

**WYROK**  
**z dnia 16 czerwca 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 czerwca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2023 r. przez: **wykonawcę UP LED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Centralnego Okręgu Przemysłowego 6** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PL-2012+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Ks. J. Poniatowskiego 1** przy udziale wykonawcy **LEDLIVE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Kwiatkowskiego 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1564/23 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę UP LED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Centralnego Okręgu Przemysłowego 6** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę UP LED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Centralnego Okręgu Przemysłowego 6** tytułem wpisu od odwołania.

2.2.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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**.

**Przewodniczący:.....**

**Sygn. akt KIO 1537/23**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Dostawa i montaż ekranów diodowych wraz z konstrukcją na obiekcie PGE Narodowego w Warszawie” zostało wszczęte w ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00143788/01 z dnia 21 marca 2023 r.

W dniu 26 maja 2023 r. zamawiający ponowił wybór oferty najkorzystniejszej.

W dniu 31 maja 2023 r. wykonawca UP LED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Centralnego Okręgu Przemysłowego 6 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 kwietnia 2023 r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z zasadami wynikającymi z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 31 maja 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 ustawy przez naruszenie zasady nakazującej

prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie

wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy przepisów, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy w zw. z art. art. 239 ust. 1 Ustawy przez niewłaściwe zaniechanie zastosowania tych przepisów polegające na bezpodstawnym, bezzasadnym i niezgodnym z ustawą Ustawy zaniechaniu czynności odrzucenia oferty LEDLIVE podczas, gdy:

1) ww. wykonawca do złożonych wyjaśnień, pomimo wezwania zamawiającego, nie dołączył dowodów potwierdzających, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie wykazał i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia z dnia 17.04.2023 r. są zbyt ogólne i lakoniczne, aby uznać, że zostały złożone w sposób czyniący zadość obowiązkowi z art. 224 ust. 6 Ustawy, przez co potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3) przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia z dnia 17.04.2023 r. pomijają część istotnych elementów cenowych

niezbędnych do realizacji zamówienia, jak również zawierają ceny nierealnie zaniżone w porównaniu z cenami rynkowymi,

- co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty LEDLIVE jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu (względnie – przez zaniechanie wezwania LEDLIVE do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty LEDLIVE jako najkorzystniejszej w postępowaniu), oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty LEDLIVE (ewentualnie wezwanie LEDLIVE do złożenia dalszych wyjaśnień ceny oferty ww wykonawcy),
4. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu tego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia objętego postępowaniem i jego realizację. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Oznacza to, że gdyby zamawiający nie dokonał wadliwej czynności polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty LEDLIVE, to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W konsekwencji nieuzasadnione czynności i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, przez co odwołujący może ponieść szkodę majątkową równą korzyściom jakich spodziewał się uzyskać w wyniku realizacji zamówienia. Prawidłowe czynności zamawiającego powinny polegać na dokonaniu badania i oceny ofert bez uwzględniania oferty LEDLIVE, która to oferta powinna zostać odrzucona. W wyniku badania i oceny ofert zamawiający powinien dojść do wniosku, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu tego odwołania, albowiem wpływa to na sytuację prawną odwołującego w postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione przez nakazanie zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy, przy uwzględnieniu zarzutów tego odwołania.

Jak wynika z protokołu z postępowania, wartość zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na kwotę 718 732,83 zł. W postępowaniu złożono cztery oferty. Jedynym kryterium oceny ofert była cena brutto za realizację zamówienia. Zarówno odwołujący, jak i LEDLIVE złożyli ofertę w postępowaniu. Oferta złożona przez LEDLIVE (cena – 388 500,00 zł brutto) została sklasyfikowana na pierwszej pozycji, natomiast oferta złożona przez odwołującego (cena – 723 240,00 zł brutto) została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Zaoferowana przez LEDLIVE cena była znacząco niższa zarówno od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług – o ponad 56%, jak i od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Ustawy – o ponad 45%. W świetle powyższego zamawiający wezwał dnia 12 kwietnia 2023 r. LEDLIVE do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy.

W odpowiedzi LEDLIVE złożył wyjaśnienia z dnia 17 kwietnia 2023 r. Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki do wyjaśnień z dnia 17 kwietnia 2023 r. w postaci kosztorysu, ofert dostawców sprzętu oraz zestawienia realizacji inwestycji. Dnia 21 kwietnia 2023 r. zamawiający dokonał wyboru oferty LEDLIVE jako najkorzystniejszej w postępowaniu, przyznając jej 100 punktów.

Od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu odwołujący w dniu 26 kwietnia 2023 r. wniósł odwołanie. Wyrokiem z dnia 10 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1177/23 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w przedmiocie zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez zamawiającego załączników do wyjaśnień ceny z dnia 17.04.2023 r. złożonych przez wykonawcę LEDLIVE i nakazała zamawiającemu: „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie i udostępnienie dokumentów złożonych przez wykonawcę LEDLIVE w postępowaniu o udzielenie zamówienia w postaci załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 17 kwietnia 2023 r.: kosztorysu, ofert dostawców sprzętu oraz zestawienia realizacji inwestycji”.

Dnia 26 maja 2023 r. zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty LEDLIVE jako najkorzystniejszej w postępowaniu, przyznając jej 100 punktów. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji uzyskując 53,71 punktów.

Zamawiający mimo sentencji wyroku KIO z dnia 10 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1177/23, dopiero w dniu 29.03.2023 r. dokonał odtajnienia i udostępnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę LEDLIVE w postaci załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 17 kwietnia 2023 r.: kosztorysu, ofert dostawców sprzętu oraz

zestawienia realizacji inwestycji.

Odwołujący, wnosząc to odwołanie, z całą stanowczością podważa zasadność i poprawność zaniechań zamawiającego w postaci zaniechania odrzucenia oferty LEDLIVE, wskazując jak poniżej.

Jak wskazano uprzednio, zaofferowana przez LEDLIVE cena była znacząco niższa zarówno od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług – o ponad 56%, jak i od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Ustawy – o ponad 45%. W postępowaniu zaistniały zatem obie obowiązkowe podstawy do badania rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy, a po stronie LEDLIVE powstało domniemanie, że zaofferowana cena jest rażąco niska. Wezwaniem z dnia 12 kwietnia 2023 r. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy zamawiający zobowiązał LEDLIVE do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty ww. wykonawcy oraz złożenia dowodów dotyczących ceny i kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe wezwanie, w połączeniu z art. 224 ust. 5 ustawy oznacza, że wezwany wykonawca miał obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, przy czym miał obowiązek wykazania, co składa się na zaofferowaną przez niego cenę. Wskazać w tym miejscu należy, że zastosowanie procedury z art. 224 Ustawy, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy.

Na skutek powyższego domniemania LEDLIVE wezwany do złożenia wyjaśnień, chcąc je obalić, musi udowodnić, iż zaofferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami. Powyższe potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2019 r. (KIO 992/19).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego LEDLIVE w dniu 17 kwietnia 2023 r. złożył lakoniczne wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny ofertowej, pomijające część istotnych elementów cenowych niezbędnych do realizacji zamówienia, jak również zawierające ceny nierealnie zaniżone w porównaniu z cenami rynkowymi. Ponadto, LEDLIVE nie przedstawił dowodów na potwierdzenie twierdzeń postawionych w wyjaśnieniach ceny z dnia 17 kwietnia 2023 r.

Odwołujący podkreślił, że do oceny wyjaśnień z dnia 17 kwietnia 2023 r. mogło dojść dopiero po uczynieniu przez zamawiającego zadość obowiązkowi z sentencji wyroku KIO z dnia 10 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1177/23. Z treści odtajnionych i udostępnionych przez zamawiającego załączników do wyjaśnień ceny LEDLIVE, złożonych w dniu 17 kwietnia 2023 r., wynika, że istotne załączniki (dowody) w postaci ofert dostawców sprzętu (pliki o nazwie: „P4 outdoor iron cabinet1031 - PROFORMA INVOICE.pdf” oraz „USER SDT 75" Outdoor Kiosk Window OS Quotati (Katherine20230410).pdf”) nie zostały załączone wraz z tłumaczeniem na język polski.

Tymczasem, zgodnie z zasadą pisemności (art. 20 ust. 2 Ustawy) postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Rozszerzenie powyższego stanowi § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (dalej również: „Rozporządzenia”), które wskazuje na wymóg przekazania dokumentów sporządzonych w języku obcym wraz z ich tłumaczeniem. W konsekwencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca, składając dokument sporządzony w języku obcym, ma obowiązek złożyć również tłumaczenie na język polski.

Zamawiający potwierdził powyższy wymóg w ramach ust. 4.4. oraz ust. 16.2. pkt 4) SWZ wskazując odpowiednio, że: „Oświadczenia i dokumenty sporządzone w języku obcym, muszą być złożone wraz z oryginałem lub kopią ich tłumaczenia na język polski.” oraz „Dokumenty sporządzone w języku obcym, muszą być składane wraz z ich tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę”. Jednocześnie Zamawiający w treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu nie przewidział, aby dokumenty i oświadczenia składane w ramach postępowania mogły być składane w języku obcym. Na marginesie wskazać należy również, że przedstawione dnia 17 kwietnia 2023 r. oferty dostawców sprzętu nie zostały podpisane przez przedstawicieli dostawców (na ofertach widnieje jedynie podpis wykonawcy LEDLIVE), co również podważa moc dowodową ww. dokumentów w ramach wyjaśnień ceny. Wskazać również należy, że sam Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień z dnia 12 kwietnia 2023 r. podkreślił obowiązek złożenia dokumentów w odpowiedniej formie, co wskazuje niniejszy fragment wezwania: Jednocześnie przypominamy, że przekazane zamawiającemu w odpowiedzi na to wezwanie dokumenty muszą zostać przedstawione zgodnie z zasadami dotyczącymi formy dokumentów, jakie wynikają z postanowień SWZ.

W konsekwencji powyższego, zamawiający dokonując nieprawidłowej oceny wyjaśnień ceny LEDLIVE przy bezzasadnym uwzględnieniu ofert dostawców sprzętu, dokonał nieprawidłowego badania i oceny wyjaśnień ceny z dnia 17 kwietnia 2023 r., co skutkowało nieuzasadnionym zaniechaniem odrzucenia oferty LEDLIVE.

Niedopuszczalne będzie na obecnym etapie postępowania uzupełnienie tłumaczeń dowodów w postaci ofert dostawców

sprzętu, z uwagi na upływ terminu do złożenia wyjaśnień ceny ustalonego przez zamawiającego (do 17 kwietnia 2023 r.) oraz niedopuszczalności wezwania wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień ceny w zakresie tych samych okoliczności, które objęte były pierwotnym wezwaniem i wyjaśnieniami.

Z uwagi na brak złożenia w dniu 17 kwietnia 2023 r. wraz z wyjaśnieniami ceny LEDLIVE, tłumaczenia na język polski ofert dostawców sprzętu, powyższe dowody (oraz ich treść) nie mogły podlegać uwzględnieniu w procesie badania i oceny wyjaśnień ceny złożonych przez LEDLIVE dnia 17 kwietnia 2023 r. W konsekwencji, jedynymi załącznikami złożonymi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień ceny było oświadczenie własne LEDLIVE w postaci ogólnego kosztorysu oraz mającego irrelevantne znaczenie w okolicznościach sprawy zestawienia realizacji inwestycji (które odnosiło się do dostaw realizowanych przez LEDLIVE w innych przedmiotowo zleceniach).

Powyższe z kolei prowadzi do wniosku, że wykonawca LEDLIVE do złożonych wyjaśnień, pomimo wezwania zamawiającego, nie dołączył dowodów potwierdzających, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie wykazał i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ograniczenie się przez LEDLIVE do złączenia do wyjaśnień ceny z dnia 17 kwietnia 2023 r. wyłącznie oświadczenie własnego w postaci ogólnego kosztorysu nie czyni bowiem zadość obowiązkowi złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Również niewystarczające w takim przypadku będzie ewentualne twierdzenie o dowodowym charakterze treści samych wyjaśnień.

Powyższe Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła w wyroku z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt: KIO 641/23, KIO 642/23, KIO 647/23.

Powyższe już samo w sobie wskazuje na złożenie przez LEDLIVE wyjaśnień ceny, do których (pomimo wezwania zamawiającego) LEDLIVE nie dołączył dowodów potwierdzających, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie wykazał i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że wyjaśnienia ceny LEDLIVE z dnia 17 kwietnia 2023 r. są zbyt ogólne i lakoniczne, aby uznać, że zostały złożone w sposób czyniący zadość obowiązkowi z art. 224 ust. 6 ustawy, jak również pomijają część istotnych elementów cenowych niezbędnych do realizacji zamówienia oraz zawierają ceny nierealnie zaniżone w porównaniu z cenami rynkowymi, przez co potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący w oparciu o posiadane doświadczenie i znajomość realiów rynkowych wskazuje, że realizacja zamówienia za cenę zaoferowaną przez LEDLIVE nie jest możliwe, szczególnie przy założeniu osiągnięcia 22% zysku z tytułu realizacji zamówienia, które to założenie wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 17 kwietnia 2023 r.

Co istotne, LEDLIVE nie powołał się na jakiegokolwiek sprzyjające warunki realizacji zamówienia. Oznacza to, że jest zasadniczo w tej samej sytuacji, co pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Skoro LEDLIVE nie jest w stanie przywołać sprzyjających warunków realizacji zamówienia, które wyróżniają go na tle innych wykonawców, to kompletnie niezrozumiałe jest zaoferowanie ceny na poziomie o połowę niższym od pozostałych ofert. Warto zaznaczyć, że w postępowaniu złożono 4 oferty i wyłącznie oferta LEDLIVE jest zawiera cenę na tak niskim poziomie. Odwołujący podkreślił, że nie sposób uznać twierdzenia LEDLIVE wynikającego z wyjaśnień ceny z dnia 17 kwietnia 2023 r., aby zaoferowaną przez ww. wykonawcę cenę można było uzasadnić przeszacowaniem wartości zamówienia przez zamawiającego. Powyższemu zaprzecza treść Arkusza szacowania wartości zamówienia (dalej również: „Arkusze”) przeprowadzonego przez pracowników zamawiającego przed wszczęciem postępowania (który zamawiający przedstawił w trakcie rozprawy dotyczącej postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1177/23 dotyczącej przedmiotowego postępowania).

Porównując treść Arkusza z kwotami przedstawionymi w kosztorysie załączonym do wyjaśnień LEDLIVE z dnia 17 kwietnia 2023 r., za chybione uznać należy argumenty dotyczące zastosowania podczas szacowania wartości zamówienia przez zamawiającego możliwie najwyższych kwot oraz przeszacowania wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Z treści Arkusza wynika bowiem, że wartość zamówienia została ustalona na podstawie rozpoznania rynku, przez uzyskanie cen poszczególnych elementów cenowych od pięciu wykonawców działających w branży objętej przedmiotem zamówienia, co wskazuje na rynkowy poziom wartości podanych w Arkuszu, a przez to również wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego oraz niemożliwość uznania, aby doszło do przeszacowania wartości szacunkowej zamówienia przez zamawiającego w ramach postępowania. Niezasadne przy tym będą również ewentualne twierdzenia o spadku cen w okresie od daty ustalenia wartości szacunkowej do dnia składania ofert w postępowaniu, ponieważ od ponad roku mamy do czynienia ze zjawiskiem utrzymującej się na wysokim poziomie inflacji. Porównując treść Arkusza z kosztorysem załączonym do wyjaśnień LEDLIVE, należy zwrócić m.in. uwagę na następujące różnice:

- 1) Koszty instalacji w Arkuszu zostały wycenione na 75 062,50 złotych netto, podczas, gdy w kosztorysie LEDLIVE powyższy koszt wyceniono na 13 341,25 złotych netto,
- 2) Koszty projektów w Arkuszu zostały wycenione na 12 000,00 złotych netto, podczas, gdy w kosztorysie LEDLIVE

powyższy koszt wyceniono na 8 000,00 złotych netto,

3) Konstrukcja "citylight" - część II (konstrukcja wolnostojąca o wymiarach 10m<sup>2</sup>) w Arkuszu zostały wycenione na 52 500,00 złotych netto, podczas, gdy w kosztorysie LEDLIVE powyższy koszt wyceniono na 23 520,00 złotych netto,

Już tylko powyższe różnice wskazują na powstanie dysproporcji pomiędzy cenami panującymi na rynku w porównaniu do wartości elementów cenowych wskazanych w kosztorysie LEDLIVE. Podkreślenia przy tym wymaga, że z uwagi na bezpodstawność uwzględnienia w postępowaniu dowodów do wyjaśnień ceny z dnia 14 kwietnia 2023 r. w postaci ofert dostawców sprzętu (z uwagi na brak dołączenia tłumaczenia i niepodpisanie ofert), ceny zaoferowanych przez LEDLIVE ekranów oraz infokiosków również znacząco odbiegają od ustalonej wartości szacunkowej ww. elementu zamówienia. Koszty ekranów (Ekran LED "P4" + czujnik jasności + sterowniki) w Arkuszu zostały wycenione na 305 262,00 złotych netto podczas, gdy w kosztorysie LEDLIVE powyższy koszt wyceniono na 122 764,69 złotych netto (104 195,60 + 3 732,48 + 14 836,61). Z kolei koszty infokiosków (totemów zewnętrznych z ekranem) w Arkuszu zostały wycenione na 234 533,33 złotych netto podczas, gdy w kosztorysie LEDLIVE powyższy koszt wyceniono na 69 435,04 złotych netto

W dalszej kolejności, odnosząc się do poszczególnych elementów cenowych w ramach wyjaśnień z dnia 17 kwietnia 2023 r., odwołujący wskazał na szereg wątpliwości związanych z brakiem uwzględnienia w wyjaśnieniach istotnych elementów cenowych, oraz nierynkowym poziomem poszczególnych elementów cenowych wskazanych w ramach wyjaśnień ceny i kosztorysu LEDLIVE, co w sposób znaczący wpływa na wiarygodność złożonych przez LEDLIVE wyjaśnień co do zaoferowania ceny na rynkowy poziomie.

Odnosnie kosztów montażu w tym robocizny, jak wynika z wyjaśnień ceny z 17 kwietnia 2023 r. – koszt zarówno montażu jak i robocizny wynosi jedynie 4% ceny brutto. W tym zakresie powstają istotne wątpliwości co do kompletności kalkulacji – w formularzu ofertowym (punkt IV.1. na stronie 2) LEDLIVE oświadczył, że nie zamierza powierzyć realizacji zamówienia podwykonawcom, zatem zamierza wykonać zamówienie własnymi siłami (natomiast w wyjaśnieniach wspomina o możliwości skorzystania z podwykonawców, którego to faktu w żaden sposób nie potwierdza i nie uzasadnia). Skoro konieczne jest dysponowanie zasobem własnym to należy pamiętać, że LEDLIVE ma siedzibę w Stalowej Woli, zatem konieczne jest zapewnienie dojazdu pracowników, noclegu, diet pracowniczych, jak również kosztów zastępstwa pracowników innymi na wypadek choroby lub urlopu. 4% ceny oferty brutto z pewnością nie jest wystarczające dla pokrycia tych wszystkich kosztów, nie mówiąc o materiałach używanych podczas montażu. LEDLIVE co prawda wskazuje liczbę pracowników jaką przewiduje delegować do realizacji zamówienia, niemniej nie podaje przy tym kalkulacji dotyczącej liczby i stawki roboczogodzin potrzebnych na realizację zamówienia, ani nie załącza dowodów na potwierdzenie powyższego (np. umów o pracę). Ponadto, LEDLIVE nie odnosi się do kosztów i sposobu dysponowania sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia (m.in. samochodu z HDS i dźwigu), ani kosztów eksploatacji ww. sprzętów, co poddaje pod wątpliwość uwzględnienie powyższych kosztów w ramach oferty. Nie doszło również do uwzględnienia i wyceny istotnych materiałów w postaci balastów dla ekranów.

Koszty publicznoprawne – LEDLIVE wspomina w wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2023 r. wyłącznie o uwzględnieniu podatku od towarów i usług. Mając na uwadze, że sprowadza ekrany i infokioski z Chin, w ramach oferty konieczne było także uwzględnienie kosztów cła, czego zgodnie z treścią wyjaśnień z dnia 17 kwietnia 2023 r. oraz załączonego do wyjaśnień kosztorysu LEDLIVE nie zrobił.

Koszty sprzętu i materiałów – Wymagania OPZ w powyższym zakresie były bardzo szczegółowe (strona 1 OPZ). Przykładowo w tirecie piątym na str. 1 OPZ konieczne było zapewnienie okablowania, czy też zapewnienie zabezpieczenia przed korozją na okres minimum 10 lat wszystkich elementów konstrukcji oraz obudów, np. przez cynkowanie ogniowe lub stosowanie aluminium bądź stali nierdzewnej (a wymaganie dotyczy to wszystkich śrubek i podkładek), co znacznie podnosi koszt realizacji zamówienia.

W tym miejscu odwołujący wskazał, że oferty dostawców sprzętu dołączone do wyjaśnień ceny z dnia 17 kwietnia 2023 r., jak już podkreślono uprzednio nie mogą stanowić dowodów w postępowaniu, ani podlegać uwzględnieniu przy badaniach ceny oferty LEDLIVE. W przypadku odmiennej oceny powyższej kwestii przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołujący – z ostrożności – wskazuje, że treść ww. ofert dostawców sprzętu wskazuje na zaoferowanie rozwiązań nie spełniających wymogu określonego w tirecie piątym na str. 1 OPZ – wymagane były obudowy albo ze stali zwykłej ale ocynkowanej ogniowo albo z aluminium albo stali nierdzewnej, tymczasem zaoferowane ekrany led jak i totemy nie uwzględniają kosztu w powyższym zakresie – są wycenione zwykle stalowe kabiny:

Required P4mm screen 1 st: 2880\*960mm x5 =13 824 sqm (1440\*960mm 12 pcs) Screen 2nd: 2880\*1600 mmx4 = 4 61sqm (1440\*960mm 16 pcs)

1. P4., outdoor Nation star 1921 white lamp P4 outdoor iron cabin scans 1/10, 2046 ICN, Novastar MRV208 receiving card Certified 220V power supply 1,6mm PCB bard and all cables Qty 32, 25, Unit sqm.

Natomiast w zakresie konstrukcji „citylight”, z wyjaśnień i kosztorysu nie wynika, aby zaoferowana konstrukcja posiadała podświetlenie tylne backlight, szybę wandaloodporną, czego wymagano zgodnie z tiretem czwartym na str. 5 OPZ, a co ma istotny wpływ na cenę ww. elementu zamówienia.

Koszty transportu – zdaniem odwołującego natomiast jest pewne, że kalkulując cenę oferty LEDLIVE musiał uwzględnić koszt transportu i ubezpieczenia wyłącznie sprzętu na potrzeby przedmiotowego zamówienia – jeżeli tego nie uczynił, to kalkulacja jest wadliwa, gdyż nie wiadomo czy inne dostawy będą miały miejsce w podobnym terminie (co umożliwi realizację zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia), czy też nie. Nie jest więc prawidłowe rozkładanie kosztów na inne postępowania.

Pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia (jak koszty administracyjne i inne związane z funkcjonowaniem Spółki) – LEDLIVE bezpodstawnie wskazuje na brak istotności powyższych kosztów jak również brak konieczności ich uwzględnienia w kosztach realizacji zamówienia. Powyższe koszty powinny zostać uwzględnione proporcjonalnie do zakresu realizacji zamówienia względem pozostałej działalności LEDLIVE i wykazane kwotowo. Powyższe KIO potwierdziła w wyroku z dnia 20 listopada 2020 r. (sygn. akt: KIO 2800/20).

Zysk – w wysokości 22% wydaje się abstrakcyjny przy wymogach OPZ a także przy uwzględnieniu różnic cenowych oraz faktu, że LEDLIVE nie wskazał w wyjaśnieniach na żaden czynnik wyróżniający go na tle konkurencji. Z wyjaśnień w tym zakresie wynika, że odwołujący nieprawidłowo skalkulował potencjalne ryzyka w kwocie zysku, co podważa wiarygodność wyjaśnień w tym zakresie i zawyża wskazaną wartość zysku. LEDLIVE nie wskazała również budżetu ryzyka, marginalizując jego znaczenie i uwzględniając go w ramach kwoty zysku. Tymczasem mają na uwadze ryzyka związane m.in. z faktem transportu kolejowego przesyłki z Chin przez kraje takie jak Rosja i Białoruś, powstaje istotne ryzyko związane z koniecznością zmiany środka transportu, a przez to również znacznego wzrostu kosztów w tym zakresie. LEDLIVE niezasadnie zatem ujął budżet ryzyka w kwocie zysku bez jego wyraźnego wyodrębnienia. Odwołujący wskazał, że inne postępowania mają znaczenie drugorzędne, gdyż ocena dokonywana jest w tym konkretnym postępowaniu, co oznacza, że wyłącznie wyjaśnienia z dnia 17 kwietnia 2023 r. wraz z załącznikami mogą doprowadzić o prawidłowości lub nieprawidłowości decyzji zamawiającego.

W związku z powyższym powołując się przez LEDLIVE w wyjaśnieniach z dnia 17 kwietnia 2023 r. na poprzednie postępowanie prowadzone przez zamawiającego (znak: P3-ZZP.03.39.2022.MZ.4), w tym ceny złożonych w ww. postępowaniu ofert, nie będą miało żadnego znaczenia w kontekście rozstrzygnięcia bieżącego postępowania, z uwagi na następujące fakty:

1) Postępowanie znak: P3-ZZP.03.39.2022.MZ.4 zostało unieważnione m. in. z uwagi na zaoferowaną przez odwołującego cenę, która uniemożliwiła dostawę w wyznaczonych pierwotnie terminach, na dowód czego odwołujący przedkłada informację o unieważnieniu poprzedniego postępowania.

2) Zakres zamówienia postępowania znak: P3-ZZP.03.39.2022.MZ.4 oraz bieżącego postępowania NIE był tożsamy. Zgodnie z wiedzą odwołującego zakres nie był tożsamy, gdyż Zamawiający co prawda wymagał dostarczenia jednego ekranu LED mniej, jednak: – nie wymagał przygotowania dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę (a jedynie zgłoszenia), – nie wymagał zabezpieczenia przed korozją na okres minimum 10 lat wszystkich elementów konstrukcji oraz obudów, np. przez cynkowanie ogniowe lub stosowanie aluminium bądź stali nierdzewnej, co znacznie podnosi koszt realizacji zamówienia,

Dowód: OPZ z poprzedniego postępowania.

3) Odwołujący dysponował szczególnie korzystnymi warunkami realizacji zamówienia w postaci ofert producenta na infokioski, który miał je wyprodukowane dla innego klienta który wpłacił 50% depozytu ale ich nie odebrał, a także niższych cen wynikających z zapelnienia magazynów w okresie pandemicznym.

Odnosząc się do załącznika do wyjaśnień z dnia 17 kwietnia 2023 r. w postaci zestawienia realizacji inwestycji (dalej również: „Zestawienia”), jak podniesiono uprzednio, ww. dowód nie będzie miał wpływu na ocenę wyjaśnień ceny złożonych przez LEDLIVE, ponieważ odnosi się on do innych przedmiotowo zleceń realizowanych przez ww. wykonawcę. W związku z powyższym nie ma podstaw do uwzględnienia powyższego dokumentu w ramach dowodów na potwierdzenie wyliczenia ceny.

Z ostrożności natomiast odwołujący wskazał, że powyższy dokument nie tylko nie wnosi wartości merytorycznej do złożonych wyjaśnień co wręcz podważa wiarygodność ww. wyjaśnień. W pozycji 21 Zestawienia wskazano, że LEDLIVE zrealizował inwestycję: „Dostawa, montaż i serwis 5 ekranów LED 5 x 17,408 m2 = 87,04 m2”, za kwotę 931 166,00 złotych netto. Z powyższego wynikałoby, że w ramach zamówienia dokonał dostawy 5 ekranów LED P5 (tj. ekranów posiadających mniejszy piksel, a przez to tańszych rozwiązań niż objętych przedmiotem bieżącego postępowania), za cenę 10 698,14 złotych netto za 1m2 ekranu. Zestawiając powyższą cenę z ilością metrów kwadratowych ekranów wymaganych w przedmiotowym postępowaniu (ok. 32,5 m2) należałoby dojść do wniosku, że w powyższym postępowaniu doszło do dostawy teoretycznie gorszych i tańszych ekranów P5 za wyższą cenę netto (347 689,51 złotych netto) niż 5 ekranów P4 wyższej jakości, 4 tablic „citylight” oraz 4 infokiosków w ramach bieżącego postępowania (315 853,66 złotych netto). W związku z powyższym nie sposób uznać wyjaśnień LEDLIVE za wiarygodne. Powołał orzeczenie KIO z dnia 08.01.2018 r. (sygn. akt. KIO 2703/17), wyrok z dnia 11.07.2016 r. sygn. akt KIO 1020/16, orzeczenie KIO z dnia 11.02.2016 r., sygn. akt KIO 121/16.

W związku z powyższym, zamawiający mimo wezwania LEDLIVE do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie sposobu wyliczenia ceny całkowitej jego oferty, powinien odrzucić jego ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę. LEDLIVE złożony wyjaśnienia lakoniczne, pomijające część istotnych elementów cenowych, nie zawierające dowodów, i niezgodne z rzeczywistą sytuacją na rynku objętym przedmiotem zamówienia jedynie potwierdził, że podana przez tego wykonawcę cena jest oderwana od cen panujących w realiach rynkowych, co czyni wyjaśnienia niewiarygodnymi. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego zamawiający zaniechawszy czynności odrzucenia oferty LEDLIVE jako zawierającej rażąco niską cenę dopuścił się również naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy. Konsekwencją wyżej opisanych naruszeń było także nieprawidłowe zaniechanie przez zamawiającego dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 5 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 7 czerwca 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca LEDLIVE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Kwiatkowskiego 9 wnosząc o oddalenie odwołania jako pozbawionego podstaw faktycznych i prawnych. Przystępujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, tj. w oddaleniu odwołania. Przystępujący złożył ofertę w postępowaniu, która to oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W przypadku oddalenia odwołania, zamawiający zawrze z przystępującym umowę na zamówienie publiczne, którego dotyczy postępowanie. Odwołanie zaś prowadzić ma do odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, co uniemożliwiłoby mu, jak wyżej, pozyskanie zamówienia i zawarcie umowy z zamawiającym. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji zamówienia tj. arkusza wartości szacunkowej zamówienia, SWZ, wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 12 kwietnia 2023 r., wyjaśnień przystępującego wraz z dowodami.

Na podstawie dopuszczonych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Arkusz szacowania wartości zamówienia:

1 Totem zewnętrzny z ekranem 75", wandaloodporny, szyba hartowana, system wentylacji oferta szacunkowa TDC 49900, oferta szacunkowa Solix 46000, oferta szacunkowa Armagard 80000, uśredniona wartość jednostkowa z danych większych niż zero 58 633,33 4 sztuki razem 234 533,33

2 1m2 ekranu diodowego o gęstości plamki 4mm (P4) oferta szacunkowa TDC 10000, oferta szacunkowa Solix 8100, oferta szacunkowa LedBim 5900, oferta szacunkowa Brill 9918, uśredniona wartość jednostkowa z danych większych niż zero 8 479,50 36 m2 razem 305 262,00

3 konstrukcja wolnostojąca o wymiarach 10m2 zawierająca ekran diodowy o wymiarach 4,6m2 oraz gablotę podświetlaną Ciilight o wymiarach 3m2 oferta szacunkowa TDC 5000 oferta szacunkowa Solix 5000, oferta szacunkowa LedBim 23000, oferta szacunkowa Brill 19500, uśredniona wartość jednostkowa z danych większych niż zero 13 125,00 4 sztuki razem 52 500,00

4 konstrukcja wolnostojąca pod ekran diodowy o wymiarach 3m2 zainstalowany na bramie oferta szacunkowa TDC 2500, oferta szacunkowa Solix 2500, oferta szacunkowa LedBim 11500, oferta szacunkowa Brill 9750 uśredniona wartość jednostkowa z danych większych niż zero 6 562,50 6 sztuk razem 39 375,00

5 Koszty instalacji wszystkich 14 nośników z 14 lokalizacjach oferta szacunkowa TDC 50000, oferta szacunkowa LedBim 63000, oferta szacunkowa Brill 187250, uśredniona wartość jednostkowa z danych większych niż zero 75 062,50 1 sztuka razem 75 062,50

6 koszt wykonania projektów i dokumentacji projektowej do zgłoszenia prac budowlanych uśredniona wartość jednostkowa z danych większych niż zero 12 000,00

**RAZEM: 718 732,83**

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa i instalacja zewnętrznych nośników informacji dedykowanych do dynamicznego wyświetlania treści w formie cyfrowej, zgodnie z poniższym zestawieniem:

I.5 ekranów diodowych o wymiarach 1x3111 wraz z konstrukcją samonośną zlokalizowanych na wybranych bramach stadionu.

II.4 konstrukcje zawierające, w górnej części, ekran LED o wymiarach 300x160 cm, a w dolnej części tablicę citylight o wymiarach 300x100 cm do umieszczania statycznych informacji drukowanych na folii, zlokalizowane na poziomie drogi pożarowej wokół stadionu.

III.4 infokioski pionowe w postaci gabloty zewnętrznej z wbudowanym ekranem LCD o wymiarach 75" zlokalizowane na poziomie drogi pożarowej wokół stadionu

Zamawiający wymagał podanie ceny globalnej brutto. Zamawiający wymagał aby wszystkie elementy konstrukcji oraz

obudów były zabezpieczone przed działaniem korozji na okres minimum 10 lat. Dopuszczalnym jest m. in. ocynkowanie ogniowe w całości elementów, lub zastosowanie aluminium bądź stali nierdzewnej.

Wezwanie z dnia 12 kwietnia 2023 r. nie wskazywało zakresu wyjaśnień ani nie określało katalogu dowodów.

W dniu 17 kwietnia 2023 r. przystępujący wyjaśnił, że zaofferowana w tym postępowaniu cena, obejmuje wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia i obejmuje wszystkie elementy cenotwórcze, które zapewniają prawidłowe i terminowe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ.

W skład zaofferowanej ceny wykonawca przyjął:

a) Koszty sprzętu i materiałów ( w tym konstrukcji):

Ceny jednostkowe sprzętów i materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia wynikają przede wszystkim z indywidualnie wynegocjowanych cen u dostawców i producentów , które pozwalają przystępującemu na zaofferowanie konkurencyjnych cen, przy zachowaniu jakości oferowanych produktów do realizacji zamówienia, spełniających wymogi zamawiającego. Z kolei konstrukcje, są wykonywane w trybie ciągłym, w związku ze stałą realizacją zamówień przez wykonawcę, dzięki czemu wykonawca ma zapewniony stały dostęp do materiałów koniecznych do wykonania konstrukcji i może każdorazowo dokładnie określić cenę wykonania konstrukcji, eliminując ryzyko nagłego wzrostu cen materiałów w trakcie realizacji konkretnego zamówienia.

Dowód: - oferty dostawców sprzętu.

b) Koszty montażu w tym robocizny:

Przystępujący przy realizacji zamówienia w głównej mierze będzie opierał się o własny zasób osobowy, lub zasób osobowy podwykonawców, którzy realizują w sposób ciągły zlecenia spółki. Nadto koszty robocizny, w tym wynagrodzenia pracowników stanowią zaledwie ok. 4% ceny oferowanej przez wykonawcę. Dla realizacji zamówienia przystępujący przewiduje zaangażowanie 3 pracowników, a czas np. samego montażu przystępujący przewiduje na 60 godzin. Przystępujący dysponuje również odpowiednim sprzętem, narzędziami i oprogramowaniem koniecznym do realizacji zamówienia, dzięki czemu przystępujący nie musi ponosić dodatkowych kosztów, w celu ich nabycia.

c) Koszty publicznoprawne w tym podatki od towarów i usług:

Wartości podatków od towarów i usług zostały określone w kosztorysie.

Dowód:

- kosztorys

d) Zysk Spółki:

Przystępujący przyjął zysk na poziomie ok. 22%, co dla Spółki jest satysfakcjonujące, a w kontekście wartości zamówienia, pozwala na wypracowanie realnego zysku. Jest to o tyle istotne, że zysk z tytułu realizacji zamówienia jest w większości postępowań elementem prowadzącym do znacznego zróżnicowania cen całkowitych realizacji zamówienia w ofertach poszczególnych wykonawców. Zaplanowany zysk pozwala również na zabezpieczenia ewentualnych ryzyk mogących powstać w trakcie realizacji zamówienia, takich jak koszty wynikające ze zdarzeń losowych, wymiana wadliwych elementów, czy też ewentualne kary umowne wynikające z opóźnień w realizacji zamówienia. Przystępujący nie przewiduje oczywiście w/w problemów, biorąc pod uwagę dotychczasowe doświadczenia i rzadkość tego typu problemów, niemniej ostrożność powoduje konieczność zabezpieczenia potencjalnych ryzyk, które wykonawca ujmuje w marży.

e) Koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy:

Przystępujący ujął w swojej ofercie również wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co w przypadku terminowej i bezusterkowej realizacji, po zwrocie będzie stanowiło dodatkowy zysk spółki.

f) Koszty transportu:

Przystępujący prowadzi realizację inwestycji w ten sposób, aby transport, zarówno od producenta z Chin, jak i na terenie Polski odbywał się jednocześnie dla kilku przedsięwzięć, co pozwala na ograniczenie kosztów transportu i jego ubezpieczenia. Koncentracja zamówień, a co za tym idzie możliwość rozłożenia kosztów na kilka zamówień, sprawia, że wykonawca może w tym zakresie oferować niższą cenę. Wartość wskazana w kosztorysie, obejmuje cenę na dzień złożenia oferty, zgodnie z aktualnymi zamówieniami wykonawcy, co może ulec zmianie na korzyść w przypadku kolejnych zamówień, a co za tym idzie koszty ponoszone w tym zakresie przez spółkę będą mniejsze. Transport dokonywany na terenie kraju jest w głównej mierze dokonywany transportem własnym spółki, a dla wyceny kosztów transportu w Polsce, zastosowanie znajduje również zasada koncentracji zamówień jak wyżej wskazana.

g) Koszty projektu i uzyskania dokumentacji do realizacji zamówienia.

Ceny wskazane w kosztorysie, stanowiącym załącznik do niniejszych wyjaśnień, są wartościami rynkowymi i nie są w żaden sposób zaniżone, wobec czego nie wymaga to wyjaśnień. W zakresie projektów przystępujący korzysta z własnych zasobów osobowych, co pozwala dodatkowo na obniżenie tych kosztów.

h) Pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia (jak koszty administracyjne i inne związane z funkcjonowaniem spółki);

Wymienione koszty nie mają istotnego znaczenia dla określenia ceny w tym zamówieniu, ponieważ są one ponoszone bez względu na realizację przedmiotowego zamówienia i są one stałe.

Suma kosztów wskazana w kosztorysie, jednoznacznie wskazuje, że zaoferowana cena jest adekwatna do zakresu zamówienia i nie powoduje ryzyka niewykonania zamówienia przez wykonawcę. Trzeba też wskazać, że przedmiotowe zamówienie nie jest skomplikowane i nie wymaga nadzwyczajnych robót czy indywidualnych rozwiązań, których dotychczas nigdzie nie stosowano, a wręcz opiera się na standardowych rozwiązaniach, możliwych do zrealizowania przez każdą firmę działającą w tej branży. Dlatego biorąc pod uwagę doświadczenie spółki i jej pracowników (kilkunastoletnie), przystępujący zapewnia terminową realizację zamówienia, nie przewidując przy tym żadnych komplikacji. Doświadczenie przedsiębiorcy jest jednym z kluczowych elementów (obiektywnych czynników cenotwórczych) mających wpływ na zaoferowaną cenę. Tak np. w wyroku KIO z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 28/16, zgodnie z którym: „Przystępujący sprostował obowiązkowi nałożonemu art. 90 ust. 2 ZamPublU i wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana cena jest wyrazem indywidualnych możliwości wykonawcy, jego potencjału, doświadczenia, metod organizacyjnych i kontaktów handlowych.”

Dowód:

- zestawienie zrealizowanych inwestycji z roku 2022.

Na marginesie przystępujący wskazał, że prowadzone obecnie inwestycje oraz inne usługi na terenie kraju realizowane przez spółkę, pozwalają na takie zorganizowanie prac i dostaw, aby maksymalnie zoptymalizować koszty ponoszone przez spółkę również w zakresie przedmiotowego zamówienia.

Dodatkowo wskazał, że obecnie ceny na rynkach światowych ustabilizowały się, co pozwala na realizację zamówień w cenach niższych niż przewidywanych przez zamawiającego. Wskazał, że cena ustalona przez zamawiającego, opierała cenach w 2022r., gdzie mieliśmy do czynienia z niepewnością w zakresie stabilności cen i problemami w gospodarce krajowej i światowej wywołanej m.in. wojną na Ukrainie. Obecnie mamy do czynienia np. z niższym kursem dolara, dzięki czemu produkty, które wymagają sprowadzenia z zagranicy są tańsze. Łańcuchy dostaw już nie są zaburzone, a komponenty do produkcji ekranów LED również są bardziej dostępne, a co za tym idzie rozwiązania techniczne i sprzętowe są tańsze. Nadto poprawa w zakresie transportu międzynarodowego, sprawiła, że obecnie koszty ponoszone na ten cel są niższe w stosunku do roku 2022.

KIO w wyroku z dnia 22 października 2012 r. sygn. akt KIO 2202/12, wskazuje: „Prawidłowością powszechnie notowaną jest, że oferowane ceny rynkowe na ogół odbiegają in minus od wartości oszacowania zamówienia. Analiza badanej ceny oferty, pod względem jej realności musi odnosić się do konkretnego zamówienia i wszechstronnego rozważenia sytuacji wykonawcy - przywoływanej w wyjaśnieniach”. Wobec powyższego stanowiska również sam fakt różnicy od szacunkowej wartości zamówienia nie może stanowić podstawy do uznania, że cena LEDLIVE sp. z o.o. jest ceną rażąco niską.

Może nie najważniejszym lecz istotnym jest, że w poprzednio przeprowadzonym postępowaniu przez zamawiającego (znak: P3-ZZP.03.39.2022.MZ.4), najniższa oferta, która została ostatecznie wybrana i nie była skarżona przez żadnego z wykonawców, była zbliżona do oferty LEDLIVE sp. z o.o. w tym postępowaniu, co wskazuje, że jest to wartość pozwalająca na zrealizowanie zamówienia, a wyższe oferty wynikają wyłącznie z zawyżonych założonych zysków (marż), z braku dostępu do sprzętu w cenie pozwalającej na złożenie niższej oferty, lub braku doświadczenia w tego typu inwestycjach - to są wyłącznie domniemania wykonawcy, lecz mając na uwadze swoje doświadczenie, a także oceniając zaoferowaną cenę w poprzednim postępowaniu jako realną i umożliwiającą wykonanie zamówienia, zaniechał odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty w poprzednim postępowaniu. Wobec powyższego brak jest podstaw również do kwestionowania oferty złożonej przez LEDLIVE sp. z o.o., skoro zamawiający już raz zaakceptował ofertę na podobnym poziomie. Ocena ofert w niniejszym postępowaniu, nie może być dokonywana w oderwaniu od poprzedniego postępowania, które miało identyczny zakres, ze względu na konieczność równego traktowania wykonawców. Przyczyny niewykonania zamówienia nie mogą mieć wpływu na ocenę samej oferty, zwłaszcza, że zgodnie z wiedzą LEDLIVE sp. z o.o. były to problemy niezwiązane z ceną lecz problemami z dostępnością podzespołów ekranów LED i niemożliwość wykonania zamówienia w 2022r.

Wobec powyższego należy uznać, że przedstawione wyjaśnienia i dowody czynią zadość wezwaniu zamawiającego.

Zgodnie m.in. ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wszelkie oświadczenia zawarte w wyjaśnieniach także stanowią dowód na gruncie art. 224 ust. 1, ust. 2 i ust. 6 ustawy Pzp: „Odnosząc się do pojęcia dowodu dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, stanowiącego zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uzupełnienie wyjaśnień wykonawcy, należy przede wszystkim wskazać, że w zakresie tego pojęcia ustawa Pzp nie zawiera żadnych ograniczeń. W związku z tym, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wystosowane na podstawie ww. przepisu, wykonawca uprawniony jest do złożenia wszelkich dowodów, z których w ocenie wykonawcy będzie wynikać, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Jednocześnie, w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp został zawarty

przykładowy katalog okoliczności, do których w szczególności mogą się odnosić zarówno wyjaśnienia jak i dowody składane przez wykonawcę. Na gruncie komentowanego przepisu aktualne pozostaje twierdzenie zawarte w uzasadnieniu uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 40/14), wydane na gruncie stanu prawnego sprzed ostatniej nowelizacji ustawy Pzp, zgodnie z którym pojęcie dowodu w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko; za dowód może być uznane także oświadczenie samego wykonawcy.” / „Wybrane aspekty dotyczące badania rażąco niskiej ceny w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących od dnia 19 października 2014 r.”, Informator UZP nr 2/2015/

W utrwalonej linii orzeczniczej KIO mianem „rażąco niskiej ceny” określa się cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych dla danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. W przedmiotowej sprawie, ceny, której dotyczą wyjaśnienia, w żadnym razie nie można uznać za rażąco niską. Zaoferowane ceny są cenami realnymi, zapewniającymi wykonanie zamówienia na najwyższym możliwym poziomie, a jednocześnie gwarantującymi Wykonawcy zysk (tak np. KIO w wyroku z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 633/18, zgodnie z którym: „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 nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu 6 biznesowym, postęp technologiczno- organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”.)

LEDLIVE sp. z o.o. w swojej ofercie podała realne koszty realizacji zamówienia, biorąc także pod uwagę rentowność jego realizacji dla wykonawcy.

Przystępujący podał, że konkretne wartości przyjęte do określenia ceny znajdują się w załącznikach do tych wyjaśnień, ze względu na tajemnice przedsiębiorstwa.

Z racji, że zamawiający nie wskazał konkretnych elementów, które budzą wątpliwości w zaoferowanej cenie, przystępujący pozostaje do dyspozycji do złożenia dalszych wyjaśnień w przypadku konkretnych wątpliwości, wynikających po zapoznaniu się z tymi wyjaśnieniami.

Wykaz dostaw:

- 1 Screen Network Sp. z o.o. 82 500,00 zł Sprzedaż używanego ekranu LED LIVE PANEL P6.6mm SMD OUTDOC 1.06.2022r. Warszawa przy ul. 3 maja
- 2 AV SMART Sp. z o.o. 332 752,00 zł Sprzedaż, dostawa i montaż dwóch ekranów LED (2x17,5m2) przeziernych wraz z konstrukcją nośną, instalacją, aparaturą i oprogramowaniem sterującym oraz dwóch czujników jasności 31.03.2022 Warszawa, budynek Skyli ner
- 3 SK NEXILIS 34 928,00 zł Sprzedaż projektora, ekranu elektrycznego, 2 szt. telewizorów wraz z uchwytami i okablowaniem 17.03.2022, Stalowa Wola
- 4 ABI Media Holdings sp. z o.o. 119 850,00 zł Sprzedaż ekranu LIVE Panel P3.9 SMD 4500 nit outdoor wraz ze sterownikiem, komputerem sterującym oraz konstrukcją ekranu LED 26.01.2022, nie mogę znaleźć gdzie to było montowane
- 5 ABI Media Holdings sp. z o.o. 3 690,00 zł Wynajem ekranu P6.25 o powierzchni 10 m2 wraz z montażem, demontażem, transportem oraz pełnym osprzętem 27.12.2021r. Warszawa
- 6 Screen Network S.A. 82 500,00 zł Sprzedaż używanego ekranu LED LIVE PANEL P6.6mm SMD OUTDOC 9.12.2021r. Warszawa przy ul. Żwirki i Wigury
- 7 D O'SULLIVAN PRINT SOLUTION LTD 65 546,06 zł Sprzedaż ekranu transparentnego P2.8 o wymiarach 6m 25.11.2021, Irlandia
- 8 Autonix M. Czernicka i wspólnicy Spółka Jawna 97 072,93 zł Sprzedaż ekranu CLASSIC P8 wraz z montażem komputerem sterującym, oprogramowaniem do zarządzania treścią player i manager 09.09.2021 Rzeszów, ul. Piłsudskiego
- 9 Intrehall Sp. z o.o. 197 586,80 zł Sprzedaż i montaż ekranu LED P.10 wraz z oprogramowaniem, uruchomieniem systemu, osprzętem oraz wykonaniem dokumentacji konstrukcji 03.09.2021 Centrum Piłki Nożnej w Częstochowie
- 10 Studio Urody i Masażu "Twój Styl" Paweł Czerniecki 117 507,52 zł Sprzedaż ekranu CLASSIC P8 wraz z montażem komputerem sterującym, oprogramowaniem do zarządzania treścią player i manager 30.08.2021 Rzeszów, ul. Dąbrowskiego
- 11 New Amsterdam 10 000,00 zł Sprzedaż ekranu LED LiveFloor P5.9 o wymiarze 16m2 wraz ze sterownikiem, montażem 11.05.2021, Muzeum Zamek w Łańcucie
- 12 Genossenschaft Migros Aare 83 887,73 zł Sprzedaż i montaż ekranu LedLIGHT transparentnego 18.05.2021 Szwajcaria
- 13 IFTM Group Sp. z o.o. 26 838,46 zł Sprzedaż ekran P3.9 o wymiarze 1m2 w 29.04.2021, Warszawa ul. Włoska 9a
- 14 Concept sp. z o.o. 249 636,00 zł Live Classic P6.67 SMD, 5500~6300 nit OUTDOOR 11.05.2022 Ostrów Wielkopolski
- 15 GSSM Warsaw sp. z o.o. 570 002,00 zł Ekran wieloformatowy P10 103,8336 mkw na zmodernizowanej konstrukcji

29.07.2022 Centrum Handlowe Westfield Arkadia

16 IMS S.A. 137 240,00 zł 6 szt. ekranów LED Outdoor P3 1152x1728, SMD1921 Nationstar, 5500 nit, 1920Hz wraz z czujnikiem jasności i sterownikiem MCTRL 300 05.09.2022 ul. Mierzeja Wiślana 11, Kraków

17 ALNET SYSTEM S.C. 106 233,00 zł Ekran LED Outdoor P4.8 SMD Nationstar, 5000 NIT 16.09.2022 Rzeszów basen

18 Śląska Sieć Metropolitalna 179 000,00 zł Ekran LED P8 ok.24m2 wraz z konstrukcją 28.11.2022 Gliwice

19 IMS S.A. 122 500,00 zł Ekran LED Outdoor P3 7 szt. 27.10.2022 Kraków

20 PHU SZRON 61 171,17 zł Ekran LED Outdoor P5 3,84m x 2,88m 06.12.2022 Jarosław

21 Screen Network Sp. z o.o. 931 166,00 ZŁ Dostawa, montaż i serwis 5 ekranów LED 5 x 17,408 m2 = 87,04 m2 08.02.2023 Warszawa: 1) ul. Towarowa/ Srebrna, 2) ul. Polczyńska 120A kierunek S8, 3) ul. Polczyńska 120A kierunek Centrum, 4) Al. Jerozolimskie / Ryżowa, 5) ul. Puławska 485/ Bogatki

Kosztoyorys:

1 Ekran LED "P4" - część I + część II 80 150,46 zł 30% 24 045,14 zł 104 195,60 zł 23% 128 160,59 zł

2 Czujnik jasności - do 9 szt (część I/II) 3 110,40 zł 20% 622,08 zł 3 732,48 zł 23% 4 590,95 zł

3 Sterownik - TB50 - do 9 szt (część I/II) 12 363,84 zł 20% 2 472,77 zł 14 836,61 zł 23% 18 249,03 zł

4 Infokiosk - część III 51 433,36 zł 35% 18 001,68 zł 69 435,04 zł 23% 85 405,09 zł

5 Konstrukcja na bramie - część I 34 500,00 zł 20% 6 900,00 zł 41 400,00 zł 23% 50 922,00 zł

6 Konstrukcja "citylight" - część II 19 600,00 zł 20% 3 920,00 zł 23 520,00 zł 23% 28 929,60 zł

7 Przygotowanie projektu, dokumentacji 8 000,00 zł 20% 1 600,00 zł 9 600,00 zł 23% 11 808,00 zł

8 Robocizna - montaż, dojazd 13 341,25 zł - zł 13 341,25 zł 23% 16 409,74 zł

9 Transport kolejowy Chiny - Polska 18 000,00 zł - zł 18 000,00 zł 23% 22 140,00 zł

10 Transport Szałowa Wola - Warszawa 2 000,00 zł - zł 2 000,00 zł 23% 2 460,00 zł

11 zabezpieczenie należytego wykonania umowy - 5% 15 792,68 zł - zł 15 792,68 zł 23% 19 425,00 zł

SUMA 258 292,00 zł 22% 57 561,66 zł 315 853,66 zł 388 500,00 zł

Oferta 1:

Required: P4 mm screen 1st: 2880\*960mm x 5 =13.824sqm(1440\*960mm 12pcs); Screen 2nd: 2880\*1600mm x 4 =4.61sqm(1440\*800mm 16pcs);

P4mm screen Nation star 1921 white lamp P4 outdoor iron cabin. s c a ns 1/10, 2046 ICN, Novastar MRV208 receiving card. Certified 220V power supply, 1.6mm PCB bard, and all cables. 32, 25 sqm unit price 588,0 USD total amount 18 963 USD

Control system NOVASTAR TB50 9 pcs \$317,0 \$ 2 862

Brightness sensor 9 pcs \$ 80 \$ 720

Spare parts:

Spare led module 10 pcs 28 280

Certified LED power 5 pcs 18 90

receiving card 208 MRV 5 pcs 15 75

Free spare parts:

eSpare module mask 30 pcs

Main power and signal cable 10m 11 sets

lamps and IC 2000PCS and 80 PCS IC 1 sets

Packing:

wooden case packing (pcs into wooden case) 7 pcs \$68 \$30

honeycomb carton (for spare parts) 1 pcs free free

Total amount \$ 21 855

Oferta 2:

Quotation Sheet of 75" Outdoor Floor Standing Digital Signage IP65 (Window OS)

75" Outdoor Floor Standing Digital Signage 4 US \$2,955.00 \$11,820.00

Windows 10 pro pre-instlled with licensed 4 US \$92.00 \$368.00

12188

Price is based on MOQ 4 units, included regular package. EXW SHENZHEN.

Dowody zamawiającego z porównania oferty odwołującego z postępowania prowadzonego w 2022 i obecnej oferty przystępującego, porównania ofert od innych dostawców sprzętu/komponentów Izba potraktowała w części dotyczącej oferty odwołującego i oferty przystępującego z 2022 jako oświadczenia własne odpowiednio zamawiającego i przystępującego, gdyż z braku dokumentów źródłowych w postaci ofert lub kosztorysów złożonych w postępowaniu w 2022 były to wyłącznie oświadczenia własne strony i uczestnika postępowania.

Instalacją ekranu LED – 2,88 x 0,96 m pge narodowy warszawa (x5) kalkulacja dla 1 szt. Izba potraktowała jako uszczegółowienie wyjaśnień nie złożone zamawiającemu w procedurze wyjaśnienia ceny.

Aktualny kosztorys kurs 12.06.2023 stanowi wyłącznie dowód tego, że różnice kursowe w przypadku dostaw pozyskiwanych z zagranicy i rozliczanych w walucie obcej mają wpływ na wysokość ceny.

Dowody odwołującego:

Oferta mobilator.pl na NoMobi Trex 75W v.2 kiosk-totem multimedialny zewnętrzny – przystosowany do pracy w niskich i wysokich temperaturach z ekranem 75 cali o jasności 3000 nitów, system grzewczy, dostawa morska – koszt netto 26 064,65zł.

Oferta Media Display na infokiosk Hyundai H757SSV /H757SSI 75 LED cena netto 68 911,25

Oferta PLEX na kasetony 9,7 x 3,1 rama aluminiowa, obudowa aluminiowa netto 23 061,78, co daje z m2 - 766,93zł. oferta z 30 czerwca 2022 – Izba oceniła, że dowód ten nie dowodzi kosztu nieuwzględnionego w ofercie przystępującego, gdyż po pierwsze przystępujący przeczył stanowisku odwołującego, że jego ekran nie będzie wyposażony w obudowę o właściwościach antykorozyjnych, a po drugie dowód ten dotyczy tylko 1 z trzech wskazanych przez zamawiającego w OPZ sposobów zabezpieczenia antykorozyjnego, a nie zostało wykazane, że jest to zabezpieczenie zastosowane przez przystępującego

Artykuł „FAKTYKRAKOWA.PL” kosztuje dobra szyba antywłamaniowa z którego wynika, że za szyby klasy P1A do P5A trzeba zapłacić 400 do 800 zł./m2 – w artykule określono, są to podane przybliżone wartości, co więcej artykuł jest raczej skierowany do odbiorców indywidualnych, co nie dowodzi jakim byłby to rzeczywisty koszt dla odbiorcy dostarczającego urządzenie z szybą wandaloodporną jako element prowadzonej działalności gospodarczej,

Wydruk z bloga epraktyk.pl/blog/pozwolenie – na – budowę-domu wynika, że projekt budowlany kosztuje od 2000 do 6000zł. przy czym są to dane dotyczące budowy domu

Wydruk z rynekpierwotny.pl/wiadomości-mieszkaniowe/projekt-nie-wszystko-realne-koszty-pozwolenia-na-budowę/9689 wynika, że koszty pozwolenia na budowę domu obejmują 589zł. za decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, 47zł. zatwierdzenie projektu zagospodarowania działki lub terenu projektu architektoniczno – budowlanego, 56zł. przeniesienie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu na rzecz innej osoby,

90zł. przeniesienie decyzji o pozwoleniu na budowę lub decyzji o pozwoleniu na wzniesienie robót budowlanych na rzecz innego podmiotu, 17zł. wydanie zaświadczenia o pozwoleniu na budowę domu.

Dowody z wydruków dotyczących pozwolenia na budowę w ocenie Izby nie są przydatne do określenia wysokości kosztów, bowiem dotyczą budowy domów mieszkalnych, a nie posadowienia urządzeń.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania wynikających z art. 528 ustawy

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne wynikające z art. 525 ust. 1 -3 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy w zw. z art. art. 239 ust. 1 Ustawy przez niewłaściwe zaniechanie zastosowania tych przepisów polegające na bezpodstawnym, bezzasadnym i niezgodnym z ustawą Ustawy zaniechaniu czynności odrzucenia oferty LEDLIVE podczas, gdy:

1) ww. wykonawca do złożonych wyjaśnień, pomimo wezwania zamawiającego, nie dołączył dowodów potwierdzających, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie wykazał i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia z dnia 17.04.2023 r. są zbyt ogólne i lakoniczne, aby uznać, że zostały złożone w sposób czyniący zadość obowiązkowi z art. 224 ust. 6 Ustawy, przez co potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3) przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia z dnia 17.04.2023 r. pomijają część istotnych elementów cenowych niezbędnych do realizacji zamówienia, jak również zawierają ceny nierealnie zaniżone w porównaniu z cenami rynkowymi,

- co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty LEDLIVE jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu (względnie – przez zaniechanie wezwania LEDLIVE do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty LEDLIVE jako najkorzystniejszej w postępowaniu), oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu braku udowodnienia wyjaśnień przede wszystkim z uwagi na złożenie do wyjaśnień dowodów – ofert dostawców urządzeń bez ich tłumaczenia na język polski, to Izba stwierdza, że odwołujący ma rację, co do tego, że

postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w języku polskim, a zatem wszystkie dokumenty składane w tym postępowaniu przez wykonawców, a nie tylko oferta, jak próbował to przedstawić zamawiający i przystępujący, wymagają ich złożenia w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z nimi w języku postępowania. Takie stanowisko Izby znajduje wprost odzwierciedlenie w art. 20 ust. 2 ustawy. Wprawdzie zamawiający może dopuścić składanie dokumentów w innych językach, ale wyłącznie gdy przewidzi to w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, czego w tym postępowaniu zamawiający nie uczynił. Pytanie jednak pozostaje otwarte co do skutku złożenia dokumentu w języku obcym bez tłumaczenia. W ocenie Izby przepisy ustawy nie określają sankcji za niezachowanie wymaganego języka dokumentu. W przypadku podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych w ocenie Izby zamawiający miałby podstawy prawne do żądania ich uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 ustawy i art. 128 ust. 1 ustawy, który poza podmiotowymi środkami dowodowymi, dowodami w postaci wstępnych oświadczeń obejmuje swoim zakresem także inne dokumenty i oświadczenia składane w postępowaniu, zatem w ocenie Izby możliwe byłoby także uzupełnienie dokumentów nieprzetłumaczonych o ich tłumaczenia, bowiem taki dokument należało ocenić jako niekompletny. Do uzupełnienia braków dokumentu, w tym postępowaniu nie doszło. Izba podkreśla, że przedmiotem postępowania odwoławczego jest ocena zachowania zamawiającego z zestawieniem z obowiązującymi zamawiającego przepisami ustawy i to w granicach postawionych przez odwołującego zarzutów. Odwołujący nie podnosił zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów załączonych do wyjaśnień, zatem ewentualne zaniechanie zamawiającego w tym zakresie nie podlegało ocenie. Izba nie znalazła również podstaw do pominięcia dowodów z ofert załączonych do wyjaśnień, skoro te dowody przedstawił sam odwołujący załączając je do odwołania i były to dowody na okoliczność sporządzenia ich w języku innym niż język polski. To ustalenie było na podstawie dopuszczonego dowodu możliwe i w ocenie Izby nie pozostawało w sprzeczności z art. 506 ust. 1 ustawy regulującym język postępowania odwoławczego oraz z ust. 2 tegoż przepisu określającym obowiązki stron i uczestników postępowania związane z przedstawianiem dowodów stanowiących dokumenty sporządzone w językach innych niż polski. Niewątpliwie obie oferty załączone do wyjaśnień były sporządzone w innym języku niż język polski i ten fakt na ich podstawie bez konieczności sięgania do tłumaczenia można było ustalić. W ocenie Izby fakt nieprzedłożenia tłumaczenia nie uprawniał zamawiającego do pominięcia dokumentów przy ocenie wyjaśnień, ale uzupełnienia ich w ramach wystosowanego wezwania. Izba zauważa też, że dokumenty te mimo ich sporządzenia w języku obcym i bez przedstawienia tłumaczenia nadawały się do dokonania ustaleń faktów, na okoliczność których były przedstawione zamawiającemu. Przystępujący przedstawił je bowiem na okoliczność posiadania relacji z producentami urządzeń oraz cen zaoferowanych mu przez tych producentów. Nazwy producentów jako nazwy własne nie podlegały tłumaczeniu, podobnie tłumaczeniu nie podlegają nazwy własne nadane urządzeniom przez producentów, czy określenia używane powszechnie np. LED – czyli Light Emitting Diode, tłumaczyć także nie potrzeba cen podanych w cyfrach arabskich, które odpowiadają polskiemu zapisowi cyfrowemu. Oznaczenia waluty w ocenie Izby także nie wymagały tłumaczenia, gdyż są wyznaczone przez międzynarodowy standard ISO 4217. To oznacza, że na podstawie dowodów załączonych do wyjaśnień zamawiający był w stanie ustalić okoliczności, dla których przystępujący powołał te dowody w wyjaśnieniach. Tym samym brak uzupełnienia dowodów o ich tłumaczenia nie powodował nieprzydatności dowodu. Podobne stanowisko wyraziła Izba w wyrokach sygn. akt KIO 3173/21 z dnia 4 listopada 2021 r. i KIO 3244/22 z dnia 20 grudnia 2022 r. Tym samym Izba uznała, że zamawiający nie uchybił przepisom ustawy opierając ocenę wyjaśnień o dane wynikające ze złożonych dowodów. W ocenie Izby rozbieżność w zsumowaniu pozycji w jednej z ofert przedstawionych przez przystępującego nie dyskredytowała tego dowodu, bowiem zamawiający znał ceny jednostkowe za poszczególne elementy, a zatem mógł samodzielnie ocenić, czy odpowiadają one złożonym wyjaśnieniom. Różnice w cenie globalnej, a poszczególnych elementach cenowych mogły wynikać z różnych przyczyn: omyłek rachunkowych, ale też uwzględnienia rabatu w cenie globalnej. Zamawiający mógł te okoliczności dodatkowo wyjaśnić, jednak różnica 1165 USD nawet przyjmując kurs na dzień składania ofert nie mogła stanowić podstawy do stwierdzenia rażącego zaniżenia ceny oferty przystępującego, gdyż znajdowała pokrycie w skalkulowanej marży. Odnosząc się do argumentacji związanej z arkuszem szacowania wartości zamówienia, to rację należy przyznać zamawiającemu, że arkusz ten dowodzi istnienia dużej rozbieżności cenowej pomiędzy poszczególnymi wykonawcą, co do wyceny elementów zamówienia, o które zamawiający zapytywał, co więcej sam odwołujący potwierdził ten stan rzeczy przedstawiając oferty infokiosków poniżej wartości podanych przez wykonawców do arkusza szacowania wartości zamówienia, bowiem oferta NoMobi Trex 75W v.2 jest tańsza od ofert wskazanych w arkuszu, zaś oferta Media Display mieści się w propozycjach wykonawców, których zamawiający rozpytywał o cenę. Jeśli wziąć pod uwagę także ofertę przystępującego to te rozbieżności cenowe są jeszcze większe. W ocenie Izby zatem zamawiający prawidłowo ustalił na podstawie informacji z rozeznania rynku oraz złożonych ofert, że charakterystyczny dla tego rodzaju zamówień jest brak standardu ceny. Co więcej w ocenie Izby zamawiający ma prawo badać wyjaśnienia przez pryzmat własnych doświadczeń, o ile są one oparte na zbliżonym przedmiocie zamówienia i pochodzą z ofert nieocenionych jako rażąco niskie. W ocenie Izby zamawiający ma prawo oceniać wyjaśnienia przez pryzmat swojej wiedzy i doświadczenia, a na potrzeby oceny tych

wyjaśnień nabył to doświadczenie prowadząc poprzednie postępowania, w którym odwołujący, czemu nie przeczył, złożył ofertę najtańszą. Co więcej sam odwołujący w odwołaniu prowadził wywód dotyczący nierealności oferty przystępującego w porównaniu z ofertą przystępującego złożoną w unieważnionym postępowaniu, co oznacza, że czynił pewne ustalenia przez porównanie ofert z obu postępowań. Różnice w zakresie przedmiotu zamówienia zamawiający wyjaśnił w swoim oświadczeniu dotyczącym porównania oferty odwołującego z unieważnionego postępowania i oferty przystępującego złożonej w tym postępowaniu, dotyczyły one różnic ilościowych. W ocenie Izby zamawiający mógł też na podstawie uprzednio złożonych ofert dojść do przekonania, że różnice w cenach ofert mogą być znaczące mimo rynkowego charakteru cen, skoro oferta odwołującego była zbliżona cenowo do oferty przystępującego w tym postępowaniu, a w poprzednim postępowaniu przystępujący złożył ofertę jak sam przyznał na około 800 tys. zł. Izba nie znalazła podstaw do odmowy wiary twierdzeniu przystępującego, że różnice w cenach wynikały z możliwości uzyskania urządzeń bezpośrednio od producenta bez konieczności korzystania z pośredników, zwłaszcza, że przystępujący przedstawił przekazane mu oferty producentów wraz z wyjaśnieniami ceny. Pośrednio na tą zależność ceny od dostępności urządzeń potwierdziło także uzasadnienie unieważnienia pierwszego postępowania, którego powodem był właśnie brak dostępności urządzeń. Co do braku podpisów pod tymi ofertami, to odwołujący nie wykazał, że zgodnie z prawem chińskim dla ofert i faktur proforma wymagana jest forma pisemna, a niewystarczająca postać elektroniczna. Co do kosztów projektu, to słusznie zauważył przystępujący, że wycena kosztów przez niego nie odbiega znacząco od wyceny tych kosztów przez samego zamawiającego w arkuszu szacowania wartości zamówienia. Nadto Izba nie znalazła podstaw dla uznania, że w tej sprawie wykonawcy będą musieli pozyskać, aż 9 pozwoleń na budowę. W ocenie Izby taki wymóg nie wynika z postanowień SWZ, nadto dowody przedstawione w tym zakresie przez odwołującego, w ocenie Izby nie nadają się do ustalenia faktów, gdyż dotyczą pewnych przedziałów cenowych, albo obejmują czynności, które wprost zamawiający zastrzegł dla siebie jak pozyskanie mapy do celów projektowych. Co więcej jeśli przyjąć, że ceny za projekt wraz z pozwoleniem na budowę domu mieszkalnego mieszczą się w przedziale 2000 – 6000zł., to cena za jeden projekt z 1 pozwoleniem zaoferowana przez odwołującego na poziomie 9 600zł. netto nie można uznać za rażąco niskie. Z tego względu Izba nie dopatryła się zaniżenia tego kosztu w ofercie przystępującego prowadzącego do ustalenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Co do niedoszacowania kosztów zabezpieczenia antykorozyjnego, szyby wandaloodpornej, to Izba dostrzegła, że sam zamawiający w arkuszu kalkulacyjnym szybę wandaloodporną czynił cechą właściwą infokioskowi, a nie konstrukcji, zaś informacja o poziomie ochrony IP65 znajduje się na ofercie dotyczącej infokiosku, zgodnie z tym oznaczeniem pierwsza liczba gwarantuje ochronę przed dostępem do części niebezpiecznych drutem ochronę pyłoszczelna, a druga liczba - ochronę przed strugą wody (12,5 l/min) laną na obudowę z dowolnej strony. Izba zatem nie znalazła podstaw do odmowy wiary przystępującemu, że urządzenia przez niego przewidziane do realizacji tego zamówienia mają fabryczne zabezpieczenie. Izba nie uznaje arkusza szacowania wartości szacunkowej zamówienia, jako dowodu świadczącego o tym, że na rynku nie funkcjonują tańsze oferty niż przedstawione przez wykonawców rozpytanych przez zamawiającego. Izba oceniła ten dowód podobnie jak zamawiający jako dowód na duże rozbieżności w cenach pomiędzy wykonawcami, bo są one potwierdzone także dowodami samego odwołującego, co do infokiosków, jak i ofertami przystępującego. Jednak nawet posiłkując się danymi z tego arkusza, to należy dostrzec, że wprawdzie koszt instalacji w najniższej z ofert wyceniono na 50 000zł., a przystępujący robociznę wraz z dojazdem na 13 341,25zł. netto, to z kolei najtańsze oferty z arkusza na konstrukcję wolnostojącą o wymiarach 10m2 zawierająca ekran diodowy o wymiarach 4,6m2 oraz gablotę podświetlaną CitiLight o wymiarach 3m2 wyceniły tę czynność na 5 000zł., a przystępujący na 19 600 zł. bez marży, a z marżą 23 520zł. netto z kolei dla konstrukcji wolnostojącej pod ekran diodowy o wymiarach 3m2 zainstalowany na bramie najtańsza oferta wyniosła 2500, a przystępujący na 34 500 zł. bez marży i 41 400zł. netto z marżą, co jest wyceną wyższą od najwyższej ze złożonych zamawiającemu ofert. Co w ocenie Izby oznacza, że było jednego sposobu szacowania kosztów, ani ściśle wyznaczonych dokumentacją zamówienia granic jakie elementy w jakiej pozycji należy wycenić. Izba wzięła też pod uwagę, że zapytanie wystosowane do przystępującego sprowadzało się do wezwania do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, celem ustalenia, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, z kolei w SWZ zamawiający oczekiwał obliczenia ceny całkowitej brutto, ale bez wskazania na to jakie koszty mają być bezwzględnie w kalkulowane. Ten ciężar zarówno udzielenia wyjaśnień jak i ustalenia jakie elementy składają się na cenę w całości spoczywał na wykonawcy.

W ocenie Izby przystępujący złożył wyjaśnienia, poparł je dowodem w postaci kosztorysu i ofert urządzeń, więc nie były to wyjaśnienia gołosłowne. Nadto Izba wzięła również pod uwagę wykaz dostaw, bo choć nie ma w nim dostawy urządzeń o gęstości plamki 4mm (P4), ale wskazano dwie dostawy P3.9 i dostawę P4.8, a więc zbliżone. Nadto wykaz ten świadczy o stabilnym funkcjonowaniu przystępującego na rynku, na którym zamawiający zamawia swój przedmiot zamówienia. W ocenie Izby te wszystkie wskazane okoliczności składają się na ustalenie, że zamawiający oceniają wyjaśnienia przystępującego dokonał tej oceny w sposób prawidłowy i prawidłowo doszedł do przekonania, że w stosunku do ofert przystępującego nie mają zastosowania, ani art. 226 ust. 1 pkt 8 ani art. 224 ust. 6 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 zd 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczanego wpisu odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....