załącznik 6 do oferty przystępującego: „Wskazanie podstaw utajnienia dokumentów”).

Oba te Załączniki do oferty przystępującego nie zostały załączone do wersji jawnej oferty przystępującego udostępnionej na platformie w dniu 9.08.2019 r. (w pliku „oferta nr 1 - część jawna.zip”). Po częściowym odtajnieniu przez zamawiającego, załączniki te zostały

udostępnione na platformie w dniu 26.09.2019 r. (w pliku „część odtajniona oferty nr I.zip”).

By uzyskać dokumenty umożliwiające odwołującemu ocenę oferty przystępującego m.in. w zadaniu nr 2 odwołujący zwrócił się do zamawiającego wyznaczonego następującymi wnioskami znajdującymi się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia:

- 1) wniosek odwołującego z dnia 8.08.2019 r. L.dz. 2019/DO/407
- 2) wniosek odwołującego z dnia 25.09.2019 r. L.dz. 2019/MT/483
- 3) wniosek odwołującego z dnia 1.10.2019 r. L.dz. 2019/MT/508
- 4) wniosek odwołującego z dnia 1.10.2019 r. L.dz. 2019/MT/509

W odpowiedzi na wnioski odwołującego zamawiający wyznaczony udostępnił odwołującemu następującą dokumentację w zakresie zadania nr 2 przedmiotu zamówienia:

- 1) pismem z dnia 25 września 2019r. znak BZP.B5.12.2019.KP.541/19 wezwania zamawiającego wyznaczonego do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 90 ust. 1a pkt 1 ustawy oraz w trybie art. 87 ust. 1 (wraz z informacją o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Emitel)
- 2) pismem z dnia 26 września 2019r. znak BZP.B5.12.2019.KP.552/19 odtajnioną część oferty przystępującego Załączniki nr 4 i 6 do tej oferty, udostępnione także na platformie (pliki o nazwie „Stacja czołowa DAB HE-2-19 – zadanie 2 „Wykaz urzędzeń dla zadania nr 2 oraz 20190801 Pismo w sprawie utajnienia dokumentów wersja zastrzeżona (nadal częściowo zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa)
- 3) pismem z dnia 30 września 2019r. znak BZP.B5.12.2019.KP.568/19 odtajnioną część wyjaśnień przystępującego z dnia 30 sierpnia 2019r. oraz z dnia 13 września 2019r. (nadal częściowo zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa)
- 4) pismem z dnia 1 października 2019r. znak BZP.B5.12.2019.KP.586/19 pisma zamawiającego wyznaczonego do przystępującego z dnia 31 sierpnia oraz z dnia 16 września 2019r. o uznaniu za częściowo niezasadne i nieskuteczne zastrzeżeń przystępującego co do tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 5) pismem z dnia 2 października 2019r. znak BZP.B5.12.2019.KP.594/19 informacje dokumentujące podstawy, okoliczności oraz sposób ustalenia wartości szacunkowej zamówienia oraz część umowy z dnia 29 września 2017r. pomiędzy zamawiającym i przystępującym ze stawkami, które stanowiły podstawę ustalenia wartości szacunkowej zamówienia,
- 6) pismem z dnia 3 października 2019r. znak BZP.B5.12.2019.KP.597/19 wyciąg z protokołu postępowania sporządzony według stanu na dzień 1 października 2019r.

W dniu 26.09.2019 r. zamawiający wyznaczony przesłał odwołującemu zawiadomienie z tego samego dnia o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w objętym odwołaniem zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z tym zawiadomieniem, w zadaniu nr 2 zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę

przystępującego. Wybór ten został uzasadniony następującymi wynikami badania i oceny ofert w ramach którego przystępujący według kryterium cena 100% uzyskał 100 pkt, zaś odwołujący 61,41.

Co do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu, odwołujący podniósł, że zamawiający wyznaczony nieprawidłowo ponownie wezwał przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy nawet z ograniczonych, dostępnych odwołującemu informacji wynika, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego przystępujący nie wykazał, że oferta przystępującego na zadanie nr 2 nie zawiera rażąco niskiej ceny

1) cena całkowita oferty przystępującego na zadanie nr 2 przedmiotu zamówienia jest o ponad 40% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT

Cena ta wynosi bowiem 3 517 864,42 zł brutto. Tymczasem wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, którą zamawiający wyznaczony podał odwołującemu w piśmie z dnia 24.08.2019 r. znak BZP.B5.12.2019.KP.457/19 (str. 2) wynosi 5 926 140,00 zł brutto. Cena zaoferowana przez przystępującego jest więc o ponad 40% (40,64%) niższa od tej wartości.

Cena zaoferowana przez przystępującego w zadaniu nr 2 jest także o ponad 46% niższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania. Na zadanie nr 2 Zamawiający postanowił przeznaczyć kwotę 6 572 395,36 zł brutto, a więc przeszło 640 000 zł większą, niż ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia. Cena zaoferowana przez przystępującego w zadaniu nr 2, to jest 3 517 864,42 zł brutto jest więc o ponad 46% (46,48%) niższa od tej kwoty.

Cena zaoferowana przez przystępującego w zadaniu nr 2 zaprzecza także podstawom, na jakich zamawiający ustalił wartość zamówienia w tym zadaniu.

Jak wynika z dokumentacji udostępnionej odwołującemu w dniu 2.10.2019 r. pismem z tego dnia, znak BZP.B5.12.2019.KP.594/19, zamawiający ustalił powyższą wartość zamówienia w zadaniu nr 2 na podstawie wynagrodzenia przystępującego wynikającego z umowy z dnia 29.09.2017 r. zawartej między przystępującym oraz zamawiającym Wyznaczonym m.in. na wykonywanie zadań multipleksacyjnych przez okres 24 miesięcy do dnia 30.09.2019 r. Na podstawie tego wynagrodzenia zamawiający ustalił, że za okres 12 miesięcy wartość netto zamówienia (koszt netto multipleksu) wynosi 1 339 000 zł. Zamawiający uwzględnił następnie łączny wzrost ceny - ostatecznie „w zakresie 15-20% obecnych kosztów wraz z ich zaokrągleniem”.

Przy ustalaniu tego wzrostu, zdaniem odwołującego, zamawiający uwzględnił zarówno fakt,

że wykonywanie zadania nr 2 zostanie zakończone dopiero po okresie około 4 lat od zakończenia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, jak i istotną okoliczność, że wymogi zamawiającego wobec usług w zadaniu nr 2 zostały rozszerzone w stosunku do analogicznych usług wykonywanych dotychczasowo (zgodnie z opisem powołanym poniżej na str. 11 w punkcie II.3.2) niniejszego odwołania). Powyższe doprowadziło do ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia na poziomie 4 818 000,00 zł netto za 36 miesięcy, czyli 5 926 140,00 zł brutto w tym okresie. Oferta przystępującego na cenę o ponad 40% niższą od wartości ustalonej przez zamawiającego z zachowaniem należytej staranności zaprzecza podstawom tych ustaleń.

Cena zaoferowana przez przystępującego w zadaniu nr 2 podlegała obowiązkowi zbadania w trybie art. 90 ust. 1 a) pkt 1 ustawy

Ponieważ cena ta jest niższa o ponad 40% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, zamawiający miał zgodnie z art. 90 ust. 1 a) ustawy obowiązek zwrócić się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający wyznaczony wezwał przystępującego do tych wyjaśnień pismem z dnia 24.08.2019 r. znak BZP.B5.12.2019.KP.457/19.

Zdaniem odwołującego zamawiający wyznaczony potwierdził, że przystępujący nie wykazał, że jego oferta złożona w zadaniu nr 2 nie zawiera rażąco niskiej ceny

Z dokumentacji udostępnionej odwołującemu wynika, że przystępujący nie spełnił tego obowiązku, ponieważ:

- pismem z dnia 9.09.2019 r. znak BZP.B5.12.2019.KP.494/19 zamawiający wyznaczony ponownie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w tej samej sprawie, o którą pytał również na wstępie poprzedniego wezwania z dnia 24.08.2019 r., to jest w sprawie stawek za godzinę świadczenia usług w zadaniu nr 2. Tak jak w wezwaniu z dnia 24.08.2019 r., również w wezwaniu z dnia 9.09.2019 r. zamawiający wyznaczony wezwał przystępującego do wyjaśnienia powodów obniżenia tych stawek za usługi w zadaniu nr 2 (świadczone w okresie 36 miesięcy) w stosunku do stawek zaoferowanych przez przystępującego na analogiczne usługi w zadaniu nr 1 (świadczone w okresie 12 miesięcy). W piśmie tym (str. 1 i 2) zamawiający wyznaczony wyraźnie przyznał, że nadal ma wątpliwości w sprawie stawek netto za godzinę świadczenia usług w zadaniu nr 2, oraz że „obniżenie stawki godzinowej było również przyczyną wątpliwości co do wysokości ceny całkowitej w zadaniu nr 2 i przyczyną wystosowania do Państwa wezwania do wyjaśnień z dnia 24 sierpnia br. (pismo BZP.B5.12.2019.KP.457/19)"

- w tym samym piśmie z dnia 9.09.2019 r. zamawiający wyznaczony w ocenie odwołującego potwierdził, że przystępujący nie podał powodów obniżenia stawki w zadaniu nr 2. Zamawiający wyznaczony przyznał bowiem na str. 2 tego pisma, że w argumentacji przystępującego „złożonej w celu wykazania, że oferowana stawka i cena całkowita oferty w

zadaniu nr 2 nie jest rażąco niska (odpowiedź na pismo BZP.B5.12.2019. KP.457/19), nie było argumentów pozwalających zidentyfikować powody leżące u podstaw obniżenia tej stawki".

Skoro Zamawiający Wyznaczony potwierdził, że po wyjaśnieniach przystępujący z dnia 30.08.2019 r. złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust 1 a) pkt 1 ustawy Zamawiający Wyznaczony nadal miał wątpliwości w sprawie ceny zaoferowanej przez przystępujący w zadaniu nr 2, oraz że w wyjaśnieniach tych „nie było argumentów pozwalających zidentyfikować powody leżące u podstaw obniżenia tej stawki”, oznacza to, że przystępujący nie wykazał, że oferta przystępujący na zadanie nr 2 nie zawiera rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji oferta przystępujący na zadanie nr 2 podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy.

Zamawiający wyznaczony nieprawidłowo w ocenie odwołującego ponownie wezwał przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ:

1) ponowne wezwanie przystępujący przez zamawiającego wyznaczonego pismem z dnia 9.09.2019 r. dotyczyło tych samych spraw i wątpliwości co do ceny w zadaniu nr 2, których przystępujący nie wyjaśnił w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyznaczonego w dnia 24.08.2019 r.

Tymczasem wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ma charakter jednokrotny. Wyjątkowo dopuszcza się doprecyzowanie wcześniejszych wyjaśnień lub wyjaśnianie kolejnych wątpliwości, co jednak w tym przypadku nie miało miejsca. Ponowne wezwanie przystępujący przez zamawiającego wyznaczonego do złożenia wyjaśnień tych samych spraw i wątpliwości (omówionych powyżej) jest naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

Zdaniem odwołującego potwierdza to komentarz J.E. Nowickiego i M. Koleckiego do Prawa zamówień publicznych, wyd. IV. Lex WKP 2019.

2) ponowne wezwanie przystępujący przez zamawiającego wyznaczonego pismem z dnia 9.09.2019 r. w odniesieniu do zadania nr 2 miało nieprawidłową podstawę prawną

Wezwanie to zostało skierowane do przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy nie jest jednak podstawą do żądania od wykonawców wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, do czego przeznaczony jest art. 90 ustawy. Przepisy te mają bowiem inny zakres regulacji. Potwierdziła to KIO w wyroku z dnia 8.02.2018 r. KIO 152/18.

Skoro ponowne wezwanie przystępującego przez zamawiającego wyznaczonego pismem z dnia 9.09.2019 r. dotyczyło wątpliwości co do ceny w zadaniu nr 2, podstawą do ich żądania był art. 90 ust. 1 ustawy.

Nieprawidłowość podstawy prawnej zastosowanej w wezwaniu zamawiającego wyznaczonego do przystępujący z dnia 9.09.2019 r. jest tym bardziej widoczna, że w poprzednim wezwaniu z dnia 24.08.2019 r., dotyczącym tych samych spraw i wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez przystępujący w zadaniu nr 2, zamawiający wyznaczony powołał się na art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 a) pkt 1 ustawy.

Nadto według odwołującego z okoliczności sprawy wynika, że zamawiający wyznaczony miał świadomość nieprawidłowości ponownego wezwania przystępujący do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W pierwszym wezwaniu z dnia 24.08.2019 r. do złożenia tych wyjaśnień zamawiający wyznaczony uprzedził bowiem przystępującego, że zgodnie z art. 90 ust. 2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, leży po stronie przystępującego, a niezłożenie wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień nieprzekonywujących skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy. W ponownym wezwaniu z dnia 9.09.2019 r. zamawiający wyznaczony potwierdził przy tym, że wzywa przystępujący do wyjaśnień z powodu tych samych spraw i wątpliwości co do ceny zaoferowanej w zadaniu nr 2.

Nawet z ograniczonych, dostępnych odwołującemu informacji wynika, że oferta przystępującego na zadanie nr 2 zawiera rażąco niską cenę, choć odwołujący ma istotnie ograniczone możliwości sformułowania zarzutów odwołania w tym zakresie. Zamawiający wyznaczony udostępnił bowiem odwołującemu tylko część dokumentacji, o którą odwołujący wystąpił wnioskiem z dnia 25.09.2019 r. W szczególności wyjaśnienia przystępującego z dnia 30.08.2019 r. oraz 13.09.2019 r. w sprawie ceny zostały odwołującemu udostępnione tylko w części i pozostają dla odwołującego w zasadniczej części utajnione. Nawet na podstawie tak ograniczonych możliwości odwołujący wskazał jednak, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę, ponieważ:

1) stawki netto za godzinę zaoferowane przez przystępujący w zadaniu nr 2 są niższe o prawie 30% od stawek za analogiczne usługi multipleksacyjne, które na podstawie umowy z dnia 29.09.2017 r. przystępujący wykonywał dla zamawiającego wyznaczonego do dnia 30.09.2019 r. i na podstawie których zamawiający ustalił wartość zamówienia w zadaniu nr 2. Porównanie tych stawek przedstawia się następująco:

Za kodowanie i multipleksację dla Polskiego Radia SA w umowie z 29 września 2017r. była stawka netto za godzinę 13,69zł., a obecnie przystępujący zaoferował stawkę 9,72zł., co jest stawką niższą o 29%, zaś za kodowanie, multipleksację i regionalizację dla rozgłośni regionalnej w umowie z 29 września 2017r. była stawka netto za godzinę 8,17zł., a obecnie przystępujący zaoferował stawkę 5,83zł., co jest stawką niższą o 29%.

Stawki te są niższe mimo tego, że wymogi zamawiającego wobec usług w zadaniu nr 2 zostały rozszerzone w stosunku do dotychczasowych, wykonywanych przez przystępującego na podstawie umowy z dnia 29.09.2017 r.

Rozszerzenie wymogów zdaniem odwołującego wymaga zaś „nowych urządzeń, bardziej zaawansowanych technologicznie, a co za tym idzie poniesienia nakładów inwestycyjnych.” Taką możliwość rozszerzenia wymogów potwierdziły ustalenia dialogu technicznego związanego z przygotowaniem obecnego postępowania o udzielenie zamówienia, przeprowadzonego przez zamawiającego wyznaczonego w okresie od 26.03.2019 r. do

04.04.2019 r. między innymi z udziałem przystępującego.

Rozszerzenie dotychczasowych wymogów przez zamawiającego wyznaczonego dotyczy w szczególności następujących funkcjonalności i usług opisanych w Załączniku nr 1 do SIWZ:

- generowania jednocześnie dwóch rodzajów strumieni zmultipleksowanych programów radiowych (ETI i EDI zgodnie z odpowiednimi standardami), podczas gdy dotychczasowo wymagany był jeden rodzaj strumienia (ETI)
- umożliwienia wprowadzenia funkcjonalności powiadamiania kryzysowego
- rozszerzenia zakresu monitorowanych parametrów oraz dostępu on-line do systemu monitoringu.

W sytuacji, w której wymogi wobec tych usług zostały rozszerzone w stosunku do dotychczasowych, zaoferowane przez przystępujący stawki niższe o blisko 30% od stawek dotychczasowych są zdaniem odwołującego nierealne i niewiarygodne.

Cena zaoferowana przez przystępujący jest rażąco niższa od wartości zamówienia w zadaniu nr 2 o 40,64%, a od przeznaczonej przez zamawiającego kwoty o 46,48% i przy założeniu, że zarówno wartość zamówienia, jak i kwota przeznaczona na sfinansowanie zadania nr 2 zostały ustalone zgodnie z przepisami ustawy, zaoferowana przez przystępujący cena jest nierealna i niewiarygodna.

Stawki na usługi w zadaniu nr 2 (świadczonym w okresie 36 miesięcy) są o około 25% niższe niż stawki na analogiczne usługi w zadaniu nr 1 (świadczone w okresie 12 miesięcy).

1 Kodowanie i multipleksacja Polskie Radio S.A. zadanie Nr 1 (na okres 12 miesięcy) 13,01, a zadanie Nr 2 (na okres 36 miesięcy) 9,72, co stanowi obniżenie o 25,29%.

- 2 Kodowanie, multipleksacja, regionalizacja dla rozgłośni regionalnej – zadanie 1 (na okres 12 miesięcy) 7,76, zadanie nr 2 na okres 36 miesięcy – 5,83, co stanowi różnicę 24,87%.

Obniżenie stawek na usługi w zadaniu 2 względem stawek na usługi w zadaniu 1 jest w ocenie odwołującego nieuzasadnione, a faktycznie między tymi stawkami powinna zachodzić odwrotna relacja - stawki na usługi w zadaniu 2 winny być wyższe od stawek w zadaniu 1, ponieważ:

- w stosunku do usługi w zadaniu 2 określone zostały przez zamawiającego wyznaczonego rozszerzone wymogi funkcjonalne i techniczne, których realizacja wymaga nowych urządzeń, bardziej zaawansowanych technologicznie, a co za tym idzie poniesienia istotnych nakładów inwestycyjnych, zgodnie z opisem powołanym w punkcie 11.3.2) niniejszego odwołania
- dłuższy okres świadczenia usługi w zadaniu nr 2 względem zadania nr 1 nie może w przypadku przystępującego stanowić faktycznego wytłumaczenia obniżenia stawek - wbrew argumentacji przystępującego, którą można wywodzić z pisma z dnia 9.09.2019 r. znak BZP.B5.12.2019.KP.494/19, w którym zamawiający wyznaczony ponownie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień wątpliwości, jakie budzi wysokość stawek (str. 1), i w

którym zamawiający wyznaczony wskazał, że „wątpliwości budzi czy powodem obniżenia stawki jest tylko i wyłącznie dłuższy okres świadczenia usługi” (str. 2). Usługa w zadaniu nr 1 stanowi bowiem dla przystępującego de facto przedłużenie o kolejny rok usługi świadczonej przez ten podmiot w okresie ostatnich 2 lat na podstawie umowy zawartej z zamawiającym wyznaczonym w dniu 29.09.2017 r. Daje to łączny okres 3 lat świadczenia usługi, tożsamy z okresem trwania usługi w zadaniu nr 2. Powyższe założenie o usłudze w zadaniu nr 1 jako kontynuacji dotychczasowo świadczonej usługi jest uprawnione, ponieważ zakres dodatkowych funkcjonalności wymaganych dla usługi w zadaniu nr 1 jest bardzo ograniczony i nie wiąże się z koniecznością wymiany podstawowej (stanowiącej funkcjonalnie i kosztowo zdecydowaną większość) części sprzętu do multipleksacji wykorzystywanego przez przystępujący w okresie 2 lat poprzedzających bezpośrednio okres, którego dotyczy zadanie nr 1.

W ocenie odwołującego wyjaśnienia przystępującego o wykorzystaniu istniejącej infrastruktury są niewiarygodne. W odtajnionych wyjaśnieniach przystępującego z dnia 30.08.2019 r. (str. 4) przystępujący twierdzi, że „złożone ceny nie powinny budzić wątpliwości, gdyż infrastruktura niezbędna do realizacji zamówienia w ramach zadań nr 2 (...) w części lub w całości już istnieje.” Wyjaśnienia te są niewiarygodne, ponieważ:

- są sprzeczne z opisanym powyżej rozszerzeniem wymogów zamawiającego w stosunku do wymogów dotychczasowych i koniecznością zakupu nowych, bardziej zaawansowanych technologicznie urządzeń

- są sprzeczne z zaoferowanym przez przystępującego sposobem realizacji usług w zadaniu nr 2. Mimo utajnienia części oferty przystępującego w tym zakresie, z dostępnych dokumentów przystępującego wynika bowiem, że przystępujący w bardzo istotnym stopniu planuje wykonywać to zadanie z użyciem nowych urządzeń i instalacji. Można to wywnioskować z częściowo odtajnionego „Wykazu urządzeń dla zadania nr 2” udostępnionego w dniu 26.09.2019 r. jako odtajniona część oferty Emitel.

Biorąc pod uwagę jedynie sprzęt produkcji AVT Audio Video Technologies GmbH („AVT”), w wykazie tym ujawniona została następująca liczba, typ i model tych urządzeń, zadeklarowanych przez przystępującego do wykonania zadania nr 2:

1 Multiplexer DAB+ Magie DABMUX Go RF RM z firmware wersji "plus" oraz Emergency Warning Break-In Upgrade sztuk 20

2 EDI/ETI przełącznik i konwerter MAGIC SDC ETI/EDI Switch&Converter DABMUX Plus Edition sztuk 1

3 EDI/ETI konwerter MAGIC EEC EDI/ETI Converter (nazwa po poprawce przez zamawiającego Wyznaczonego pismem z dnia 9.09.2019 r.) sztuk 17

4 Koder audio Audio Encoder Magie AE4 DAB+ sztuk 47

5 Dekoder sygnałów ETI/EDI MAGIC AD1 ETI/EDI Monitoring Decoder sztuk 18

Wszystkie powyższe urządzenia zadeklarowane przez przystępującego do wykonania zadania nr 2 są różne od urządzeń zadeklarowanych przez ten podmiot do wykonania zadania nr 1 - przystępujący w ocenie odwołującego musi je zakupić lub sfinansować ich użycie w inny sposób. Wartość netto tej części urządzeń stanowi przy tym aż 75% wartości netto usługi zaoferowanej przez przystępującego w zadaniu nr 2 (około 2 160 000 złotych wobec 2 860 052,40 złotych).

Do określenia wartości wykazanych powyżej urządzeń przyjęte zostały ceny netto sprzętu otrzymane przez odwołującego od AVT, w wariantach wyposażenia odpowiadających tym, które wynikają z odtajnionej części oferty przystępującego. Nawet jeśli wobec przystępującego zastosowane byłyby inne, korzystniejsze ceny (wbrew ustnym deklaracjom zarówno wyłącznego dystrybutora tego sprzętu w Polsce, jak i bezpośrednio przedstawicieli niemieckiego producenta), różnica w żadnym przypadku nie mogłaby się przełożyć na kilkudziesięcioprocentową różnicę w cenie wykonania usługi przez tych wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że określając powyższy stosunek wartości koniecznego do zakupu sprzętu w odniesieniu do wartości usługi w zadaniu nr 2, uwzględniono jedynie urządzenia produkcji AVT służące do kodowania i multipleksacji. Nie wzięto pod uwagę żadnych innych urządzeń lub elementów - sieci transmisyjnej IP, urządzeń synchronizacyjnych, nadzoru, innych, mimo iż w odniesieniu do nich również mogła zajść konieczności zakupu ze względu na wyeksploatowanie lub brakującą, obecnie wymaganą funkcjonalność.

Nawet z ograniczonych, dostępnych odwołującemu informacji wynika, że złożenie przez przystępującego oferty na zadanie nr 2 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Jak wynika z opisanych wyżej okoliczności, cena zaoferowana przez przystępującego w zadaniu nr 2 jest ceną nierealną i niewiarygodną. Zaprzecza ona podstawom, na jakich zamawiający ustalił wartość zamówienia w tym zadaniu, ponieważ stawki netto za godzinę zaoferowane przez przystępującego w zadaniu nr 2 są niższe o prawie 30% od stawek za analogiczne usługi multipleksacyjne, które na podstawie umowy z dnia 29.09.2017 r. przystępujący wykonywał dla zamawiającego wyznaczonego do dnia 30.09.2019 r.. mimo iż wobec zadania nr 2 określone są rozszerzone wymagania funkcjonalne i techniczne, oraz przewidywanemu wzrostowi obecnych kosztów.

Cena ta nie jest wynikiem kalkulacji kosztów świadczenia przez przystępującego usług multipleksacyjnych i według dostępnych odwołującemu informacji jest oferowana poniżej tych kosztów.

Odwołujący uważa, że oferowanie przez przystępującego ceny na zadanie nr 2 jest czynem nieuczciwej konkurencji, nastawionym na niedopuszczenie konkurentów przystępującego, w tym przypadku - odwołującego, do rynku świadczenia usług emisji DAB+. Na rynku tym udział przystępującego w 2017 r. wyniósł 95,2%, a w relacji z zamawiającym wyznaczonym

przystępujący jest wyłącznym dostawcą usług multipleksacyjnych od 2013 r., tj. od początku ich komercyjnego wdrożenia w Polsce (w tym w okresie bezpośrednio poprzedzającym bieżące postępowanie o udzielenie zamówienia - na podstawie umowy z dnia 29.09.2017 r. zawartej w wyniku poprzedniego, analogicznego do obecnego postępowania). W takiej sytuacji cena oferowana przez przystępujący w zadaniu nr 2 może wyeliminować odwołującego z rynku świadczenia usług emisji DAB+ na kolejne 4 lata, to jest do dnia 30.09.2013 r.

Co do naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 przez odmowę udostępnienia odwołującemu informacji, które przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nieprawidłową weryfikację tego zastrzeżenia, to odwołujący złożył zamawiającemu wyznaczonemu wniosek z dnia 25.09.2019 r. o udostępnienie wyjaśnień przystępujący złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy oraz art. 90 ust. 1 a ustawy (wraz z wezwaniami skierowanymi do przystępujący o udzielenie tych wyjaśnień.) Udostępnienie tych wyjaśnień jest konieczne, by odwołujący mógł ocenić ofertę przystępującego oraz skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej w celu skutecznej ochrony jego interesu w uzyskaniu zamówienia. Trzeba także uwzględnić, że z powodu zastrzeżenia przez wykonawcę przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa co do Załącznika 4 i 6 oferty przystępującego, odwołujący do dnia złożenia wniosku z dnia 25.09.2019 r. nie miał możliwości oceny oferty przystępujący w zakresie sposobu realizacji zadania nr 2 przedmiotu zamówienia. Oferta przystępującego została częściowo odtajniona w dniu 26.09.2019 r., a więc już po złożeniu tego wniosku.

Wyjaśnienia przystępującego co do ceny zaoferowanej przez przystępującego na wykonanie zadanie nr 2 powinny być zawarte w pismach przystępującego z dnia 30.08.2019 r. oraz 13.09.2019 r., czego odwołujący nie ma jednak możliwości sprawdzić. Na wniosek odwołującego z dnia 25.09.2019 r. zamawiający wyznaczony udostępnił je odwołującemu w dniu 30.09.2019 r., jednak nadal częściowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, przez co:

- wyjaśnienia przystępujący z dnia 30.08.2019 r. są utajnione na około 6 spośród 19 stron
- wyjaśnienia przystępujący z dnia 13.09.2019 r. są utajnione na 15 spośród 22 stron, przy czym 6 spośród pozostałych, nieutajnionych stron zawiera uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odtajniona część tych wyjaśnień okazała się według odwołującego nieistotna. Nie zostały przy tym ujawnione żadne wyjaśnienia przystępującego dotyczące ceny zaoferowanej przez przystępujący w zadaniu nr 2 (poza jedną okolicznością powołaną na str. 4 wyjaśnień z dnia 30.08.2019 r., niezgodną jednak ze stanem faktycznym, co zostało wykazane w punkcie II.3.5) niniejszego odwołania). Informacje udostępnione odwołującemu są więc niewystarczające do oceny oferty i pozwalają ją przeprowadzić tylko w części.

Z tego powodu możliwość oceny przez odwołującego oferty przystępujący w zadaniu nr 2 oraz

możliwość skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przysługujących mu na podstawie ustawy została w sposób istotny ograniczona.

Fakt, że zamawiający wyznaczony udostępnił odwołującemu tylko część (nieistotną) wyjaśnień przystępujący z dnia 30.08.2019 r. i 13.09.2019 r. oznacza, że po weryfikacji zaakceptował uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione w tych wyjaśnieniach przez przystępującego.

Tymczasem udostępnione odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które przystępujący przedstawił w tych wyjaśnieniach, zostało złożone przez przystępującego na podstawie i z wykorzystaniem nieistniejącej od przeszło roku (na skutek zmiany od dnia 4.09.2018 r.) treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Mimo to przystępujący powołał się i zastosował w swym uzasadnieniu te nieistniejące przepisy (str. 12 i nast. wyjaśnień przystępujący z dnia 30.08.2019 r., str. 17 i nast. wyjaśnień przystępujący z dnia 13.09.2019 r.)

Dodatkowo, udostępnione odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które przedstawił przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 30.08.2019 r. oraz z dnia 13.09.2019 r., to w większości ogólny tekst opisowy, skopiowany w obu tych wyjaśnieniach.

Mimo to zamawiający po weryfikacji zaakceptował to uzasadnienie, przez co pozbawił odwołującego dostępu do istotnych i koniecznych informacji o ofercie przystępującego, co narusza art. 8 ust. 1 i 3 ustawy.

Taka weryfikacja zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez zamawiającego jest w ocenie odwołującego nieprawidłowa. Ze względu na zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający miał obowiązek potraktować możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek, wymagający szczegółowego, zgodnego z przepisami uzasadnienia. Celem weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest bowiem ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w granicach jej obowiązującej definicji ustawowej. Skoro przystępujący powołał się w wyjaśnieniach z dnia 30.08.2019 r. i 13.09.2019 r. na nieistniejącą definicję z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, uzasadnienie przystępujący przedstawione wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być uznane za prawidłowe.

Potwierdziła to KIO w wyroku z dnia 22.02.2018 r. KIO 272/18.

Zamawiający zdaniem odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 ustawy, ponieważ nieprawidłowo, ponownie wezwał przystępujący do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

Wezwania tego dokonał pismem z dnia 9.09.2019 r., szczegółowo omówionym w uzasadnieniu zarzutu 1 na str. 9 i 10 odwołania. Wezwanie takie nie tylko naruszyło art. 90 ust. 1 ustawy, ale także art. 7 ust. 1 ustawy, ponieważ stworzyło uprzywilejowaną pozycję przystępującego wobec konkurującego z nim wykonawcy, którym jest odwołujący.

W sytuacji, gdy przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 30.08.2019 r. nie wykazał, że oferta przystępującego w zadaniu nr 2 nie zawiera rażąco niskiej ceny, zamawiający był zobowiązany odrzucić tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy. Zamiast tego wezwał jednak przystępującego ponownie do wyjaśnienia tych samych spraw i wątpliwości co do ceny zaoferowanej w zadaniu nr 2, podając przy tym nieprawidłową podstawę prawną, czym ostatecznie doprowadził do wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

W ten sposób Zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co potwierdza wyrok KIO z dnia 13.10.2014 r. KIO 2025/14, komentarz J.E. Nowickiego i M. Koleckiego do Prawa zamówień publicznych, wyd. IV. Lex WKP 2019.

W ocenie odwołującego zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez poprawienie przez zamawiającego oferty przystępującego, mimo, że nie zaistniała w niej oczywista omyłka pisarska oraz zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że jej treść nie odpowiada treści pkt 11.2.2 SIWZ, ponieważ w opisie przedmiotu zamówienia przystępujący podał nazwą nieistniejącego urządzenia, przez co usługa w zadaniu nr 2 nie mogła być zrealizowana.

W piśmie z dnia 9.09.2019 r. (str. 5) zamawiający wyznaczony poinformował przystępującego, że poprawił w ofercie przystępującego w zadaniu nr 2 „stwierdzoną oczywistą omyłkę pisarską”. Ujawniona omyłka dotyczyła nazwy modelu urządzenia wskazanego w ofercie przystępującego w opracowaniu „Specyfikacja urządzeń i schemat funkcjonalny stacji czołowej DAB+ Zadanie nr 2”, jako urządzenie z wykorzystaniem którego świadczone będą oferowane w tym zadaniu usługi”.

Dokonana przez zamawiającego wyznaczonego poprawka polegała na tym, że samodzielnie poprawił zastosowaną w ofercie przystępującego nazwę urządzenia MAGIC SDC ETI/EDI Converter na nazwę innego urządzenia, to jest MAGIC EEC ETI/EDI Converter, co nastąpiło w dwóch miejscach oferty przystępującego, to jest w:

- części opisowej opracowania „Specyfikacja urządzeń i schemat funkcjonalny stacji czołowej DAB+ Zadanie nr 2 str. 4) oraz
- wykazie urządzeń dla zadania nr 2 (kolumna czwarta o nazwie „Typ i model urządzenia”, wiersz czwarty).

Odwołujący wskazał, że czynność ta była nieprawidłowa, ponieważ:

1) jak potwierdził sam zamawiający wyznaczony, na rynku nie istnieje urządzenie, które podał przystępujący w dwóch miejscach swojej oferty, to jest urządzenie firmy AVT o nazwie modelu MAGIC SDC ETI/EDI Converter. Na skutek tego w opisie realizacji usługi wytworzenia strumieni ET1 i EDI premultipleksera oraz regionalizacji strumieniu ETI i EDI, precyzującym sposób świadczenia oferowanych usług, który zgodnie z pkt 11.2.2 był zobowiązany przedłożyć przystępujący, podane zostało urządzenie, które nie istnieje. W konsekwencji,

usług zaoferowana przez przystępującego w zadaniu nr 2 nie mogła być wykonana w sposób zaoferowany przez przystępującego. Ma to szczególne znaczenie ponieważ konwertery są kluczowymi, krytycznymi urządzeniami dla wykonania zadania nr 2.

2) omyłka stwierdzona przez zamawiającego nie była oczywistą omyłką pisarską

Istnieją bowiem dwa różne modele urządzeń AVT o podobnych nazwach, które mogą mieć zastosowanie w ofercie przystępującego, to jest MAGIC EEC ETI/EDI Converter oraz MAGIC SDC ETI/EDI Switch & Converter (również wymieniony w ofercie przystępującego - w innej pozycji wykazu urządzeń). Jakkolwiek drugie z wymienionych urządzeń może realizować dodatkowo funkcję przełącznika („switch”), jego zastosowanie w celu realizacji wyłącznie funkcji konwertera - choć nadmiarowe -technicznie również byłoby możliwe.

Odwołującemu nie wiadomo, czy i które z powyższych dwóch urządzeń AVT przystępujący wymienił w schemacie funkcjonalnym swojej oferty-schemat ten został bowiem utajniony.

Mimo to, bez wcześniejszego wyjaśnienia przystępującego, które z dwóch potencjalnie możliwych urządzeń planuje zastosować, zamawiający wyznaczony samodzielnie podjął decyzję, którą nazwę wpisać w ofercie przystępującego.

Na skutek poprawki dokonanej przez zamawiającego wyznaczonego podane przez przystępującego w ofercie nieistniejące urządzenie, kluczowe dla wykonania zadania nr 2, zostało zastąpione istniejącym urządzeniem, które pozwala na realizację zadania nr 2 przez przystępującego. Zmiana ta spowodowała więc zasadniczą zmianę oferty, co było niedopuszczalne na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy.

Jak stwierdził zamawiający wyznaczony w piśmie z dnia 9.09.2019 r. (str. 5), że poprawka nastąpiła na podstawie „przedłożonych specyfikacji technicznych” to jest katalogu produktowego AVT. Katalog ten nie był zaś częścią oferty przystępującego, lecz jest załącznikiem do protokołu postępowania.

Oferta przystępującego w zadaniu nr 2 podlegała więc zdaniem odwołującego odrzuceniu jako niezgodna z pkt 11.2.2 SIWZ, ponieważ w opisie przedmiotu zamówienia przystępujący podał nazwę nieistniejącego urządzenia, przez co usługa w zadaniu nr 2 nie mogła być zrealizowana

W dniu 7 października 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 9 października 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Emitel SA z siedzibą w Warszawie – dalej przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż odwołanie zmierza do odrzucenia jego oferty i pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 9 października 2019r. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika

działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 lipca 2019r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w odpisie z KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego,

Jednocześnie o:

1. dopuszczenie w charakterze dowodów w niniejszym postępowaniu dokumentów wymienionych w uzasadnieniu rzeczowej odpowiedzi na okoliczności tam wskazane, z rozważeniem możliwości odgraniczenia dostępu odwołującemu do dowodu obejmującego tajemnicę przedsiębiorstwa.
2. wyłączenie jawności rozprawy, który to wniosek został cofnięty,

Zamawiający podniósł, że zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy został błędnie skonstruowany. Opierając się na treści zarzutu nr 4) zamawiający wywiódł, iż odwołujący zarzuca mu, że przez poprawienie w ofercie przystępującego oczywistej omyłki rachunkowej dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy. Odwołujący nadto dokonując oceny czynności podjętych przez zamawiającego i następnie wywodząc wnioski, opiera się na: hipotezach, niedookreślonych informacjach, znajdujących się jakoby w jego posiadaniu, niezrozumieniu podstawowych instytucji prawa zamówień publicznych, ich celu oraz funkcji, niezrozumieniu treści SIWZ, a także na wyrwanych z kontekstu fragmentach pism zamawiającego, które odwołujący uznaje za swoje argumenty, uzasadniające podniesione zarzuty.

Zamawiający podniósł, iż zarzuty są bezprzedmiotowe lub niezasadne, a argumentacja uzasadnienia odwołania nie dowodzi ich racji.

Odwołujący, błędnie wywodzi, że błąd literowy w jednym członie nazwy urządzenia, gdzie pozostałe człony nazwy zostały podane prawidłowo stanowi o merytorycznej niezgodności treści oferty przystępującego z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ. Wywód odwołującego jest według zamawiającego wewnątrznie sprzeczny i oparty na ogólnych tezach. Rzekomo, bowiem, ten błąd literowy, eliminuje możliwość wykonania usług multipleksacyjnych (usługi stanowiące przedmiot zadania nr 2 przedmiotu zamówienia) w sposób zaoferowany przez przystępującego. Jednocześnie, odwołujący nie dowodzi w żaden sposób, na czym polega wskazywana przez niego niemożność wykonania usług oraz niezgodność z pkt. 11.2.2 SIWZ. W pkt. 11.2.2 SIWZ został zawarty wymóg przedłożenia opisu wytworzenia strumieniu ETI i EDI oraz regionalizacji strumieniu ETI i EDI, w którym miały znaleźć się między innymi informacje o urządzeniach, które będą wykorzystywane do świadczenia przez wskazanie typu i modelu urządzenia. Przystępujący w swoim opisie wskazał zarówno rodzaje urządzeń, producentów tych urządzeń jak i typy/modele. Zamawiający wskazał, że ani w pkt. 11.2.2 SIWZ, ani w pozostałej części SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia nie zostały sformułowane (poza wymaganiami funkcjonalnymi dla koderów audio) wymagania dla

urządzeń, które mogłyby przemawiać, że w zaistniałej sytuacji poprawa prowadziła do zmiany urządzenia niespełniającego wymogów SIWZ na urządzenie spełniające te wymogi. Zamawiający podkreśla, że nie dostawa urządzenia były treścią przedmiotu zamówienia podstawowego tylko usługa. Urządzenia mają charakter akcesoryjny, dodatkowy i nie stanowią świadczenia wymaganego przez zamawiającego. Jednocześnie odwołujący zaprzeczył tezie o niemożności wykonania usług w sposób zaoferowany przez przystępującego, gdyż podniósł że istnieją dwa modele urządzeń producenta AVT: konwerter o nazwie MAGIC EEC ETI/EDI Converter oraz przełącznik i konwerter (urządzenie realizujące dwie funkcje) o nazwie MAGIC SDC ETI/EDI Switch&Converter. Wskazuje, że switch&converter, choć nadmiarowo, może pełnić funkcje konwertera. Z dalszego wywodu, zamawiający wysnuł, iż odwołujący upatruje brak możliwości zakwalifikowania błędu literowego w jednym członie nazwy konwertera, w niewiedzy, który model urządzeń zamierza wykorzystać przystępujący do realizacji usług, a którą to niewiedzę przypisuje również zamawiającemu. Nie sposób jednak w tym przepisie doszukać się zobowiązania adresowanego do zamawiającego do wykonania czynności, której podjęcie odwołujący zarzuca zamawiającemu. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy nie zawiera, bowiem, zobowiązania do poprawy ofert. W związku z tym w ocenie zamawiającego przedmiotowy zarzut został skonstruowany w sposób sprzeczny z wymogiem art. 180 ust. 3 ustawy, albowiem — poza wskazaniem podstawy prawnej odwołujący nie wskazał czynności dokonanej przez zamawiającego lub przez niego zaniechanej, którą naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy. Niewątpliwie wskazany zarzut jest zatem skonstruowany wadliwie i z tych względów, w opinii zamawiającego, nie może być uwzględniony.

Podobnie należy potraktować według zamawiającego zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy, bo nie sposób w przepisie art. 90 ust. 2 doszukać się jakiegokolwiek zobowiązania adresowanego do zamawiającego. W opinii zamawiającego również żądania sformułowane w pkt. II.3) i II.4) na stronie 3 odwołania, cechuje brak konsekwencji, logiki i spójności. W pkt. II.3) odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z kolei w kolejnym punkcie (pkt II.4) odwołujący formułuje kategoryczne żądanie odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o konkretne podstawy prawne, wskazujące na jednoznaczną ocenę oferty przystępującego, jako: niezgodnej z SIWZ, zawierającej rażąco niską cenę, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz wskazujące na jednoznaczną ocenę, że przystępujący nie udzielił wyjaśnień (lub udzielone wyjaśnienia potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę). Zważywszy, że sformułowanie żądania nakazującego zamawiającym powtórzenie czynności badania i oceny ofert, bez sprecyzowania, które czynności mają zostać powtórzone, oznacza w praktyce zobowiązanie zamawiających do ponownego podjęcia (powtórzenia) wszelkich czynności poprzedzających czynność wyboru oferty najkorzystniejszej — w tym podjęcia nowych czynności, dotychczasowe czynności nie

będą rodziły skutków prawnych, a ponowny wybór będzie de facto zależny od wyników ponowionych i ewentualnie podjętych nowych czynności. W praktyce, ponowienie dotychczasowych czynności implikuje unieważnienie tych, które były podjęte do kwestionowanego wyboru. Przepisanie odmiennego znaczenia instytucji „powtórzenia czynności badania i oceny ofert” prowadzi w opinii zamawiającego do wypaczenia jej istoty oraz absurdalnych sytuacji sprawdzających się wyłącznie do formalnej teorii, a nie faktycznych działań. Z kolei, kategoryczność wniosku o odrzucenie oferty w oparciu o skonkretyzowane podstawy, zdaniem zamawiającego w praktyce oznacza podjęcie wyłącznie czynności odrzucenia oferty bez ponownego jej badania oferty. W konsekwencji, w opinii zamawiającego, uwzględnienie żądania powtórzenia czynności badania i oceny ofert i nakazanie podjęcia czynności stanowiących treść tego żądania wyklucza możliwość jednoczesnego, niejako automatycznego odrzucenia oferty przystępującego. W ocenie zamawiającego należy, zatem, uznać oba żądania za wzajemnie sprzeczne, które nie mogą być uwzględnione, jako jednocześnie współistniejące i możliwe jednocześnie do wykonania.

Odwołujący twierdzi, że rodzaj urządzenia planowanego do wykorzystania przy świadczeniu usług ze schematu funkcjonalnego, który jest nadal „utajniony” i nieznanym odwołującemu. Zamawiający podnosi, że przedmiotowe twierdzenie odwołującego jest nieprawdziwe. Fakt, że przystępujący do świadczenia oferowanych usług zamierza wykorzystać dwa rodzaje urządzeń, tj. zarówno converter, jak i switch&converter oraz fakt, że te dwa różne urządzenia będą wykorzystane do innych zakresowo usług (switch&converter do utworzenia premultiplesku ogólnopolskiej multipleksacji ogólnopolskiej, a converter do utworzenia siedemnastu regionalnych multipleksów multipleksacja regionalna, dla których wymogi zamawiający sformułował w opisie przedmiotu zamówienia odrębnie), wprost wynika z odtajnionej części oferty przystępującego, tj. opracowania, będącego opisem sposobu wytworzenia strumieni ETI i EDI oraz regionalizacji strumieni ETI i EDI w zadaniu nr 2 po nazwę: „Specyfikacja urządzeń i schemat funkcjonalny stacji czołowej DAB+ zadanie nr 2” oraz ze stanowiącego jego integralną część wykazu urządzeń. Dodatkowo wynika to również, ze schematu funkcjonalnego.

Jako dowody zamawiający

- 1) SIWZ z opisem przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 do SIWZ (opis po modyfikacji) w aktach postępowania odwoławczego (pliki o nazwie: „SIWZ” i „ Zał. nr I do SIWZ po modyfikacji” poddany kompresji danych i ujęty w pliku skompresowanym o numerze katalogowym z wykazu dokumentów: 0079),
- 2) odtajniona część oferty Emitel S.A. - „ Specyfikacja urządzeń i schemat funkcjonalny stacji czołowej DAB+ zadanie nr 2” część opisowa. W aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: „Stacja czołowa DAB HE - 2019 - zadanie nr 2”, numer katalogowym z wykazu dokumentów: 0198),

3) schemat funkcjonalny premultipleksacji ogólnopolskiej DAB+ w zadaniu nr 2, stanowiący tajemnice przedsiębiorstwa przystępującego. W aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: „Zad 2 struktura stacji czołowej 2019-08-01 GM-nowy HE-ogólnopolski” plik poddany kompresji danych i ujęty w pliku skompresowanym o numerze katalogowym z wykazu dokumentów: 0107),

4) rysunek funkcjonalny multipleksacji regionalnej DAB+ w zadaniu nr 2 stanowiący tajemnice przedsiębiorstwa przystępującego. W aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: „Zad 2 struktura stacji czołowej 2019-08-01 GM-nowy HE-regionalny ”, plik poddany kompresji danych i ujęty w pliku skompresowanym o numerze katalogowym z wykazu dokumentów: 0107).

W ocenie zamawiającego bezsprzecznym jest, że specyfikacje techniczne, których przedłożenia wymagał zamawiający są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy i w par 13 rozporządzenia Ministra rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych (Dz. U. z 2016r., poz. 1126 ze zm.). Nie może rodzić wątpliwości również, że na pakiet dokumentów składanych w postępowaniu, określanych powszechnie mianem ofert (oferta sensu largo), standardowo składa się kilka rodzaju dokumentów o różnym charakterze prawnym. Ofertę w rozumieniu art. 66 par. 1 k.c. (oferta sensu stricte), czyli odnosząca się do postanowień przyszłej umowy, w tym świadczenia będącego jej przedmiotem. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny dokumentami w postępowaniu, składającymi się na ofertę w rozumieniu art. 66 1 k.c. są nie tylko formularze oferty, formularze cenowe, formularze opisujące parametry techniczne, ale też dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy (vide np. : wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2012 roku, sygn. akt KIO 1850/11).

Poza wątpliwościami i negacją musi postać również, że o możliwości poprawy zidentyfikowanego w ofercie błędu, czy nieścisłości, jako omyłki (każdej ze stypizowanych w art. 87 ust. 2 ustawy omyłek, w tym oczywistej omyłki pisarskiej) nie decyduje okoliczność dokonanie identyfikacji omyłki wyłącznie w oparciu o dokument, w którym się znajduje, jak też wyłącznie w oparciu o dokumenty oferty sensu stricte. Aspekt ten Izba podniosła m.in. w wyroku z dnia 24 września 2012 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1931/12, w wyroku z 18 maja 2018 roku (sygn. akt KIO 802/18, KIO 803/13), w wyroku z dnia 10 kwietnia 2008r., sygn. akt KIOP/UZP 265/08).

Mając na uwadze powyższe, wbrew twierdzeniu odwołującego, specyfikację techniczne, opis sposobu wytworzenia strumieni ETI i EDI oraz regionalizacji strumieni ETI i EDI w zadaniu nr 2 po nazwą: „Specyfikacja urządzeń i schemat funkcjonalny stacji czołowej DAB+ zadanie nr 2” oraz stanowiące część tego opisu, wykazy, schematu i rysunki funkcjonalne nie tylko są ofertą w rozumieniu art. 66 par 1 k.c., ale również są dokumentami wzajemnie objaśniającymi

się, a dokonana na ich kanwie poprawa oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła sprecyzowanego przez przystępującego sposobu realizacji usług, ani rodzaju urządzeń, przy użyciu których usługa ma być świadczona.

Jako dowód powołał:

1) opis sposobu wytworzenia strumieni ETI i EDI oraz regionalizacji strumieni ETI i EDI, schematy i rysunki funkcjonalne, powołanej powyżej w pkt. 2) 4), jako dowód nr 1.

2) specyfikacje techniczna konwertera oraz konwertera i przełącznika produkcji A VT GmbH Niemcy w aktach postępowania odwoławczego (pliki o nazwie: „Katalog2019 DAB E web”, „MAGIC SDC ETI-EDI Switch&Converter (tylko zad2) ”, „MAGIC EEC ETI-EDI Converter_pl (tylko zad2) ”, pliki poddane kompresji danych i zawarte w skompresowanym pliku o numerze katalogowym z wykazu dokumentów: 0141)

W ocenie zamawiającego niezasadną jest teza odwołującego, że rzeczony błąd literowy nie może być nawet inną omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. W tym przypadku, Odwołujący opiera wyłącznie na jednym ogólnikowym argumentie „zastąpienia nieistniejącego urządzenia, urządzeniem, które pozwala na realizację zadania nr 2” i wywodzi z niego, iż taka poprawa stanowiłaby zasadniczą zmianę treści oferty. Nie dowodzi jednak, w czym przejawia się rzeczona zasadnicza zmiana. Nie dowodzi, jak poprawa zmieniła — przez w stosunku do wymogów SIWZ — opisany przez przystępującego sposób wytworzenia strumieni ETI i EDI oraz regionalizacji strumieni ETI i EDI, tj. oświadczenia woli przystępującego dotyczące precyzujące sposób realizacji oferowanej usługi.

Zamawiający podniósł, że niewątpliwie bezspornym w przedmiotowej sprawie pozostaje, że w nazwie produktowej konwertera AVT MAGIC ETI/EDI Converter — oznaczeniu literowym modelu konwertera. W obowiązującym stanie prawnym oczywistym jest, że nie każdy błąd w ofercie stanowi o jej niezgodności, a nie każda niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia skutkuje jej odrzuceniem. Oceny w tym przedmiocie należy dokonywać uwzględniając okoliczności konkretnej sprawy. To, co w jednych okolicznościach stanowić może o błąd i niezgodność oferty skutkującej jej odrzuceniem, w innych może przemawiać za uznaniem jej za inną omyłkę. Oczywistą omyłką pisarską jest niezamierzona niedokładność, błąd literowy, niezamierzone przeoczenie, przekręcenie wyrazu, lub jego opuszczenie, błąd logiczny, redakcyjny, będący skutkiem wady procesu myślowo — redakcyjnego, które nasuwają się bez konieczności przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Niewątpliwym jest też, że omyłka pisarska może być dotknięty każdy zapis oferty i może ona dotyczyć dolanego znaku tego zapisu. Bezspornym także pozostaje, o innej omyłce z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, można mówić o ile: niezgodność wystąpiła w ofercie wykonawcy, nie jest oczywistą omyłką rachunkową albo oczywistą omyłką pisarską, nie jest wynikiem celowego działania wykonawcy i w wyniku jej poprawy nie zostaną wprowadzone istotne zmiany w treści oferty. Nie ulega dla zamawiającego wątpliwości, że niezgodność będąca inną omyłką dotyczy oświadczeń woli

wykonawcy i może polegać na niewłaściwym ujęciu informacji lub zobowiązania w ofercie, ale także na pominięciu pewnych informacji (brakach), albo podaniu sprzecznych informacji, a jej poprawa następuje przez ingerencję zamawiającego w te oświadczenia.

Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2018 roku (sygn. akt KIO 615/18, KIO 626/18), wyrok Izby z dnia 2 października 2013 roku (sygn. akt KIO 2256/13). Według zamawiającego poprawa błędu jako omyłki była możliwa do ustalenia bez konieczności poczynienia dodatkowych badań, na podstawie oferty przystępującego i porównania dokumentów tej oferty. W znaczeniu słownikowym „omyłką” jest niewłaściwe spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, pominięcia, błąd, pomyłka (Słownik języka polskiego PWN, <https://sip.pwn.pl>). W ocenie zamawiającego odwołujący nie dowodzi, że przedmiotowy błąd literowy ze swojej istoty nie może być omyłką. Odwołujący nie dowodzi również, że błąd literowy nie był efektem niezamierzonego działania przystępującego. Odwołujący nie udowodnił, że rzeczony błąd literowy nie był wyłącznie skutkiem przypadkowej niedokładności procesu redakcyjnego, przypadkowego przeoczenia przy redakcji tekstu. Co istotne, poza ogólnymi tezami odwołujący nie dowodzi też w żaden inny sposób, a nawet nie uprawdopodobnia, że działanie przystępującego było celowym sporządzeniem oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego. Niedorzecznością byłoby, bowiem, uznanie za racjonalne i logiczne zachowanie przystępującego (profesjonalista), gdyby ten w sposób świadomy wykorzystał do realizacji oferowanej usługi urządzenie „nieistniejące na rynku”

Potwierdzenie, możliwości poprawy błędu literowego w oznaczeniu nazwy konwertera skutkującego tym, że nazwa z tym błędem wskazuje na urządzenie, którego nie ma na rynku, jako oczywistej omyłki pisarskiej, można odnaleźć chociażby powołanym już wyroku Izby z dnia 18 maja 2018 roku, wydanym w połączonych sprawach, sygn. akt KIO 802/18, KIO 803/18 oraz w wyroku Izby z dnia 9 stycznia 2014 roku, sygn. akt 2956/13.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 przez odmowę udostępnienia odwołującemu informacji, zastrzeżonych przez przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nieprawidłową weryfikację tego zastrzeżenia (zarzut nr 2 odwołania), zamawiający zauważył, że wniosek złożony w dniu 25 września 2019 roku nie dotyczył udostępnienia oferty, a odnosił się wyłącznie do wezwań i wyjaśnień złożonych w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 i 1a ustawy. Ponadto, wniosek był ogólnie sformułowany, a jego sprecyzowanie nie odnosiło się on wprost do zadania nr 2. Zamawiający nadmieniał również, że w dniu 9 sierpnia br., w odpowiedzi na wniosek odwołującego z dnia 8 sierpnia br. o udostępnienie kopii ofert oraz wszystkich innych dokumentów składanych przez wykonawców w postępowaniu, jak też w odpowiedzi na analogiczny wniosek złożony przez przystępującego w dniu 9 sierpnia 2019 roku, zamawiający poinformował obu wykonawców, o udostępnieniu ofert w zakresie części jawnych na Platformie przetargowej Polskiego Radia

S.A. (<https://poslkeradio.logintrade.net>) oraz wskazał, że pozostała część ofert zostanie udostępniona w przypadku, gdy weryfikacja zasadności zastrzeżenia wykaże niezasadność dokonanych zastrzeżeń.

Zamawiający zawrócił, że również odwołujący dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec wskazanego przez siebie i oferowane sposobu wykonania usługi multipleksacyjnych zadaniu nr 2 a zakres zastrzeżenia był identyczny z zakresem dokonanym przez przystępującego. W następstwie podjętej weryfikacji zasadności poczynionych zastrzeżeń utajnione zamawiający w analogicznym zakresie uznał za je częściowo niezasadne. Brak zasadności, w obu przypadkach, odnosił do części opisowej wytworzenia strumienia ETI i EDI oraz regionalizacji strumienia ETI i EDI, a weryfikacja oparta była na złożonych materiałach w tym analogicznych uzasadnieniach, które w przypadku przystępującego odwołującego uznając za „ogólny opisowy tekst”. Przyjmując rzeczzone wnioski odwołującego za słuszne identyczną cechą należałoby przypisać również wykazaniu przez odwołującego zasadności poczynionego przez niego zastrzeżenia.

Ponadto w informacji z dnia 9 sierpnia br., o której mowa powyżej zamawiający poinformował również o momencie, w którym możliwe będzie udostępnienie pozostałych dokumentów postępowania. Mając niniejsze na względzie już w dniu 9 sierpnia br. odwołujący powziął wiedzę w tym przedmiocie, a uznając co można wywieść z argumentacji odwołania, że niniejszą informacją zamawiający zaniechał czynności, do której był zobowiązany mocą przepisów ustawy miał prawo odwołać się od tej zaniechanie udostępnienia dokumentów postępowania. Nie uczynił jednak tego. W konsekwencji, w opinii zamawiającego podejmowanie w tym momencie próby udowodnienia mu, w oparciu o rzeczzone argumenty, jakiegokolwiek naruszenia przepisów ustawy wydaje się, co najmniej, spóźnione.

Jako dowody zamawiający powołał:

- 1) wniosek odwołującego z dnia 25 września 2019 roku — pismo L.DZ. 2019/MT/483 w aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: „Wniosek PSAT o udostępnienie wyjaśnień Emitel 20190925”, numer katalogowy z wykazu dokumentów: 0186),
- 2) odpowiedź zamawiającego na wniosek odwołującego z dnia 25.09.2019r. (pismo BZP.B5.12.2019.KP.541/19 z dnia 25 września 2019 roku). W aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: „PRSA odp. na wniosek PSN udostępnienie wyjaśnień Emitel numer katalogowy z wykazu dokumentów: 0188),
- 3) pismo zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2019 roku (BZP.B5.12.2109.KP.420/19) odpowiedź na wniosek odwołującego z dnia 8 sierpnia br. — w aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: „PRS.A. pismo do PSN udostępnienie ofert numer katalogowy z wykazu dokumentów: 0121),
- 4) pismo zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2019 roku (BZP.B5.12.2109.KP.421/19) odpowiedź na wniosek przystępującego z dnia 9 sierpnia br. — w aktach postępowania

odwoławczego (plik o nazwie: „PRS.A._pismo do Emitel udostępnienie ofert”, numer katalogowy z wykazu dokumentów: 0123),

5) uzasadnienie zastrzeżenia przez odwołującego części złożonej oferty (plik o nazwie: „zał 5 wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy-sig”, plik poddane kompresji danych i zawarte w skompresowanym pliku o numerze katalogowym z wykazu dokumentów: 0105)

Zamawiający podniósł również, że zarówno części ofert, wobec których wykonawcy dokonali zastrzeżenia, jak też wyjaśnienia przystępującego, w związku z udostępnieniem których, odwołujący akcentuje rzekome trudności w ich pozyskaniu, zostały udostępnione i przekazane w terminie uwzględniającym prawo obu wykonawców do wniesienia środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego podejmowanych wyniku dokonanej weryfikacji, o czym każdorazowo wykonawcy (odwołujący i przystępujący) byli informowani w zawiadomieniach informujących o uznaniu za niezasadne ich zastrzeżeń. Poinformowany był też odwołujący w odpowiedzi na swój wniosek z dnia 25 września 2019 roku.

Jako dowody powołał:

1) odpowiedź zamawiającego na wniosek odwołującego z dnia 25.09.2019r. (pismo BZP.B5.12.2019.KP.541/19 z dnia 25 września 2019 roku),

2) pismo zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2019 roku (BZP.B5.12.2019.KP.475/19) informujące odwołującego o uznaniu zastrzeżenia dokonanego wobec treści oferty za częściowe niezasadne w aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: PRSA PSAT informacja niezasadne zastrzeżenie numer katalogowy z wykazu dokumentów: 0160),

3) pismo zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2019 roku (BZP.B5,12.2019.KP.476/19) informujące przystępującego o uznaniu zastrzeżenia dokonanego wobec treści oferty za częściowe niezasadne w aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: PRSA Emitel informacja niezasadne zastrzeżenie numer katalogowy z wykazu dokumentów: 0162).

Słuszność zarzutu odwołujący opiera się na dwóch lakonicznych twierdzeniach, z których wywodzi błędne wnioski. Odwołujący próbuje dowieść, że przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia, a co za tym, że zamawiający nieprawidłowo zweryfikował zasadność zastrzeżenia opierając się przede wszystkim na argumencie powołania przez przystępującego w uzasadnieniu poczynionych zastrzeżeń „podstawy i nieistniejącej od przeszło roku treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” i oparciu uzasadnienia na „nieistniejącym przepisie”, „nieistniejącej definicji”. Rzeczonemu wnioskowaniu nie można przyznać racji, a wnioskowanie jest zbyt daleko idące, nieracjonalne i w opinii zamawiającego graniczy wręcz z absurdem.

Przystępujący nie cytuje definicji ustawowej tylko powołuje jej elementy.

Niewątpliwie nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zmieniła brzmienie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, a definicja ujęta została w innej jednostce redakcyjnej. Z tego faktu, odwołujący błędnie jednak wywodzi, że czyni to przepis i definicję „nieistniejącymi”.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w brzmieniu po nowelizacji z sierpnia ubiegłego roku „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”. Z kolei zgodnie z definicją tajemnicy zawarta w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w brzmienie sprzed nowelizacji „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co, do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”.

Z powyższego wynika, że niezależnie od braku poprawności prawnej przywołaniu do starej jednostki redakcyjnej nadal tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których podjęte zostały działania w celu utrzymania ich w poufności. Zasadnicza zmiana związana jest z poszerzeniem ochrony wynikającej z tej ustawy na informacje, które nie były upowszechniane, jako całość, jak również informacje, które nie były upowszechniane w szczególnym ich zestawieniu lub zbiorze. W opinii zamawiającego zmiana ta nie ma jednak znaczenia z punktu widzenia istoty zarzutu. Podobnie zmiany redakcyjne osoby podejmujące działania utrzymujące informację w poufności, jak też zaakcentowania należytość tych działań, która również była wymagana w stanie prawnych właściwym dla poprzedniego brzmienia definicji. Przedmiotowa argumentacja dowodzi wprost o bezprzedmiotowości argumentu odwołującego.

Zamawiający zauważył, że przyjmując powyższe wnioskowanie odwołującego za słuszne, należałoby stwierdzić, że również odwołujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia dokonanego w stosunku do części swojej oferty, którą jednak zastrzegł. W uzasadnieniu rzeczonoego zastrzeżenie odwołują powołują się, bowiem, również na art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jako dowód zamawiający powołał: uzasadnienie zastrzeżenia przez odwołującego części złożonej oferty (plik o nazwie: „zal 5 wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy-sig”, plik poddane kompresji danych i zawarte w skompresowanym pliku o numerze katalogowym z wykazu dokumentów: 0105)

Odwołujący podniósł, że uzasadnienia przystępującego zastrzeżenia wyjaśnień przez niego złożonych to „w większości ogólny tekst, skopiowany w wyjaśnieniach”. Nie dowodzi jednak w żaden sposób, na czym ta ogólnikowość polega, w czym się przejawia. Nie dowodzi również,

że fakt posłużenia się skopiowanym tekstem” powoduje, że uzasadnienia w przypadku któregośkolwiek z wyjaśnień, jest nieadekwatne oraz, że jest to zakazane przepisami ustawy. Zamawiający wskazał, że o ile na wykonawcy dokonującym zastrzeżenie spoczywa obowiązek wykazania zasadności poczynionego zastrzeżenia, o tyle w postępowaniu odwoławczym, na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, że zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (vide: wyrok KIO z dnia 30 marca 2018 roku, sygn. akt 496/18). Zamawiający odwołał się do wyroku z dnia 2 stycznia 2018 roku (sygn. akt KIO 2606/17), wyroku z dnia 7 marca 2019 roku (sygn. akt KIO 298/19).

Zamawiający podkreślił, że art. 8 ust. 3 ustawy nie nakłada na wykonawców obowiązku udowadniania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przepisie tego artykułu jest mowa o „wykazaniu”. Zdaniem zamawiającego „wykazanie” nie jest równoznaczne z pojęciem „udowodnienie”. „przedstawienie dowodów”, które nie zostały użyte w tym przepisie. Zdaniem zamawiającego, w przypadku gdyby zamiarem ustawodawcy był wymóg przedstawienie dowodów, uwzględniając jego racjonalność, dałby temu wyraz wprost w art. 8 ust. 3 ustawy. Zamawiający nie kwestionuje, iż wykazanie oznacza coś więc niż zwykłe wyjaśnienie, nie mniej w opinii zamawiającego nie można wymogu wykazania łączyć z koniecznością przedstawianiem dowodów potwierdzających argumenty zawarte w uzasadnieniu. Z słownikiem języka polskiego (<https://sip.pwn.pl>) wykazać oznacza przedstawić coś w sposób przekonująco. Przenosząc niniejsze na grunt art. 8 ust. 3 ustawy (ustawa nie zawiera definicji legalnej pojęcia wykazanie), zdaniem zamawiającego, użyte w tym artykule pojęcie „wykazanie” należy rozumieć, jako rzeczową, rzetelną, logiczną i spójną argumentację, która uprawdopodobnia zasadność dokonanego zastrzeżenia. W konsekwencji, należy stwierdzić, że również samo uzasadnienia o ile spełnia powyższe przesłanki, może stanowi samodzielny środek dowodzący zasadności zastrzeżenia. W tym kontekście znamieny jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2017 roku (sygn. akt. KIO 1015/17). Powyższy wyrok przemawia również za koniecznością dokonywania weryfikacji in casum.

Zamawiający wskazał, że w obu uzasadnieniach, przystępujący nie tylko wskazał na charakter organizacyjny informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 87 ust. 1 i 90 ust. 1 i 1a ustawy, związany z rozwiązaniami przyjętymi w związku z oferowaną usługą, metodyką kalkulacji ceny i oszczędności, które dzięki przyjętym rozwiązaniom może przystępujący osiągnąć, ale również rzeczowo podał konkretne powody, dla który informacje te mają dla niego wartość gospodarczą, podał powody dla który informacje nie są ujawniane oraz skutki, jakie dla przystępującego wywoła ujawnienie tych informacji. Szczegółowo też argumentuje podejmowane w jego przedsiębiorstwie działania zarówno prawne jak i faktyczne zapewniające utrzymanie w poufności tych informacji. Treść złożonych uzasadnień, wbrew twierdzeniu odwołującego, jest rzeczowa, logiczna i spójna. Nie rodzi również wątpliwości, co,

do swojej prawdziwości i tego że ma ono oparcie w rzeczywistości. Tym samym wykazuje, a na pewno uprawdopodobnia, zasadność poczynionych zastrzeżeń.

Jako dowód zamawiający powołał:

- 1) uzasadnienie zawarte w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 30 sierpnia 2019 roku, (str. 12 15) — w aktach postępowania odwoławczego (plik skompresowany o nazwie: ODTAJNIONA CZ. WYJAŚNIENÍ Emitel”, numer katalogowy z wykazu dokumentów: 0205),
- 2) uzasadnienie zawarte w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 13 września 2019 roku (str. 22) - w aktach postępowania odwoławczego (plik skompresowany o nazwie: ODTAJNIONA CZ. WYJAŚNIENÍ Emitel”, numer katalogowy z wykazu dokumentów: 0205).

Żądanie przedstawienia dodatkowych dokumentów, potwierdzających argumenty zawarte w uzasadnieniach, w tym przypadku byłoby nie tylko zbytnim formalizmem, ale i wymogiem nieproporcjonalnym do celu, który prześwieca wykazaniu.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia ofert złożonej w czynie nieuczciwej konkurencji zamawiający podniósł, iż również w tym przypadku argumentacja odwołującego oparta jest na zdawkowych twierdzeniach, w których upatruje automatycznie czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie sprzedaży usługi poniżej kosztów wytworzenia. W twierdzeniu tym opiera się jednak wyłącznie na różnicy procentowej ceny i stawki usługi z roku 2017 do ceny i stawki usługi z roku 2019, odnosząc je do wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego i wywodząc z tego, że ceny są nierealne, niewiarygodne i stanowią, wskazany powyżej czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, twierdzi dalej, że cena i stawki nie są w ogóle wynikiem kalkulacji kosztów oraz że według dostępnych odwołującemu, informacji jest oferowane są poniżej kosztów wytworzenie. Odwołujący nie udowadnia żadnego z tych twierdzeń. W szczególności nie dowodzi, dlaczego cena i stawki nie są wynikiem kalkulacji kosztów świadczenia przez przystępującego usług multipleksacyjnych. Nie precyzuje informacji, w posiadaniu, których niejako jest, a które wskazują rzekomo na zaoferowanie ceny poniżej kosztów ujętych w ww. kalkulacji. W ogóle nie dowodzi faktu istnienia tych informacji, mimo, że ciężar dowodu spoczywa na nim i poprzestaje wyłącznie na domniemaniach. Samo domniemanie zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji jest, w ocenie zamawiającego, niewystarczające do sformułowania powyższego zarzutu.

Powołał się na Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 marca 2018 roku, w sprawie o sygn. akt V CSK 217/17, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 września 2017 roku (sygn. akt I ACa 805/16), wyrok z dnia 6 grudnia 2017 roku, sygn. akt I ACa 556/17)

Odwołujący w żaden sposób nie dowodzi, że określenie przez przystępującego ceny i stawek niższych w stosunku do tych z roku 2017 nie jest mieszczącą się w ramach prawa i dozwoloną rywalizacją rynkową.

Odwołujący pominął też, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji muszą łącznie zostać spełnione dwie przesłanki, tj. dany podmiot musi utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców.

Również kolejny argument dominacji rynkowej przystępującego, podnoszony przez odwołującego nie dowodzi o dopuszczeniu się przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji. Powołał wyrok SA w Warszawie z dnia 15 grudnia 2015 roku, I ACa 485/15).

Odwołujący nie twierdzi, że cena zaoferowana przez przystępującego w zadaniu nr 2 wyeliminuje go z rynku usług emisji DAB+. Sama zaś możliwość eliminacji, jak wynika z przywołanych orzeczeń, w ocenie zamawiającego, jest niewystarczająca do sformułowania powyższego zarzutu.

Podnosząc zarzut zaniechania odrzucenia oferty rażąco zaniżonej pod względem ceny, odwołujący kategorycznie twierdzi, iż cena oferty przystępującego w kwocie 3 517 864, 42 zł brutto jest ceną rażąco niską. Rzeczone twierdzenie opierających się na kilku тезach i argumentach oraz wnioskach będących próbą ich powiązania, które są de facto założeniami i przypuszczeniami odwołującego. Nie dowodzi natomiast, w jaki sposób, w jego ocenie, rozszerzenie wymogów przedkłada się na wysokości stawek za godzinę świadczenia usług. Przyjmuje wyłącznie i niejako automatycznie, że rozszerzenie wymogów musi w praktyce skutkować wpływem na wysokość tych stawek.

Oparcie się zaś wyłącznie na arytmetycznych różnicach nie stanowi podstawy do uznania ceny za rażąco niską. Może być jedynie podstawą wystosowania wezwania do wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny (vide: wyrok KIO z 13.06.2017r., KIO 1066/17). W tym przypadku Odwołujący nie wskazuje również i nie dowodzi okoliczności, które w jego ocenie świadczą o rażąco niskiej cenie.

Po trzecie zarzut oparty zostaje różnicy arytmetycznej pomiędzy wysokością stawek za godzinę świadczenia usług oferowanych w zadaniu nr 2, a w wysokością stawek za godzinę świadczenia usług oferowanych w zadaniu nr 1 (nazwa zadania: multipleksacja w okresie 12 miesięcy). Odwołujący uznaje przedmiotowe różnice za niezasadne i wskazuje, że między nimi powinna zachodzić odwrotna relacja, tj. stawka za godzinę usług świadczonych w okresie 12 miesięcy winna być niższa od stawki za godzinę usługi świadczone w okresie 36 miesięcy. Powołuje się przy tym ponownie na rozszerzone wymagania i zakłada, że automatycznie i wprost proporcjonalnie wpływają one na poniesie istotnych nakładów inwestycyjnych, Jako powód wskazuje też na dłuższy okres świadczenia usług. Nie dowodzi i nie precyzuje, że w tym przypadku faktycznie istnieje zależność wprost proporcjonalna wzrostu stawki do długości okresu świadczenia usług. Nie tłumaczy w żaden sposób zasadności swojego twierdzenia. Nie

wskazuje również zakresu, w którym rozszerzenie wymogów wymusza poniesienie istotnych nakładów.

W swoich rozważaniach, odwołujący zdaje się także zapominać, że choć ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy, spoczywa w postępowaniu odwoławczym na wykonawcy, który złożył taką ofertę, albo zamawiającym, Odwołujący nie jest zwolniony z dowiedzenie swoich racji uzasadniających podniesione zarzuty, a nie tylko oparcia ich na przypuszczeniach, założeniach i domniemaniach.

W dalszej kolejności, odwołujący opiera zarzut na kategoriycznym uznaniu za niewiarygodne wyjaśnień przystępującego, iż infrastruktura niezbędna do realizacji usług istnieje uznając je ponownie za sprzeczne z ww. zakresem rozszerzonych wymóg funkcjonalnych dla usług objętych zakresem przedmiotowym zadania nr 2 oraz wnioskując jak wynika z treści odwołania wyłącznie z wykazu urządzeń, że przystępujący w „bardzo istotnym stopniu” planuje wykonać usługi z użyciem nowych urządzeń i instalacji. Twierdzenie to jest jednak kolejnym założeniem i przypuszczeniem odwołującego. Wydaje się, że odwołujący a priori zakłada, że rozszerzenie wymogów musi determinować po stronie przystępującego, wymianę wszystkich urządzeń, sieci infrastrukturalnej, infrastruktury systemowej, przez które do tej pory świadczone były usługi. Odwołujące próbuje wykazać rację powyższych twierdzeń, na przykładzie urządzeń producenta AVT podejmując przy tym założenie, że wszystkie te urządzenia będą urządzeniami nowymi, zakupionymi przez przystępującego na potrzeby świadczenia usług w zadaniu nr 2. Wskazuje przy tym orientacji łączny koszt tych urządzeń, który jak wynika z dalszych rozważań odwołującego oparty został na cenach otrzymanych przez odwołującego od AVT i odnosi go do wartości netto oferty przystępującego w zadaniu nr 2, wskazując, że stanowi on 75% jej wartość. Odwołujący twierdzi, że przystępujący nie mógł otrzymać korzystniejszych cen, przy czym nie popiera tego żadnym dowodem. Nie sposób za taki dowód uznać twierdzenia „wbrew ustnym deklaracjom wyłącznego dystrybutora sprzętu w Polsce, jak i bezpośrednio przedstawicieli niemieckiego producenta”. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnia, że takie deklaracje zostały złożone. W związku z tym twierdzenie to może być wyłącznie domniemaniem, które, w kontekście poniższych okoliczności, nie można uznać za wiarygodne.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu odwołał się do znaczenia pojęcia rażąco niskiej ceny na gruncie orzecznictwa. wyrok KIO 22/17 z dnia 19 stycznia 2017 roku, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 roku, sygn. akt XIX Ga 128/08, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 88/09)

W ocenie zamawiającego niewątpliwym jest, że poziom rynkowości cen, a co za tym ich realności wyznaczany jest przez ogólna sytuację gospodarczą panującą w danej branży, jej otoczeniu biznesowym. W tym kontekście nie może budzić wątpliwości, że poziom ten wyznaczany jest de facto przez ceny przystępującego, albowiem - co podnosi odwołujący —

jest on jedynym podmiotem świadczącym usługi multipleksacji. Zamawiający wskazał, że do tej pory żaden z operatorów telekomunikacyjnych, w tym odwołujący, nie de facto był zainteresowany świadczeniem usług multipleksacyjnych DAB+ ani DVB-T. Odwołujący złożył ofertę na te usługi tylko w roku 2013. Oferta nie spełniła jednak wymogów opisu przedmiotu zamówienia. Po tym roku odwołujący, ani też inny operator nie podjął nawet próby uzyskania świadczenia tych usług.

Jako dowód zamawiający powołał:

1) informacja z otwarcia ofert w postępowaniu na usługi emisji programów Polskiego Radia w systemie DAB+ (BZ-DZP.B5. 7.2017) — załączona do odpowiedzi na odwołanie,

2) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na usługi emisji programów Polskiego Radia w systemie DAB+ (BZ-DZP.B5.26.2016) załączone do odpowiedzi na odwołanie,

3) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na usługi emisji programów Polskiego Radia w systemie DAB+ (BZ-SZP 51/13) — załączone do odpowiedzi na odwołanie

Zamawiający podniósł, iż z porównania wykazu urzędzeń w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia z wykazem urzędzeń złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które poprzedziło zawarcie umowy, w oparciu, o którą, przystępujący świadczył usługi multipleksacji do 30 września 2019 roku (umowa BZ/OI 718/17 z dnia 29.09.2017r. przedłożona przez odwołującego, jako dowód w sprawie) oraz wyjaśnień przystępującego złożonych w trybie art. 90 ust. 1 pkt la) ustawy bezsprzecznie wynika, że świadczenia usług multipleksacji zgodnie z rozszerzonymi wymaganiami nie będzie związane z poniesieniem nakładów w zakładanej przez odwołującego skali.

Z uwagi na fakt, że źródłem poniższego są między innymi informacje stanowią zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, argumentacja zamawiający ogranicza się w tym momencie do ogólnych twierdzeń i wskazania poziomu skali kosztów i oszczędności.

Z ww. dokumentów wynika, że w odniesieniu do urzędzeń AVT, by świadczy usługi z rozszerzonymi wymaganiami przystępujący musi ponieść nakłady inwestycyjne związane z nabyciem: multiplekserów DAB+, konwerterów ETI/EDI oraz ETI/EDI przełącznik i konwerter, a ich wartość jest o 35 % niższa od wartości zakładanej i wskazywanej przez odwołującego i stanowią nie 75%, a 48,9 % ceny oferty przystępującego. Przedmiotowe dokumenty dowodzą również, że wbrew tezie odwołującego, przystępujący będzie wykorzystywał dotychczasową infrastrukturę sieciową, sprzętową i obiektową do monitoringu, usług kontrybucji, pozyskiwania danych, przygotowania sygnałów synchronizacji, zasilania energetycznego. Złożone wyjaśnienia dowodzą, iż dzięki powyższemu przystępujący uzyskuje poziomom oszczędności w wysokości 18,7 % wartości zamówienia ustalonej przez odwołującego.

Jako dowód zamawiający powołał:

1) wykaz urzędzeń w zadaniu nr 2 — w aktach postępowania odwoławczego (plik nazwie: Wykaz urzędzeń dla zadania nr 2” poddany kompresji danych i ujęty zarówno w skompresowanym pliku o numerze katalogowym z wykazu dokumentów: 0107 z częścią oferty przystępującego zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa, jak też skompresowanym pliku o numerze katalogowym z wykazu dokumentów: 0198 zawierającym odtajnioną część oferty przystępującego,

2) wykaz urzędzeń wykorzystywanych przy usługach świadczonych do dnia 30 września 2019 roku — załączony do odpowiedzi na odwołanie,

3) wyjaśnienia przystępującego z dnia 30 sierpnia 2019 roku — w aktach postępowania odwoławczego, objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa (plik o nazwie: Emitel wyjaśnienia zastrzeżone TJP 90 ust. 1 i 87 ust. 1 30082019, numer katalogu z wykazu dokumentów: 0158),

4) informacje o cenach nabywanych przez przystępującego urzędzeń — wyciąg z oferty kontrahenta, stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. W aktach postępowania Odwoławczego (plik skompresowany o nazwie: Emitel wyjaśnienia_zastrzezenie TJP 130919, numer katalogowy z wykazu dokumentów: 0171)

W swoich wywodach odwołujący niejako zrównując ze swoją sytuację przystępującego, zupełnie pomija, że na rynku dla każdego z wykonawców istnieją odmienne czynniki, pozwalające obniżenie ceny, które niekoniecznie muszą być dostępne, czy dostępne w identycznym zakresie wszystkim podmiotom działającym na rynku.

Zamawiający powołał wyrok z dnia 8 lutego 2013 roku (sygn. akt KIO 177/13).

Mając na względzie powyższe nie sposób uznać, że cena oferty przystępującego jest ceną rażąco niską.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 pkt 1a) ustawy, art. 90 ust. 2 i 3 oraz ustawy 7 ust. 1 ustawy (zawarte w zarzucie nr I odwołania) przez zaniechanie odrzucenia oferty, mimo, że przystępujący nie wykazał, że cena nie jest rażąco nisko, ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zamawiający wskazał, co następuje.

Odwołujący wywodzi zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy z faktu, wezwania przystępującego do wyjaśnień wątpliwości, jakie — co istotne nie tylko w zadaniu nr 2 - budził wybiórczy i pozbawiony konsekwencji mechanizm obniżania stawek za świadczenie usług w okresie 36 miesięcy w stosunku do stawek oferowanych za te usług w okresie 12 miesięcy. Swoje wywody opiera na wyrwanych z kontekstu wezwania zdaniach oraz błędnej interpretacji treści wezwania i niezrozumieniu istoty różnicy pomiędzy jednym i drugim wezwaniem. Odwołujący ograniczył swoje twierdzenia do de facto do jednego argumentu, że oba wezwania dotyczyły cen. W następstwie wywodzi, że wzywając do wyjaśnień zastosowanego

mechanizmu, zamawiający zamierzenie zmienić podstawę prawną wezwania i dokonując rzeczony czynności naruszył art. 7 ust. 1.

Uwzględniając, przy tym zarzucie, argumentację i dowody przedstawione przez zamawiającego w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, opierając się na treści wezwań zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2018 roku oraz z dnia 9 września 2019 roku, zamawiający podniósł, iż - wbrew twierdzeniom odwołującego wystosowane w dniu 9 września 2019 roku wezwanie nie było wezwaniem do sposobu wyliczenia stawek, a wezwaniem do wyjaśnienia samego mechanizmu, który z uwagi na wspomnianą wybiórczość budził wątpliwości. Poziom wysokości stawek w zadaniu nr 2 nie budził już wątpliwości, albowiem złożone wyjaśnienia w tym zakresie stanowiły wystarczająco dowodzący, że cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Ponadto, odwołujący zdaje się nie wiedzieć, że art. 90 ust. 1 pkt 1a) ustawy, którego naruszenie zarzuca zamawiającemu, nie odnosi się do cen jednostkowych tylko o ceny całkowitej oferty.

Podnosząc przedmiotowy zarzut, odwołujący ponownie bezrefleksyjnie pomija, iż identyczne wątpliwości, pojawiły w przypadku oferty odwołującego, złożonej w zadaniu nr 18 przedmiotu zamówienia. Pomija również, że wezwanie kierowane do niego o treści analogicznej — miejscami wręcz tożsamej z wezwaniem przystępującego z dnia 9 września 2019 roku — oparte było na art. 87 ust. 1 ustawy.

Jako dowód zamawiający powołał:

- 1) wezwanie odwołującego z dnia 24 sierpnia 2019 roku (pismo BZP.B5.12.2019.KP.456/19) — w aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: „ PRASA wezw.PSN art. 87 ust. I numer katalogowy z wykazu dokumentów: 0144),
- 2) wezwanie przystępującego z dnia 9 września 2019 roku (pismo BZP.B5.12.2019.KP.494/19) — w aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: PRASA wezw.Emitel 87ust.1 info poprawie_090919 ", numer katalogowy z wykazy dokumentów: 0168),
- 3) wezwanie przystępującego z dnia 30 sierpnia 2018 roku (pismo BZP.B5.12.2019.KP.457/19) — w aktach postępowania odwoławczego (plik o nazwie: PRASA wezw.Emitel art.90ust.1i la art.87ust. I numer katalogowy z wykazy dokumentów: 0146).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy, zamawiający zwrócił uwagę, że zarzut ten, jest kolejnym opartym na przypuszczenia odwołującego, jego domniemaniach i hipotezach. Niewątpliwie bezspornym jest, że stanie faktycznym postępowania, z uwagi na ziszczenie się jednej z przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 1 pkt 1a) ustawy, zamawiający był zobowiązany do wezwaniach przystępującego do wyjaśnień wysokości ceny w zadaniu nr 2. (vide; wyrok KIO 2471/18 z dnia 13 grudnia 2018 roku). Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien przede wszystkim odnieść się do tych elementów

oferty, które budzą wątpliwości zamawiającego wskazane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Może jednak wskazać, że powodem znaczącego obniżenia ceny były inne okoliczności, i wówczas powinien wykazać, dzięki jakim czynnikom cena została obniżona (vide: Dzierżanowski Włodzimierz. Jerzykowski Jarosław. Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII).

Jak zostało wskazane w części odnoszącej się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, w złożonych wyjaśnieniach przystępujący wskazał szczegółowe okoliczności, które pozwoliły mu na obniżenie ceny. Wskazał również poziom oszczędności z nimi związanych. Wyjaśnienia dostatecznie dowodziły, że cena oferty nie jest rażąco niska, a jej obniżenie wynika z obiektywnymi czynnikami, właściwymi dla przystępującego, a związanymi możliwością wykorzystania dotychczas użytkowej infrastruktury sieciowej, sprzętowej oraz części urządzeń.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości i przeprowadzenie dowodów z ograniczeniem dostępu odwołującemu do tych dokumentów, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego.

Przystępujący potwierdził, że faktycznie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wyznaczył Emitel, jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym hurtowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym w drodze decyzji z dnia 17 stycznia 2018 roku sygn. nr DHRT.SMP.6040.2.2017.177. Jednakże decyzja ta nakłada na przystępującego obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej. Jak wskazuje Prezes UKE na str. 70 cyt. decyzji „Obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej nałożony na przystępującego stanowi adekwatny środek wobec stwierdzonych problemów rynkowych na rynku właściwym. Ponieważ jest jedynym skutecznym środkiem umożliwiającym przeciwdziałanie pojawieniu się zjawiska subsydiowania skrośnego celu stosowania antykonkurencyjnego zawężania marży. Jednym ze stwierdzonych prawidłowego funkcjonowania rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczenia treści radiofonicznych użytkownikom końcowym jest stosowanie przez Emitel niższych cen na obszarach, gdzie .spotyka się z konkurencją ze strony operatorów alternatywnych przy jednoczesnym zawyżaniu cen w obszarach, w których taka konkurencja nie występuje. Celem nałożenia obowiązku rachunkowości regulowanej jest zidentyfikowanie tego typu praktyk poprzez analizę przepływów finansowych dotyczących poszczególnych obszarów działalności EmiTel i w szczególności zapobieżenie dyskryminacji cenowej oraz stosowaniu praktyki margin squeeze. w oparciu o informacje uzyskane na podstawie obowiązku rachunkowości regulacyjnej, możliwe jest monitorowanie wartości opłat transferowych pomiędzy wyodrębnionymi rodzajami działalności oraz ocena kondycji finansowej operatora: wyniku

każdej działalności odrębnie oraz zbiorczo, poziomu kosztów, przychodów, średniorocznego kapitału zaangażowanego.

Tym samym określone w powołanym akcie administracyjnym mechanizmy weryfikacji cen stosowanych przez przystępującego zabezpieczają przed wystąpieniem sytuacji, w której przystępujący mógłby świadczyć usługi poniżej kosztów ich wytworzenia. Przystępujący jest większym przedsiębiorstwem od PSIN Infrastruktura Sp. z o.o. skala działalności pozwala mu więc oferować usługi taniej aniżeli robiłby to przedsiębiorca o ograniczonym potencjale biznesowym i technicznym. W ocenie przystępującego nie jest więc dopuszczalne porównywanie możliwości obu przedsiębiorców co do możliwości konkurencyjności ceną lub zakresem usług.

Usługa kodowania i multipleksacji oferowana w zadaniu nr 2 posiada następujące cechy:

- a) Przystępujący jest jedynym oferentem posiadającym na rynku tak duże doświadczenie w świadczeniu usługi kodowania i multipleksacji nadawcom radiowym.
- b) Przystępujący Świadczy usługi kodowania i multipleksacji różnym przedsiębiorcom m.in. nadawcom telewizyjnym, nadawcom radiowym lub innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym — łącznie 29 podmiotom.
- c) Oferenci, którzy zamierzaliby oferować usługi kodowania i multipleksacji musieliby ponieść koszt pozyskania know — how, przeszkolenia kadr i pozyskania specjalistów, przy czym przystępujący już dysponuje takim potencjałem zdobytym na bazie swojej wieloletniej współpracy ze swoimi Klientami.
- d) Jedynie przystępujący ma doświadczenie we współpracy z zamawiającym w oparciu o model współpracy określony w niniejszym postępowaniu. Bazując na tym doświadczeniu, Emitel ma możliwość oceny ryzyk prawnych i technicznych, jakie wiążą się z współpracą tego typu.
- e) W stosunku do dotychczasowych postępowań, nie zmieniły się znacząco warunki prawne współpracy z zamawiającym.
- j) Przystępujący, w przeciwieństwie do odwołującego, działa na różnych rynkach, m.in. transmisji sygnału telewizyjnego naziemnego, transmisji sygnału telewizyjnego internetowego. Procesy wytwórcze oraz metodyki wypracowane na takich rynkach są natychmiast dostępne dla przystępującego przy realizacji usług kodowania i multipleksacji. Pozwalają na faktyczne oszczędności, np. w przypadku systemów zarządzania obsługą awarii. Tylko przystępujący może wykazać się posiadaniem znaczącego doświadczenia i kumulacji wiedzy związanych ze świadczeniem usług kodowania i multipleksacji dla różnych klientów. Organizacja przystępującego wywodzi się z przedsiębiorstwa państwowego, które powstało w latach 70 ubiegłego wieku i było dedykowane do obsługi zamawiających w niniejszym postępowaniu.
- g) Przystępujący od wielu lat świadczy usługi zamawiającemu i nigdy nie było zastrzeżeń co do jakości realizowanych usług. Przystępujący ma więc wiedzę, dzięki której jest w stanie

prawidłowo, optymalnie kosztowo i bezpiecznie zestawiać usługi kodowania i multipleksacji. Odwołujący nigdy nie świadczył zamawiającemu usług kodowania i multipleksacji.

h) Przystępujący działając na rynku konkurencyjnym wykorzystuje wszystkie dostępne mu możliwości, by złożyć ofertę konkurencyjną, analizuje dostępne możliwości i przewagi rynkowe. Przewagą rynkową przystępującego jest wykorzystywanie używanego, zamortyzowanego sprzętu (urządzeń) do Świadczenia usługi. Przedmiot zamówienia określony w Zadaniu nr 2 to usługa, która dotychczas była świadczona przez Emitel na rzecz zamawiającego i wymaga jedynie pewnych modyfikacji. Nie ma konieczności budowania usługi „od zera”. Usługę „od zera” zobowiązany jest budować odwołujący.

i) Właścicielem przystępującego jest fundusz Inwestycyjny, co pozwala przystępującemu na pozyskiwanie różnego rodzaju źródeł finansowania. Przystępujący nie musi korzystać z zewnętrznego finansowania „budowy tej usługi” może ją sfinansować z bieżącej działalności. W przypadku odwołującego musi on uwzględnić również koszt kapitału.

Kwestie te miały zasadnicze znaczenie dla odmienności kalkulowania ceny zarówno przez przystępującego jak i odwołującego.

W tym ujęciu dla przystępującego to co jest ceną rynkową dla odwołującego jest ceną nierealną bo trzeba sfinansować: know-how, specjalistów, szkolenia, koszt kapitału, całość sprzętu, dodać narzut na ryzyko bo nigdy takich usług nie świadczył. W takiej sytuacji przystępujący został wezwany do wykazania oszczędności wymaganych dyspozycją przepisu art. 90 ust 2 ustawy przy czym jest to dla przystępującego normalna cena rynkowa.

Oszczędności takie mogą jedynie wynikać z dysponowania już zamortyzowanymi urządzeniami w postaci: dekoderów Magic AD1, Fraunhofer ContentServer, posiada aktywne łącza których nie musi nabywać na rynku (posiada przyłącza światłowodowe w siedzibach zamawiających co znajduje potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia Załącznik nr I do SIWZ), dysponuje zegarem atomowym do synchronizacji sieci, posiada doświadczoną kadre, ma możliwość pozyskania atrakcyjnych rabatów na zakup urządzeń.

Przystępujący ma też możliwość korzystania dla zadania nr 2 z efektu skali w związku z wykorzystaniem jednego systemu monitoringu usług, czy systemu monitoringu multipleksacji (wykorzystywanych dotychczas).

Dodatkowo przystępujący ma możliwość wykorzystania efektu zakresu w postaci wykorzystania Infrastruktury sieciowej zlokalizowanej w tym samym budynku do usług świadczonym innym klientom (przykładem jest stacja czołowa IPTV lub przyłącza Światłowodowe w siedzibach Rozgłośni Regionalnych oraz siedzibie Polskiego Radia na co już wskazuje pkt. 14 Załącznika nr I do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia). Odwołujący nie dysponuje takimi istniejącymi łączami światłowodowymi i musiał je zakupić.

Przewagą kosztową Emitel będą też tworzyć aktywa posiadane przez Emitel. Zgodnie ze złożoną ofertą, do świadczenia usług przystępujący zamierza w dużej mierze wykorzystać

posiadane już zasoby sieciowe, uzupełniając je o elementy niezbędne do osiągnięcia wymagań SIWZ. Oznacza to że skala inwestycji przystępującego jest mniejsza aniżeli inwestycji odwołującego lub założeń zamawiającego.

Wartość istniejącej Infrastruktury, którą zamierza przystępujący wykorzystać do świadczenia usługi opiewa na kwotę 1.2 mln zł netto. Oznacza to że już w momencie złożenia oferty zamawiającemu może wykorzystać powstałą oszczędność bez szkody dla marży. Kolejną oszczędność mogą przynieść udzielone rabaty na zakup urządzeń.

Odwołujący jako zasadniczą argumentację na poparcie swojej tezy przedstawia wyliczenie kosztu zakupu urządzeń telekomunikacyjnych przez przystępującego. Odwołujący wskazuje przy tym, że ma wiedzę o tym, iż przystępujący posiada część urządzeń, jednak zdaniem odwołującego przystępujący musi zakupić pewne urządzenia AVT.

Odwołujący przedstawił zestawienie tabelaryczne urządzeń, które jak ocenił Emitel musiał nabyć na potrzeby realizacji zadania nr 2. Odwołujący ocenił, że wartość netto tego sprzętu stanowi aż 75% wartości netto usługi oferowanej przez przystępującego w zadaniu 2 i około 2 160 000zł. wobec 2 860 052,40zł., co zdaniem przystępującego oznacza, że koszty te nie przekroczyły 100% ceny zaoferowanej usługi i nie są przydatne do wykazania przesłanki rażąco niskiej ceny. Dodatkowo te wyliczenia są obarczone błędami. Są wyliczone w oparciu o własną ofertę odwołującego, którą sam otrzymał od dystrybutora urządzeń firmy AVT Audio Video Technologies GmbH, tj. Zakład Elektroakustyki Profesjonalnej Lubiński Sp. j. Przystępujący zaś oparł się jednak w wyliczeniach ceny na bazie zindywidualizowanej oferty tego dystrybutora. Oferta dystrybutora, którą otrzymał przystępujący zawiera istotne opusty i dodatkowo podlegała negocjacom przez wyspecjalizowane Biuro Zakupów przystępującego. Przystępujący zatrudnia wyspecjalizowanych pracowników, których zadaniem jest przeprowadzenie negocjacji z dostawcami i producentami urządzeń. Wartość takich rabatów była istotną oszczędnością przystępującego.

Odwołujący błędnie ujął w wykazie koszt urządzeń MAGIC AD1 ETI/EDI Monitoring Decoder, bowiem przystępujący wykorzystał w Zadaniu nr 2 zamortyzowane urządzenia MAGIC AD1 ETI Decoder, które osiągnęły wymaganą przez zamawiającego funkcjonalności w drodze modernizacji urządzenia. Emitel nie poniesie więc kosztu zakupu urządzeń, ale jedynie koszt zakupu aktualizacji oprogramowania i karty Eth.. Przystępujący przedstawił w wyjaśnieniach, że wartość takich czynności nie przekroczy 17% wartości nowego urządzenia.

Przystępujący szczegółowo w wyjaśnieniach wskazał jakie urządzenia musi nabyć a które z dotychczas zaangażowanych urządzeń jest w stanie ponownie wykorzystać w celu realizacji Zadania nr 2.

Urządzenia które zostaną dokupione dodatkowo na potrzeby przetargu dla zadania nr 2

1 D-VAUDAX Basic Multiplexer DV2AE EDI&ETI zamiast tego urządzenia dokupi Magic DABMUX Go RF RM z firmware wersji "plus" oraz Emergency Warning Break-In Upgrade

- 2 PAD-Server nie wykorzysta tego urządzenia
- 3 ContentServer Fraunhofer Pro wykorzysta to urządzenie
- 4 Audio Encoder Magic AEI DAB+ dokupi MAGIC AE4 DAB/DAB+Audio Encoder
- 5 MAGIC AD1 ETI Decoder wykorzysta to urządzenie
- 6 Measura ETI Monitor MES22ET wykorzysta to urządzenie
- 7 EasySPY DAB/4x ETI wykorzysta to urządzenie
8. Dokupi MAGIC SDC ETI/EDI Switch & Converter
- 9 Dokupi MAGIC EEC ETI/EDI Converter

Przystępujący wskazał, że element rozszerzonego zakresu monitorowania — rzekomo istotny dla powstania struktury kosztów w tym zadaniu — jest realizowany obecnie przez przystępującego przez urządzenia MAGIC AD1 ETI Decoder, które zostaną z zgodnie z ppkt b) ust. 13, zmodernizowane do postaci MAGIC AD1 ETI/EDI Monitoring Decoder.

Skoro zasadniczym kosztem usługi oferowanej przez przystępującego jest koszt urządzeń to brak wykazania, że koszty przystępującego uzyskania takich urządzeń są wyższe od ceny określonej w ofercie skutkować winien oddaleniem zarzutu odwołania.

Odwołujący twierdzi, iż cena zaoferowana przez przystępującego jest zaniżona, gdyż przystępujący w ubiegłych latach świadczył usługi na rzecz zamawiającemu z wykorzystaniem wyższych cen (cen wynikających z „umowy dnia 29.09.2017 r. zawartej między przystępującym a zamawiającym m.in. na wykonywanie zadań multipleksacyjnych przez okres 24 miesiące do dnia 30.09.2019 r. (...) za okres 12 miesięcy wartość: netto zamówienia (koszt netto multipleksu) wynosi 1 339 000 zł. Jednocześnie odwołujący wskazał, że „wymogi zamawiającego wobec usług w zadaniu nr 2 zostały rozszerzone w stosunku do analogicznych usług wykonywanych dotychczasowo”.

Przystępujący uważa, że nie ma jednak obowiązku wyjaśniania cen historycznych w poprzednich przetargach. Zauważył, że w zakresie usług kodowania i multipleksacji obserwuje się duży postęp technologiczny a co za tym idzie ceny urządzeń ulegają obniżeniu mimo rosnącej ciągle ich funkcjonalności.

Odwołujący zakwestionował zaoferowane przez przystępującego ceny także ze względu na różnicę ceny usługi określonej w zadaniu nr 1 i zadaniu nr 2, wnioskując, że stawki na usługi w zadaniu nr 2 (Świadczone w okresie 36 miesięcy) są o około 25% niższe od stawek za analogiczne usługi w zadaniu nr 1 (Świadczone w okresie 12 miesięcy), co ma w przekonaniu odwołującego dowodzić nierealności ceny za usługi świadczone w zadaniu nr 2. Przystępujący wyjaśnił, że już sam odwołujący w innym miejscu wskazał, że zakresy usług w zadaniu 1 i zadaniu nr 2 nie są tożsame. Przystępujący w piśmie z dnia 13 września br precyzyjnie wyjaśnił przyczynę występowania różnic struktury kosztowej pomiędzy zadaniami nr 1 i zadaniami nr Przystępujące jeszcze raz wymienia powody tych różnic:

a) Zużycie sprzętu wymusza dodatkowy narzut związany z serwisem, bazą części zamiennych oraz ryzykami prawnymi z tytułu nienależytego świadczenia umowy. Są to dodatkowe koszty zaalokowano do zadania nr 1.

b) W zadaniu nr 1 są wyższe koszty utrzymania. W zadaniu nr 2 koszty utrzymania są zniwelowane udzielonymi gwarancjami producentów urządzeń.

c) W zadaniu nr 1 przystępujący musi zatrudnić więcej specjalistów do obsługi urządzeń, które ze względu na zużycie wymagają częstszych prac serwisowych.

d) W zadaniu nr 2 urządzenia zużywają średnio 7 razy mniej energii elektrycznej.

e) W zadaniu nr 2 wystąpią efekty synergii ze świadczeniem usług na rzecz innych klientów.

f) W zadaniu nr 1 wyceniono dodatkowo ryzyko przerw, które mogą zaistnieć w związku z deinstalacjami urządzeń. Takie ryzyko zachodzi nie tylko w odniesieniu do usługi określonej w zadaniu nr 1, ale również innych usług świadczonych dla podmiotów trzecich. Odwołujący nie mając innych klientów, nie liczy się z takim ryzykiem. Przystępujący natomiast musi wycenić koszty dodatkowej obsługi osobowej w momencie deinstalacji starych urządzeń.

Ponoszone więc koszty w zakresie zadania nr 1 nie mogą być automatycznie przenoszone jako element kalkulacji ceny w zadaniu nr 2.

Przystępujący dodatkowo podniósł, że odwołujący nie złożył oferty na Zadanie nr 1, nie musiał więc się liczyć z ryzykiem przerw w świadczeniu usługi kodowania i multipleksacji w momencie zakończenia realizacji zadania nr 1 i rozpoczęcia świadczenia zadania nr 2.

Przystępujący od wielu lat świadczy usługi tego typu zamawiającemu, a pierwsze uruchomienia usług kodowania i multipleksacji miały już miejsce w roku 2008. Przystępujący posiada gotowe ciągi technologiczne, które po pewnych modyfikacjach pozwalają niezwłocznie rozpocząć świadczenie usługi zamawiającemu. Nie ma więc ryzyka, że takie usługi nie zostaną uruchomione.

W zakresie zaniechania odtajnienia przystępujący stwierdził, iż nie zastrzegł w postępowaniu. kart katalogowych urządzeń lub opisów funkcjonalnych proponowanego rozwiązania. Proponowane rozwiązanie jest przejrzyste dla odwołującego. Bezpodstawne utrzymywanie tajności wadliwie zastrzeżonych dokumentów może również skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, na które to okoliczności uwagę zamawiającego mógłby zwrócić odwołujący, gdyby uzyskał dostęp do zastrzeżonych materiałów. W niniejszym postępowaniu takie ryzyko nie zachodzi.

Powołał się na wyrok KIO 1015/17 - wyrok KIO z dnia 12-06-2017

Przystępujący wykazał w uzasadnieniach podstawy utajnienia na następujące okoliczności:

- a. Charakter organizacyjny informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 87 ust. 1 PZP oraz art. 90 ust. 1 i 1 a ustawy związanej z rozwiązaniami przyjętymi w oferowanej usłudze.
- b. Metodykę kalkulacji ceny i oszczędności w tym podając konkretne wartości,
- c. Podał wyjaśnienie dla których taka Informacja nie powinna być ujawniana, wskazując na wartość gospodarczą takiej Informacji.
- d. wskazał na skutki które mogą się pojawić w związku z ujawnieniem informacji,
- e. Opisał podejmowane działania w przedsiębiorstwie o charakterze organizacyjnym i prawnym jakie są podejmowane celem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie miał wątpliwości, że wyjaśnienia zawierają informacje prezentujące wartość gospodarczą, nieujawnione przez przystępującego do wiadomości publicznej, co do których przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Spełnione zatem zostały wszystkie elementy, o których mówi art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazał na wyroki KIO: z dnia 1 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 995/12, z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1432/12.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił postawionego zarzutu, tj. nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, iż informacje zastrzeżone przez przystępującego w złożonych wyjaśnieniach dotyczących informacji o poniesionych kosztach nie spełniają warunków uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący błędnie przyjął, że to na zamawiającym i przystępujących spoczywa ciężar dowodu w niniejszej sprawie.

Zamawiający wyznaczony otrzymał od Przystępującego wyciąg z indywidualnie uzgodnionych pomiędzy Przystępującym i ZEP specyfikacji cenowych urządzeń. Podniósł, że ujawnienie tych informacji zastrzeżonych przez przystępującego nie będzie miało wpływu na wynik sprawy. Jeżeli bowiem Odwołujący również jest w dyspozycji cennika ZEP bez jednak wynegocjowanych opusów — i nie był w stanie dowieść zarzutu rażąco niskiej ceny bowiem szacując, że zakup urządzeń AVT opiewać będzie na kwotę 75% oferty złożonej w zadaniu nr 2, nie był w stanie dowieść, że przystępujący ma dokupić inne urządzenia, to tym bardziej prezentacja cen zakupu po istotnych rabatach udzielonych przez dystrybutora sprzętu AVT nie doprowadzi odwołującego do wykazania zarzutu rażąco niskiej ceny. Wynegocjowany cennik urządzeń dla przystępującego i odwołującego mają inne znaczenie. Przystępujący świadczy usługi kodowania i multipleksacji dla 29 klientów, natomiast odwołujący nie ma jakiegokolwiek klienta na takie usługi. Odwołujący mógłby więc dzięki takim Informacjom szacować wartość usług dla innych klientów przystępującego, co miałoby niekorzystny wpływ na działalność prowadzoną przez przystępującego.

Organizacja przystępującego w przeciwieństwie do odwołującego działa w innym otoczeniu prawnym. Emitel bowiem jest podmiotem o szczególnym znaczeniu gospodarczo — obronnym

oraz dysponuje infrastrukturą krytyczną. W celu skutecznego zapewnienia ochrony takiej infrastruktury krytycznej przewidziano m.in. wyłączenie jawności pewnych informacji, procesów związanych z bezpieczeństwem przetwarzania Informacji, które są niezbędne dla utrzymania skutecznej ochrony tejże infrastruktury. Zgodnie bowiem z art. 51) ust. 8 ustawy o zarządzaniu kryzysowym, przekazywanie Informacji o infrastrukturze krytycznej odbywa się z zachowaniem przepisów o ochronie Informacji niejawnych.

Przystępujący konsekwentnie zachowuje w poufności procesy związane z bezpieczeństwem informacji w tym tajemnicy przedsiębiorstwa bowiem informacja ta ma istotny walor dla ochrony infrastruktury krytycznej — jako informacji niejawnych lub tajemnicy przedsiębiorstwa. W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przystępujący podniósł, że zamawiający skierował do przystępującego dwa wezwania obejmujące swoim zakresem Inne zagadnienia.

Dnia 24 sierpnia 2019 roku na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy zamawiający wezwał przystępującego do przedłożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny całkowitej oferowanej za Świadczenie usług emisji w:

1) zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia (nazwa zadania: multipleksacja w okresie 36 miesięcy), w tym również wyjaśnień dotyczących wyliczenia stawki netto za godzinę świadczenia usług kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych wraz z danymi dodatkowymi (zwanymi dalej: „usługami multipleksacji”) oraz stawki netto za godzinę świadczenia usług dosyłu sygnału i rozpowszechniania sygnału multipleksu w standardzie DAB+ (zwanymi dalej odpowiednio: „usługami emisji” lub „emisją”) — istotnego elementu ceny całkowitej w:

l) zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia — stawka za godzinę usług multipleksacji ogólnopolskiej oraz stawki za godzinę usług multipleksacji regionalnej,
Zamawiający wyznaczył przystępującemu 11 dni na udzielenie wyjaśnień.

Dnia 9 września 2019 roku na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy do zamawiający wezwał przystępującego do przedłożenia wyjaśnienia dotyczących:

- wątpliwości jakie budzi wysokość stawek netto za godzinę świadczenia usług świadczonych w okresie 36 miesięcy, przede wszystkim ich obniżenie w stosunku do stawek godzinowych netto tożsamyh usług świadczonych w okresie 12 miesięcy. Wątpliwości dotyczyły stawek wymienionych w dalszej części wezwania oferowanych m. in. w zadaniu 2 przedmiotu zamówienia obejmującym swoim zakresem usługi kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych wraz z danymi dodatkowymi w okresie 36 miesięcy.

Przystępujący zauważył, że:

- a. Podstawy prawne obu wezwań były odmienne,
- b. Pierwsze wezwanie obejmowało wyjaśnienie łącznie 13 zagadnień, a drugie wezwanie obejmowało 6 zagadnień.

c. Zamawiający tylko raz wzywał przystępującego do wyjaśnienia realności ceny. Wyjaśnienia ceny w zadaniu nr 2 nie budziły wątpliwości albowiem złożone wyjaśnienia wykazały, że cena nie jest rażąco niska.

d. Drugie wezwanie dotyczyło wyjaśnienia mechanizmu różnic w przyjmowanych wycenach w zadaniach na 12 i 36 miesięcy.

e. Na udzielenie pierwszego wyjaśnienia przystępujący miał 11 dni, natomiast na udzielenie drugiego wyjaśnienia Przystępujący miał 4 dni.

f. W obu przypadkach przystępujący złożył wyjaśnienia zamawiającemu.

Co do poprawienia omyłki w ofercie przystępującego, to dokonana przez zamawiającego poprawka polegała na tym, że samodzielnie poprawił zastosowaną w ofercie nazwę urządzenia MAGIC SDC ETI/EDI Converter na nazwę innego urządzenia, to jest MAGIC EEC ETI/EDI Converter, co nastąpiło w dwóch miejscach oferty Emitel, to jest w:

a. części opisowej opracowania „Specyfikacja urządzeń i schemat funkcjonalny stacji czołowej DAB+ Zadanie nr 2 str. 4) oraz

b. wykazie urządzeń dla zadania nr 2 (kolumna czwarta o nazwie „Typ i model urządzenia”, wiersz czwarty).

Przystępujący zauważył, że błąd dotyczył dwóch liter w nazwie urządzenia, który wystąpił w sposób niezamierzony. Błąd powstał w wyniku funkcji EXEL która automatycznie uzupełnia komórki tabeli o zapamiętaną nazwę

W ocenie przystępującego zamawiający mógł dokonać poprawki bowiem:

a. Przystępujący w ofercie posługiwał się opisem funkcjonalnym urządzenia.

b. Producent urządzeń firma AVT nie posiada w tej technologii innych typów konwerterów o czym wiedział zamawiający z przeprowadzonego dialogu technicznego i przekazanego zamawiającemu w ramach oferty kompletnego katalogu urządzeń tego producenta.

c. Zamawiający posiadając schematy blokowe proponowanego rozwiązanie mógł zweryfikować na podstawie ich treści jakie urządzenie jest wykorzystywane do konwersji regionalizowanych sygnałów ETI/EDI

d. Formalnie zapytał przystępującego czy interpretacji omyłki pisarskiej jest właściwa a przystępujący zaakceptował tą poprawkę.

Zamawiający zdaniem przystępującego miał możliwość poprawy błędu jako omyłki bez dodatkowych badań na podstawie oferty Przystępującego i porównania dokumentów tej oferty.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, siwz wraz z załącznikami, wyjaśnieniami i modyfikacjami, informacji z otwarcia ofert, oferty przystępującego, złożonych dokumentów

przedmiotowych przystępującego, wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt. 1 ustawy skierowanych do przystępującego, udzielonych wyjaśnień, wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy skierowanego do przystępującego, informacji o odtajnieniu informacji przystępującego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, informacji przekazywanych odwołującemu w zakresie odtajniania informacji zastrzeżonych przez przystępującego, wezwania skierowanego do odwołującego w zadaniu nr 18, nadto dowody złożone przez odwołującego i przystępującego na rozprawie oraz przez zamawiającego załączone do odpowiedzi na odwołanie oraz pisma z dnia 21 października 2019r.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia nastąpiło w dniu 12 czerwca 2019r. zgodnie z tym dokumentem zamawiający ustalił w zakresie multipleksacji i regionalnych sygnałów dla 1-17 stacji nadawczych koszt netto multipleksacji dla Polskiego Radia 120 000zł., dla rozgłośni regionalnych 1 219 000zł. i koszt realizacji zadania nr 2 przy uwzględnieniu inflacji oraz wzrostu kosztów energii elektrycznej wycenił na kwotę 4 818 000zł. netto.

Izba ustaliła, że w siwz zamawiający wymagał m.in.:

W pkt. 11.2. siwz załączania do oferty poza oświadczeniem własnym, złożonym na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), o którym mowa w pkt. 11.1 SIWZ wykonawcy zobowiązani są przedłożyć: 11.2.1. wypełniony formularz oferty - wg wzoru na Załączniku nr 3 do SIWZ, 11.2.2. w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia w którymkolwiek z zadań multipleksacyjnych (zadanie nr 1 przedmiotu zamówienia i zadanie nr 2 przedmiotu zamówienia) – opis realizacji usługi wytworzenia strumieni ETI i EDI premultipleksera oraz regionalizacji strumieni ETI i EDI, precyzujący sposób świadczenia oferowanych usług, zawierający:

- informacje i dane dotyczące funkcjonalnych połączeń pomiędzy urządzeniami, za pomocą, których realizowane będą usługi (schemat funkcjonalny),
- informacje o liczbie wykorzystywanych urządzeń i ich rodzaju (w tym typ i model urządzenia),
- informacje i dane dotyczące: sposobu pobierania danych PAD i NPAD, sposobu realizacji przesyłu strumieni pomiędzy punktem styku a lokalizacją multiplekserów wraz ze schematem trasy łączy światłowodowych i zaznaczeniem sposobu redundancji oraz sposobu dostarczenia gotowych zregionalizowanych strumieni ETI i EDI do punktu styku.

Zgodnie z pkt. 19 siwz zamawiający określił następujący sposób obliczenia ceny:

19.1 Ceny ofert, składanych w poszczególnych zadaniach, na które został podzielony przedmiot zamówienia, winny być wyliczone w sposób opisany poniżej oraz wskazany we wzorze formularza oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SIWZ.

19.2 Opis i wytyczne obliczenia ceny oferty w zadaniach multipleksacyjnych (zadanie nr 1 oraz zadanie nr 2 przedmiotu zamówienia):

19.2.1 ceną oferty – w zadaniu nr 1 przedmiotu zamówienia, jak i w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia – będzie suma ceny za wykonanie usługi kodowania i multipleksacji programów radiowych oraz danych dodatkowych Zamawiającego Wyznaczonego i cen wykonania usługi regionalizacji programów radiowych wraz z danymi dodatkowymi Zamawiających wymienionych w pkt. 1.2 SIWZ – 1.18 SIWZ. Cena ta służyć będzie do porównania i oceny ofert oraz stanowić będzie odniesienie do czynności Zamawiającego podejmowanych w toku oceny ofert, a związanych z badaniem oferty w zakresie jej elementów cenowych.

19.2.2 ceny wykonania poszczególnych zakresów usług, szczególnie określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ należy skalkulować dla każdej z usług, określonych w pkt. 19.2.1 SIWZ, odrębnie,

19.2.3 ceny wykonania poszczególnych zakresów usług należy skalkulować mając na względzie fakt, iż w zadaniu multipleksacyjnym zostanie zawartych 18 umów, oddzielnie przez każdego z Zamawiających wymienionych w pkt. 1.1 -1.18 SIWZ na wykonanie zakresu usług właściwego dla każdego z tych Zamawiających – informacje dotyczące zawarcia umów znajdują się w pkt. 21 SIWZ,

19.2.4 w kalkulacji ceny dla każdego z zakresów należy uwzględnić wszelkie koszty pozostające w związku i niezbędne dla prawidłowego i należytego (tj. zgodnego z wymaganiami zawartymi w Załączniku nr 1 do SIWZ oraz we wzorach umów) wykonania przedmiotu zamówienia, w zakresie wynikającym z jego opisu, w szczególności:

19.2.3.1 koszty wszystkich urządzeń wymaganych dla realizacji usługi, w tym koszty transportu, ubezpieczenia urządzeń podczas transportu, koszty instalacji urządzeń,

19.2.3.2 koszty kodowania, transmisji danych, multipleksacji 10 programów radiowych i danych dodatkowych Zamawiającego Wyznaczonego oraz koszty ich premultipleksacji i wytworzenia głównego strumienia ETI i EDI, a także koszty multiplikacji tego strumienia dla 17 regionów

19.2.3.3 koszty regionalizacji strumieni ETI i EDI, w tym koszty kodowania maksymalnie 2 programów z danymi dodatkowymi Zamawiających wymienionych w pkt. 1.2 – 1.18 SIWZ każdym z 17 regionów,

19.2.3.4 koszty dosyłu strumieni regionalnych do lokalizacji punktu styku wskazanej w Załączniku nr 1 do SIWZ,

19.2.3.5 koszty związane z utrzymaniem infrastruktury przez okres świadczenia usług,

19.2.3.6 kwotę podatku VAT, obliczoną według stawki zgodnej z przepisami obowiązującym na dzień składnia ofert oraz inne niezbędne koszty i obciążenia ponoszone przez wykonawcę, które pozostają w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, a także

19.2.3.7 zysk wykonawcy, 19.2.3.8 oferowane przez wykonawców stawki godzinowe świadczenia usług należy przemnożyć przez zakładaną maksymalną ilość godzin w okresie świadczenia usług. Do obliczeń należy przyjąć:

19.2.3.9.1 w zadaniu nr 1 przedmiotu zamówienia - 8784 godziny (366 dni x 24 godz.)

19.2.3.9.2 w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia – 26280 godzin (1095 dni x 24 godz.).

19.3 Ceny obliczone w sposób i zgodnie z wymogami określonymi powyżej, w pkt. 19.2.3 SIWZ, stanowiąc będą maksymalne wynagrodzenia wykonawcy z tytułu świadczenia poszczególnych zakresów usług właściwych dla każdego z Zamawiających wymienionych w pkt. 1.1 SIWZ – 1.18 SIWZ. Faktyczna wysokość wynagrodzeń należnych wykonawcy z tytułu świadczenia usług wyliczana będzie zgodnie z § 9 ust. 5 i 6 wzorów umów (Załącznik nr 6A do SIWZ i Załącznik nr 6B do SIWZ).

Zgodnie z załącznikiem nr 1 stanowiącym opis przedmiotu zamówienia w zakresie zadań 1 i 2 zamawiający opisał przedmiot w sposób następujący:

A – ZAKRES RZECZOWY I WYMOGI DOTYCZĄCE WYKONANIA ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE MULTIPLEKSACJI OGÓLNOPOLSKIEJ

Zakres ogólnokrajowy multipleksacji obejmuje usługi kodowania i multipleksacji programów radiowych oraz danych dodatkowych Polskiego Radia S.A., polegające na kodowaniu nie więcej niż 10 programów wraz z danymi dodatkowymi i ich premultipleksacji, w celu wytworzenia głównego strumienia ETI/EDI, wraz z jego multiplikacją dla 17 regionów.

- 1) w ramach świadczonych usług, wykonawca dokona kodowania audio, multipleksacji sygnałów nie więcej niż 10 programów radiowych oraz danych dodatkowych (tj. danych powiązanych PAD i danych niepowiązanych NPAD) przygotowanych przez Polskie Radio S.A., tworząc w ten sposób zespolone strumienie cyfrowe ETI oraz EDI zgodne ze standardami ETSI ETS 300 799 i ETSI TS 102 693. Wymagane jest, aby multiplekser realizował postanowienia normy ETSI EN 300 401. Ponadto wymagane jest, aby multiplekser był rezerwowany sprzętowo w układzie gorącej rezerwy (to znaczy w układzie 1+1) umożliwiającej przełączenie urządzenia głównego na rezerwowe w przypadku awarii. Wymagane jest, aby oba urządzenia pracowały równorzędnie, a przełączenie odbywało się bez przerwania emisji. Nie dopuszcza się zastąpienia urządzeń multipleksujących rozwiązaniami równoważnymi opartymi o rozwiązania softwarowe oparte na wirtualizacji oraz metody chmurowe (Cloud). Wymagana jest instalacja sprzętu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; 2) w pomieszczeniu nr W30 w budynku Polskiego Radia S.A. w Warszawie przy al. Niepodległości 77/85 - zwanym dalej „punktem styku” albo „lokalizacją punktu styku”, Polskie Radio S.A. udostępni miejsce dla instalacji następujących urządzeń i osprzętu:
 - kodery audio – 15 U łącznie z niezbędnymi przerwami dylatacyjnymi,
 - dekodery ETI/EDI – 27 U łącznie z niezbędnymi przerwami dylatacyjnymi,
 - urządzenia transmisyjne IP oraz SDH oraz interfejsy EDI – 6 U łącznie z niezbędnymi przerwami dylatacyjnymi,
 - panele (16×2 port), na których udostępniane są sygnały ETI – 3 U łącznie z niezbędnymi przerwami dylatacyjnymi, Miejsce udostępnione będzie w typowej szafie

aparaturowej w standardzie 19", przeznaczonej do instalacji sprzętu teleinformatycznego. Dopuszcza się montaż urządzeń wyłącznie na przednich listwach montażowych szafy aparaturowej. Polskie Radio S.A. zapewnia gwarantowane zasilanie 230V/50Hz oraz system klimatyzacji, zgodnie z wymaganiami wykonawcy. Polskie Radio S.A. zapewni upoważnionym przedstawicielom wykonawcy 24godzinny dostęp fizyczny do lokalizacji punktu styku. Nie dopuszcza się możliwości instalacji multiplekserów w lokalizacji punktu styku. Podane miejsca udostępnione będą dla urządzeń i osprzętu wykorzystywanych do świadczenia usług;

3) w lokalizacji punktu styku wykonawcy zostaną udostępnione sygnały audio w standardzie AES/EBU 110 Ω symetryczne na złączach XLR o następujących parametrach: nominalny poziom sygnału – 9 dBFs, 24 bity, 48 kHz ;

4) wykonawca zainstaluje w lokalizacji punktu styku sprzętowe kodery audio o maksymalnej wysokości 1U dla każdego urządzenia, przeznaczone do emisji 10 programów (jedno urządzenie na program) oraz jeden koder rezerwowy tego samego typu. Kodery muszą być wyposażone we wskaźniki wysterowania sygnału audio na panelu czołowym, kontrolne symetryczne wyjście liniowe sygnału audio w standardzie analogowym. Ponadto urządzenia te muszą być dedykowane dla systemu DAB+ z możliwością sterowania poprzez multiplekser oraz wykorzystujące do kodowania dźwięku algorytm MPEG High Efficiency Advanced Audio Coding (AAC LC, HE AAC v1, HE AAC v2) zgodny z normą ETSI TS 102 563. Kodery muszą być przeznaczone do montażu w szafie telekomunikacyjnej w standardzie 19". Kodery muszą być wyposażone w porty GPIO (minimum 4 porty TTL in/out oraz minimum 4 pary styków typu Relay) oraz styk zewnętrznego uziemienia zainstalowany na obudowie. Nie dopuszcza się zastąpienia kodowania sprzętowego dźwięku rozwiązaniami równoważnymi opartymi o rozwiązania softwarowe oparte na wirtualizacji oraz metody chmurowe (Cloud);

5) w lokalizacji punktu styku zostaną wykonawcy udostępnione dane PAD i NPAD (XPAD) w formacie właściwym dla danej usługi (zgodnie z dokumentacją przedstawioną przez wykonawcę). Dane zostaną udostępnione poprzez interfejs w standardzie Ethernet 100Base-TX/ na złączu RJ-45;

6) wykonawca, w ramach świadczonych usług, za pomocą własnych urządzeń i dedykowanych łączy (nie opartych na sieci publicznej Internet) oraz na własny koszt, będzie dostarczał sygnały z koderów audio oraz dane dodatkowe programów Polskiego Radia S.A., o których wyżej mowa, do multiplekserów. Dopuszcza się rozwiązania równoważne polegające na dodawaniu danych PAD/NPAD zarówno na poziomie kodera lub multipleksera. Wymagane jest, aby połączenie urządzeń wykonawcy zainstalowanych w lokalizacji punktu styku z miejscem instalacji multiplekserów wykonane było wyłącznie drogą światłowodową z redundancją polegającą na prowadzeniu łączy oddzielnymi kablami optotelekomunikacyjnymi w niezależnych (oddzielnych) kanalizacjach kablowych na całej trasie łączy z wyłączeniem

obiektu Polskiego Radia S.A., w którym zlokalizowany jest punkt styku oraz obiektu i terenu będącego pod bezpośrednią kontrolą wykonawcy.

7) w budynku Polskiego Radia S.A. przyłącza światłowodowe posiadają obecnie następujący Operatorzy: Orange, Emitel, Netia, Aster Biznes, ATM, GTS Energis, Exatel, Polkomtel, T-Mobile, jednocześnie wykonawcy nie zostanie odmówiona możliwość wykonania własnego przyłącza światłowodowego w ww. budynku;

8) wykonawca wytworzy strumienie ETI i EDI zawierające zakodowane sygnały audio nie więcej niż 10 programów Polskiego Radia S.A.. Strumienie te zostaną uzupełnione o serwisy SLS i DLS dla każdego z programów, przygotowanych przez Polskie Radio S.A., oraz istniejące serwisy EPG. Wykonawca umożliwi sterowanie flagami Announcement jak również wprowadzenie funkcjonalności powiadamiania kryzysowego opartego o minimum dwie metody. Pierwsza polegająca na wystawianiu właściwych flag Announcement oraz ich obsłudze zgodnie z normą ETSI EN 300 401. Druga polegająca na podmianie zawartości odpowiednich serwisów na treści związane z przedmiotowym komunikatem (audio, DLS, SLS). W obu przypadkach triggerowanie będzie wykonywane przez zamawiającego. Zamawiający wymaga, aby konfiguracja strumieni audio zawierała informacje, które w przypadku utraty zasięgu sygnału DAB+, umożliwią automatyczne przełączenie się odbiorników na odbiór tych samych programów audio nadawanych w zakresie UKF. W przypadku, gdy strumień audio nie ma swojego odpowiednika nadawanego w zakresie UKF wymaga się, aby automatyczne przełączenie następowało na sygnał audio nadawany w zakresie UKF wskazany przez Polskie Radio S.A.;

9) wykonawca przygotuje strumienie ETI i EDI w sposób umożliwiający prowadzenie emisji w sieci SFN.

10) kodowanie oraz multipleksacja sygnałów będzie prowadzona z wykorzystaniem poziomu ochronnego (protection level) „3” oraz typu ochrony (protection type) „EEP A”;

11) wykonawca doprowadzi do lokalizacji punktu styku zmultipleksowany sygnał w postaci strumienia ETI. Strumień ETI ma być dostępny na złączu BNC 75Ω zgodnie z normą ITU G.704 i rozdzielony (multiplikowany) na co najmniej 6 separowanych interfejsów. Ponadto wykonawca udostępni w lokalizacji punktu styku zmultipleksowany sygnał w postaci strumienia EDI. Strumień EDI ma być dostępny na minimum dwóch interfejsach 100Base-TX na złączu RJ-45. Dopuszcza się możliwość konwertowania sygnałów o innych formatach w lokalizacji punktu styku (np. z EDI na ETI, z ETI na EDI);

12) wykonawca zainstaluje, w lokalizacji punktu styku dekodery sprzętowe DAB+ model Magic AD1 ETI/EDI Decoder firmy AVT bądź równoważny, który zostanie podłączony do sieci IP Polskiego Radia S.A.. Za równoważny zostanie uznany dekodery z wyjściami audio analogowymi oraz AES/EBU, o wysokości 1U przystosowany do montażu w szafie aparaturowej 19”, posiadający oddzielny od interfejsu zarządzania interfejs w standardzie

Ethernet 100Base-TX/ na złączu RJ-45 służący do podłączenia strumienia EDI oraz interfejs ETI na złączu BNC 75Ω zgodnie z normą ITU G.704 w celu bieżącego monitorowania, co najmniej następujących parametrów emisji: □ stałe dekodowanie sygnału audio jednego (wybranego ze strumienia ETI/EDI) serwisu audio, □ monitorowanie za pomocą zapytań GET SNMP wszystkich serwisów audio w zakresie: nazwy serwisu, przepływności bitowej, trybu audio, częstotliwości próbkowania, typu kodowania, obecności PAD, zajętości CU, poziomu protekcji. □ monitorowanie za pomocą zapytań GET SNMP: ilości i alarmów wszystkich serwisów, synchronizacji G.704, alarmów AIS, alarmów TIST, alarmów ramki ETI, □ monitorowanie za pomocą zapytań GET SNMP: ilości i alarmów wszystkich serwisów, alarmów strumienia EDI □ monitorowanie za pomocą zapytań GET SNMP alarmu wzrostu bitowej stopy błędów BER powyżej 10⁻³ oraz 10⁻⁶ W przypadku zaoferowania dekodera równoważnego Wykonawca na własny koszt i ryzyko w terminie przed rozpoczęciem świadczenia usługi zamówi modyfikację oprogramowania serwera CSM-DAB+ wykorzystywanego przez Polskie Radio S.A. do poprawnej komunikacji z dekoderm ETI/EDI oraz odczyty wszystkich powyżej podanych parametrów strumienia ETI/EDI dla poszczególnych serwisów. Wykonawca zamówi wykonanie powyższej modyfikacji w firmie będącej właścicielem praw do oprogramowania systemu monitoringu - InfoMac Sp. z o.o. sp. k., ul. Wojska Polskiego 6; 78-400 Szczecinek.

13) Polskie Radio S.A. zapewni wykonawcy dostęp on-line do systemu monitoringu strumienia premultipleksa umożliwiając wykonawcy bieżącą kontrolę sygnału ETI i EDI w punkcie styku poprzez stronę internetową wraz z dostępem do danych archiwalnych Wystąpienie alarmu niezwłocznie przekazywane będzie wykonawcy na adres e-mail zgodnie z załącznikiem adresowym do umowy. Stwierdzone nieprawidłowości w świadczeniu usług będą podstawą do naliczenia kar umownych, o ile zarejestrowane nieprawidłowości miały wpływ na emisję sygnału DAB+;

14) Wykonawca będzie również rejestrował wszystkie przerwy i nieprawidłowości w świadczeniu usługi oraz niezwłocznie będzie udostępniał zapisy dotyczące tych zdarzeń na żądanie Polskiego Radia S.A. Polskie Radio S.A. będzie miało prawo kontroli i monitorowania strumieni ETI/EDI, za pośrednictwem własnych urzędzeń;

15) Minimalne zakresy parametrów poszczególnych serwisów strumienia ETI i EDI: □ Przepływność bitowa serwisu audio/programu: 32- 192 kbps; □ Częstotliwość próbkowania: 24/32/48 kHz; □ PAD (SLS, DLS): 16 kbps; □ Serwisy NPAD (łącznie): 32 kbps; □ Tryb audio: mono, mono+SBR, mono+SBR+PS, stereo, stereo+SBR, stereo+SBR+PS. Suma poszczególnych przepływności serwisów Polskiego Radia S.A. nie przekroczy 5/6 pojemności multipleksu. Wartości parametrów dla poszczególnych serwisów zostaną ustalone w trybie roboczym.

B – ZAKRES RZECZOWY I WYMOGI WYKONANIA ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE

MULTIPLEKSACJI REGIONALNEJ

Zakres regionalny multipleksacji obejmuje usługi regionalizacji, polegające na kodowaniu nie więcej niż 2 programów regionalnych (programów Rozgłośni Regionalnych Polskiego Radia) wraz z danymi dodatkowymi. Wytworzenie regionalnych strumieni ETI/EDI poprzez wykorzystanie głównego strumienia ETI/EDI (premultipleksera) dla każdego z regionów niezależnie. Dostawca tak przygotowanych strumieni regionalnych, do lokalizacji punktu styku, o której mowa w pkt. 2) części I A niniejszego opisu przedmiotu zamówienia

1) w ramach świadczonych usług regionalizacji, wykonawca dokona kodowania audio, multipleksacji sygnałów nie więcej niż 2 programów radiowych oraz danych dodatkowych przygotowanych przez właściwą Rozgłosnię Regionalną, tworząc w ten sposób zespolone regionalne strumienie cyfrowe ETI oraz EDI zgodne ze standardami ETSI ETS 300 799 i ETSI TS 102 693. Wytworzenie strumieni regionalnych będzie realizowane dla każdego regionu poprzez wykorzystanie strumienia ogólnopolskiego (premultipleksera opisanego w pkt 1) części I A) oraz dodanie właściwych programów regionalnych. Wymagane jest, aby multipleksery regionalne realizowały postanowienia normy ETSI EN 300 401. Ponadto wymagane jest, aby multipleksery były rezerwowane sprzętowo w układzie minimum n+1 (minimum jeden multipleksery rezerwowany dla wszystkich multipleksersów regionalnych) umożliwiającej automatyczne przełączenie dowolnego multipleksera regionalnego na multipleksery rezerwowany w przypadku awarii. Wykonawca dostarczy przygotowane strumienie regionalne do lokalizacji punktu styku, o której mowa w pkt. 2) części I A. Nie dopuszcza się zastąpienia urządzeń multipleksujących rozwiązaniami równoważnymi opartymi o rozwiązania softwarowe oparte na wirtualizacji oraz metody chmurowe (Cloud). Wymagana jest instalacja sprzętu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Lokalizacje właściwe dla Rozgłośni Regionalnych to: □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Białymstoku „Radio Białystok” Spółka Akcyjna, ul. Świerkowa 1, 15-328 Białystok □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Bydgoszczy „Polskie Radio Pomorza i Kujaw” Spółka Akcyjna, ul. Gdańska 48/50, 85-006 Bydgoszcz, □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Gdańsku „Radio Gdańsk” Spółka Akcyjna, ul. Grunwaldzka 18, 80-236 Gdańsk □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Katowicach „Radio Katowice” Spółka Akcyjna, ul. Ligonie 29, 40-953 Katowice. □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Kielcach „Radio Kielce” Spółka Akcyjna, ul. Radiowa 4, 25-317 Kielce. □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Koszalinie „Radio Koszalin” Spółka Akcyjna, ul. Piłsudskiego 41, 75-502 Koszalin. □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Krakowie „Radio Kraków” Spółka Akcyjna, al. Słowackiego 22, 30-007 Kraków. □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Lublinie „Radio Lublin” Spółka Akcyjna, ul. Obrońców Pokoju 2, 20-030 Lublin. □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Łodzi „Radio Łódź” Spółka Akcyjna, ul. Narutowicza 130, 90-146 Łódź. □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Olsztynie „Radio Olsztyn” Spółka Akcyjna, ul. Radiowa 24, 10-206 Olsztyn. □ Polskiego Radia

- Regionalnej Rozgłośni w Opolu „Radio Opole” Spółka Akcyjna, ul. Strzelców Bytomskich 8, 45-084 Opole □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Poznaniu „Radio Poznań” Spółka Akcyjna, ul. Berwińskiego 5, 60-765 Poznań □ „Polskiego Radia Rzeszów” - Regionalnej Rozgłośni w Rzeszowie Spółka Akcyjna, ul. Zamkowa 3, 35-032 Rzeszów, □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Szczecinie „PR Szczecin” Spółka Akcyjna, al. Wojska Polskiego 73, 70-481 Szczecin, □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Warszawie „Radio dla Ciebie” Spółka Akcyjna, ul. Myśliwiecka 3/5/7, 00-459 Warszawa.

Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni we Wrocławiu „Radio Wrocław” Spółka Akcyjna, ul. Karkonoska 10, 53-015 Wrocław, □ Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Zielonej Górze „Radio Zachód” Spółka Akcyjna, ul. Kukułcza 1, 65-472 Zielona Góra,

2) sygnały programów radiowych, których nadawcami są Rozgłoszenia Regionalne, zostaną udostępnione wykonawcy odpowiednio w ich lokalizacjach. Sygnały programów radiowych zostaną udostępnione w standardzie audio AES/EBU oraz analogowym na złączach XLR o następujących parametrach: □ nominalny poziom sygnału analogowego (L/P, $f = 1$ kHz): +6dBm (1,55 Vrms/600 Ω), impedancja (L/P): 600 Ω (symetryczne); □ nominalny poziom sygnału cyfrowego – 9 dBFS (110 Ω (symetryczne), AES/EBU, 24 bity, 48 kHz;

3) wykonawca zainstaluje w siedzibie każdej z Rozgłoszeń Regionalnych sprzętowe kodery audio o maksymalnej wysokości 1U dla każdego urządzenia, przeznaczone do emisji 2 programów (jedno urządzenie na program). Kodery muszą być wyposażone we wskaźniki wysterowania sygnału audio na panelu czołowym, kontrolne symetryczne wyjście liniowe sygnału audio w standardzie analogowym. Ponadto urządzenia te muszą być dedykowane dla systemu DAB+ z możliwością sterowania poprzez multiplexer oraz wykorzystujące do kodowania dźwięku algorytm MPEG High Efficiency Advanced Audio Coding (AAC LC, HE AAC v1, HE AAC v2) zgodny z normą ETSI TS 102 563. Kodery muszą być przeznaczone do montażu w szafie telekomunikacyjnej w standardzie 19". Kodery muszą być wyposażone w porty GPIO (minimum 4 porty TTL in/out oraz minimum 4 pary styków typu Relay) oraz styk zewnętrznego uziemienia zainstalowany na obudowie. We wskazanej powyżej lokalizacji zostanie udostępnione miejsce (co najmniej 5U) do zainstalowania koderów oraz urządzeń dosyłowych, zasilanie 230V/50Hz oraz 24-godzinny dostęp fizyczny do urządzeń dla upoważnionych przedstawicieli wykonawcy. Nie dopuszcza zastąpienia urządzeń multipleksujących rozwiązaniami równoważnymi opartymi o rozwiązania softwarowe oparte na wirtualizacji oraz metody chmurowe (Cloud);

4) w lokalizacjach Rozgłoszeń Regionalnych, zostaną wykonawcy udostępnione dane PAD i NPAD w formacie właściwym dla danej usługi (zgodnie z dokumentacją przedstawioną przez wykonawcę). Dane zostaną udostępnione poprzez interfejs w standardzie Ethernet 100Base-TX/ na złączu RJ-45; wykonawca, w ramach świadczonych usług, za pomocą własnych urządzeń i dedykowanych łączy (nie opartych na sieci publicznej Internet) oraz na własny

koszt, będzie dostarczał sygnały z koderów audio oraz dane dodatkowe programów Rozgłośni Regionalnych, o których wyżej mowa, do multiplekserów. Dopuszcza się rozwiązania równoważne polegające na dodawaniu danych PAD i NPAD zarówno na poziomie kodera lub multipleksera;

5) wymagane jest, aby konfiguracja strumieni audio zawierała informacje, które w przypadku utraty zasięgu sygnału DAB+, umożliwią automatyczne przełączenie się odbiorników na odbiór tych samych programów audio nadawanych w zakresie UKF. W przypadku, gdy strumień audio nie ma swojego odpowiednika nadawanego w zakresie UKF wymaga się, aby automatyczne przełączenie następowało na sygnał audio nadawany w zakresie UKF wskazany przez Rozgłosnię Regionalną;

6) wymagane jest, aby wykonawca udostępnił w lokalizacjach Rozgłośni Regionalnych po jednym interfejsie w standardzie Ethernet 100Base-TX/ na złączu RJ-45 służącym do sprawdzania stanu łącza IP. Wykonawca umożliwi Rozgłosnię Regionalnej sprawdzanie stanu łącza IP poprzez wysyłanie i odbieranie pakietów ICMP z uzgodnionego adresu IP wykonawcy urządzenia znajdującego się w lokalizacji multipleksera regionalnego;

7) wykonawca przygotowuje strumienie ETI i EDI w sposób umożliwiający prowadzenie emisji w sieci SFN;

8) wykonawca na wniosek Rozgłośni Regionalnej wprowadzi do strumienia ETI i EDI regionalizowany serwis NPAD wytworzony przez Rozgłosnię Regionalną i dostępny w lokalizacji punktu styku np. serwis TPEG;

9) kodowanie oraz multipleksacja sygnałów będzie prowadzona z wykorzystaniem poziomu ochronnego (protection level) „3” oraz typu ochrony (protection type) „EEP A”;

10) wykonawca doprowadzi do lokalizacji punktu styku zmultipleksowane sygnały regionalne w postaci strumieni ETI. Regionalne strumienie ETI mają być dostępne na złączu BNC 75Ω zgodnie z normą ITU G.704 i rozdzielone (multiplikowane) na co najmniej 4 separowane interfejsy każdy. Ponadto wykonawca udostępni w lokalizacji punktu styku zmultipleksowane sygnały w postaci strumieni EDI. Każdy ze strumieni EDI ma być dostępny na dwóch interfejsach 100Base-TX na złączu RJ-45. Dopuszcza się możliwość konwertowania sygnałów o innych formatach w lokalizacji punktu styku (np. z EDI na ETI, z ETI na EDI);

11) wykonawca (dla danego regionalnego strumienia ETI i EDI) zainstaluje i podłączy do sieci IP, w lokalizacji punktu styku dekodery sprzętowe DAB+ model Magic AD1 ETI/EDI Decoder firmy AVT bądź równoważny. Za równoważny będzie uznany dekodery z wyjściami audio analogowymi oraz AES/EBU, o wysokości 1U przystosowany do montażu w szafie aparaturowej 19”, posiadający oddzielny od interfejsu zarządzania interfejs w standardzie Ethernet 100Base-TX/ na złączu RJ-45 służący do podłączenia strumienia EDI oraz interfejs ETI na złączu BNC 75Ω zgodnie z normą ITU G.704 w celu bieżącego monitorowania co najmniej następujących parametrów emisji: □ stałe dekodowanie sygnału audio jednego

(wybranego ze strumienia ETI i EDI) serwisu audio, □ monitorowanie za pomocą zapytań GET SNMP wszystkich serwisów audio w zakresie: nazwy serwisu, przepływności bitowej, trybu audio, częstotliwości próbkowania, typu kodowania, obecności PAD, zajętości CU, poziomu protekcji. □ monitorowanie za pomocą zapytań GET SNMP: ilości i alarmów wszystkich serwisów, synchronizacji G.704, alarmów AIS, alarmów TIST, alarmów ramki ETI, □ monitorowanie za pomocą zapytań GET SNMP: ilości i alarmów wszystkich serwisów, alarmów strumienia EDI □ monitorowanie za pomocą zapytań GET SNMP alarmu wzrostu bitowej stopy błędów BER powyżej 10⁻³ oraz 10⁻⁶ W przypadku zaoferowania dekodera równoważnego wykonawca na własny koszt i ryzyko w terminie przed rozpoczęciem świadczenia usługi zamówi modyfikację oprogramowania serwera CSM-DAB+ wykorzystywanego do poprawnej komunikacji z dekoderm ETI/EDI oraz odczyty wszystkich powyżej podanych parametrów strumienia ETI i EDI dla poszczególnych serwisów. Wykonawca zamówi wykonanie powyższej modyfikacji w firmie będącej właścicielem praw do oprogramowania systemu monitoringu - InfoMac Sp. z o.o. sp. k., ul. Wojska Polskiego 6; 78-400 Szczecinek;

12) wykonawca, zapewni dostęp on-line do systemu monitoringu regionalnego strumienia multipleksera umożliwiając Rozgłośni Regionalnej bieżącą kontrolę sygnału ETI i EDI w punkcie styku poprzez stronę internetową wraz z dostępem do danych archiwalnych Wystąpienie alarmu niezwłocznie przekazywane będzie Rozgłośni Regionalnej na adres e-mail zgodnie z załącznikiem adresowym do umowy. Stwierdzone nieprawidłowości w świadczeniu usług będą podstawą do naliczenia kar umownych, o ile zarejestrowane nieprawidłowości miały wpływ na emisję sygnału DAB+.

13) Minimalne zakresy parametrów serwisów Rozgłośni Regionalnych: □ Przepływność bitowa serwisu audio/programu: 32- 192 kbps; □ Częstotliwość próbkowania: 24/32/48 kHz; □ PAD (SLS, DLS): 4 kbps; □ Serwisy NPAD (łącznie): 32 kbps; □ Tryb audio: mono, mono+SBR, mono+SBR+PS, stereo, stereo+SBR, stereo+SBR+PS. Suma poszczególnych przepływności serwisów regionalnych nie przekroczy 1/6 pojemności multipleksu. Wartości parametrów dla poszczególnych serwisów zostaną ustalone w trybie roboczym.

W dniu 17 lipca 2019r. zamawiający wprowadził do treści SIWZ zmiany, których celem w szczególności jest: usunięcie niejasności, wewnętrznych rozbieżności i niekonsekwencji wymogów wykonania zamówienia w poszczególnych zadaniach, budzących albo mogących budzić wątpliwości i rozbieżności interpretacyjne, które polegają:

1) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 przedmiotu zamówienia dotyczącego multipleksacji świadczonej w okresie 12 miesięcy (Część I Załącznika nr 1 do SIWZ):

a) na umożliwieniu zastosowania redundancji multipleksera głównego, wymaganej w Części

A pkt 1) w zakresie multipleksacji ogólnopolskiej oraz zastosowania redundancji multiplekserów regionalnych, wymaganej w Części B pkt 1) w zakresie multipleksacji regionalnej z automatycznym albo manualnym przełączeniem urządzeń w przypadku awarii, b) na doprecyzowaniu zakresu i rodzaju wymagań dla usług multipleksacyjnych świadczonych w okresie 12 miesięcy, poprzez:

jednoznaczne wskazanie, że w ramach multipleksacji świadczonej w ww. okresie nie jest wymagane wprowadzenie funkcjonalności powiadamiania kryzysowego opisanego w Części A pkt 8),

jednoznaczne wskazanie, że w ramach multipleksacji świadczonej w ww. okresie, w zakresie wymagań sprzętowych opisanych w Części A pkt 4) nie jest wymagane, aby kodery posiadały porty GPIO;

2) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2 przedmiotu zamówienia dotyczącego multipleksacji ogólnopolskiej świadczonej w okresie 36 miesięcy:

a) na doprecyzowaniu wymogów dotyczących redundancji, opisanej w Części IA pkt 1), poprzez jednoznaczne wskazanie, że ma ona umożliwiać automatyczne przełączenie urządzenia głównego na rezerwowe w przypadku awarii;

b) na doprecyzowaniu wymogów dotyczących wdrożenia funkcji powiadamiania kryzysowego, poprzez wskazanie:

lokalizacji, w której ma być wykonywane „triggerowanie” flag announcement oraz zakresu którego ma dotyczyć,

źródła dla programu alarmowego,

rodzaju serwisów objętych przełączeniem alarmowym;

3) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego multipleksacji regionalnej (Część IB Załącznika nr 1 do SIWZ): na uzupełnieniu informacji o operatorach posiadających przyłącza światłowodowe lub łącza IP w budynkach rozgłośni regionalnych radiofonii publicznej, tj. Zamawiających wymienionych w pkt. 1.2 – 1.18 SIWZ,

5) w zakresie postanowień wzorów umów dla zadań multipleksacyjnych (zadanie nr 1 i zadanie nr 2 przedmiotu zamówienia), stanowiących Załącznik nr 6A do SIWZ i Załącznik nr 6B do SIWZ – na wprowadzeniu w § 9 wzorów umów waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmian cen energii elektrycznej;

W wyniku dokonanej modyfikacji:

- 1) treść „UWAGI” zamieszczonej w Części I Załącznika nr 1 do SIWZ przed opisem przedmiotu zamówienia dotyczącego multipleksacji ogólnopolskiej otrzymuje brzmienie:

„UWAGA

W zadaniu nr 1 w zakresie wytwarzanych strumieni (ETI/EDI), wymagane jest wytworzenie strumienia wyłącznie w formacie ETI.

W zadaniu nr 1 w przypadku redundancji multipleksera głównego, wymaganej w Części A pkt 1) oraz w przypadku redundancji multipleksów regionalnych, wymagana w Części B pkt 1) możliwe jest automatyczne albo manualne przełączenie urządzeń w przypadku awarii.

W zadaniu nr 1 nie jest wymagane wprowadzenie funkcjonalności powiadamiania kryzysowego opisanego w Części A pkt 8)

W zadaniu nr 1 w zakresie wymagań sprzętowych opisanych w Części A pkt 4) nie jest wymagane, aby kodery posiadały porty GPIO”;

2) pkt 1) Części IA opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego multipleksacji ogólnopolskiej (Załącznik nr 1 do SIWZ) otrzymuje brzmienie: „w ramach świadczonych usług, wykonawca dokona kodowania audio, multipleksacji sygnałów nie więcej niż 10 programów radiowych oraz danych dodatkowych (tj. danych powiązanych PAD i danych niepowiązanych NPAD) przygotowanych przez Polskie Radio S.A., tworząc w ten sposób zespolone strumienie cyfrowe ETI oraz EDI zgodne ze standardami ETSI ETS 300 799 i ETSI TS 102 693. Wymagane jest, aby multiplekser realizował postanowienia normy ETSI EN 300 401. Ponadto wymagane jest, aby multiplekser był rezerwowany sprzętowo w układzie gorącej rezerwy (to znaczy w układzie 1+1) umożliwiającej automatyczne przełączenie urządzenia głównego na rezerwowe w przypadku awarii. Wymagane jest, aby oba urządzenia pracowały równorzędnie, a przełączenie odbywało się bez przerwania emisji. Nie dopuszcza się zastąpienia urządzeń multipleksujących rozwiązaniami równoważnymi opartymi o rozwiązania softwarowe oparte na wirtualizacji oraz metody chmurowe (Cloud). Wymagana jest instalacja sprzętu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”;

3)pkt 8) Części IA opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego multipleksacji ogólnopolskiej (Załącznik nr 1 do SIWZ) otrzymuje brzmienie: „wykonawca wytworzy strumienie ETI i EDI zawierające zakodowane sygnały audio nie więcej niż 10 programów Polskiego Radia S.A.. Strumienie te zostaną uzupełnione o serwisy SLS i DLS dla każdego z programów, przygotowanych przez Polskie Radio S.A., oraz istniejące serwisy EPG. Wykonawca umożliwi sterowanie flagami Announcement jak również wprowadzenie funkcjonalności powiadamiania kryzysowego opartego o minimum dwie metody. Pierwsza polegająca na wystawianiu właściwych flag Announcement oraz ich obsłudze zgodnie z normą ETSI EN 300 401. Druga polegająca na podmianie zawartości odpowiednich serwisów na treści związane z przedmiotowym komunikatem (audio, DLS, SLS). W obu przypadkach triggerowanie będzie wykonywane przez zamawiającego w lokalizacji punktu styku. Źródłem dla programu alarmowego będzie dodatkowy jeden koder o parametrach opisanych dla urządzeń w pkt. 4) zainstalowany w punkcie styku. Przełączanie alarmowe dotyczy

zarówno serwisów ogólnopolskich jak i regionalnych. Funkcja powiadamia kryzysowego ma umożliwiać wyzwalanie wszystkich typów flag wynikających z normy ETSI TS 101 756 (rozdział Announcements), w szczególności wymagana jest możliwość wyzwalania kombinacji flag Alarm i Warning/Service. Zamawiający wymaga, aby konfiguracja strumieni audio zawierała informacje, które w przypadku utraty zasięgu sygnału DAB+, umożliwią automatyczne przełączenie się odbiorników na odbiór tych samych programów audio nadawanych w zakresie UKF. W przypadku, gdy strumień audio nie ma swojego odpowiednika nadawanego w zakresie UKF wymaga się, aby automatyczne przełączenie następowało na sygnał audio nadawany w zakresie UKF wskazany przez Polskie Radio S.A.”;

3) dodany w Części IB opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego multipleksacji regionalnej (Załącznik nr 1 do SIWZ) pkt 14) otrzymuje brzmienie:

„w budynkach Rozgłośni Regionalnych wymienionych w pkt. 1) tej części przedmiotu zamówienia przyłącza światłowodowe lub łącza IP posiadają obecnie następujący Operatorzy:

- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Białymstoku „Radio Białystok” Spółki Akcyjnej: Orange Polska S.A., Biaman, T-Mobila - przyłącza światłowodowe,
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Bydgoszczy „Polskie Radio Pomorza i Kujaw” Spółki Akcyjnej: EmiTel S.A. (łącza IP),
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Gdańsku „Radio Gdańsk” Spółki Akcyjnej: Orange Polska S.A. i Volta Communications Sp. z o. o. – przyłącza światłowodowe,
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Katowicach „Radio Katowice” Spółki Akcyjnej: EmiTel S.A. (łącza IP),
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Kielcach „Radio Kielce” Spółki Akcyjnej: EmiTel S.A. (łącza IP),
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Koszalinie „Radio Koszalin” Spółki Akcyjnej: EmiTel S.A. (przyłącza światłowodowe i łącza IP), Orange Polska S.A. (przyłącza światłowodowe), Politechnika Koszalińska (łącza IP),
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Krakowie „Radio Kraków” Spółki Akcyjnej: EmiTel S.A. (łącza IP),
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Lublinie „Radio Lublin” Spółki Akcyjnej: EmiTel S.A., Orange Polska S.A., Futuro Exito Sp. z o. o., Lubman – przyłącza światłowodowe,
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Łodzi „Radio Łódź” Spółki Akcyjnej: TOYA Sp. z o. o., Miejska Sieć Komputerowa LODMAN, Orange Polska S.A., Netia S.A. (przyłącza światłowodowe) oraz EmiTel S.A. (łącza IP),
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Olsztynie „Radio Olsztyn” Spółki Akcyjnej: EmiTel S.A. (łącza IP),

- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Opolu „Radio Opole” Spółki Akcyjnej: Orange Polska S.A., 3S S.A., Multiplay Sp. z o. o. Sp. k., Netia S.A. (przyłącza światłowodowe) oraz EmiTel S.A. (łącza IP),
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Poznaniu „Radio Poznań” Spółki Akcyjnej: PCSS – PozaMAN, EmiTel S.A., Orange Polska S.A. (przyłącza światłowodowe),
- w przypadku „Polskiego Radia Rzeszów” - Regionalnej Rozgłośni w Rzeszowie Spółki Akcyjnej: EmiTel S.A. (przyłącza światłowodowe),
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Szczecinie „PR Szczecin” Spółki Akcyjnej: UPC Polska Sp. z o. o., EmiTel S.A. (przyłącza światłowodowe)
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni we Wrocławiu „Radio Wrocław” Spółki Akcyjnej: NASK i EmiTel S.A. (przyłącza światłowodowe),
- w przypadku Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni w Zielonej Górze „Radio Zachód” Spółki Akcyjnej: Orange Polska S.A., UPC Polska Sp. z o. o., Netia S.A., EmiTel S.A. (przyłącza światłowodowe).

Jednocześnie wykonawcom nie zostanie odmówiona możliwość wykonania własnego przyłącza światłowodowego w budynkach ww. Rozgłośni Regionalnych.

Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Warszawie „Radio dla Ciebie” Spółka Akcyjna, z uwagi na fakt, że mieści się w tym samym, budynku, co Polskie Radio S.A., nie posiada odrębnych (samodzielnych) przyłączy światłowodowych lub łączy IP”;

- 4) pkt 3) Części II opisu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do zadań emisyjnych (Załącznik nr 1 do SIWZ) otrzymuje brzmienie:

„wykonawca będzie świadczył usługę emisji w standardzie T-DAB+ (zgodnie z normą ETSI EN 300 401 Europejskiego Instytutu Standardów Telekomunikacyjnych ETSI - Radiofonia cyfrowa (DAB) do odbioru ruchomego, przenośnego i stałego) oraz standardzie kodowania fonii MPEG-4 High Efficiency Advanced Audio Coding (AAC LC, HE AAC v1, HE AAC v2), zgodnie z normą ETSI TS 102 563 Europejskiego Instytutu Standardów Telekomunikacyjnych ETSI”;

- 5) w § 9 wzorów umów dla zadań multipleksacyjnych (Załącznik nr 6A do SIWZ i Załącznik nr 6B do SIWZ) wprowadza się ust. 11, który otrzymuje brzmienie: „Pod warunkiem i przy spełnieniu wymogów określonych w ust. 12, waloryzacji będzie podlegało wynagrodzenie należne z tytułu świadczenia usług, wskazane w § 8 ust. 1 oraz ceny podane w pkt. 1 Załącznika nr 2 do Umowy w przypadku zmiany cen energii elektrycznej”

W związku z powyższym w obu wzorach umów:

- a) § 9 ust. 10 otrzymuje brzmienie: „W przypadku zmian wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, lub zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, lub zasad gromadzenia i wysokości wpłat do

pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018r. o pracowniczych planach kapitałowych, mających wpływ na zmianę kosztów wykonywania przez Wykonawcę przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 3 ust. 1, wynagrodzenie należne z tytułu świadczenia usług, wskazane w § 8 ust. 1, oraz ceny podane w pkt. 1 Załącznika nr 2 do Umowy, na potrzeby rozliczania pozostałej do wykonania części przedmiotu Umowy, będzie podlegało waloryzacji, pod warunkiem i przy spełnieniu wymogów określonych w ust. 12”,

b) § 9 ust. 12 otrzymuje brzmienie: „W celu dokonania waloryzacji, o której mowa w ust. 10 i ust. 11, Wykonawca zobowiązany będzie, nie później niż w terminie 14 dni kalendarzowych przed dniem wejścia w życie zmian, wymienionych w ust. 10 i ust. 11, przedłożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o wprowadzenie odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wraz opisem wpływu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, albo minimalnej stawki godzinowej, lub zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub zmiany wysokości składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, lub zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, lub zmian cen energii elektrycznej na ponoszone przez Wykonawcę koszty wykonania przedmiotu niniejszej Umowy oraz szczegółową kalkulacją porównawczą cen i kosztów ponoszonych przed oraz po zmianach, ze wskazaniem sposobu (metody) liczenia”,

c) § 9 ust. 14 otrzymuje brzmienie: „W przypadku niewykazania przez Wykonawcę wpływu zmian, o których mowa w ust. 10 i ust. 11, na wzrost kosztów ponoszonych przez Wykonawcę w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy, Zamawiający będzie miał prawo odmówić waloryzacji do czasu przedłożenia opisu wpływu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub zmiany wysokości składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, lub zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, lub zmian cen energii elektrycznej na ponoszone przez Wykonawcę koszty wykonania przedmiotu niniejszej Umowy oraz szczegółowej kalkulacji porównawczej cen i kosztów ponoszonych przed oraz po zmianach, ze wskazaniem sposobu (metody) liczenia, uzasadniających żądanie Wykonawcę”,

d) § 9 ust. 15 otrzymuje brzmienie: „Waloryzacja, o której mowa w ust. 10 i ust. 11 nie wymaga zmiany postanowień niniejszej Umowy”;

Izba w tym zakresie badała różnicę pomiędzy zadaniem 1 i 2 które mogły mieć wpływ na wysokość ustalenia stawki i w ocenie Izby w zakresie monitoringu dla obu zadań wymogi zamawiającego są identyczne. Zamawiający jak sam to przyznał w wezwaniu z 24 sierpnia 2019r. w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy skierowanym do przystępującego zakres zadania 2 jest szerszy niż zakres zadania nr 1 tj. w zakresie wymogu powiadamiania kryzysowego i

wymóg wytworzenia strumieni w dwóch formatach EDI i ETI. Natomiast Izba porównała wymagania dotyczące monitoringu w bieżącym postępowaniu z umową z 2017r. i ustaliła, że różnica dotyczy postanowień umownych dotyczących możliwości żądania przez zamawiającego zapewnienia możliwości weryfikacji poprawnej pracy łączy dosyłowych, przy czym zapewniony w tym przypadku przez wykonawcę sposób weryfikacji musi być możliwy technicznie do wykonania poprzez wykorzystanie funkcji dostępnych w zastosowanych urządzeniach wykonawcy i zaakceptowany przez zamawiającego. Tego wymogu nie zawierała umowa z 2017r. Przy czym odwołujący nie wykazał, że urządzenia realizujące obecnie funkcje monitoringu w zakresie określonym umową z 2017r. nie posiadają funkcjonalności pozwalających na zapewnienie możliwości weryfikacji poprawnej pracy łączy dosyłowych, ani że nie jest możliwy upgrade tych urządzeń dla zapewnienia tej możliwości. Zamawiający natomiast stał na stanowisku, że realizację żądania zawartego w ust. 4 par. 6 bieżącej umowy są w stanie zrealizować urządzenia, które były wykorzystywane na potrzeby realizacji umowy z 2017r.

Oferta przystępującego :

Przystępujący zaoferował wykonanie zadania nr 1 w cenach za 1h świadczenia usługi dla Polskiego Radia – 13,01, dla pozostałych rozgłośni – 7,76

W zakresie zadania nr 2 dla Polskiego Radia – 9,72, a dla pozostałych rozgłośni – 5,83.

Przystępujący wykazał podstawy utajnienia dokumentów i oświadczeń, wskazując, że dokonał zastrzeżenia następujących dokumentów:

Struktura stacji czołowej wraz załącznikami dla zadań 1 i 2.

Na stronie 3 -5 wyjaśnił jakie dane i informacje objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w pkt. 1 -7 z pppkt do pkt 6 a)-g i ppkt. pkt 7 a- e.

Na str. 4 odtajnionego w późniejszym czasie przez zamawiającego dokumentu stacja czołowa DAB HE-2019 - zadanie nr 2 znajduje się następująca informacja:

Do utworzenia 17-stu regionalnych multipleksów zawierających oprócz 10 programów ogólnopolskich oraz po dwa różne programy regionalne użyte zostanie zestaw 17-stu multiplekserów oraz jeden pracujący w postaci automatycznej rezerwy. Przełączenie będzie następowało za pośrednictwem 17stu konwerterów Magic SDC EDI/ETI zamieniających sygnał EDI na EDI/ETI z danego multipleksa regionalnego lub awaryjnie z multipleksa rezerwowego. Monitoring pracy i zarządzanie automatyczną redundancją zostanie zrealizowane w oparciu o protokół SNMP.

W odtajnionym pliku wykaz urządzeń dla zadania nr 2 przystępujący wskazał:

W poz. 2- EDI/ETI przełącznik i konwerter - AVT Audio Video Technologies GmbH MAGIC SDC ETI/EDI Switch&Converter DABMUX Plus Edition sztuk 1, a w poz. 3 - EDI/ETI konwerter - AVT Audio Video Technologies GmbH MAGIC SDC ETI/EDI Converter sztuk 17

W utajnionym pliku przedstawiającym strukturę stacji czołowej w końcówce nazwy mającym wyraz „regionalny” w prawym górnym kwadracie przedstawiono schemat rozwiązania, w którym użyto określenia dotyczącego stosowanego urządzenia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2019r. dotyczące złożenia m.in. dokumentów przedmiotowych do oferty, przystępujący w dniu 21 sierpnia 2019r. złożył dokumenty przedmiotowe, w tym tłumaczenie karty katalogowej dla urządzenia Magic EEC ETI/EDI Converter oraz katalog produktowy firmy AVT Audio Video Technologies GmbH zastrzegając, że urządzenia na str. 10-11, 22-25, 38-43 nie są przedmiotem oferty, w tym katalogu na stronie 32-33 znajduje się opis w języku angielskim urządzenia Magic EEC ETI/EDI Converter

Na podstawie tych okoliczności Izba ustaliła, że zamawiający prawidłowo odczytał wolę przystępującego co do zaoferowania urządzenia Magic EEC ETI/EDI Converter, a nie urządzenia Magic SDC ETI/EDI Converter. W ofercie katalogowej producenta oferowanych urządzeń nie ma urządzenia o nazwie Magic SDC ETI/EDI Converter są natomiast urządzenia Magic EEC ETI/EDI Converter i Magic SDC ETI/EDI Switch&Converter, z opisu realizacji usług wytworzenia strumieni ETI i EDI przedstawionej przez przystępującego jednoznacznie wynika, że zaoferował on zarówno converter w liczbie 17 i jak i switch&converter w liczbie 1, zaoferowanie obu tych urządzeń potwierdza także katalog producenta, a przede wszystkich załączone przez przystępującego tłumaczenia na język polski, a to z tego względu, że katalog producenta zawiera szerszą gamę produktową niż zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu przez przystępującego, a przystępujący przetłumaczył tylko to elementy katalogu, które dotyczą oferowanych przez niego urządzeń i są to zarówno tłumaczenia dotyczące Magic EEC ETI/EDI Converter jak i Magic SDC Switch&Converter. Tym samym rozumując logicznie oba te urządzenia powinny być wskazane w opisie realizacji usług wytworzenia strumieni ETI i EDI jak i w wykazie urządzeń. Tymczasem u przystępującego w odtajnionych częściach tych dokumentów pojawiło się urządzenie Magic SDC ETI/EDI Switch &Converter w liczbie 1 i urządzenie nie występujące w katalogu producenta i dla którego opisu nie przetłumaczono - Magic SDC ETI/EDI Converter w liczbie szt. 17. Jednocześnie przystępujący konsekwentnie rozróżniał rodzaj urządzenia Converter oraz Switch &Converter. Tym samym w ocenie Izby oczywistym było, że doszło do omyłki pisarskiej w dwóch miejscach w ofercie przystępującego, gdzie omyłkowo podano oznaczenie SDC podczas gdy powinno być podane EEC, co koresponduje z dokumentami przedmiotowymi żądanymi przez zamawiającego. W ocenie Izby skoro z opisu realizacji usługi wytworzenia strumieni ETI i EDI przystępującego wynikało, że używa tak konwerterów jak i switch –konwerterów, to w przypadku stwierdzenia błędu w nazwie konwertera zamawiający prawidłowo ustalił, że w ofercie producenta jest tylko 1 model konwertera, a przystępujący właśnie tego urządzenia

załączył tłumaczenie, to sposób poprawy omyłki był jednoznaczny i nie wymagał wyjaśnień ze strony przystępującego.

W dniu 24 sierpnia 2019r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny całkowitej oferowanej za świadczenie usług emisji w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia (nazwa zadania: multipleksacja w okresie 36 miesięcy) - w tym również wyjaśnień dotyczących wyliczenia stawki netto za godzinę świadczenia usług kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych wraz z danymi dodatkowymi (zwanymi dalej: „usługami multipleksacji”) oraz stawki netto za godzinę świadczenia usług dosyłu sygnału i rozpowszechniania sygnału multipleksu w standardzie DAB+ (zwanymi dalej odpowiednio: „usługami emisji” lub „emisją”) – istotnego elementu ceny całkowitej w: . zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia – stawka za godzinę usług multipleksacji ogólnopolskiej oraz stawki za godzinę usług multipleksacji regionalnej, 2. Wskazał, że cena całkowita (3 517 864,4 zł brutto), zaoferowana w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia jest o ponad 40% (40,64 %) niższa od wartości zamówienia w tym zadaniu powiększonej o należny podatek VAT (5 926 140,00 zł brutto), która została ustalona przez zamawiającego z zachowaniem należytej staranności, między innymi, w oparciu o faktycznie ponoszone koszty świadczenia usług kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych wraz z danymi dodatkowymi, objętych zakresem przedmiotowym zamówienia w ramach zadania nr 2, przy uwzględnieniu ewentualnego wzrostu inflacji oraz przewidywanego wzrostu cen energii elektrycznej. Wysokość zaoferowanej ceny wątpliwości zamawiającego, co do jej realności i wykonania za nią przedmiotu zamówienia objętego zakresem zadania nr 2, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, przy jednoczesnym uzyskaniu z tego świadczenia zysku. Wątpliwości w tym zakresie powoduje w szczególności fakt, że zakres i poziom wymogów funkcjonalnych, technicznych dla świadczonych usług określony w tym zadaniu został rozszerzony w stosunku do wymogów określanych do tej pory - również poprzez wyższe wymogi funkcjonalne i techniczne dla urządzeń wykorzystywanych w ramach świadczonych usług (np. wymóg zapewnienia i obsługi funkcji powiadamiania kryzysowego, wymóg wytworzenia strumieni w dwóch formatach jednocześnie, tj. ETI i EDI). Rozszerzenie wymogów, co potwierdziły informacje pozyskane podczas dialogu technicznego wymaga zapewnienia nowych urządzeń, bardziej zaawansowanych technologicznie, a co za tym poniesienia nakładów inwestycyjnych. Przedmiotowe wątpliwości, potęguje również wątpliwość dotycząca wysokości stawki za godzinę usług multipleksacji ogólnopolskiej oraz wysokości stawek za godzinę usług multipleksacji regionalnej. Wątpliwości, co do ich realności są związane w szczególności ze znacznym (ok. 25%) obniżeniem stawek w stosunku do stawek godzinowych usług multipleksacji ogólnopolskiej i regionalnej, świadczonych w okresie 12 miesięcy (zadanie nr 1 przedmiotu zamówienia), gdzie zakres wymagań jest ograniczony.

Zamawiający zwrócił się o złożenie przedmiotowych wyjaśnień i przedstawienie dowodów, w szczególności szczegółowej kalkulacji kosztów i sposobu obliczenia wysokości ceny oferty w zadaniach nr: 2, 8, 12, 14, 24, 26, 32, 33 i 34 przedmiotu zamówienia i wysokości wyszczególnionych powyżej stawek godzinowych usług oraz podania okoliczności i elementów organizacyjnych uwzględnionych przy kalkulacji, które wpłynęły na wysokość zaoferowanych cen i stawek, w tym w szczególności:

- 1) informacji w zakresie przyjętej do kalkulacji cen oszczędności, metody wykonania zamówienia, wybranych przez państwa rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla przystępującego, które pozwoli przystępującemu na zaoferowanie cen i stawek na wskazanych powyżej poziomach,
- 2) informacji w zakresie ewentualnego wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt. 2) – 4) ustawy i ich wpływie na wysokość wyliczonych cen i stawek,
- 3) wysokości przyjętych do kalkulacji kosztów przygotowania infrastruktury nadawczej do świadczenia usług emisji oraz kosztów związanych z jej utrzymaniem w okresie świadczenia usług,
- 4) wysokości przyjętych do kalkulacji kosztów uzyskiwania pozwoleń radiowych,
- 5) wysokości przyjętych do kalkulacji kosztów dosyłu sygnału modulacyjnego łączami IP oraz wysokości kosztów przygotowania i utrzymania infrastruktury w tym zakresie,
- 6) wysokości przyjętych do kalkulacji w zadaniu nr 2 kosztów wszystkich urządzeń wymaganych dla realizacji usługi, w tym kosztów transportu, ubezpieczenia urządzeń podczas transportu, koszty instalacji urządzeń,
- 7) wysokości przyjętych do kalkulacji w zadaniu nr 2 kosztów kodowania, transmisji danych, multipleksacji 10 programów radiowych i danych dodatkowych zamawiającego wyznaczonego oraz koszty ich premultipleksacji i wytworzenia głównego strumienia ETI i EDI, a także koszty multiplikacji tego strumienia dla 17 regionów
- 8) wysokości przyjętych do kalkulacji w zadaniu nr 2 kosztów regionalizacji strumieni ETI i EDI, w tym kosztów kodowania maksymalnie 2 programów regionalnych z danymi dodatkowymi w każdym z 17 regionów,
- 9) wysokości przyjętych do kalkulacji w zadaniu nr 2 kosztów dosyłu strumieni regionalnych do lokalizacji punktu styku wskazanej w Załączniku nr 1 do SIWZ,
- 10) wysokości przyjętych do kalkulacji kosztów osobowych,
- 11) wskazania zakładanej wysokości kosztów wykonania wszelkich czynności, jakie są niezbędne dla prawidłowego wykonania usług objętych zakresem przedmiotowym zamówienia, w ramach zadań nr: 2, 8, 12, 14, 24, 26, 32, 33 i 34 oraz wynikających z wymogów i warunków postanowień wzorów umów,
- 12) czy w ogóle, a jeżeli tak na jakim poziomie został założony w kalkulacji wzrost inflacji oraz wzrost cen energii

- 13) zakładanego rodzaju i wysokości innych kosztów, opłat i podatków, które będzie musiał ponieść przystępujący w związku z realizacją zamówienia w ww. zadaniach,
- 14) wysokości zakładanego zysku.

Izba ustaliła, że w ramach pkt. 1 – 14 powyższego pisma, których wyjaśnienia wymagał zamawiający, zamawiający nie zawarł wymagania, aby wykonawca wyjaśnił rozbieżności w stawkach godzinowych usług multipleksacji ogólnopolskiej i usług multipleksacji regionalnej pomiędzy zadanie 1 i 2. Wskazał jedynie, że ta różnica w stawkach było m. in. powodem powzięcia wątpliwości, co do realności ceny w zadaniu 2.

W dniu 30 sierpnia 2019r. przystępujący odpowiedział na wezwanie i wyjaśnił, że w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia (nazwa zadania: multipleksacja w okresie 36 miesięcy), w zakresie technologicznym uwzględnione zostały wszystkie wymagania z SIWZ, włącznie z wyższymi w porównaniu do zadania nr 1 wymaganiami funkcjonalnymi i technicznymi, tj.:

- wymóg zapewnienia i obsługi funkcji powiadamiania kryzysowego,
- wymóg wytworzenia strumieni w dwóch formatach jednocześnie: ETI i EDI.

Rozszerzony w zadaniu nr 2 zakres funkcjonalny i technologiczny spowodował konieczność, tylko częściowej wymiany lub modernizacji obecnej platformy przeznaczonej do kompresji i multipleksacji wykorzystywanej do świadczenia usług dla zamawiającego, co pozwoliło na uzyskanie znaczących oszczędności inwestycyjnych:

- a) w monitoringu usługi nadal będą wykorzystywane te same i w tej samej liczbie urządzenia, przystępujący wskazał na wysokość oszczędności
- b) dla niektórych usług zostanie wykorzystane istniejące rozwiązania, przystępujący wskazał na wysokość oszczędności
- c) monitoring multipleksacji nie ulegnie zmianie i będzie realizowany przez posiadane urządzenia do monitoringu,
- d) pozostanie mechanizm z wykorzystaniem dekoderek ETI/EDI,
- e) zostanie wykorzystana istniejąca infrastruktura sieciowa istniejąca własna sieć „core” pozwalająca na świadczenie usług kontrybucji w ramach niniejszego postępowania przetargowego bez dodatkowych nakładów. Przystępujący oszacował wysokość oszczędności.
- h) wdrożenie oferowanego rozwiązania, zrealizuje we własnym zakresie, ponieważ ma wieloletnie doświadczenia przy realizacji podobnych usług, tym samym dysponuje odpowiednim „know-how” oraz posiadamy wykwalifikowaną kadrę. Przystępujący podał wartość oszczędności.

Przystępujący wskazał także na wieloletnią współpracę z producentami i dostawcami rozwiązań, jak również skala działania pozwala uzyskiwać Emitel wysokie rabaty przy zakupie

urządzeń i sprzętu do realizacji usług.

Wszystkie te okoliczności zostały przez przystępującego podane albo w piśmie złożonym na jawnej rozprawie albo zostały podane ustnie do protokołu, Izba ograniczyła się w tym zakresie do ich wskazania w kolejności wskazywanej w piśmie z dnia 30 sierpnia 2019r. ze wskazaniem, gdzie w wyjaśnieniach przystępujący poza czynnikami podał także wysokość osiąganą z tego tytułu oszczędności. Izba nie podała wszystkich wskazanych w piśmie czynników obniżających cenę, gdyż ich nie ujawnił przystępujący w toku jawnej rozprawy tak samo jak wysokości osiąganych oszczędności. Nadto Izba nie podała w ustaleniach jakie dowody zostały dołączone w celu wykazania twierdzeń podanych w wyjaśnieniach.

W dniu 31 sierpnia 2019r. zamawiający w nawiązaniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanego w piśmie z dnia 1 sierpnia 2019 roku, w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia w zakresie dokumentów:

1) w opracowaniu pod nazwą „Specyfikacja urządzeń i schemat funkcjonalny stacji czołowej DAB+ Zadanie nr 2”, będącego opisem realizacji usług wytworzenia strumieni ETI i EDI premultipleksera oraz regionalizacji strumieni ETI i EDI w zadaniu nr 2, na które to opracowanie składają się:

- a) część opisowa – plik o nazwie: „Stacja czołowa DAB HE - 2019 - zadanie nr 2”,
- b) rysunek funkcjonalny połączeń sieciowych – plik o nazwie: „Zad_2_struktura stacji czołowej_2019-08-01_GM-nowy HE”,
- c) schemat funkcjonalny premultipleksacji ogólnopolskiej – plik o nazwie: „Zad_2_struktura stacji czołowej_2019-08-01_GM-nowy HE-ogolnopolski”,
- d) rysunki funkcjonalne stacji czołowej – plik o nazwie: „Zad_2_struktura stacji czołowej_2019-08-01_GM-nowy HE-regio_cz1”, plik o nazwie: „Zad_2_struktura stacji czołowej_2019-08-01_GM-nowy HE-regio_cz2”,
- e) rysunek funkcjonalny multipleksacji regionalnej – plik o nazwie: „Zad_2_struktura stacji czołowej_2019-08-01_GM-nowy HE-regionalny”,
- f) blokowy schemat dróg światłowodowych – plik o nazwie: „Zad_2_struktura stacji czołowej_2019-08-01_GM-nowy HE-swiatlowody”,
- g) rysunek funkcjonalny instalacji w punkcie styku – plik o nazwie: „Zad_2_struktura stacji czołowej_2019-08-01_GM-nowy HE-wezel SDH”,
- h) wykaz urządzeń wykorzystywanych do świadczenia usług w zadaniu nr 2 – plik o nazwie: „Wykaz urządzeń_dla zadania nr 2”

Zamawiający poinformował, iż dokonane zastrzeżenie uznał za częściowe niezasadne i nieskuteczne. Część informacji zwartych w treści ww. dokumentów nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2019r., poz. 1010 ze zm.).

Zamawiający stwierdził, że informacje zawarte w: 1) treści części opisowych obu opracowań, o których mowa w pkt. 1.1) lit. a) i 2.1) lit. a) niniejszej informacji, ujętej w akapitach nazwanych: „Schematy funkcjonalne stacji czołowej”, „Urządzenia stacji czołowej”, „Nadzór stacji czołowej” nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji tracą prawo do ochrony, z zastrzeżeniem:

- a) fragmentów precyzującymi miejsce lokalizacji stacji czołowej i jej nazwę,
- b) fragmentów precyzujących miejsca instalacji urządzeń stacji czołowej, które zostały wymienione na stronie 3 obu opracowań w akapicie o nazwie: „Urządzenia stacji czołowej”
- c) danych identyfikujących osobę przygotowującą opracowania,
- d) liczby switchy, podanej w treści akapitu nazwanego: „Schematy funkcjonalne stacji czołowej”, na stronie 3 obu opracowań, w pkt. 4),
- e) liczby serwerów podanej w treści akapitu nazwanego: „Urządzenia stacji czołowej”, na stronie 3 obu opracowań, punkt 4); 2) wykazach urządzeń, o których mowa w pkt. 1.1) lit. e) oraz 2.1) lit. h) niniejszej informacji – w zakresie rodzaju urządzeń (typu i model), nazwy producenta i ich liczby nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji tracą prawo do ochrony, z zastrzeżeniem informacji o liczbie serwerów i sond pomiarowych.

Informacje, o których mowa powyżej, w pkt.1) i 2) oraz informacje zawarte w treści części opisowych obu opracowań, ujętej w akapitach nazwanych: „Konfiguracja urządzeń i usług”, „Redundantne drogi optotelekomunikacyjne łączące stację czołową (multipleksacja DAB+) z lokalizacją punktu styku”, jak też informacje zawarte w schematach funkcjonalnych i rysunkach, wymienionych w pkt. 1.1) lit. b) – d) oraz w pkt. 2.1 lit. b) – g), zachowują prawo do ich ochrony, jako tajemnicy Państwa przedsiębiorstwa.

Odnosząc się natomiast do treści pisma z dnia 1 sierpnia 2019r. (plik o nazwie „20190801 Pismo w sprawie utajnienia dokumentów wersja zastrzeżona” - dalej: „pismo wykazujące”) zamawiający stwierdził, że informacje zawarte na stronach 3 – 5 pisma wykazującego nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji tracą prawo do ochrony, z zastrzeżeniem:

- 1) szczegółowego kierunku przebiegu łączy, podanego w pkt. 7 lit. e), na stronie 3 pisma,
- 2) szczegółowych informacji o umowa zawartych z dostawcami urządzeń i oprogramowania, wykorzystywanych do świadczenia usług, podanych na stronie 4 pisma wykazującego, akapit pierwszy,
- 3) danych identyfikujących osobę przygotowującą opracowania, o których mowa w pkt. 1.1) i 2.1) niniejszej informacji, które zostały wskazane na stronie 4 pisma wykazującego, akapit drugi, zdanie pierwsze. Informacje, o których mowa powyżej w pkt. 1) – 3) zachowują nadal prawo do ich ochrony, jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego.

W odpowiedzi na pismo zamawiającego o częściowym odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez przystępującego przystępujący złożył uzupełnienie uzasadnienia podstaw objęcia

tajemnicą przedsiębiorstwa ww. pisma.

W analogiczny sposób zamawiający potraktował zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie odwołującego.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył wyjaśnienia obejmujące m.in. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W powołanym piśmie wskazał, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu art. 11 pkt 4 uznk. I powołał się na orzecznictwo Sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa sposobu kalkulacji ceny oferty. Przystępujący wskazywał, że przyjęty sposób kalkulacji ceny w zadaniach, 8, 12, 14, 16, 24, 26, 32, 33 i 34 pozostaje w zgodzie z treścią decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 8 lipca 2019 r. nr DHRT.WORK.6082.2.2018.373, zatwierdzającej ofertę ramową przystępującego o dostępie hurtowym i pozwala zarówno pokryć koszty takiej usługi, jak również wygenerować zysk. Szczegółowa prezentacja wartości kalkulacji opłat za dostęp hurtowy na potrzeby świadczenia usług emisji programów radiofonicznych stanowi dla przystępującego istotną wartość gospodarczą. Przekazanie konkurentom przystępującego sposobu budowania marży na dostępie hurtowym może w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić przystępującemu przedkładanie porównywalnych ofert.

Dysponując tymi informacjami konkurenci będą mogli, m.in. zastosować analogiczny sposób kalkulacji ceny, w tym zasad określania marży, poziomu kosztów własnych. Przystępujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie przyjmuje się, że wartość ekonomiczna informacji składających się na tajemnicę przedsiębiorstwa polega m.in. na tym, że ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków (np. wyrok SN z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt: II PK 49/14). Przystępujący przedstawił informację o cenach zakupu urządzeń. Na rynku taka informacja może stanowić o jego przewadze konkurencyjnej. Wiedza o takiej odmienności ceny urządzeń stanowi informację poszukiwaną na rynku i ułatwia prowadzenie rozmów z dostawcami urządzeń. Jednocześnie dostawcy urządzeń zawierają z przystępującym umowy o zachowaniu poufności celem zabezpieczenia się przed takim ryzykiem ujawnienia informacji. Przystępujący posiada zawarte umowy z producentami urządzeń wymienionymi w piśmie z dnia 30 sierpnia 2019 roku i umowy te posiadają stosowne postanowienia o zachowaniu poufności.

W dniu 9 września 2019r. zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 wezwał przystępującego do wyjaśnienia wątpliwości, jakie budzi wysokość stawek netto za godzinę świadczenia usług świadczonych w okresie 36 miesięcy, przede wszystkim ich obniżenie w stosunku do stawek godzinowych netto tożsamyh usług świadczonych w okresie 12 miesięcy. Wątpliwości

dotyczą stawek, wymienionych w dalszej części wezwania, zaoferowanych w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia, obejmującym swoim zakresem usługi kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych wraz z danymi dodatkowymi w okresie 36 miesięcy.

W zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia przystępujący zaoferował stawki za godzinę świadczenia usług kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych wraz z danymi dodatkowymi w wysokości odpowiednio: dla multipleksacji ogólnopolskiej w wysokości 9,72 zł netto, a dla multipleksacji regionalnej stawkę 5,83 zł netto w każdym regionie. Jednocześnie w zadaniu nr 1 przedmiotu zamówienia, gdzie zakres przedmioty ww. usług jest analogiczny zaoferował stawki w wysokości, odpowiednio: 13,01 zł netto przy multipleksacji ogólnopolskiej oraz 7,76 zł netto w każdym regionie, przy multipleksacji. Mając na uwadze, że w tym przypadku obniżenie stawki godzinowej było również przyczyną wątpliwości, co do wysokości ceny całkowitej w zadaniu nr 2 i przyczyną wystosowania do przystępującego wezwania do wyjaśnień z dnia 24 sierpnia br. (pismo BZP.B5.12.2019.KP.457/19), mając też na uwadze, że w argumentacji złożonej przez przystępującego w celu wykazania, że oferowana stawka i cena całkowita oferty w zadaniu nr 2 nie jest rażąco niska (odpowiedź na pismo BZP.B5.12.2019.KP.457/19), nie było argumentów pozwalających zidentyfikować powody leżące u podstaw obniżenia tej stawki, rzeczone powody i okoliczności oraz ich wpływ na wysokości stawki budzą nadal wątpliwości i niezrozumienie. W szczególności, że mechanizm obniżenia stawek godzinowych usług świadczonych w okresie 36 miesięcy w stosunku do usług świadczonych w okresie 12 miesięcy został zastosowany wybiórczo, w konsekwencji wątpliwości budzi czy powodem obniżenia stawki jest tylko i wyłącznie dłuższy okres świadczenia usługi.

Jednocześnie, w oparciu o art. 87 ust. 2 in fine ustawy zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy poprawił w ofercie przystępującego, złożonej w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia (nazwa zadania: multipleksacja w okresie 36 miesięcy) stwierdzoną oczywistą omyłkę pisarską.

Ujawniona omyłka dotyczyła nazwy modelu konwertera EDI/ETI, wskazanego przez przystępującego, w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia, w opis realizacji usługi wytworzenia strumieni ETI i EDI premultipleksera oraz regionalizacji strumieni ETI i EDI (opracowanie pod nazwą „Specyfikacja urządzeń i schemat funkcjonalny stacji czołowej DAB+ Zadanie nr 2”), jako urządzenie z wykorzystaniem, którego, świadczone będą oferowane w tym zadaniu usługi. Przedmiotowa omyłka została zidentyfikowana na podstawie porównania treści ww. opisu z dokumentami przedmiotowymi (specyfikacjami technicznymi AVT - producenta urządzeń wykorzystywanych do świadczenia rzeczonych usług), złożonych na potwierdzenie, że usługi oferowane w zadaniu nr 2 przedmiotu zamówienia spełniają wymogi zawarte w SIWZ.

Mając na uwadze, że z przedłożonych specyfikacji technicznych wynika wprost, że

wykorzystywany przez przystępującego konwerter MAGIC ETI/EDI Converter AVT, to konwerter MAGIC EEC ETI/EDI Converter, a nie MAGIC SDC ETI/EDI Converter, mając też na uwadze, że na rynku nie istnieje konwerter firmy AVT o nazwie modelu MAGIC SDC ETI/EDI Converter (co potwierdza również całości katalog produktowy AVT Audio Video Technologies GmbH), zamawiający zakwalifikował przedmiotową niezgodność jako oczywistą omyłkę pisarską i poprawił ją w następujący sposób - użyte w części opisowej opracowania pod nazwą „Specyfikacja urządzeń i schemat funkcjonalny stacji czołowej DAB+ Zadanie nr 2”, akapit nazwany „Urządzenia stacji czołowej” (str. 4 opracowania) w nazwie modelu konwertera MAGIC ETI/EDI Converter, oznaczenia „SDC” zamawiający zastąpił oznaczeniem „EEC”, a użyte w wykazie urządzeń wykorzystywanych do świadczenia usług w zadaniu nr 2 (plik o nazwie: „Wykaz urządzeń_dla zadania nr 2”) – kolumna czwarta o nazwie „Typ i model urządzenia”, wiersz czwarty – w nazwie modelu konwertera MAGIC ETI/EDI Converter, oznaczenia „SDC” zamawiający zastąpił oznaczeniem „EEC”.

W dniu 13 września 2019r. przystępujący w zakresie zadania 2 wyjaśnił:

Po pierwsze wyraził zgodę na dokonanie poprawki oczywistej omyłki pisarskiej.

Co do ceny zaoferowanej w zadaniu nr 2 to przystępujący zaoferował następujące stawki za godzinę świadczenia usług kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych wraz z danymi dodatkowymi w wysokości odpowiednio: - dla multipleksacji ogólnopolskiej w wysokości 9,72 zł netto - a dla multipleksacji regionalnej stawkę 5,83 zł netto w każdym regionie. Jednocześnie w zadaniu nr 1 przedmiotu zamówienia, zaoferował stawki w wysokości, odpowiednio: - 13,01 zł netto przy multipleksacji ogólnopolskiej oraz - 7,76 zł netto w każdym regionie, przy multipleksacji. Przystępujący wyjaśnił, że obecnie świadczy usługi zamawiającemu wyznaczonemu polegające na multipleksacji ogólnopolskiej oraz multipleksacji regionalnej. Świadczenie tych usług odbywa się na podstawie umowy z dnia 29 września 2017 r. numer BZ/01718/17.

Przystępujący mógł, więc w ramach zadania nr 1 zaoferować wykorzystanie sprzętu technicznego, który już pracuje na rzecz zamawiającego wyznaczonego., przystępujący uwzględnił w cenie usługi zadania nr 1 dodatkowo wyższy koszt ich utrzymania oraz serwisu, a także potencjalnie wyższe ryzyko wystąpienia usterek w ich działaniu i związane z tym ryzyko kontraktowe. Dodatkowo istniejąca infrastruktura wymaga wsparcia dostawcy w zakresie usuwania ewentualnych usterek.

W przypadku zadania nr 2 przystępujący zamierza wykorzystać nowe urządzenia objęte gwarancją producenta.

W przypadku zadania nr 2 przystępujący zamierza wykorzystać urządzenia, które zużywają mniej energii elektrycznej w porównaniu do urządzeń wykorzystanych w zadaniu nr 1.

Po trzecie, w przypadku urządzeń wykorzystywanych w obszarze infrastruktury sieciowej w

zadaniu nr 2 przystępujący może zastosować efekty synergii z innymi usługami świadczonymi w ramach spółki realizowanymi w zbieżnym obszarze produktowym.

Te wszystkie podane okoliczności były ujawnione w piśmie złożonym na jawnej rozprawie i ustnie do protokołu i z tych względów podobnie jak w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 30 sierpnia 2019r. Izba przytoczyła je uznając, że przystępujący przekazując pismo i udzielając informacji w toku rozprawy uznał powyższe okoliczności jako nie zasługujące na ochronę.

Nadto Izba nie przedstawiła w ustaleniach dowodów dołączonych do tego pisma w celu wykazania twierdzeń w nim zawartych między innymi oferty dostawcy urządzeń, a także podstaw wyliczania roboczogodzin czy kosztów energii, gdyż zamawiający uznał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy, a ewentualna zmiana tej decyzji jest przedmiotem żądania odwołania, zatem tylko w przypadku uznania zasadności zarzutu Izba może nakazać dokonanie czynności odtajnienia określonych dokumentów w sytuacji uznania, że nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że w dniu 24 sierpnia 2019r. zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał także odwołującego do wyjaśnienia różnic w stawkach godzinowych zastosowanych w zadaniach 17 i 18.

Dowody zamawiającego dołączone do odpowiedzi na odwołanie i wnioskowe na rozprawie:

Z kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia przez poszczególne rozgłośnie regionalne wynika, co następuje:

Rozgłośnia Radio Białystok dla zadania 1 przewidziała kwotę 106 620,93, a dla zadania 2 – 339 441,27,

Rozgłośnia Polskie Radio Pomorza i Kujaw dla zadania 1 przewidziała kwotę 100 800,00, a dla zadania 2 – 305 500,00

Rozgłośnia Radio Gdańsk dla zadania 1 przewidziała kwotę 110 000zł., a dla zadania 2 – 363 000zł.

Rozgłośnia Radio Katowice dla zadania 1 przewidziała kwotę 116 000zł., a dla zadania 2 – 865 000zł.

Rozgłośnia Radio Kielce dla zadania 1 przewidziała kwotę 96 865,45, a dla zadania 2 – 290 596,35

Rozgłośnia Radio Koszalin dla zadania 1 przewidziała kwotę 98 707,52, a dla zadania 2 – 314 655,83

Rozgłośnia Radio Kraków dla zadania 1 przewidziała kwotę 101 684,88, a dla zadania 2 – 340 594,68

Rozgłośnia Radio Lublin dla zadania 1 przewidziała kwotę 94 153,23, a dla zadania 2 – 282 459,65

Rozgłośnia Radio Łódź dla zadania 1 przewidziała kwotę 101 000, a dla zadania 2 – 322 000

Rozgłośnia Radio Olsztyn dla zadania 1 przewidziała kwotę 105 000, a dla zadania 2 – 303 600

Rozgłośnia Radio Opole dla zadania 1 przewidziała kwotę 105 000, a dla zadania 2 – 330 000

Rozgłośnia Radio Poznań dla zadania 1 przewidziała kwotę 103 680, a dla zadania 2 – 343 193,76

Rozgłośnia Polskie Radio Rzeszów dla zadania 1 przewidziała kwotę 100 460, a dla zadania 2 – 301 380

Rozgłośnia PR Szczecin dla zadania 1 przewidziała kwotę 105 000, a dla zadania 2 – 315 000

Rozgłośnia Radio dla Ciebie dla zadania 1 przewidziała kwotę 95 300, a dla zadania 2 – 102 600zł.

Rozgłośnia Radio Wrocław dla zadania 1 przewidziała kwotę 91 000, a dla zadania 2 – 290 000

Rozgłośnia Radio Zachód dla zadania 1 przewidziała kwotę 113 531, a dla zadania 2 – 408 713,82

Z ogłoszenia o zamówieniu nr 2013/S 179-309363 wynika, że w ramach zadania 1 zamawiający usługi kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych oraz danych dodatkowych w Warszawie i Katowicach i aglomeracjach tych miast, których rozpoczęcia świadczenia usługi miało nastąpić nie później niż w terminie 3 miesięcy od dnia złożenia pisemnego zamówienia do 3 miesięcy od daty zawarcia umowy i do upływu 3 letniego świadczenia usług. Usługę tę uzyskał przystępujący (ogłoszenie nr 2014/S 014-021394) wartość szacunkowa początkowa 1 100 000zł. bez VAT, a cena oferty 620 224,64zł. z VAT. Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że w zadaniu 1 oferty poza przystępującym złożyli: BCAST sp. z o.o. w Warszawie z cenę 1 132 387,20zł. i Polskie Sieci Nadawcze sp. z o.o. w Warszawie z cenę 1 373 423,90zł. Te dwie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Z ogłoszenia o zamówieniu nr 2014/S 073-126189 wynika, że zamawiający w zadaniu 1 zamawiał usługi kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych oraz danych dodatkowych dla Gdańska, Kielc, Krakowa, Wrocławia, Szczecina, Łodzi, Opola i Poznania oraz w aglomeracjach tych miast do 30 września 2017r. przy czym dla programów rozgłośni regionalnych w Gdańku, Kielcach, Krakowie, Wrocławiu i Szczecinie usługi miały być uruchomione nie później niż 3 miesiące od zawarcia umowy a dla Łodzi, Opola i Poznania nie później niż do 1 października 2014r. Zamówienie na zadanie nr 1 uzyskał Emitel, zaś ubiegali się o nie także BCAST i Consensus sp. z o.o. w Zamościu, te oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a Consensus także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 26 ust. 2d ustawy. Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 2014/S 157-283267 wynika, że wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 2 000 000 bez VAT, a wygrała oferta z ceną 2 565 858,90zł

Z ogłoszenia o zamówieniu nr 2014/S 187 – 330392 wynika, że zamawiający w zadaniu nr 1

zamawiał świadczenie usług kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych oraz danych dodatkowych w Bydgoszczy, Koszalinie, Olsztynie, Zielonej Górze, Białymstoku, Lublinie i Rzeszowie w tym wytworzenie oraz dosył do lokalizacji punktu styku strumieni ETI w standardzie DAB+. Usługi miały być świadczone do dnia 30 września 2017r. przy czym musiały zostać uruchomione w terminie nie dłuższym niż 3 miesiące od zawarcia umowy. Zadanie nr 1 uzyskał przystępujący. Była to jedyna oferta. Wartość szacunkowa wyniosła 2 000 000zł. netto, a uzyskano cenę 2 332 135,30zł.

Z informacji o wyniku postępowania znak BZ-DZP.B5.26.2016 wynika, że zadanie nr 1 obejmowało usługi kodowania, multipleksacji i regionalizacji programów radiowych oraz danych dodatkowych i wpłynęła na tom zadanie 1 oferta – przystępującego z ceną 146 544,10 zł brutto.

Z informacji o wyniku postępowania z dnia 20 lipca 2017r. wynika, że w sprawie znak BZ-DZP.B5.7.2017r. na sfinansowanie zamówienia w zadaniu pierwszym zamawiający przeznaczył kwotę 3 900 000zł., zaś wybrał jedyną złożoną w tym zadaniu ofertę przystępującego z ceną 3 288 037,93zł. przy czym zakres gwarantowany wynosił 295 014,02zł., a opcjonalny 2 993 023,91zł.

Z umowy nr BZ/01718/17 z dnia 29 września 2017r. wynika, że umowa miała być świadczona w okresie od 1 października 2017 do 30 września 2019r. oraz, że monitoring była analogiczny jak w bieżącym wzorze umowy poza zastrzeżeniem w par. 6 ust. 4 wzoru umowy możliwości żądania zapewniania weryfikacji poprawnej pracy łączy dosyłowych.

Z wykazu urządzeń wykorzystywanych przez przystępującego przy usługach świadczonych do 30 września 2019r. wynika, że przystępujący wykorzystuje multiplekser DAB+ D-Vaudax firmy VDL Basic Multiplekser DV2AE EDI&ETI szt. 20, Serwer PAD firmy VDL szt. 2, Multiplekser NPAD firmy AVT Content Server Fraunhofer Pro szt. 2, koder audio firmy AVT Audio Encoder Magic AE1 DAB+ szt. 46, koder sygnałów ETI firmy AVT, Magic AD1 ETI Decoder szt. 18, sonda pomiarowa bitowej stopy błędów BER firmy VDL Measura ETI Monitor MES-22ET szt. 8, sonda pomiarowa bitowej stopy błędów BER firmy DIGIDIA EasySPY DAB/4xETI szt. 1

Dowody odwołującego z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa Izba poda jedynie rodzaj dowodu i co na jego podstawie Izba ustaliła obejmują one ofertę cenową dystrybutora firmy AVT i podane ceny globalne i specjalne dla odwołującego w euro, a także wycenę urządzeń podanych zgodnie z odwołaniem potwierdzająca wycenę według cen z oferty odwołującego na poziomie ok 2 mln zł. (informacja jawna w odwołaniu). Izba porównała ceny specjalne odwołującego i ofertę dostawcy przystępującego załączoną do wyjaśnień i stwierdza, że uwzględniając wskazane w tej ofercie rabaty przystępujący korzysta z niższych cen dla wierszy 1, 2 i 5 niż przystępujący za wyjątkiem jednego urządzenia – wiersz 3 oferty,

które ma cenę nieco wyższą u przystępującego niż u odwołującego, która jednak nie niweluje przewagi przystępującego w zakresie pozostałych elementów tej oferty. Pozwala to uznać za prawdziwe oświadczenia przystępującego, że korzysta z większych rabatów niż odwołujący jeśli chodzi o zakup urządzeń.

Z załącznika nr 2 do umowy nr BZ/01718/17 wynika, że przystępujący w 2017r. zaoferował kodowanie i multipleksację dla 10 programów Polskiego Radia SA na poziomie 13,69zł., zaś dla poszczególnych rozgłośni regionalnych 8,17zł.

Dowody złożone przez przystępującego:

- decyzja nr DHRT.SMP.6040.2.2017.177 z dnia 17 stycznia 2018r. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej potwierdziła pozycję dominującą przystępującego na rynku dosyłu sygnału w ramach transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Prezes UKE stwierdził następujące problemy rynkowe:

- możliwość utrudniania innym operatorom dostępu do infrastruktury przystępującego w tym infrastruktury służącej zapewnieniu usługi dosyłu,
- możliwość stosowania praktyk antykonkurencyjnego zawężania marży oraz subsydiowania skrośnego

W ramach tego drugiego z problemów Prezes UKE zwrócił uwagę na różnicowanie opłat za świadczenie usług transmisji z tego samego obiektu w zależności od przewidywania czy w przetargu weźmie udział operator alternatywny, występowanie znacznych dysproporcji pomiędzy opłatami występującymi na poziomie hurtowym rynku a cenami na poziomie detalicznym, stosowanie przez przystępującego zaniżonych cen za świadczenie usługi transmisji sygnału na obszarach na których występuje konkurencja ze strony operatorów alternatywnych i zawyżonych na obszarach na których takiej konkurencji brak, brak przejrzystości oferty przystępującego odnoszącej się do podstaw ustalania cen za świadczenie usługi transmisji z poszczególnych obiektów.

Prezes UKE nałożył na przystępującego następujące obowiązki regulacyjne:

1. obowiązek dostępu,
2. obowiązek niedyskryminacji,
3. obowiązek przejrzystości
4. obowiązek rachunkowości regulacyjnej w celu zapewnienia wykonania obowiązku niedyskryminacji oraz zapobieżenia subsydiowaniu skrośnemu, z uwagi na zaniżanie cen na rynku na którym występują operatorzy alternatywni i zawyżaniu tam gdzie nie występują, a którym to praktykom ma zapobiec analiza przepływów finansowych dotyczących poszczególnych obszarów działalności przystępującego, w szczególności

- zapobieżenie dyskryminacji cenowej oraz zawężania marży,
5. obowiązek ustalania opłat w oparciu o ponoszone koszty,
 6. obowiązek oferty ramowej.

Decyzja ta obowiązuje od daty jej wydania.

Z notatki służbowej Dyrektora Biura HR A. G. wynika, że przystępujący posiada w swojej strukturze Biuro Zakupów zatrudniające 7 pracowników, w celu prowadzenia zakupów urządzeń i usług.

Z notatki służbowej Dyrektora Pionu Techniki J. G. wynika, że przystępujący świadczy usługi kodowania i multipleksacji w zakresie rozwiązań IPTV, radia cyfrowego, telewizji cyfrowej i z tych usług korzysta 29 klientów nadawców oraz przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Z notatki Koordynatora Bezpieczeństwa Informacji G. S. wynika, że przystępujący wdrożył i posiada rozbudowany system zarządzania bezpieczeństwem informacji, dokumenty wchodzące w skład systemu nie mogą być ujawnione z uwagi na ryzyko wyrządzenia szkody przystępującemu lub podejmowania innych działań w odniesieniu do których wytworzenie takich dokumentów miało przeciwdziałać. System służy ochronie także innych tajemnic, w tym przystępujący dysponuje infrastrukturą krytyczną i jest podmiotem o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym. Przykładowo dokumenty odnoszą się do sposobu opracowywania haseł dostępu do systemów informatycznych, badania kandydatów do pracy, kontaktów z kontrahentami. Poznanie tych informacji może spowodować realne zagrożenie dla ciągłości świadczenia usług łączności stanowiących element infrastruktury krytycznej i zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego. Przystępujący posiada także kompetencje do wymiany informacji z zachowaniem wymogów ustawy o ochronie informacji niejawnych, a wytworzona dokumentacja posiada wartość gospodarczą i jest ściśle związana z kwestią organizacyjną przystępującego.

Z pisma ZEP Zakładu Elektroakustyki profesjonalnej z dnia 15 października 2019r. wynika, że jest on dystrybutorem autoryzowanym AVT Audio Video Technologies GmbH i zaoferował przystępującemu urządzenia:

1. MAGIC DABMUX Go RF RM z firmware wersji „plus” oraz Emergency Warning Break-In Upgrade,
2. MAGIC AE4DAB/DAB+ Audio Encoder
3. MAGIC SDC ETI/EDI Switch&Converter
4. MAGIC EEC ETI/EDI Converter
5. Upgrade oprogramowania urządzeń MAGIC AD1 ETI Decoder

Oferta była indywidualnie negocjowana i w ocenie ZEP złożona przez przystępującego oferta jest realna i możliwa do realizacji za zaoferowaną cenę tj. 3 517 864,42zł. brutto i daje możliwość wygenerowania zysku przez przystępującego. Przystępujący dysponuje niezbędną infrastrukturą i urządzeniami do świadczenia na rzecz Polskiego Radia. Wyjaśnił, że inne niż

wymienione urządzenia nie były przedmiotem oferty ZEP dla przystępującego na potrzeby realizacji zadania 2. Oferty cenowe na dostawę rozwiązania DAB+ przedstawione przez przystępującego są objęte tajemnicą handlową ZEP z uwagi na indywidualny charakter negocjacji i prawa autorskie dotyczące zawartego w niej projektu.

Z zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego opinii dr M. O.-S. wynika, że opiniująca analizowała cenę oferty przystępującego pod kątem oceny czy jest ona rażąco niska w szczególności uwzględniając podane przez przystępującego w wyjaśnieniach z 30 sierpnia 2019r. okoliczności pozwalające na czynienie oszczędności i z opinii wynika, że zastosowane obniżenie ma odzwierciedlenie w kosztach i oferta przystępującego może być o tę kwotę niższa bez szkody dla marży.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia podstaw odrzucenia odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał zaistnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania określonej w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1) w związku z ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu, ponieważ:

- przystępujący nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny
- zamawiający wyznaczony nieprawidłowo ponownie wezwał przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny
- nawet z ograniczonych, dostępnych odwołującemu informacji wynika, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę
- nawet z ograniczonych, dostępnych odwołującemu informacji wynika, że złożenie przez przystępującego oferty na zadanie nr 2 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (znk)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 90 ust. 3 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nakazuje odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie ustawodawca uznał, że odrzucenie oferty nie może być automatyczne i oparte wyłącznie na ocenie dokonanej przez samego zamawiającego, ale nakazał zamawiającemu weryfikację ceny ofertowej przez umożliwienie wykonawcy wyjaśnienia, w jaki sposób skalkulował swoją ofertę. Ustawodawca mając także na względzie fakt, że zamawiającym często trudno rozeznaczyć się w cenach rynkowych funkcjonujących w danej branży, określił obowiązki zamawiających dotyczące obligatoryjnego wzywania do wyjaśnień w postaci przepisu art. 90 ust. 1a ustawy. Jednocześnie ustawodawca nie przewidział wprost jako podstawy wykluczenia z ubiegania się o zamówienie publiczne zajmowania pozycji dominującej na danym rynku. Okoliczność ta może być jedynie brana pod uwagę przy ocenie zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty, której złożenie może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Natomiast sam fakt rozbieżności w cenie złożonej oferty i wartości szacunkowej czy średniej wszystkich złożonych ofert nie stanowi samodzielnej podstawy uprawniającej zamawiającego do odrzucenia takiej oferty. Pomiędzy stronami nie było sporne, że cena oferty przystępującego w zadaniu 2 była o 40,64% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy to właśnie wartość szacunkowa powiększona o VAT stanowi punkt wyjścia do ustalenia czy na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek skierowania wezwania, chyba, że zachodzi przesłanka wyłączająca ten obowiązek w postaci oczywistych okoliczności, które nie wymagają wyjaśnienia, a z których wynika powstała rozbieżność. Tym samym w sytuacji gdy zamawiający prawidłowo ustalił, że cena oferty przystępującego odbiega o 40,64% od ubruttowionej wartości zamówienia, a jednocześnie nie uznał tej rozbieżności za usprawiedliwioną oczywistymi okolicznościami, to miał obowiązek wezwać przystępującego do wyjaśnień i zamawiający to uczynił w dniu 24 sierpnia 2019r. Zamawiający dokonując tego wezwania wskazał prawidłową podstawę prawną w postaci art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy, wskazał skąd się wzięły powzięte przez niego wątpliwości, co do realności ceny, gdyż u zamawiającego wątpliwości nie wyniknęły tylko z samej wielkości rozbieżności w cenie, ale także z różnicy pomiędzy wysokością stawki godzinowej w zadaniu 1 tak w zakresie usług multipleksacji ogólnopolskiej jak i usług multipleksacji regionalnej, a analogicznymi stawkami w zadaniu drugim. Zamawiający podał, że jego wątpliwość wynika także z tego, że w zadaniu nr 2 rozszerzył przedmiot świadczenia o realizację zadania przez jednoczesne generowanie dwóch strumieni ETI i EDI oraz realizację funkcji powiadamiania kryzysowego, które to rozszerzenie według informacji wynikających z dialogu technicznego wymagało zaoferowania nowych dodatkowych urządzeń. Zamawiający w wezwaniu z dnia 24 sierpnia 2019r. wyszczególnił w 14 punktach co wykonawca ma zamawiającemu wyjaśnić. Wśród tych punktów nie było żądania wyjaśnienia różnicy w stawkach godzinowych pomiędzy zadaniem 1 i 2. Izba ustaliła na podstawie wyjaśnień z dnia 30 sierpnia 2019r., że przystępujący udzielił wyjaśnień w odniesieniu do 14 żądań sformułowanych przez zamawiającego i w ramach tych

wyjaśnień podał sprzyjające mu okoliczności wykonania zamówienia w tym posiadana infrastrukturę sieciową, zasoby sprzętowe, urządzenia do monitoringu, które będą wykorzystane w tym postępowaniu, posiadane know-how, kadrę, a także uzyskiwane opusty i rabaty w ramach dotychczasowej współpracy z dostawcami, sposób w jaki zamierza zrealizować przedmiotowe zamówienia, a także podał wysokość przewidywanych z tego tytułu oszczędności. Wyjaśnienia te wskazywały na poziom tych oszczędności i w ocenie Izby poziom ten pozwalał dać wiarę wyjaśnieniom przystępującego, co do realności jego ceny. Izba przy tej konstatacji wzięła także pod uwagę dowody zgromadzone w tym zakresie przez zamawiającego, w tym dowody dołączone do wyjaśnień przystępującego z dnia 13 września 2019r., w tym ofertę dostawcy, którą skonfrontowała z ofertą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie, jak również z wykazem sprzętu, który ma być dostarczony wyłącznie na potrzeby tego postępowania. Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że przystępujący posiada korzystniejsze warunki dostawy urządzeń, a także z oferty dostawcy wynika, że część urządzeń już wykorzystywanych w postępowaniu z 2017r. nadaje się do dalszego zastosowania w zadaniu 2, a dostawca zapewnia możliwość upgradu i serwisowania, co pozwala przyjąć wiarygodność wyjaśnień przystępującego podanych podczas rozprawy, co do sposobu realizacji zamówienia. Izba na tej podstawie ustaliła, że wartość 2 160 000zł. netto wskazywana jako koszt sprzętu koniecznego do nabycia dla wykonania zadania 2 nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie faktycznym w odniesieniu do oferty przystępującego, w szczególności z uwagi na różnice w wysokościach cen oferowanych przez dostawcę obu wykonawcom, choćby tylko z tego względu, że odwołujący wycenił drożej niż w wierszach 1 i 2 oferty dostawcy załączonej do wyjaśnień, a także wliczył koszt nabycia jednego z urządzeń podczas, gdy z pisma ZEP złożonego na rozprawie wynika, że przystępujący poniesie jedynie koszt upgradu oprogramowania tego urządzenia. Izba ustaliła, że pomiędzy stronami bezsporne było rozszerzenie wymagań w zadaniu drugim o świadczenie usługi z wykorzystaniem jednoczesnym obu strumieni ETI i EDI oraz zapewnieniem realizacji funkcjonalności powiadamiania kryzysowego, natomiast okoliczność co do rozszerzenia zakresu realizacji co do monitoringu była sporna. Izba po analizie umowy z 29 września 2019r. oraz załącznika 1 i 6A i 6B bieżącego postępowania ustaliła, że zakres monitoringu różni się wyłącznie możliwością zapewnienia weryfikacji poprawnej pracy łączy dosyłowych, jednak odwołujący w tym zakresie nie wskazywał, że realizacja tej funkcjonalności na dotychczasowych urządzeniach nie jest możliwa, a zamawiający i przystępujący zgodnie twierdzili, że dotychczasowe urządzenia w tym sondy do pomiaru bitowej stopy błędów gwarantują możliwość realizacji tej funkcjonalności. Dostawca sprzętu firma ZEP potwierdziła, jaki sprzęt zaoferowała przystępującego i w jakim zakresie przewidziała jedynie upgrade tj. upgrade Magic AD1 ETI/EDI Decoder i wśród tych urządzeń odwołujący nie wskazywał na braku urządzeń umożliwiających wykonanie wymaganej funkcjonalności monitoringu, ani nie

podnosił, że dotychczasowe urządzenia funkcjonujące już w infrastrukturze dedykowanej zamawiającemu nie mają możliwości realizacji tej funkcji. W tym stanie rzeczy Izba dała wiarę stanowisku zamawiającego i przystępującego, że sprzęt zaoferowany przez przystępującego w łącznym zestawieniu starego i nowo nabywanego daje możliwość weryfikacji poprawnej pracy łączy dosyłowych. Natomiast pozostałe dwa rozszerzone wymagania zamawiającego znajdują odzwierciedlenie w zestawionym przez odwołującego w odwołaniu sprzęcie, wskazywanym jako konieczny do nabycia przez przystępującego za wyjątkiem dekodera MAGIC AD1 ETI/EDI Decoder, który będzie jedynie upgradowany. Natomiast jak wynika z oferty cenowej dostawcy sprzętu załączonej do wyjaśnień przystępującego, przystępujący może nabyć na pewno część tych urządzeń korzystniej niż odwołujący. Tym samym samo rozszerzenie wymagań i ich wartość cenowa w ocenie Izby zostały wyjaśnione przez przystępującego. Realność ceny została przez przystępującego wykazana tak dowodami dołączonymi do obu wyjaśnień, jak i pismem dostawcy ZEP złożonym na rozprawie. Dodatkowo przystępujący przedstawił także opinię prywatną, którą Izba potraktowana jako stanowisko przystępującego wyrażone przez autorytet naukowy.

Jak wynika z ustaleń Izby drugie zapytanie skierowane do przystępującego w dniu 9 września 2019r. nie dotyczyło realności stawki godzinowej w zadaniu 2, ale powodów jej obniżenia w stosunku do stawki z analogicznego zadania 1 tylko realizowanego w krótszym czasie. Tym samym nie było to w ocenie Izby, jak słusznie podnosił zamawiający, wezwanie w celu oceny charakteru ceny w zadaniu 2, ale w celu ustalenia, czy przystępujący nie przerzucił części kosztów do zadania 1, a tym samym czy nie dopuścił się manipulacji ceną. W ocenie Izby tak skonstruowane żądanie wyjaśnienia miało oparcie w art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż jego złożenie nie wpływało na treść oferty, a pozwalało na zbadanie oferty w świetle przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. W ocenie Izby czym innym jest wykazanie możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę, a czym innym wyjaśnienie, dlaczego cena zaoferowana a zbliżonych przedmiotowo zadaniach z innym terminem wykonania i zamawiający prawidłowo te wezwania rozdzielił, gdyż powody różnic w wysokości cen mogą być różne nie tylko z uwagi na inny rozkład ryzyk, ale także z uwagi na potrzebę zestawienia infrastruktury na potrzeby realizacji zadania 2, na co wskazywał w piśmie z dnia 13 września 2019r. i na rozprawie przystępujący wskazując na ryzyko przerw w świadczeniu usługi nie tylko zamawiającemu, ale innym odbiorcom usług przystępującego, ale również te różnice mogły wynikać z nieuprawnionego przesunięcia części prac do zadania 1, w celu obniżenia ceny zadania 2 i słusznie zamawiający przeprowadził takie wyjaśnienia w zakresie każdej z sytuacji, w której usługi o podobnym zakresie różniące się czasem ich świadczenia wykazywały różnice w stawkach u tego samego wykonawcy. Zamawiający w analogiczny sposób wyjaśniał stawki przystępującego w odniesieniu do innych zadań jak i odwołującego wezwaniem z dnia 24 sierpnia 2019r. w zadaniu 17 i 18 i wówczas odwołujący nie kwestionował podstawy prawnej

wezwania.

W ocenie Izby z faktu dwóch wezwań do wyjaśnienia stawek godzinowych, ale z różnych powodów i z różnymi żądaniami nie da się wywieść, że przystępujący w ramach wyjaśnień z dnia 30 sierpnia 2019r. nie wyjaśnił realności swojej ceny. Ustawa nie przewiduje zakazu wyjaśniania wątpliwości zamawiającego wynikającej z różnych podstaw prawnych i badających różne okoliczności faktyczne. Przystępujący pismem z dnia 13 września 2019r. wyjaśniał 25% różnicę w stawce usług multipleksacji ogólnopolskiej i multipleksacji regionalnej pomiędzy zadaniem 1 i 2. W wyjaśnieniach wskazał okoliczności, które w jego ocenie zmuszały go do kalkulacji wyższej stawki w zadaniu nr 1, jak brak ochrony gwarancyjnej dla części urządzeń i konieczność wkalkulowania serwisu i kosztu części zamiennych oraz utrzymania zespołu serwisowego, a także ryzyko przerw i kosztów tych przerw w postaci konieczności zapłaty kar umownych tak zamawiającemu jak i innym kontrahentom przystępującego, przystępujący wskazał także, że koszt zakupu nowych urządzeń w zadaniu 2 musi ponieść, ale także ma oszczędność z tytułu mniejszej energochłonności urządzeń oraz z powodu syngonii w zakresie interfejsu sieciowego. W ocenie Izby przystępujący w tym zakresie przedstawił wysokość ponoszonych dodatkowych kosztów w zadaniu 1 jak i kosztu urządzeń w zadaniu 2 i oszczędności wskazywanych w zadaniu drugim i w wyniku ich porównania można było dojść do przekonania, że zadanie 2 może być przez przystępującego wykonane taniej, z uwagi na ryzyka związane z wykonaniem zadania 1. Izba wzięła także pod uwagę, że długość świadczenia przy umowie z 29 września 2017r. nie była taka sama jak w zadaniu nr 2 24 miesiące wobec obecnie 36 miesięcy. Umowa z 2017r. przewidywała krótszy okres świadczenia usługi, co mogło mieć wpływ na wysokość różnicy w stawkach pomiędzy zadaniem nr 2, a stawkami z umowy z 2017r., zwłaszcza, że nawet w zadaniu 1 te stawki względem stawek z 2017r. są niższe odpowiednio usługa multipleksacji ogólnopolskiej o 0,68 zł., a multipleksacji regionalnej o 0,41zł., co może wskazywać na to, że ceny przystępującego w stosunku do lat ubiegłych uległy obniżeniu mimo krótszego okresu planowanego świadczenia usługi, a także powoływanego przez przystępującego ryzyka serwisowego i ryzyka przerw i awarii przy rozszerzeniu usługi na potrzeby realizacji zadania 2.

Izba odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej w czynnie nieuczciwej konkurencji polegającym na utrudnianiu przedsiębiorcom dostępu do rynku przez oferowanie usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), uznała, że w analizowanym stanie faktycznym rację należy przyznać zamawiającemu, co do tego, że zarzut oparty o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nie korzysta za zasady odwróconego ciężaru dowodu wynikającego z art. 190 ust. 1 a ustawy, jak również przystępującemu, że odwołujący wskazując na zakres koniecznego do nabycia przez przystępującego sprzętu oraz jego koszt nie wykazał, że koszt ten jest wyższy niż cena za zadanie nr 2. Niewątpliwie fakt zajmowania pozycji dominującej przez

przystępującego utrudnia dostęp do rynku innym wykonawcom, choćby tylko z faktu tego, że to przystępujący nabył, zestawiał i świadczył usługi w oparciu o posiadaną infrastrukturę, która jest zdolna obsłużyć przeważającą większość potrzeb zamawiającego, zaś inni wykonawcy, aby dostać się na ten rynek i oferować na nim swoje usługi muszą dopiero uzyskać dostęp lub ponieść nakłady inwestycyjne na potrzeby zbudowania odpowiedniej infrastruktury. Jednakże zarzucany czyn nieuczciwej konkurencji musi polegać na świadczeniu poniżej kosztów usługi, a odwołujący nie wykazał, że koszty świadczenia usługi przez przystępującego są wyższe niż zaoferowana cena. Odwołujący wskazał jedynie na główny element cenotwórczy, jakim są urządzenia, co nie było kwestionowane ani przez zamawiającego, ani przystępującego, ale poziom tych cen przystępujący wykazał na niższym poziomie niż uznane przez odwołującego za minimalne, co wynikało w ocenie Izby z dwóch przyczyn: pierwsza to różnice w rabatach oferowanych obu wykonawcom w zakresie zakupu tożsamyh urządzeń, a drugie to fakt, że założenia odwołującego co do minimum niezbędnych zakupów okazały się nadmiarowe, gdyż przystępujący nie zamierza nabyć 18 sztuk dekodków Magic AD1 ETI/EDI Decoder, a jedynie je upgradować. Jako kluczowe dla uznania czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazywał na 30% obniżenie stawek godzinowych w zadaniu drugim względem umowy z 29 września 2019r. W ocenie Izby jednak bez wykazania, że stawki z 2017r. były stawkami obejmującymi wyłącznie koszty wytworzenia usługi i koszty te nie uległy zmianie okresie 2 lat, to sama rozbieżność procentowa nie była wystarczająca do stwierdzenia, że usługa będzie świadczona poniżej kosztów jej świadczenia. Tym samym Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, że złożenie oferty nastąpiło w czynie nieuczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę przeprowadzone powyżej rozumowanie Izba doszła do przekonania, że podnoszony zarzut w całości zasługiwał na oddalenie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i ust. 3 przez odmowę udostępnienia odwołującemu informacji, które przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nieprawidłową weryfikację tego zastrzeżenia, czym zamawiający w sposób istotny ograniczył możliwość skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przysługujących mu na podstawie ustawy

Zarzut nie potwierdził się. Istotne jest, że w ramach żądań odwołujący nie żądał odtajnienia wszelkich dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego i nieodtajnionych przez zamawiającego, a jedynie wyjaśnień z dnia 30 sierpnia 2019r. i 13 września 2019r. Tym samym podnoszony fakt, że odwołującemu nie są znane nieodtajnione dokumenty przedmiotowe, nie mieści się w granicach postawionych żądań. Po drugie odwołujący nie ograniczył swojego żądania w sposób odpowiadający zakresowi odwołania ograniczonemu do

zadania 2. Nadto prawo do ograniczenia jawności nie zawiera okoliczności pozwalających na ocenę wpływu wyłączenia jawności na możliwość korzystania przez innych wykonawców ze środków ochrony prawnej. Przeciwnie ustawodawca uznając za priorytet ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa podjął próbę zrównoważenia pozycji procesowej stron przez wprowadzenie odwróconego ciężaru dowodu w art. 190 ust. 1a ustawy. Tym samym zarzut zaniechania odtajnienia oparty na ograniczeniu odwołującemu możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w ocenie Izby nie zasługuje na aprobatę. Izba przyznaje także rację zamawiającemu, co do tego, że samo przywołanie błędnej czy wręcz nieistniejącej podstawy prawnej upoważniającej do skorzystania z prawa nie może być podstawą twierdzenia, że prawo nie przysługuje. Zamawiający również słusznie wskazał, że zmieniona norma art. 11 ust. 4 i bieżąca definicja tajemnicy przedsiębiorstwa wymagają wykazania zaistnienia tożsamyh przesłanek, czyli tego, że informacja posiada charakter, który jest prawnie chroniony, czyli charakter technicznym, technologiczny, organizacyjny i posiadający w każdym przypadku wartość gospodarczą, a także tego że dane te nie są znane szerszemu kręgowi osób i podjęto czynności w celu zachowania ich w poufności. Nadto norma art. 11 ust. 2 w bieżącym brzmieniu zezwala, aby informacja była wynikiową informacji niestanowiących same w sobie tajemnicy przedsiębiorstwa ale zawartą w zbiorze, które nadają jej specyficzny unikalny charakter, który powoduje, że nabierają szczególnego charakteru, nie są znane i dostępne, a podjęto czynności w celu zachowania w poufności. Tym samym definicja z art. 11 ust. 2 ustawy zawiera w sobie definicję z art. 11 ust. 4 w brzmieniu sprzed nowelizacji i jednocześnie definiuje informację zbiorczą jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji błędne przywołanie podstawy prawnej nie może mieć znaczenia dla oceny, czy informacje dla których wykazano przesłanki na gruncie nieobowiązującego stanu prawnego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w aktualnym brzmieniu ustawy. Dotychczasowa definicja tajemnicy przedsiębiorstwa nadal pozostała, a ustawodawca postanowił jedynie podnieść do rangi prawa stanowionego dorobek orzecznictwa i doktryny w tym zakresie. Przystępujący wskazał na przede wszystkim organizacyjny charakter informacji przez niego podawanych i wskazał, że mają one dla niego wartość gospodarczą, a także wyjaśnił jak chroni swoją tajemnicę i że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie są powszechnie dostępne i nie były ujawnione. W ocenie Izby rzeczywiście wyjaśnienia z dnia 24 sierpnia 2019r. i 13 września 2019r. zawierają informacje o charakterze organizacyjnym przede wszystkim wskazują na sposób realizacji zamówienia, w tym dobór urządzeń, których zestawienie jest niezbędne dla świadczenia usługi dotychczas wykorzystywanych i nowych, oszczędności z powodu wykorzystania już zestawionego sprzętu, poziomu oszczędności energii, sposobu wyceny ryzyk i dodatkowych kosztów zadania 1, kosztów obsługi gwarancyjnej, kosztów serwisu dotychczasowych urządzeń, koszty i skład osobowy zespołu serwisowego składają się na ogół informacji o charakterze organizacyjnym, nadto jeśli wziąć pod uwagę fakt pokazania

wysokości rabatów korzystniejszych niż odwołującego i koszty serwisu oraz gwarancji, to elementy te w ocenie Izby wyraźnie pokazują jaką wartość gospodarczą posiadają te informacje, gdyż gdyby odwołujący je znał mógłby podjąć próbę pozyskania takich samych rabatów i innych korzyści jak przystępujący, co mogłoby pozbawić przystępującego możliwości skorzystania z przewagi dzięki nim uzyskiwanej. W ocenie Izby zamawiający wnikliwie prowadził badanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i prawidłowo ocenił zastrzeżone informacje w wyjaśnieniach przystępującego. To, że przystępujący zdecydował się podać w toku postępowania odwoławczego w jakich obszarach i z jakiego powodu jego oferta jest korzystniejsza od oferty odwołującego oraz jakie czynniki brał pod uwagę przy wycenie kosztów zadania 1, które nie występują w zadaniu 2, w ocenie Izby nie pozbawia złożonych wyjaśnień waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż odwołującemu nadal nie jest znany wpływ poszczególnego czynnika i wielkość tego wpływu na sposób kalkulacji ceny. Dopiero przypisanie np. kosztowi serwisu urządzeń nadal wykorzystywanych określonej wartości pozwala na zobrazowanie, o ile musiała z tego powodu wzrosnąć lub zmaleć stawka w zadaniu 1. Tym samym w wyjaśnieniach, jak słusznie zauważył na rozprawie zamawiający, zawarty jest zbiór informacji, które łącznie składają się na tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. Fakt zastrzeżenia poufności danych dotyczących cen sprzętu potwierdza także pismo ZEP złożone na rozprawie, które wskazuje, że oferta udzielona przystępującemu stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa ZEP. Fakt ten, że informacje o wysokościach rabatów i indywidualnych ustaleniach specjalnych cen są przez dostawców chronione za pomocą zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdza także to, że odwołujący składając dowód z oferty dostawcy wnioskował o ograniczenie dostępu do tego dowodu pozostałym stronom. Izba dała także wiarę wyjaśnieniom przez przystępującego co do tego, że przystępujący z uwagi na charakter przetwarzanych informacji objętych jednym systemem bezpieczeństwa nie mógł bez ryzyka dla bezpieczeństwa tego systemu przekazać zamawiającemu do niego dokumentacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba oddaliła podniesiony zarzut.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości, w szczególności przez nieprawidłowe, ponowne wezwanie przystępujący do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zarzut nie potwierdził się. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, co do tego, że wezwanie z dnia 9 września 2019r. było ponownym wezwaniem do udzielenia wyjaśnień w zakresie realności ceny zadania 2 w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający tym

wezwaniami badał czy wykonawca miał podstawy do zastosowania niższej ceny w zadaniu drugim w stosunku do zadania pierwszego i to w sytuacji rozszerzenia wymagań zamawiającego na świadczeniu funkcjonalności powiadamiania kryzysowego jako i świadczenia usługi z wykorzystaniem dwóch strumieni jednocześnie. Nie badał zatem czy stawka ta jest rażąco niska, ale dlaczego jest niższa od stawki w zadaniu 1. Nie było to zatem wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Oczywiście w ramach obu wezwań zamawiający pytał o podstawy wyliczenia stawki godzinowej w zadaniu 2, ale powód tego zapytania był inny. Pierwsze wezwanie badało, czy zadanie 2 jest możliwe do wykonania za zaoferowaną cenę, zaś wezwanie drugie badało, czy nie doszło do przeniesienia kosztów zadania 2 do zadania pierwszego, co mogło podlegać ocenie jako działanie niekonkurencyjne. Sam odwołujący dostrzegając taką możliwość podnosząc zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej w czynie nieuczciwej konkurencji. Izba uznała, że fakt zbiegu dwóch okoliczności tj., że cena w zadaniu 2 była najniższą ceną w ramach złożonych ofert odbiegającą od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia o ponad 30% oraz, że jednocześnie stawki godzinowe tej ceny odbiegały od stawek godzinowych w innym zadaniu o zbliżonym przedmiocie nie oznacza, że oba te fakty mogły świadczyć wyłącznie o rażąco niskiej cenie. O tym, że tak być nie musi ponownie świadczy oferta samego odwołującego na zadania 17 i 18, gdzie oferty odwołującego nie były ofertami z najniższymi cenami, a jednak zamawiający badał fakt rozbieżności stawek godzinowych w obu zadaniach. Biorąc to pod uwagę Izba nie dopatryła się nierównego traktowania przez zamawiającego stron postępowania, ani naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego, przeciwnie w jednakowych warunkach rozbieżności w stawkach zbliżonych zadań zamawiający obu wykonawców potraktował w ten sam sposób tj. przez wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez poprawienie przez zamawiającego oferty przystępującego, mimo, że nie zaistniała w niej oczywista omyłka pisarska oraz zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że jej treść nie odpowiada treści pkt 11.2.2 SIWZ, ponieważ w opisie przedmiotu zamówienia przystępujący podał nazwę nieistniejącego urzędnika, przez co usługa w zadaniu nr 2 nie mogła być zrealizowana.

Zarzut nie potwierdził się. Jak Izba ustaliła w stanie faktycznym przystępujący rozróżnił w opisie sposobu świadczenia usług multipleksacyjnych zastosowanie konwerterów i przełącznika – konwertera. Zastosowanie tych obu urządzeń potwierdził złożonym katalogiem produktowym i przetłumaczonymi opisami tak dla switch-conwertera jak i conwertera. W katalogu występowały tylko po jednym modelu odpowiednio switch-conwertera jak i conwertera. Niewątpliwie również przystępujący wskazał w ofercie model conwertera tj. Magic SDC ETI/EDI

Converter, a więc wykonał wymóg siozw podania typu i modelu. Przy czym w katalogu producenta nie ma modelu urządzenia typu converter, które odpowiadałoby nazwie podanej przez przystępującego. Porównanie zatem oferty przystępującego z dokumentami przedmiotowymi jasno pozwalało ustalić, że nastąpiło błędne podanie nazwy modelu i ponieważ w katalogu był tylko jeden model odpowiadający podanemu typowi urządzenia sposób poprawy omyłki w ocenie Izby był oczywisty tj. tak jak to uczynił zamawiający przez zmianę oznaczenia identyfikującego model z „SDC” na „EEC”. W ocenie Izby zatem nie ma mowy o niespełnianiu przez ofertę wymagań specyfikacji, gdyż model został podany, ale omyłkowo nieprawidłowy. Z uwagi na to, że typ był podany, a model występował tylko jeden w katalogu producenta, to i omyłka pisarska była oczywista i sposób jej poprawy również. Poprawa nie wymagała zgody przystępującego, choć ten jej dodatkowo udzielił. Izba nie dopatrzyła się zatem naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy, jak i 87 ust. 2 pkt 1 ustawy, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o oddaleniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), obciążając odwołującego wyłącznie kosztami uiszczanego wpisu, gdyż zamawiający wniosków kosztowych nie zgłaszał.

Przewodniczący:

.....