

WYROK

z dnia 26 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Marek Koleśnikow
Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komorń

po rozpoznaniu na rozprawie **22 lutego 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **17 stycznia 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: „**AB-MICRO**” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu pn. *Modernizacja wielkoformatowej ściany graficznej w PPD KDM* (nr postępowania 2019-WNP-0560-DU-MJS)

prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

ASHADOK AV sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu – po stronie Odwołującego

B.AV Technika sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawy pn. *Modernizacja wielkoformatowej ściany graficznej w PPD KDM* (nr postępowania 2019-WNP-0560-DU-MJS).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 lutego 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_033 pod poz. 078410.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. 8 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez AV Technikę sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach {dalej również: „AV Technika” lub „Przystępujący”}.

17 stycznia 2021 r. „AB-MICRO” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „AB-Micro” lub „Odwołujący”} wniosło w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty AV Techniki.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

- 1.Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez AV Technikę, podczas gdy treść tej oferty nie odpowiada treści części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} – „Opis przedmiotu zamówienia” {dalej również: „OPZ”}, gdyż zaoferowane przez nią rozwiązanie jest niezgodne z następującymi wymaganiami OPZ: a) B3 – prace związane z demontażem; b) D3 – redundancja systemu przetwarzania obrazów; c) D16d – dysponowanie przez przełączniki Ethernet lub routery IP dostarczane w ramach systemów przetwarzania obrazów funkcją routingu dynamicznego przy pomocy protokołów EIGRP i BGP; d) D1 – zamontowanie w szafie RACK wszystkich elementów systemu przetwarzania obrazów; e) E12 – pełny dostęp i administracja systemem zarządzania obrazem z dostarczonego przez wykonawcę osprzętu (D2) znajdującego się w szafie/szafach rack – co miało istotny wpływ na wynik postępowania.
- 2.Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez AV Technikę, podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności zaniżone są ceny za: a) etap demontażu i utylizacji istniejącej tablicy synoptycznej wraz z jej stalową konstrukcją nośną oraz dotychczasowej wielkoformatowej ściany graficznej; b) kable do kontrolerów – co miało istotny wpływ na wynik postępowania.
- 3.Art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, polegające na odmowie odtajnienia części wyjaśnień AV Techniki z 17 listopada 2020 r. dotyczących rażąco niskiej ceny z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było spóźnione, gdyż nie było zgłoszone w ofercie, i nieuzasadnione – co mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.
- 4.Art. 91 ust. 1 – przez niedokonanie wyboru oferty AB-Micro jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że zgodnie z kryteriami oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Odrzucenia oferty AV Techniki.

3. Ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty AV Techniki jako najkorzystniejszej.

Odwolujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

{zarzut 1.a)}

W uzasadnieniu odwołania zrelacjonowano następujące okoliczności faktyczne.

Brzmienie wymagania B3 OPZ:

Zwraca się uwagę, że za tablicę synoptyczną w poziomach +3,85 i +4,35 znajduje się pomost technologiczny wykonany z płyty żelbetowej wykonanej na blasze trapezowej (jako szalunku traconym) obłożonej gresem i połączonej częściowo z konstrukcją stalową tablicy synoptycznej.

Wraz z demontażem konstrukcji tablicy wymaga się zdemontowania istniejącego pomostu technologicznego oraz zaprojektowania (przez projektanta z uprawnieniami do projektowania konstrukcji bez ograniczeń) dwóch nowych pomostów technologicznych w poziomie +4,35 z tzw. materiałów lekkich (np. kratki wema lub niepalnych płyt drewnopochodnych na lekkiej konstrukcji stalowej) zapewniających swobodny dostęp serwisowy do istniejących urządzeń klimatyzacyjnych zainstalowanych w przestrzeni za tablicą synoptyczną. Minimalne wymiary pomostów to 100x300cm, Pomosty muszą być wyposażone w odpowiednie – zgodne z obowiązującymi przepisami – barierki i krawężniki.

Przed rozpoczęciem demontażu istniejącej konstrukcji stalowej tablicy i istniejącego pomostu technologicznego wymaga się zinwentaryzowania istniejących konstrukcji i przyjęcia takiej kolejności i takiej technologii demontażu, które zapewnią pełne bezpieczeństwo ludzi i mienia.

Wszelkie prace demontażowe i montażowe konstrukcji tablicy i pomostów technologicznych należy prowadzić pod nadzorem kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń.

Zgodnie z instrukcją wypełnienia dokumentu „Potwierdzenie spełnienia wymagań” należy wpisać „Tak” albo „Nie” w kolejnych wierszach.

AV Technika w tym obligatoryjnym dokumencie oferty w polu dotyczącym tego wymagania zaznaczyła: NIE [.] Nie przewidujemy demontażu istniejących pomostów i wykonania nowych. Instalacja zostanie wykonana z zachowaniem dotychczasowych pomostów

W piśmie z 17 listopada 2020 r. AV Technika wyjaśniała: Nasza odpowiedź NIE dotyczy rozbiórki podestów, co zostało opatrzone dodatkowym komentarzem.

Odwolujący zarzucił, że o ile z całości dokumentacji wynika, że rozbiórka podestów jest fakultatywna, o tyle wymóg B3 dotyczy również zinwentaryzowania istniejących konstrukcji oraz prowadzenia prac demontażowych i montażowych pod nadzorem osoby z odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi, których spełniania AV Technika nie potwierdziła. W ocenie Odwołującego późniejsze wyjaśnienie AV Techniki są nieprzekonywujące i co najwyżej mogą być potraktowane jako niedopuszczalna zmiana treści oferty po jej złożeniu.

{zarzut 1.b)}

W uzasadnieniu odwołania zrelacjonowano następujące okoliczności faktyczne.

Brzmienie wymagania D3 OPZ:

Wymaga się, aby elementy systemu przetwarzania obrazów: serwery, kontrolery, przełączniki Ethernet, routery IP zlokalizowane w szafie/szafach RACK (o których mowa w pkt D2) pracowały redundantnie tzn. umożliwiały ciągłe przetwarzanie obrazu poprzez automatyczne wykorzystanie zapasowego elementu w sytuacji awarii innego.

Na „system przetwarzania obrazów” składają się wszystkie urządzenia wskazane w wymogu D1 i D2, czyli m.in. serwery, kontrolery, encodery, przełączniki Ethernet, routery IP, okablowanie itp.

{Jak to określono w odwołaniu} „na systemie przetwarzania obrazów ma być także zainstalowany system zarządzania obrazów (oprogramowanie)”, który ma być dostępny za pomocą systemu przetwarzania obrazów (wymóg E12). System zarządzania obrazów ma m.in. służyć do administrowania i monitorowania pracy systemu przetwarzania obrazów (wymóg E1) oraz umożliwiać konfigurację i kalibrację poszczególnych elementów wielkoformatowej ściany graficznej m.in. poziom jasności powierzchni wyświetlającej (wymóg E10).

Reasumując, co do wszystkich elementów systemu przetwarzania obrazów Zamawiający wymaga, aby pracowały redundantnie, czyli każdy element tego systemu ma być zdublowany, co służy zapewnieniu ciągłości jego działania.

Brzmienie wymagania D1: W szafach [RACK] zostaną zamontowane wszystkie elementy systemu przetwarzania obrazów.

AV Technika w ofercie wskazała 1 sztukę switcha Cisco SG250-50-K9.

W piśmie z 17 listopada AV Technika wyjaśniała, że:

- (...) switch Cisco SG250-50-K9 nie podlega wymogowi redundancji i zostanie zastosowany jedynie w celu komunikacji związanej z diagnostyką i dostępem serwisowym przy współudziale komputera VWAS.

- Wymaganie w pkt E12 SIWZ pełnego dostępu i administracji systemem zarządzania obrazem z szafy RACK realizowane będzie poprzez komputer DELL ... (VWAS w szafie RACK na schemacie) oraz lokalny monitor i klawiaturę [odpowiedź do lit. g].

Według Odwołującego:

- skoro switch Cisco SG250-50-K9 i komputer VWAS służyć do realizacji funkcji administracyjnych i diagnostycznych systemu, który musi być zainstalowany na systemie przetwarzania obrazów (i dostępny za jego pośrednictwem), stanowią one również elementy tego ostatniego, a zatem podlegają wymogowi redundancji i powinny być zaoferowane po 2 szt. każdy;

- skoro komputer VWAS będzie w szafie rack, jest on elementem systemu przetwarzania obrazów.

{zarzut 1.c)}

W uzasadnieniu odwołania zrelacjonowano następujące okoliczności faktyczne.

Brzmienie wymagania D16d OPZ:

Wymaga się, aby przełączniki Ethernet lub routery IP dostarczane w ramach systemów przetwarzania obrazów spełniały następujące wymagania: umożliwiały routing podsieci IPv4 na styku z siecią LAN Zamawiającego z obsługą dynamicznych protokołów routing u EIGRP i BGP wykorzystywanych w sieci Zamawiającego.

AV Technika w ofercie potwierdziła spełnienie tego wymagania.

Switch Cisco SG250-50-K9 nie ma takich funkcji

W wyjaśnieniach AV Technika wskazała, że ten switch nie będzie realizował żadnych funkcji routingu.

Odwolujący wywiódł z powyższych okoliczności, że:

- skoro switch Cisco SG250-50-K9 jest elementem systemu przetwarzania obrazów, powinien również spełniać wymóg

D16d;

- w późniejszych wyjaśnieniach AV Technika wycofała się z potwierdzenia spełnienia tego wymagania przez to urządzenie.

{zarzut 1.d)}

W uzasadnieniu odwołania zrelacjonowano następujące okoliczności faktyczne.

Brzmienie wymagania D1 OPZ:

Wymaga się, dostarczenia i zabudowania przez Wykonawcę szafy/szaf RACK za wielkoformatową ścianą graficzną. W szafach zostaną zamontowane wszystkie elementy systemu przetwarzania obrazów (serwery, kontrolery przełączniki Ethernet, routery IP itp.) oraz dwa terminale Dyster (dostarczone przez Zamawiającego). Rodzaj, rozmiar, lokalizację, sposób zasilania szafy/szaf Wykonawca uzgodni z Zamawiającym na etapie projektu wykonawczego.

AV Technika zaoferowała szafę rack o wysokości 24U, czyli 1,07 m.

W szafie tej mają zostać zainstalowane dwa kontrolery VSN 1172-RPSU, każdy o wysokości 4U, komputer DELL Optiflex 7080 SFF (VWAS) o wysokości 3U, dwa terminale Dyster Zamawiającego o wysokości 4U każdy, switch Cisco SG250-50-K9 o wysokości 1U – łącznie urządzenia te zajmą 20U i pozostanie wolna przestrzeń o wysokości 4U, czyli 17,8 cm.

AV Technika w piśmie z 17 listopada 2020 r. odnośnie wymagania E12 złożyła wyjaśnienia w brzmieniu, jak to powyżej przytoczono [przy poprzednim zarzucie], że w szafie rack umieści również komputer Dell oraz lokalny monitor i klawiaturę.

Odwołujący zarzucił, że w zaoferowanej przez AV Technikę szafie rack na monitor i klawiaturę nie ma już miejsca, w szczególności nie zmieści się tam żaden monitor.

{zarzut 1.e)}

W uzasadnieniu odwołania zrelacjonowano następujące okoliczności faktyczne.

Brzmienie wymagania E112 OPZ:

Wymaga się, aby pełny dostęp i administracja (wyłączając zmianę treści źródeł wyświetlanych na wielkoformatowej ścianie graficznej) systemu zarządzania obrazem był możliwy z osprzętu (pkt D2) dostarczonego przez Wykonawcę znajdującego się w szafie/szafach RACK (pkt D1).

AV Technika w piśmie z 17 listopada 2020 r. odnośnie wymagania E12 złożyła wyjaśnienia w brzmieniu, jak to powyżej przytoczono [przy zarzucie 1.c)], czyli że wymaganie będzie spełnione dzięki komputerowi Dell z oprogramowaniem VWAS, dodając, że: *Jednocześnie funkcjonalność ta dostępna może być z dowolnej stacji operatorskiej lub komputera Zamawiającego po zainstalowaniu odpowiedniego oprogramowania. (...) W przypadku awarii kontrolera głównego obraz na ścianie wizyjnej automatycznie zostanie przełączony na obraz z kontrolera zapasowego podłączonego do drugich wejść modułów.*

Odwołujący zarzucił, że nie jest to prawdą.

Odwołujący wyjaśnił, że oprogramowanie VWAS Management software pozwala monitorować moduły tworzące ekran ściany graficznej, kontrolować poprawność ich pracy, przełączać obraz na ekranie ściany graficznej z wejść, do których doprowadzony jest obraz z kontrolera głównego, na obraz z wejść drugich, do których doprowadzony jest obraz z kontrolera zapasowego.

Odwołujący stwierdził, że jeżeli, jak twierdzi AV Technika, switch Cisco SG250-50-K9 nie jest elementem systemu przetwarzania obrazu, nie ma on żadnego punktu styku z siecią Zamawiającego. Natomiast aby oprogramowanie zainstalowane na komputerze Zamawiającego (będącym w jego sieci) miało dostęp do oprogramowania VWAS zainstalowanym na komputerze Dell (komputera VMAS), potrzebne byłoby urządzenie, które zrealizuje funkcje routingu pomiędzy siecią Zamawiającego a siecią, którą tworzy switch Cisco SG-250-50-K9.

Odwołujący zarzucił, że zatem:

- jedyny dostęp dla administratorów do oprogramowania VWAS Management Control możliwy będzie w tym przypadku tylko z komputera VWAS;

- w przypadku awarii komputera VWAS czy też switcha CSICO SG250-50-K9 nie ma żadnej możliwości przełączania obrazu na modułach tworzących ekran ściany graficznej, co jest wymagane w przypadku awarii kontrolera głównego;

- przełączanie, o którym wspomniano w wyjaśnieniach będzie możliwe tylko w przypadku zaniku sygnału na wejściu pierwszym, ale już nie w przypadku, gdy kontroler główny nie będzie działał poprawnie i wyświetlał jakikolwiek obraz na wyjściu karty graficznej.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty AV Techniki jako ogólnikowe nie zawierają szczegółowych wyjaśnień, że ta cena nie jest zaniżona.

Zdaniem Odwołującego cena ta jest w szczególności zaniżona w dwóch zakresach rzeczowych, o których mowa poniżej.

{zarzut 2.a)}

Odwołujący przywołał następujące okoliczności faktyczne.

Pkt 6. formularza cenowego dotyczy realizacji prac określonych w § 2 ust. 3 pkt 3.2. umowy:

3.2.Zadanie II: Demontaż i utylizacja istniejącej wielkoformatowej ściany graficznej:

3.2.1.Demontaż i przekazanie do zagospodarowania odpadów z istniejącej wielkoformatowej ściany graficznej, w tym kontrolerów, sterowników, konwerterów i innych urządzeń służących do przesyłania, wyświetlania i zarządzania obrazu;

3.2.2.Demontaż i przekazanie do zagospodarowania odpadów z istniejącej mozaikowej tablicy synoptycznej w tym sterowników, kabli, matryc, wyświetlaczy segmentowych i innych urządzeń służących do obsługi tablicy synoptycznej;

3.2.3.Demontaż i przekazanie do zagospodarowania odpadów z oświetlenia w podłodze technicznej wykorzystywanego na potrzeby tablicy synoptycznej.

Odwołujący dodał, że powyższy zakres prac obejmuje następujące czynności:

1.Budowę tymczasowej przegrody – ścianki oddzielającej obszar prowadzenia prac demontażowych od obszaru stanowisk operatorskich PPD KDM, o wysokości 6 m i długości blisko 16 m.

2.Zabezpieczenie urządzeń tj. oświetlenia, klimatyzacji, ogrzewanie w miejscu prowadzenia prac, aby nie uległy uszkodzeniu, zapyleniu, zakurzeniu podczas prowadzenia prac.

3.Demontaż istniejącej wielkoformatowej ściany graficznej składającej się z 16 modułów 50".

4.Demontaż istotnej części stalowej konstrukcji nośnej tablicy synoptycznej aby umożliwić dostęp serwisowy z tyłu modułów tylnoprojektacyjnych nowej ściany graficznej.

5.Demontaż elementów czołowych tablicy synoptycznej – mozaiki.

6.Demontaż elementów sterujących systemu tablicy synoptycznej (sterowniki, kable, matryce, wyświetlacze

segmentowe).

7. Zabezpieczenia folią ochronną i umieszczenia pod podłogą elementów infrastruktury sieciowej, zasilania, RTV, które nie są przewidziane do złomowania a są zamocowane do istniejącej konstrukcji tablicy synoptycznej.

8. Wynajem rusztowania na czas prowadzenia prac.

9. Utylizację zdemontowanych elementów systemu tablicy synoptycznej (mozaika, stalowa konstrukcja mechaniczna, elementy aktywne - sterowniki, kable, matryce, wyświetlacze segmentowe).

10. Utylizację istniejącej wielkoformatowej ściany graficznej składającej się z 16 modułów 50".

11. Zbudowę stropu po demontażu.

12. Utylizację istniejących elementów eksploatacyjnych i sterowania obecną wielkoformatową ścianą graficzną (serwerów, kontrolerów, osprzętu obsługującego system i zużytych elementów eksploatacyjnych: filtry, lampy).

13. Demontaż i zbudowę istniejącego oświetlenia w suficie.

14. Demontaż istniejącego oświetlenia w podłodze technicznej przed obecną ścianą graficzną.

15. Pozostawiony istniejący podest technologiczny za tablicą synoptyczną wymaga wzmocnienia dodatkową konstrukcją wsporczą w części środkowej w oparciu o projekt wykonany przez projektanta do projektowania konstrukcji bez ograniczeń.

16. Wykonania barierki odgradzających w pomoście technologicznym na wymaganej wysokości.

17. Uzupełnienia podłogi technicznej w obszarze gdzie zdemontowana zostanie stalowa konstrukcja nośna tablicy synoptycznej oraz zdemontowane zostanie oświetlenie, płytami podłogowymi zgodnymi z istniejącymi obecnie.

18. Zatrudnienie kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń do nadzoru prowadzonych prac.

Odwołujący podał, że poszczególni oferenci wycenili ten zakres następująco: AVTechnika – 33.300, 00 zł, AB-Micro – 108.537,00 zł; Shadok AV sp. z o.o. sp. k. – 115.300,00 zł, Perfect Displays sp. z o.o. – 210.000,00 zł.

Odwołujący podniósł, że przed złożeniem oferty zrobił pełne rozeznanie rynku, aby określić jak najbardziej konkurencyjną, ale jednocześnie realistyczną cenę w tym zakresie, m.in. uzyskał ofertę od poprzedniego generalnego wykonawcy dla Zamawiającego z 2008 r., Dyspozytorni, która po negocjacjach wyceniła wskazane prace na 85.000 zł netto.

Odwołujący zarzucił, że cena określona przez AV Technikę jest rażąco niska wobec określonego przez Zamawiającego zakresu prac, których nie da się wykonać za 33.000 zł.

{zarzut 2.b)}

Odwołujący podał, że zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 9 z 22 września 2020 r. rozdzielnica RTD ma gwarantowane zasilanie 3-fazowe.

W ocenie Odwołującego zasilanie 3-fazowe implikuje konieczność użycia wyższej jakości kabli do połączenia karty graficznej kontrolera z modułami tylnoprojekcyjnymi tworzącymi ścianę graficzną. Stąd nie wchodzi w grę najpopularniejsze, zwykłe i tańsze kable miedziane, a właściwym rozwiązaniem są dużo droższe od nich kable hybrydowe lub światłowodowe.

Odwołujący podał, że w przedstawionej przez AV Technikę konfiguracji ściany wizyjnej i kontrolerów VSN1172RPSU wykorzystywanych jest aż 56 kabli.

Dodatkowo według Odwołującego również kable sygnałowe DVI i DP doprowadzone z komputerów Zamawiającego znajdujących się na stanowiskach 1 i 10 w łącznej liczbie 24, ze względu na odległość, muszą być kablami hybrydowymi.

Odwołujący podsumował, że łącznie takich kabli potrzeba 80 szt.

Odwołujący podniósł, że kabel hybrydowy DVI o długości 10 m uznanych producentów kosztuje z upustem dla integratora nie mniej niż 750 zł netto, a długości 20 m – powyżej 850 zł netto. Najtaniej na rynku można pozyskać takie kable: 10 m – za 330 zł, 20 m – 390 zł (netto).

Odwołujący podał, że AV Technika wyceniła tę część oferty (poz. 9. w tabeli „Zestawienia sprzętu”) na 18.000 zł.

Odwołujący zarzucił, że ta cena jest poniżej kosztu zakupu tych przewodów.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że:

- AV Technika w piśmie z 7 listopada 2020 r. zastrzegła tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

- AV Technika uprzednio nie zastrzegła takiej tajemnicy w ofercie;

- Zamawiający odmówił udostępnienia tej części wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił, że:

- skoro zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, późniejszy wniosek w tym zakresie jest bezskuteczny jako spóźniony;

- brak odtajnienia nienależycie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa przez Zamawiającego narusza zasadę jawności postępowania i utrudnia kontrolę oferty AV Techniki innym wykonawcom.

Przystępujący po stronie Odwołującego SHADOK AV sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze {dalej: „Shadok AV”, „Przystępujący” lub oba te określenia razem} w swoim piśmie z 22 lutego 2021 r. zajął stanowisko i wskazał argumentację w przeważającej mierze zbieżną z odwołaniem. Natomiast w zakresie, w jakim argumentacja ta wykraczała poza okoliczności objęte zarzutami odwołania, nie została ona wzięta pod uwagę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 21 lutego 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

{zarzut 1.a)}

Z pisma Zamawiającego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Przytoczono brzmienie wymagania B3 OPZ w sposób identyczny jak w odwołaniu.

27 sierpnia 2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 2 Zamawiający wyjaśnił, że: *dopuszcza zachowanie całości lub części istniejącego pomostu technologicznego (antresoli) zapewniającego dostęp serwisowy do urządzeń klimatyzacji. Sposób demontażu istniejącej tablicy synoptycznej oraz wielkoformatowej ściany graficznej z możliwością pozostawienia pomostu technologicznego zostanie uzgodnione z Zamawiającym na etapie Projektu Wykonawczego, który zgodnie z Częścią II SIWZ pkt. B 3, w branży dot. konstrukcji powinien być wykonany przez projektanta z uprawnieniami do projektowania konstrukcji bez ograniczeń, po dokonaniu uprzedniej inwentaryzacji istniejących konstrukcji. Zgodnie z Częścią IV SIWZ Par. 7 pkt. 5a wymaga się od Wykonawcy przynajmniej jednej osoby z uprawnieniami do kierowania*

robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, która nadzorować powinna prace branży architektoniczno-budowlanej, a przede wszystkim roboty demontażowe i montażowe konstrukcji tablicy i pomostów technologicznych. Celem zadania inwestycyjnego jest budowa ściany wielkoformatowej. Intencją zapisów SIWZ było wskazanie, że jeśli demontaż istniejącej ściany graficznej zagraża bezpieczeństwu pomostu (antresoli), to antresolę należy rozebrać.

Również w odpowiedzi na pytanie nr 11, o konieczność demontażu pomostów technologicznych, Zamawiający w tym samym piśmie potwierdził możliwość ich pozostawienia, zastrzegając jedynie, że w takim przypadku wymaga zaprojektowania i wykonania odpowiedniej balustrady na krawędzi pomostu, która szczegółowo zostanie z nim uzgodniona i musi odpowiadać warunkom technicznym wynikającym z odpowiednich przepisów.

Ponadto, jak wskazano również w ramach odpowiedzi na to pytanie, wymagania w zakresie nadzoru osoby z odpowiednimi uprawnieniami wynikały również z treści umowy (część IV SIWZ).

AV Technika w pkt II ppkt 1 formularza ofertowego oświadczyła, że uwzględniła wszystkie wymagania SIWZ, a w pkt III ppkt 2 zobowiązała się zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, w szczególności załączonym wzorem umowy, w wymaganych w SIWZ terminach.

W tych okolicznościach zdaniem Zamawiającego:

- nadawanie innego zaznaczenia informacjom zawartym w wierszu B3 potwierdzenia spełniania wymagań, bez uwzględnienia całości treści oferty AV Techniki stanowi nadinterpretację Odwołującego;
- zarzut dokonania zmiany oferty jest nieuzasadniony, gdyż AV Technika nie przedstawiła informacji innych (w tym sprzecznych) w stosunku do złożonej oferty;
- w konsekwencji zarzut braku zaoferowania elementów związanych z inwentaryzacją oraz nadzoru osoby uprawnionej jest chybiony.

{zarzut 1.b)}

Z pisma Zamawiającego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Przytoczono brzmienie wymagania D3 OPZ w sposób identyczny jak w odwołaniu.

Zamawiający podkreślił, że w piśmie z 17 listopada 2020 r. AV Technika jednoznacznie wyjaśniła, że Switch Cisco SG 2560-50-K9 nie stanowi elementu systemu przetwarzania obrazu, a jedynie dodatkowy element komunikacji związanej z diagnostyką i dostępem serwisowym realizowanym przy współudziale komputera VWAS (który też takim elementem nie jest).

Zamawiający wyjaśnił, co następuje:

- ponieważ zarówno switch, jak i komputer VWAS nie przetwarzają obrazu, nie pobierają go ze źródeł (komputerów PSE) ani nie przesyłają go na ścianę graficzną, według wymagania D2 nie są składnikami systemu przetwarzania obrazu, natomiast są one elementami systemu zarządzania obrazem, o którym mowa w odrębnych wymaganiach E1 i E11;
- wymaganie D1 OPZ stanowi jedynie, że wszystkie elementy systemu przetwarzania obrazów mają być zamontowane w szafie rack, co nie oznacza, że wyłącznie elementy tego systemu mogą być w tej szafie zamontowane.

W konsekwencji według Zamawiającego twierdzenia Odwołującego są nieuprawnione, gdyż fakt umiejscowienia elementu innego systemu w szafie rack nie może powodować rozszerzenia na te elementy (wspomniany switch Cisco i komputer VWAS) wymagania w zakresie redundancji systemu przetwarzania obrazu (czyli zaoferowania 2 egzemplarzy).

{zarzut 1.c)}

Z pisma Zamawiającego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Przytoczono brzmienie wymagania D16d OPZ w sposób identyczny jak w odwołaniu.

Zamawiający powtórzył, że:

- ponieważ wymagania z lit. E dotyczą systemu zarządzania obrazem, a nie systemu przetwarzania obrazu, nie mogą być odnoszone do tego ostatniego;
- twierdzenie, że Switch Cisco SG 2560-50-K9 jest częścią systemu przetwarzania obrazu nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania.

Zamawiający zaznaczył, że potwierdzenie przez AV Technikę spełniania wymagania D16 w zakresie routingu dotyczy przełączników Ethernet lub routerów IP, które są elementami systemu przetwarzania obrazu

Zamawiający stwierdził, że w tych okolicznościach zarzut jest bezprzedmiotowy.

{zarzut 1.d)}

Z pisma Zamawiającego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Przytoczono brzmienie wymagania D1 OPZ w sposób identyczny jak w odwołaniu.

Zamawiający stwierdził, że opisana w odwołaniu wolna przestrzeń o wysokości 4U (czyli 17,8 cm) jest wystarczająca do zamontowania monitora, myszki i klawiatury, gdyż istnieją monitory składane, które zajmują tylko 1U i zmieszczą się tam z łatwością, np. {w piśmie zamieszczono link do produktu ze sklepu komputerowego Komputronik}.

Zamawiający zaznaczył, że nigdzie w SIWZ nie zawarł wytycznych określających poziom szczegółowości specyfikacji sprzętu, który był w całości proponowany przez wykonawcę jako efekt przyjętej przez niego koncepcji rozwiązania

Zamawiający stwierdził, że w tych okolicznościach zarzut jest bezpodstawny.

Dodał, że skoro wykonawca nie był zobowiązany wskazać i wycenić odrębnie tych pozycji, nie można czynić zarzutu niezgodności z SIWZ jedynie na tej podstawie, że AV Technika określone elementy sprzętu pogrupowała w ramach wyceny w dogodny dla siebie sposób.

{zarzut 1.e)}

Z pisma Zamawiającego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Przytoczono brzmienie wymagania E12 OPZ oraz wyjaśnień AV Techniki z 17 listopada 2021 r. w sposób identyczny jak w odwołaniu.

Zamawiający podniósł, że cała argumentacja tego zarzutu jest nietrafna, gdyż nie odnosi się do wymagania E12, które dotyczy wyłącznie tego, aby wykonawca zapewnił lokalny dostęp i administrację systemu zarządzania obrazem, czyli z szafy rack. Natomiast treścią tego wymagania nie są objęte funkcjonalności wskazywane w odwołaniu, takie jak sposób przełączania ekranów w przypadku zaniku sygnału na wejściu pierwszym, czy redundancji komputera VWAS i switcha Cisco.

Zamawiający stwierdził, że w tych okolicznościach wywody zawarte w odwołaniu pozostają bez znaczenia dla oceny zgodności oferty AV techniki z wymaganiem E12.

Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdził, że w przypadku wystąpienia awarii, sygnały o stanach awaryjnych dotyczących systemu przetwarzania obrazów generowane są na dwóch działających równolegle

kontrolerach ściany wizyjnej. Kontrolery te będą podłączone do sieci Zamawiającego z pominięciem Switcha CISCO SG250-50-K9 i to one odpowiadają za sygnalizowanie stanów awaryjnych do administratorów systemu. Zgodnie z wymaganiami SIWZ (pkt E1) szczegóły raportowania będą uzgodnione na etapie projektu wykonawczego. Kontrolery ścian wizyjnych podłączone będą bezpośrednio do sieci Zamawiającego z pominięciem switcha CISCO SG250-50-K9. Wymagania opisane w punktach D14, F3, G1 realizowane będą poprzez oprogramowanie zainstalowane na komputerach wskazanych przez Zamawiającego, w obrębie jego sieci. Sieć Zamawiającego będzie miała styczność z systemem przetwarzania obrazów w 2 punktach będących kartami sieciowymi kontrolerów. Zgodnie z punktem D15, punkty styku systemów mają być uzgodnione na etapie projektu wykonawczego.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zamawiający zwrócił uwagę na następujące okoliczności.

Po pierwsze, że rozpiętość cen za realizację przedmiotu zamówienia przez poszczególnych wykonawców była znaczna, gdyż w postępowaniu 4 oferty, z czego tylko 2 nie przekraczały budżetu przewidzianego przez Zamawiającego były cenowo do siebie zbliżone: oferta AB-Micro – 2.029.456,95 zł i oferta AV Techniki – 1.877.521,20 zł. Z kolei różnica pomiędzy tymi ofertami, wynosząca 151.935 tys. zł, przy całkowitej cenie jest nieznaczna. Natomiast już różnica ceny oferty AB Micro w stosunku do dwóch pozostałych złożonych ofert wynosi już znacznie ponad 1 milion zł.

Po drugie, że zamówienie obejmuje nie tylko demontaż istniejących elementów ściany (przy czym zakres tego demontażu został pozostawiony w części do uznania samego wykonawcy) ale również przygotowanie koncepcji rozwiązania, wykonanie projektu wykonawczego, dostawę urządzeń i software oraz montaż nowej ściany graficznej.

Po trzecie, że inne niż zakwestionowane w odwołaniu ceny składowe w ofercie AV Techniki są wyższe niż ceny wskazane przez pozostałych wykonawców np. w poz. 9, 10, 11 wyższe niż w ofercie Shadok AV, a w poz. 2, 3, 9, 10, 13 wyższe niż w ofercie AB-Micro. Z kolei cena z poz. 8. formularza cenowego AV Techniki (montaż uruchomienie i testy, do których potrzebna jest osoba w odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi) jest zbieżna z ceną podaną przez AB-Micro tj. różni się zaledwie o 3%.

Po czwarte, że wykonawcy sami odpowiadali za przygotowanie koncepcji realizacji zamówienia, a Zamawiający wskazał jedynie ogólne wymagania w tym zakresie. Z tego względu przed złożeniem oferty wykonawcy mieli możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej i dokonania samodzielnej oceny uwarunkowań, ograniczeń organizacyjnych, technicznych, logistycznych itp., które mają wpływ na cenę. Stąd wykonawcy nie wyceniali dokładnie tych samych rozwiązań i elementów składowych zamówienia, lecz dokonywali indywidualnej wyceny przygotowanego przez siebie projektu, w dodatku czynili to na różnym poziomie szczegółowości.

Po piąte, że AV Technika, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z 5 listopada 2020 r. co do sposobu kalkulacji ceny oferty, oparte o art. 90 ust. 1 ustawy pzp, w piśmie z 17 listopada 2020 r. przedstawiła szczegółowe informacje odnośnie zakresu cen wskazanych w poszczególnych tabelach formularza cenowego, w tym za jaką cenę dany element jest przez nią nabywany.

W tych okolicznościach Zamawiający wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że wyłącznie matematyczne porównywanie cen złożonych ofert, bez uwzględnienia różnic w proponowanej architekturze rozwiązania i doborze sprzętu, jest nieuzasadnione.

Po drugie, że wyjaśnienia złożone przez AV Technikę są spójne i nie wskazują, że wycena poszczególnych elementów zamówienia w jej ofercie została zaniżona.

Po trzecie, że art. 90 ust. 1 ustawy pzp odnosi się do zaniżenia wyceny istotnej części składowej ceny oferty, do czego w odwołaniu w ogóle się nie odniesiono. Stąd nie sposób uznać, że właśnie wycena dotycząca tylko demontażu czy kabli przesądza o braku realności wyceny całej oferty.

{zarzut 2.a)}

W odniesieniu do przedstawionej w odwołaniu listy czynności Zamawiający zaznaczył, że obejmuje ona szereg dodatkowych czynności:

- po pierwsze – takich, które będą objęte już następnym po demontażu etapem prac związanych z montażem nowej wielkoformatowej ściany graficznej, w tym np. czynności związane zabudową stropu po demontażu (pkt 11.), wzmacnianie podestu technologicznego (pkt 15.), wykonanie barierki odgradzających w pomoście technologicznym (pkt 16.), uzupełnianie ubytków podłogi technicznej (pkt 17).,

- po drugie – dotyczących nie tylko etapu wykonania zamówienia niż demontaż ściany, jak np. zatrudnianie kierownika robót budowlanych z odpowiednimi uprawnieniami (pkt 18) [wymóg w zakresie kierownika robót budowlanych dotyczy nadzoru nad wykonaniem całości robót budowlanych, a nie tylko prac w zakresie demontażu istniejących elementów ściany graficznej] czy też wynajem rusztowania (pkt 8 powyżej) [rusztowanie będzie również na etapie montażu nowej ściany], zatem całkowicie nieuprawnione jest zakładanie dokonania wyceny tych elementów właśnie w kwestionowanej pozycji formularza cenowego.

- po trzecie – budowy tymczasowej przegrody o określonych wymiarach w postaci ścianki oddzielającej, choć Zamawiający nie narzucił określonego rozwiązania, a wykonawcy w tym zakresie zaoferowali różne rozwiązania.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący pomija przy tym zarzucie podnoszoną w kontekście innego zarzutu okoliczność, że skoro AV Technika wskazała ofercie, że zamierza pozostawić część istniejących elementów ściany (podesty) przy montażu nowej ściany, wpływa to na zmniejszenie kosztów realizacji w tym zakresie. Stąd porównywanie w tym zakresie części składowych ceny oferty AV Techniki z cenami zawartymi w ofertach pozostałych wykonawców nie jest adekwatne.

Ponadto w ocenie Zamawiającego załączony do odwołania dowód w postaci oferty firmy ZPAS należy uznać za całkowicie nieprzydatny, gdyż: po pierwsze – wskazana za demontaż kwota 85 tys. zł odnosi się do całości potencjalnego zakresu prac demontażowych, a nie zakresu wskazanego przez wykonawcę AV Technika, a po drugie – z załączonego zestawienia wynika, że obejmuje również inne elementy (jak projekt wykonawczy i dokumentację powykonawczą, nadzór i koordynację robót budowlanych, noclegi itp.).

{zarzut 2.b)}

Zamawiający zaznaczył, że w odpowiedzi na pytanie nr 6 w wyjaśnieniach z 27 sierpnia 2020 r. wprost dopuścił okablowanie miedziane.

Przed wszystkim dla Zamawiającego niezrozumiałe jest stawianie zarzutu w tym zakresie przez Odwołującego, który w swoim formularzu cenowym dokonał wyceny tej pozycji (Tabela A Zestawienie sprzętu, poz. 11) na kwotę wielokrotnie niższą niż AV Technika. Tym samym sam uznał, że jest możliwe wykonanie tego elementu zamówienia po cenie niższej niż wskazana przez AV Technikę.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Dla Zamawiającego oczywiste jest, że AV Technika nie mógł do upływu terminu składania ofert zastrzec

informacji w zakresie kalkulacji ceny, do podania których został wezwany przez Zamawiającego dopiero po złożeniu ofert. Nie można bowiem zastrzec a priori nieznanego zakresu informacji. Co więcej, wykonawca składając ofertę nie może przewidzieć, że akurat wezwanie w zakresie wyjaśnienia jej ceny zostanie do niego wystosowane.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z ugruntowanymi w doktrynie i orzecznictwie poglądami zasada określona w art. 8 ust. 3 pzp, która wprost odnosi się do etapu składania ofert, nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca składa wyjaśnienia dotyczące złożonej przez niego uprzednio oferty. Stąd możliwe jest zastrzeżenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa w momencie ich składania. Powyższe zostało potwierdzone, m.in. przez Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 8 maja 2007 r. sygn. akt XIX Ga 167/07, w którego uzasadnieniu wskazano, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Z kolei w uzasadnieniu wyroku Izby z 11 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 456/16 wskazano, że jeżeli wykonawca zastrzeża, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, określone informacje zawarte w dokumentach lub oświadczeniach składanych po otwarciu ofert lub po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wówczas dopiero w tym właśnie dokumencie lub oświadczeniu lub wraz z tym dokumentem lub oświadczeniem powinno się znaleźć stosowne zastrzeżenie o objęciu zawartych w nich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający zwrócił uwagę, że poza zarzutem nieprawidłowego momentu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący nie sformułował innych zarzutów dotyczących nieprawidłowego objęcia wyjaśnień taką tajemnicą, w szczególności co do zakresu utajnienia czy też sposobu wykazania jego zasadności. Zamawiający stwierdził, że z uwagi na upływ terminu wniesienia odwołania zarzuty takie nie mogą zostać skutecznie podniesione na rozprawie.

Tym niemniej Zamawiający ocenił, że ponieważ kalkulacja ceny przedłożona przez AV Technikę powstała na użytek tego konkretnego postępowania, jest informacją posiadającą wartość handlową, jak również nie jest powszechnie dostępna nawet dla osób i podmiotów działających na rynku w danej branży.

Jako przystępujący po stronie Zamawiającego AV Technika w swoim piśmie z 20 lutego 2021 r. zajęła stanowisko i wskazała argumentację zbieżną z odpowiedzią odwołanie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której uczestnicy sporu pozostali przy swoich stanowiskach i argumentacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty AV Techniki uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Ponieważ zarówno w odwołaniu, jak i odpowiedzi na odwołanie adekwatnie zacytowano lub opisano postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja” lub „SIWZ”}, w tym dotyczących poszczególnych wymagań opisu przedmiotu zamówienia, sposób wypełnienia przez AV Technikę formularza oferty i formularza potwierdzenia wymagań oraz udzielone przez nią 17 listopada i 7 grudnia 2020 r. wyjaśnienia treści oferty (przy czym Zamawiający wskazał w wezwaniach, odpowiednio z 5 listopada i 3 grudnia 2020 r., jako ich podstawę art. 26 ust. 3 pzp zamiast art. 87 ust. 1 pzp) – nie ma potrzeby ich powtarzania.

Natomiast wnioski z tych podstawowych okoliczności co do rzeczywistego stanu rzeczy w zakresie treści oferty AV Techniki w kontekście wymagań opisu przedmiotu zamówienia objętych zarzutami odwołania, zostały wyciągnięte prawidłowo przez Zamawiającego, którego wywody w tym zakresie Izba w pełni podziela. Izba stwierdziła zatem, że w zakresie żadnego z pięciu przypadków, o których mowa w odwołaniu, z treści oferty AV techniki (z uwzględnieniem udzielonych przez nią wyjaśnień odnośnie tej treści) wynika potwierdzenie spełniania wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

Zaznaczyć należy, że wyłącznie w przypadku zarzutu 1.a) wymagało to dokonania interpretacji oświadczenia woli AV Techniki co do spełniania wymagania B3 OPZ, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostały, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, czyli zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego (który znajduje zastosowanie na mocy odesłania wynikającego z art. 14 ust. 1 ustawy pzp).

Kluczowe znaczenie ma, przemilczana w odwołaniu, okoliczność, że na skutek udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień wymóg B3 mógł zostać spełniony już nie tylko w całości, jak było to pierwotnie, ale również częściowo, czego jednak nie uwzględniono ani w treści wzoru dokumentu „Potwierdzenia spełnienia wymagań”, ani w instrukcji sposobu jego wypełnienia. Przy czym nie ma wątpliwości, że pkt B3 tabeli przede wszystkim dotyczy kwestii demontażu dotychczasowego pomostu technologicznego (co opisano w pierwszym i najdłuższym akapicie), przy czym dodatkowo dalej wskazano na potrzebę uprzedniej inwentaryzacji nie tylko konstrukcji pomostu, ale i konstrukcji samej tablicy (w drugim akapicie) oraz na konieczność prowadzenia tych prac pod nadzorem osoby posiadającej stosowne uprawnienia budowlane (w trzecim akapicie). W rezultacie wykonawca, który – tak jak AV Technika – chciał skorzystać z nowej opcji dopuszczonej przez Zamawiającego, został postawiony przed dylematem, w jaki sposób postąpić przy wypełnianiu tego wzoru dokumentu.

AV Technika zdecydowała się na wpisanie „NIE” i dodanie stosownego komentarza, który w powyższych uwarunkowaniach w wystarczający sposób ujawnia Zamawiającemu jako adresatowi tak złożonego oświadczenia woli, że owo zaprzeczenie dotyczy wyłącznie kwestii demontażu istniejącego dotychczas pomostu technologicznego.

Zamawiający, który sam sprokurował powyżej opisany problem, miał prawo w takiej sytuacji skorzystać z uprawnienia do upewnienia się co do treści oferty w tym zakresie. W złożonych na jego wezwanie wyjaśnieniach z 17 listopada 2020 r. AV Technika jedynie dodatkowo potwierdziła, że nie potwierdza jedynie zdemontowania istniejącej antresoli.

Reasumując, wnioski wyciągnięte w odwołaniu z wybiórczo przywołanych okoliczności są nieuzasadnione, gdyż w świetle zasad wykładni oświadczeń woli z art. 65 § 1 kc, oczywiste jest, że AV Technika w treści oferty nie potwierdziła jedynie demontażu pomostów, a nie brak wykonania inwentaryzacji konstrukcji tablicy i wykonywania pozostałych prac demontażowych pod nadzorem osoby z odpowiednimi uprawnieniami.

Natomiast pozostałe cztery zarzuty opierają się na przyjęciu przez Odwołującego odnośnie treści opisu przedmiotu zamówienia i treści oferty AV Techniki specyficznych założeń, które nie znajdują oparcia w rzeczywistym stanie rzeczy, co trafnie zostało zidentyfikowane i opisane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. W odniesieniu do tych zarzutów, zamiast powtarzać okoliczności, które powyżej opisano jako wynikające z tego pisma, wystarczające będzie następujące podsumowanie.

Zarzuty 1.b) i 1.c) opierają się na błędnym utożsamieniu systemu przetwarzania obrazu i systemu zarządzania obrazem i dowolnym zaliczeniu, wbrew jednoznacznej treści wyjaśnień AV Techniki, dodatkowego switcha Cisco do systemu przetwarzania obrazu, aby dzięki temu zabiegowi wykazać, że urządzenie to nie spełnia wymagań D3 i D16d, co jest niesporne. Nie ma to jednak znaczenia, gdyż wbrew temu, co wywiedziono w odwołaniu (a dodatkowo graficznie zilustrowano na schematach złożonych na rozprawie) ani treść oferty AV Techniki, ani opis przedmiotu zamówienia nie potwierdzają adekwatności założeń przyjętych przy konstruowaniu tych zarzutów. Tym samym zarzuty te należy uznać za nieudowodnione, gdyż Odwołujący, na którym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, nie udowodnił swoich twierdzeń.

Natomiast zarzuty 1.d) i 1.e) nie tylko nie zostały udowodnione, ale wręcz okazały się bezprzedmiotowe. W odniesieniu do wymagania D1 na rozprawie okazało się bowiem niesporne, że na rynku dostępne są składane monitory zintegrowane z klawiaturą i urządzeniem wskazującym, które zajmują nawet tylko 1/4 przestrzeni, która wg odwołania miała być niewystarczająca (przykładowe urządzenie zostało zaprezentowane w załączniku do pisma procesowego AV Techniki). Z kolei w odniesieniu do wymagania E12 już z odwołania wynika niesporny charakter okoliczności, że wg treści oferty AV Techniki dostęp i administrację systemu zarządzania obrazem zapewnia komputer marki Dell z zainstalowanym oprogramowaniem VVAS (jako tzw. komputer VVAS), który został przewidziany do zamontowania w szafie rack. Natomiast zarzut odwołania w istocie sprowadza się do zakwestionowania prawdziwości wyjaśnień udzielonych przez AV Technika w piśmie z 17 listopada 2020 r. w zakresie, w jakim dodatkowo zapewniła ona Zamawiającego, że taka funkcjonalność będzie również dostępna z dowolnego komputera Zamawiającego (po zainstalowaniu na nim odpowiedniego oprogramowania).

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymagany przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obciąża zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty czy oczekiwać potwierdzenia spełniania poszczególnych wymagań przedmiotowych, zarówno przez złożenie stosownych oświadczeń, jak i przez opisanie, w jaki sposób zostaną spełnione.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie tej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymagany przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Z kolei zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawiania omyłek polegających na

niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Reasumując, odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Jest ono zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia naczelnych zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Skoro żadna z pięciu wskazanych w odwołaniu niezgodności treści oferty AV Techniki z treścią opisu przedmiotu zamówienia w rzeczywistości nie zachodzi, w tym udzielone wyjaśnienia nie zmieniły treści tej oferty, wszystkie te zarzuty należy uznać za niezasadne, bo bezprzedmiotowe.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przede wszystkim okoliczności sprecyzowane w odwołaniu dotyczą zakresów rzeczowych, których wycena łącznie opiewa na 51.300,00 zł, co przy cenie oferty AV Techniki wynoszącej 1.877.521,20 zł prowadzi do wniosku, że te dwa zarzuty nawet łącznie nie dotyczą istotnych części składowych tej oferty. Co więcej, analogicznie przedstawia się sytuacja w odniesieniu do oferty AB-Micro, gdzie w ramach ceny wynoszącej 2.029.456,95 zł wycena tych samych zakresów rzeczowych również stanowi jej nieznaczną część.

Ponieważ na rozprawie nie zostały zaprzeczone twierdzenia Zamawiającego w odniesieniu do przedstawionej w odwołaniu listy czynności, Izba na zasadzie art. 532 ust. 2 pzp uznała następujące fakty za przyznane przez Odwołującego

Po pierwsze – że ujęto na niej czynności, które będą objęte dopiero następnym po demontażu etapem prac związanych z montażem nowej wielkoformatowej ściany graficznej, w tym np. czynności związane zabudową stropu po demontażu (pkt 11.), wzmacnianie podestu technologicznego (pkt 15.), wykonanie barierki odgradzających w pomoście technologicznym (pkt 16.), uzupełnianie ubytków podłogi technicznej (pkt 17.).

Po drugie, że niektóre z ujętych na niej czynności dotyczą nie tylko etapu demontażu ściany, jak np. zatrudnianie kierownika robót budowlanych z odpowiednimi uprawnieniami (pkt 18) [wymóg w zakresie kierownika robót budowlanych dotyczy nadzoru nad wykonaniem całości robót budowlanych, a nie tylko prac w zakresie demontażu istniejących elementów ściany graficznej] czy też wynajem rusztowania (pkt 8 powyżej) [rusztowanie potrzebne będzie również na etapie montażu nowej ściany], zatem całkowicie nieuprawnione jest zakładanie dokonania wyceny tych elementów właśnie w kwestionowanej pozycji formularza cenowego.

Po trzecie, że w ramach opisu przedmiotu zamówienia nie narzucono budowy tymczasowej przegrody o określonych wymiarach w postaci ścianki oddzielającej, a wykonawcy w tym zakresie mogli zaoferować różne rozwiązania.

Po czwarte, że skoro AV Technika wskazała ofercie, że nie zamierza demontować istniejących podestów, wpływa to na zmniejszenie kosztów realizacji w porównaniu do ofert wykonawców, którzy nie zdecydowali się na taką opcję.

Należy również podzielić ocenę Zamawiającego, że załączona do odwołania jako oferta opiewająca na kwotę 85 tys. zł nic nie wnosi do sprawy, gdyż: po pierwsze – wskazana za demontaż kwota odnosi się do całości potencjalnego zakresu prac demontażowych, a nie zakresu wskazanego przez wykonawcę AV Technika, a po drugie – z załączonego zestawienia wynika, że obejmuje również inne elementy (jak projekt wykonawczy i dokumentację powykonawczą, nadzór i koordynację robót budowlanych, noclegi itp.).

W odpowiedzi na pytanie nr 7 w wyjaśnieniach z 27 sierpnia 2020 r. Zamawiający dopuścił połączenie kontrolera ściany wizyjnej z terminalami (komputerami) będącymi przy stanowiskach dyspozytorskich za pomocą okablowania miedzianego lub hybrydowego.

Przede wszystkim zarzut rażącego zaniżenia w ofercie AV Techniki wyceny przewodów jest w przypadku Odwołującego, który w swojej ofercie wycenił analogiczną pozycję (11. w tabeli zestawienia sprzętu) na kwotę kilkakrotnie niższą, zupełnie niewiarygodny.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia oferty AV techniki na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, pomimo że udzieliła ona na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień, których adekwatność *de facto* w ogóle nie została zakwestionowana w odwołaniu.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp {art. 537 w nowym pzp} ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej

cenę, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektywy Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp.

Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich

nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. W prowadzonym w art. 190 ust. 1a pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia tego, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu, jak to powyżej zrelacjonowano, w uzasadnieniu odwołania tak, a nie inaczej opisano okoliczności faktyczne, które nie tylko nie odnoszą się wprost do wyjaśnień udzielonych odnośnie ceny oferty przez AV Technikę, ale przede wszystkim nie dotyczą istotnej części składowej ceny tej oferty. W konsekwencji nie zostało wykazane, że Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie ocenić złożone na jego żądanie wyjaśnienia. W szczególności z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty określoną przez AV Technikę obiektywnie nie dało się zrealizować tego zamówienia.

Wobec tego rozpoznając sprawę w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp przez Zamawiającego, dzieląc w pełni powyżej zrelacjonowane stanowisko Zamawiającego.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne było, że wraz ze złożeniem wyjaśnień dotyczących ceny AV Technika zastrzegła je w części jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co Zamawiający uznał za uzasadnione i nie udostępnił ich w tym zakresie.

Zarzut odwołania dotyczy wyłącznie tego, że według Odwołującego takie zastrzeżenie powinno zostać poczynione już w ofercie, a nie kwestii wykazania przez AV Technikę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Art. 8 ust. 3 zd. 1 pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponieważ w hipotezie tej normy nie przewidziano, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy mogą się również pojawić na późniejszym etapie niż składanie wniosków czy ofert, w doktrynie i orzecznictwie przyjęto, że powstała w ten sposób luka należy zapełnić przez przyjęcie, że w istocie powyżej przywołany przepis statuuje zasadę, że wraz ze złożeniem po raz pierwszy informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy ma on obowiązek zarówno złożyć w tym zakresie stosowne oświadczenie, jak i wykazać, że informacje te rzeczywiście spełniają przesłanki objęcia ich tajemnicą w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe stanowisko jest powszechnie aprobowane zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie.

Nie może być zatem uznany za zasadny zarzut, że zastrzeżenie informacji, które pojawiły się dopiero wraz ze złożeniem wyjaśnień dotyczących ceny oferty jest spóźnione.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 4. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych i ma jedynie charakter niesamoistny, jest on również niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.