Sygn. akt:KIO 2285/24

WYROK

Warszawa, dnia 22 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniuw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum Historii Polski w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy New Amsterdam sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
   2) zasądza od wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniuna rzecz zamawiającego Muzeum Historii Polski w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……..

Sygn. akt:KIO 2285/24

UZASADNIENIE

Muzeum Historii Polski w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie dwóch wystaw w sali wystaw czasowych Muzeum Historii Polski w podziale na dwie części: część I - „Rzeczpospolita Powstańcza”, część II - „1025. Narodziny królestwa”” (znak postępowania: RZP/17/PN/U/2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 maja 2024 r. pod numerem 298159-2024.

W dniu 1 lipca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec:

- nieobiektywnego, niezapewniającego zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieprzejrzystego badania i oceny ofert New Amsterdam sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „New Amsterdam”), MWE sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „MWE”) oraz Deko-Bau sp. z o. o. z siedzibą w Lubinie (dalej: „Deko-Bau”) dla obu części zamówienia;
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty New Amsterdam w obu częściach zamówienia;
- zaniechania odrzucenia ofert New Amsterdam, MWE oraz Deko-Bau w obu częściach zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie polegające na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty, co przejawiało się w badaniu, a następnie ocenie ofert, w tym Portfolio w sposób nieobiektywny, z zastosowaniem różnych kryteriów oceny, wymagań formalnych i wytycznych wobec poszczególnych wykonawców, oraz w szczególności ocenę bez zastosowania wskazanego w SWZ wymogu liczby grafik Portfolio mieszczącego się w zakresie 10-15, co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia dla obu jego części, albowiem doprowadziło do nieadekwatnej punktacji ofert wykonawców - to jest do zaniżenia punktacji portfolio i oferty Odwołującego i zawyżenia punktacji portfoliów pozostałych wykonawców dla obu części zamówienia oraz do niesłusznego braku odrzucenia ofert konkurencji Odwołującego w obu tych częściach, co z kolei doprowadziło do niezasadnego wyboru oferty New Amsterdam jako najkorzystniejszej oraz braku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w obu częściach postępowania;

2) art. 17 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i dopuszczenie do wykonania czynności związanych z

przeprowadzeniem postępowania, polegających na badaniu i ocenie Portfolio oraz ofert, przez osoby niezapewniające bezstronności i obiektywizmu, co wynika z dokonania przez te osoby oceny Portfolio i ofert w sposób nieobiektywny, z zastosowaniem różnych kryteriów oceny, wymagań formalnych i wytycznych wobec poszczególnych wykonawców, oraz w szczególności ocenę bez zastosowania wskazanego w SWZ wymogu liczby grafik Portfolio mieszczącego się w zakresie 10-15, co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w obu jego częściach, albowiem doprowadziło do nieadekwatnej punktacji ofert wykonawców - to jest do zaniżenia punktacji portfolio i oferty Odwołującego i zawyżenia punktacji portfoliów pozostałych wykonawców dla obu części zamówienia oraz do niesłusznego braku odrzucenia ofert konkurencji Odwołującego, co z kolei doprowadziło do niezasadnego wyboru oferty New Amsterdam jako najkorzystniejszej oraz braku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w obu częściach postępowania;
3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, że oferta New Amsterdam jest ofertą najkorzystniejszą i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy w obu częściach postępowania, podczas gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w żadnej z jego części, a jego oferta winna zostać odrzucona przez Zamawiającego w obu częściach zamówienia, co jest wyrazem nierównego traktowania wykonawców, nie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieprzejrzysty, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziły do braku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w obu częściach postępowania;
4) art. 226 ust. 1 pkt 5) w. zw. z art. 7 pkt 29) ustawy Pzp w zw. art. 218 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert New Amsterdam, MWE oraz Deko-Bau w obu częściach zamówienia i uznanie, że oferty ww. wykonawców są zgodne z dokumentami zamówienia, podczas gdy nie spełniały one wymogów określonych w dokumentacji zamówienia, a w szczególności wymogu określonego w rozdziale XXII SWZ, dotyczącego liczby zdjęć i grafik składających się na „Portfolio", którego dołączenie stanowi obligatoryjny element oferty, zaś uwzględniając taką ofertę w procesie oceny i badania ofert i nie odrzucając jej Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieprzejrzysty, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem doprowadziły do niezasadnego wyboru oferty New jako najkorzystniejszej oraz braku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w obu częściach postępowania;
5) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty New Amsterdam w części II zamówienia, podczas gdy oferta tego wykonawcy dla części II zamówienia podlegała odrzuceniu również z uwagi na zaoferowaną w tym zakresie rażąco niską cenę.
Odwołujący wniósł o:
- nakazanie unieważnienia czynności badania i oceny ofert New Amsterdam, MWE oraz Deko-Bau w obu częściach zamówienia;
- nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w obu częściach zamówienia;
- nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert New Amsterdam, MWE oraz Deko-Bau w obu częściach zamówienia;
- nakazanie powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej w obu częściach zamówienia
- nakazanie odrzucenia ofert New Amsterdam, MWE oraz Deko-Bau w obu częściach zamówienia;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, gdyż w razie prawidłowego postępowania Zamawiającego, tj. gdyby Zamawiający nie dokonał wadliwego wyboru oferty New Amsterdam jako najkorzystniejszej oraz odrzucił oferty Wykonawców, które nie spełniały wymogów zamówienia, jako najkorzystniejsza podlegałaby wybraniu oferta Odwołującego. Oferta Odwołującego może stać się najkorzystniejszą także w razie braku odrzucenia ofert konkurencji, a ich ponownej oceny z uwzględnieniem ich wad wskazanych w tym odwołaniu, które w razie braku odrzucenia (które to odrzucenie zdaniem Odwołującego jest konieczne), powinny być co najmniej znacznie niżej ocenione. Przez dokonanie zaskarżonych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołująca chce osiągnąć w wyniku jego realizacji.
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 19 czerwca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 1 lipca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.
Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony

przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wymagał dołączenia do „Portfolio" maksymalnie 15 grafik przedstawiających projekty i wizualizacje każdej z dwóch ekspozycji oraz maksymalnie do 5 fotografii przedstawiających realizację projektów. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że każdy dokument „Portfolio" załączany przez danego Wykonawcę, zgodnie z SWZ, nie mógł zawierać więcej niż 20 obrazów. Tymczasem, według Odwołującego, niektórzy z Wykonawców nie dostosowali się do wskazanych przez Zamawiającego wymogów w zakresie ilości grafik i fotografii. Złożenie przez Wykonawców większej ilości grafik i fotografii wiąże się z tym, że Wykonawca jest w stanie pokazać więcej szczegółów ekspozycji i zastosowanych rozwiązań w porównaniu do Odwołującego. Co więcej, stanowi to jaskrawe naruszenie jednoznacznie określonych w dokumentach postępowania warunków zamówienia, które precyzyjnie określiły wymogi ilościowe oraz zakres załącznika „Portfolio". Odwołujący podkreślił, że New Amsterdam, nie dostosował się do progu maksymalnego 15 grafik i 5 fotografii i znacząco go przekroczył. Do oferty New Amsterdam zostały dołączone 23 grafiki oraz 9 fotografii, co w sumie daje 32 obrazy. To samo tyczy się MWE oraz Deko-Bau, którzy naruszyli warunki zamówienia poprzez dołączenie do oferty odpowiednio 30 oraz około 60 obrazów. Zdaniem Odwołującego, przy większej ilości grafik i fotografii możliwe jest znacznie szersze ukazanie wachlarzu rozwiązań na danej ekspozycji. Stąd też SWZ ustanawia górny pułap w celu wyrównania szans wszystkich Wykonawców, który to został przekroczony przez New Amsterdam, MWE oraz Deko-Bau. Jednocześnie, brak odrzucenia i ocenienie ofert Wykonawców, którzy w sposób jawny i drastyczny naruszyli warunki zamówienia oraz ocenienie ich ofert na równi z ofertą Odwołującego, która w sposób rzetelny dopełniła w swojej ofercie wymogów zamówienia, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz art. 16 pkt 1) ustawy Pzp. Naruszenie to ma zastosowanie do zarówno w odniesieniu do I, jak i do II części zamówienia. W sposób jednoznaczny godzi to także w zasadę przejrzystości, bowiem takie działanie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w przewidywalnych i dopuszczalnych kryteriach podejmowania czynności w postępowaniu. Dołączenie grafik i fotografii w ilości niezgodnej z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia powinno wiązać się z odrzuceniem oferty, gdyż „Portfolio" obarczone jest wadą formalną. Zamawiający dokonał więc oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, w której naruszona została zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Nie ulega także wątpliwości, że niespełnienie przez oferty Wykonawców wymogów co formalnego kształtu „Portfolio" stanowi wystarczającą podstawę do odrzucenia ofert, jeżeli wymogi te są istotne dla ziszczenia się podstawowych zasad postępowania. Podkreślenia wymaga w ocenie Odwołującego również, że bezzasadna jest ocena Zamawiającego, iż przestrzeń ekspozycji przedstawiona przez Odwołującego nie jest silnie zróżnicowana. Na 15 grafikach nie jest możliwe pokazanie całej ekspozycji i z tego też względu nieuczciwą przewagę zyskują Wykonawcy, którzy umieścili w „Portfolio" znacznie więcej grafik i fotografii, pomimo iż przekroczenie górnego limitu określonego w specyfikacji warunków zamówienia stanowi wadę formalną załącznika, a co za tym idzie także oferty. Ponadto, w zakresie przedstawionych przez Odwołującego fotografii Muzeum Niepodległości w Myślenicach, zarówno grafiki i aplikacje były dostosowane dla osób niepełnosprawnych lub osób ze spektrum autyzmu. Ponownie należy wskazać, że ograniczona liczba grafik oraz znaków opisu stanowi przeszkodę dla przedstawienia tak wielu szczegółów w projekcie i wizualizacji każdej ekspozycji. W tym zakresie inni Wykonawcy, dołączając zbyt dużą ilość grafik, mogli wskazać znacznie więcej elementów niż Odwołujący, trzymająca się postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Co do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty New Amsterdam Odwołujący wskazał, że cena znacząco odstaje od średniej arytmetycznej wyciągniętej ze wszystkich cen zaoferowanych w postępowaniu. Różnica wynosi bowiem, w odniesieniu do II części zamówienia, blisko 25% średniej wszystkich cen (z wyłączeniem oferty odrzuconej) – cena zaoferowana przez New Amsterdam – 888 600 zł, średnia arytmetyczna – 1 173 283,16 zł. Zignorowanie przytoczonych faktów oraz zaniechanie odrzucenia oferty New Amsterdam stanowi zatem naruszenie przepisów ustawy i uzasadnia uwzględnienie niniejszego odwołania.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 15 lipca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko New Amsterdam

Pismem z dnia 15 lipca 2024 r. New Amsterdam wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Dodatkowe stanowisko Odwołującego:

Pismem z dnia 16 lipca 2024 r. Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski podniesione w odwołaniu oraz odniósł się do pisemnych stanowisk Zamawiającego i New Amsterdam.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane

merytorycznie.
Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.
Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił New Amsterdam. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez New Amsterdam po stronie Zamawiającego.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania.
Izba ustaliła i zważyła, co następuje:
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.
W kwestii stanu faktycznego sprawy, Izba ustaliła, iż zawarta w SWZ treść kryterium oceny ofert „jakość portfolio" została właściwie przywołana zarówno przez Odwołującego w treści odwołania, jak i przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołania, co czyni zbytecznym powielanie jego treści również przez Izbę. Natomiast z przyczyn technicznych, przytoczenie w treści uzasadnienia wyroku prezentacji wykonawców New Amsterdam, MWE oraz Deko-Bau wykonanych w programie Power Point byłoby w ocenie Izby bezprzedmiotowe.
Na wstępie należy zauważyć, iż zarzuty wobec ofert MWE oraz Deko-Bau, które w rankingu ofert dla części I zajęły odpowiednio miejsca 3. i 4., a dla części II - miejsca 2. i 3., w przypadku braku potwierdzenia się zarzutów podniesionych wobec oceny oferty wybranej New Amsterdam, nie mogły prowadzić do uwzględnienia odwołania w sytuacji, gdyby okazały się zasadne. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Ponieważ ocena ofert MWE oraz Deko-Bau w kryterium oceny ofert nie zmieniała rankingu ofert i niezależnie od oceny tych ofert, najwyżej ocenioną pozostawała oferta New Amsterdam, na wynik postępowania wpływ miała wyłącznie zakończona ocena oferty New Amsterdam. Dopiero uchylenie czynności dotyczących oferty wybranej (tj. New Amsterdam) mogło otwierać drogę do ustalenia nowego wyniku postępowania.
Odnosząc się zatem w pierwszej kolejności do zarzutów związanych z oceną oferty New Amsterdam i wskazanej w tym zakresie w treści odwołania podstawy, zasadniczo wspólnej dla zarzutów nr 1-4, która sprowadzała się do błędnej oceny portfolio w ramach kryterium „jakość portfolio" pod kątem wymogu liczby grafik i zdjęć w portfolio, co doprowadziło zdaniem Odwołującego do niezasadnego wyboru oferty New Amsterdam jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta New Amsterdam powinna podlegać odrzuceniu, zdaniem Izby była ona niezasadna, wobec czego zarzuty nr 1-4 (w części tyczącej się oferty New Amsterdam) podlegały oddaleniu.
Przede wszystkim Izba zwróciła uwagę, iż w toku postępowania odwoławczego, Odwołujący prezentował niejednolite stanowisko co do konkretnych liczb grafik oraz obrazów, jakie miały znajdować się w portfolio złożonym przez New Amsterdam. W samej treści odwołania Odwołujący podawał, iż do oferty New Amsterdam załączył prezentację z *„23 grafikami oraz 9 fotografiami, co daje w sumie 32 obrazy"*. Następnie w swoim stanowisku pisemnym w ramach repliki na pisma procesowe Zamawiającego i New Amsterdam, Odwołujący zaznaczył, iż dla zawartej w portfolio New Amsterdam ekspozycji „Centrum Szyfrów Enigma" chodzi o 19 grafik i 5 fotografii, a dla ekspozycji „Centrum Animacji i Bajki OKO" o 23 grafiki i 9 fotografii. Na rozprawie z kolei Odwołujący wyliczył dla ekspozycji „Centrum Szyfrów Enigma" 23 grafiki w portfolio New Amsterdam. W swoim ustnym stanowisku, w kontekście cytowanego „protokołu z posiedzenia przedstawicieli Zamawiającego dotyczącego oceny ofert w kryterium jakość Portfolio" w zakresie prezentacji złożonych przez New Amsterdam i Odwołującego, Odwołujący wskazał też, że ekspozycje zawarte we własnym portofolio byłyby ocenione jako bardziej zróżnicowane, gdyby mógł przedstawić zdjęć *„50 kilka, a nie 20 kilka dla każdej ekspozycji"*.
Wszystko powyższe zdaniem Izby pokazuje, że Odwołujący nie zachował jednolitego stanowiska co do tego, ile faktycznie, zdaniem Odwołującego, grafik i zdjęć umieścił w swojej prezentacji New Amsterdam. Odwołujący w treści odwołania nie zaprezentował przyjętej metodyki wyliczeń grafik i zdjęć, ograniczając się jedynie do lakonicznych twierdzeń odnośnie przekroczenia limitu dopuszczalnych grafik i zdjęć. Nie sposób zatem w ocenie Izby ustalić, na jakich podstawach oparł swoje obliczenia Odwołujący. Zaprezentowany na rozprawie sposób liczenia nie korespondował z kolei z liczbami podawanymi w stanowiskach pisemnych, a przede wszystkim w treści odwołania.
Izba zwróciła też uwagę, iż w treści kryterium oceny ofert „jakość portfolio" brak było wyraźnych wytycznych co do tego, jak dokładnie należało liczyć grafiki i fotografie, a także nie było w treści SWZ zdefiniowane przez Zamawiającego, co dokładnie należało rozumieć poprzez termin „grafika". To z kolei, w ocenie Izby, nie wykluczało możliwości ujmowania w ramach jednej grafiki kolażu złożonego z paru elementów. Należy tylko wspomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SWZ, muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Poza tym, w opinii Izby brak jest uzasadnienia, aby rezultatom uzyskanym przez Odwołującego przyznawać prymat wobec wyliczeń Zamawiającego, które to prowadziły do wyników wskazujących na zmieszczenie się przez New Amsterdam w zakreślonym limicie grafik i fotografii w portfolio. Niemniej, podkreślić trzeba, że to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, iż ustalenia Zamawiającego były błędne, w wyniku czego doszło do naruszenia wspomnianych przepisów ustawy Pzp. Z powyższych powodów, Izba uznała więc, że Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu, który na nim spoczywał i nie znalazła powodów do zaakceptowania stanowiska Odwołującego i w konsekwencji uwzględnienia zarzutów. W ocenie Izby Odwołujący nie zdołał więc wykazać, iż Zamawiający dopuścił się w postępowaniu o udzielenie zamówienia naruszenia przepisów, które prowadziły do błędnej oceny złożonego przez New Amsterdam portfolio.

Co zaś się tyczy poruszonego w treści odwołania przez Odwołującego argumentu, że ograniczona liczba grafik oraz znaków opisu stanowi przeszkodę dla przedstawienia tak wielu szczegółów w projekcie i wizualizacji każdej ekspozycji, a w tym zakresie inni Wykonawcy, dołączając zbyt dużą ilość grafik, mogli wskazać znacznie więcej elementów niż Odwołujący. Należy po pierwsze wskazać, iż jak już wyżej wykazano, w przypadku oferty New Amsterdam, nie zostało stwierdzone, iż wykonawca ten przekroczył dopuszczalne limit grafik i fotografii w portfolio. Ponadto twierdzenie przez Odwołującego, że więcej zdjęć w portfolio zwiększa szansę na uzyskanie lepszej punktacji w ramach ww. pozacenowego kryterium oceny ofert, nawet już abstrahując od tego, czy czysto teoretycznie przekroczono by w którymś przypadku limit grafik lub zdjęć, jest jedynie własną opinią Odwołującego, niepopartą żadnym dowodem i nie podważającą skutecznie przeciwnego stanowiska Zamawiającego.

Dodatkowo Izba dostrzegła, iż pomimo jednolitego uzasadnienia dla zarzutów nr 1-4, w zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący również wskazał, iż New Amsterdam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Niemniej jednak, w treści uzasadnienia odwołania, Odwołujący nie wspomniał, jaka to okoliczność mogła stać za tak postawionym zarzutem. Stąd też w tym zakresie również brak było podstaw, aby poruszoną przez Odwołującego okoliczność uznać za trafną.

Stąd też w ocenie Izby zarzuty nr 1-4 nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił także naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty New Amsterdam w części II zamówienia, podczas gdy oferta tego wykonawcy dla części II zamówienia podlegała odrzuceniu również z uwagi na zaoferowaną w tym zakresie rażąco niską cenę. Odwołujący uzasadnienie zarzutu sprowadził do stwierdzenia, że: *„cena znacząco odstaje od średniej arytmetycznej wyciągniętej ze wszystkich cen zaoferowanych w postępowaniu. Różnica wynosi bowiem, w odniesieniu do II części zamówienia, blisko 25% średniej wszystkich cen (z wyłączeniem oferty odrzuconej)”.*

Zarzut nr 5 nie zasługiwał na uwzględnienie z poniższych przyczyn.

Po pierwsze, wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, według art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Izba podkreśla, iż zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp powinno być w każdym przypadku poprzedzone wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych i dokonaniem oceny tych wyjaśnień, potwierdzającej złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt. Dopiero, jeżeli złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanych w ofercie cen jednostkowych, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (por. wyrok Izby z dnia 24 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 638/22). Już z tego tytułu postawienie przez Odwołującego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty New Amsterdam jako zawierającej rażąco niską cenę bez uprzednio przeprowadzonej procedury pod kątem badania rażąco niskiej ceny (przy czym Odwołujący nie postawił zarzutu zaniechania wezwania New Amsterdam do wyjaśnień) jest przedwczesny.

Po drugie Izba zwraca uwagę, że Odwołujący nie podał przy tym jakichkolwiek okoliczności, jakie w swojej ocenie powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego bądź też, dlaczego zaoferowana cena jest rażąco niska. Należy bowiem przypomnieć o treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, iż jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stąd też zarzut ten ma charakter blankietowy. Odwołujący opiera się wyłącznie na różnicy pomiędzy ceną oferty New Amsterdam a średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert w postępowaniu, przy czym jak wskazał Odwołujący, do średniej arytmetycznej nie wliczał oferty odrzuconej. Uzupełniająco należy więc wskazać, iż zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług,

ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10), zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Przepisy ustawy Pzp wyraźnie więc wskazują, że do średniej arytmetycznej nie należy wliczać wyłącznie cen ofert odrzuconych na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10) ustawy Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym podstawą prawną jedynej odrzuconej oferty w postępowaniu był art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy. Zatem cena tej oferty również powinna być wliczana do średniej arytmetycznej, a tym samym cena oferty New Amsterdam odbiegałaby od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10) ustawy Pzp wyraźnie mniej aniżeli przedstawił to Odwołujący. Niezależnie jednak od tego, gdyby nawet cena oferty New Amsterdam odbiegała od średniej arytmetycznej na poziomie, na jakim wskazał to Odwołujący *(„blisko 25%”*) to Zamawiający nie byłby zasadniczo zobowiązany tylko z tego powodu do wszczęcia procedury wyjaśniającej, gdyż obowiązek ten materializuje się, gdy cena całkowita oferty byłaby niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych.

W konsekwencji oddalenia zarzutów wobec oferty New Amsterdam, zarzuty dotyczące oceny ofert MWE oraz Deko-Bau, nie mogły zmienić wyniku postępowania odwoławczego. Mając jednak na uwadze, iż ocena ofert MWE oraz Deko-Bau w kryterium „jakość portfolio” nie zmienia wyniku postępowania, gdyż ofertą najkorzystniejszą pozostaje oferta New Amsterdam, Izba oddaliła odwołanie w całości. Uwzględnienie żądań Odwołującego co do ofert MWE oraz Deko-Bau nie mogło prowadzić do uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym nie miało wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:……..