

Sygn. akt: KIO 1316/23

**WYROK**  
z dnia 23 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 r. przez wykonawcę **Dysten sp. z o.o. w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Datamed SRL, Peschiera Borromeo, Włochy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania,**

2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**

3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Dysten sp. z o.o. w Zabrze i:**

3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Dysten sp. z o.o. w Zabrze tytułem wpisu od odwołania,**

3.2. **zasądza od wykonawcy Dysten sp. z o.o. w Zabrze na rzecz Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 1316/23

**Uzasadnienie**

Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa, instalacja i uruchomienie tablic Systemu Informacji Pasażerskiej czasu rzeczywistego na nowych trasach tramwajowych w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 grudnia 2022 r., nr 2022/S 234-674497.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 8 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Dysten sp. z o.o. w Zabrze, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez odrzucenie swej oferty pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia, zaś Zamawiający powinien na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawić omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w treści jego oferty, ponieważ nie powodowałyby one istotnych zmian w treści oferty;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Datamed pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Datamed pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 4) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Datamed do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, pomimo, że dokumenty złożone przez tego Wykonawcę są niekompletne, zawierają błędy i nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- 5) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Datamed do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych;
- 6) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty Datamed pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;
- 7) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz poprawienia w jego ofercie omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zmianę w formularzu napraw pozagwarancyjnych kwoty w ramach pozycji: „*Malowanie tablicy SIP na kolor RAL 9007 wraz ze zdjęciem istniejącej na tablicy powłoki malarskiej oraz uzupełnieniem ubytków*” z 3100 zł na 3200 zł wraz z konsekwencjami rachunkowymi dokonanej poprawy;
- 4) odrzucenia oferty Datamed.

W uzasadnieniu odwołania, co do zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty, odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę wskazując, że: „*Zgodnie z rozdziałem I SWZ ust. 15 pkt 15.5 Zamawiający wymagał, aby ceny jednostkowe w ramach zamówienia z prawa opcji nie były niższe niż ceny za te same elementy zamówienia w ramach zamówienia podstawowego. Oferta nie spełnia ww. wymagania (ograniczenia), ponieważ Wykonawca określił w formularzu napraw pozagwarancyjnych w poz. 8 Zadania nr 3 – zamówienie z prawa opcji IV cenę jednostkową wynoszącą 3100 zł, natomiast cena za ten sam element w ramach zamówienia podstawowego (Zadania nr 3 – zamówienie podstawowe I-IV) została określona na 3200 zł. Wobec powyższego treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.*”

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie decyzji Zamawiającego w ogóle nie zawiera argumentacji o ewentualnej niemożliwości poprawienia zidentyfikowanych przez Zamawiającego rozbieżności jako omyłek w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał analizy w tym zakresie, choć poprawienie omyłek jest obowiązkiem a nie uprawnieniem Zamawiającego. Odwołujący argumentował, że Zamawiający miał obowiązek przeanalizowania zidentyfikowanych rozbieżności pod kątem możliwości ich poprawienia, a ewentualny negatywny wynik tej analizy powinien być elementem uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający nie zastrzegł możliwości odrzucenia oferty z powodu niedochowania wymagania z rozdziału I SWZ ust. 15 pkt 15.5. Odwołujący wskazał, że postanowienie to nie było w żaden sposób związane z realnymi zyskami wykonawcy, ani realnymi kosztami, które poniesie wykonawca, lecz było jedynie ograniczeniem formalnym narzuconym przez Zamawiającego. Odwołujący uważał, że z jego niedochowania nie osiągnąłby żadnych realnych korzyści. Argumentował, że naczelną zasadą jest, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż w pierwszej kolejności obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności. Zamawiający powinien poprawić w jego ofercie zniekształcone oświadczenie woli.

Odwołujący wskazał, że omyłka polega na podaniu przez niego dla pozycji: „*Malowanie tablicy SIP na kolor RAL 9007 wraz ze zdjęciem istniejącej na tablicy powłoki malarskiej oraz uzupełnieniem ubytków w konstrukcji słupa wynikających ze zjawisk korozyjnych*” ceny o 100 zł niższej w ramach zamówienia objętego prawem opcji, niż dla zamówienia podstawowego. Zamiast ceny jednostkowej 3200 zł podano cenę 3100 zł. Uważał, że popełniona omyłka jest efektem błędu ludzkiego, lecz jest on wyraźnie dostrzegalny, a sposób poprawienia omyłki po dokonaniu analizy relacji cen przedstawionych w formularzu cenowym jest łatwy do ustalenia, zaś istota zaistniałej omyłki łatwa do uchwycenia. Zdaniem odwołującego trzeba tutaj wziąć pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, w tym:

- 1) mowa tutaj o cenie za dokładnie ten sam element – taką samą czynność. Zdaniem odwołującego jest zatem oczywiste, że wycena powinna być taka sama. Należy zatem wziąć pod uwagę i fakt, że pozycja ta: „*Malowanie tablicy SIP na kolor RAL 9007 wraz ze zdjęciem istniejącej na tablicy powłoki malarskiej oraz uzupełnieniem ubytków w konstrukcji słupa wynikających ze zjawisk korozyjnych*” występuje w Formularzu Napraw Pozagwarancyjnych dla zamówień podstawowych w każdym zadaniu ( w poz. 8 dla zadania nr 1, poz. 8 dla zadania nr 2, poz. 8 ZADANIE NR 3 – zamówienie podstawowe I, poz. 8 ZADANIE NR 3 – zamówienie podstawowe II, poz. 8 ZADANIE NR 3 – zamówienie podstawowe III, poz. 8 ZADANIE NR 3 – zamówienie podstawowe IV). Zatem w ramach zamówienia/zamówień podstawowych pozycja ta występuje aż 6 razy i w każdym przypadku wycenił on ją na dokładnie tę samą kwotę 3.200 zł netto. Toteż pozycja ta tyle kosztuje u niego, nie są stosowane, jak widać, różne stawki. Odwołujący uważał, że w sposób transparentny i konsekwentnie wycenia tę pozycję w taki sam sposób. Jest to o tyle istotne, że jest to jednoznaczna informacja, w jaki sposób należy poprawić cenę w pozycji w ramach prawa opcji;
- 2) również w Formularzu Napraw Pozagwarancyjnych, dla prawa opcji - w poz. 8 ZADANIE NR 3 – zamówienie z prawa opcji I oraz poz. 8 ZADANIE NR 3 – zamówienie z prawa opcji II pozycję tę wyceniono na tę samą kwotę, co w ramach zamówienia podstawowego – na kwotę 3.200 zł netto,

- 3) dokonanie oprawy omyłki spowoduje drobną zmianę ceny w ramach pozycji na poziomie 200 zł netto (2 szt. x różnica 100 zł na wycenie pozycji);
- 4) treść pkt 15.5. SWZ jednoznacznie wskazuje kierunek poprawy – to ceny za elementy objęte prawem opcji nie mogą być niższe, niż ceny za te same elementy w ramach zamówienia podstawowego: „Ceny jednostkowe w ramach zamówienia z prawa opcji nie mogą być niższe niż ceny za te same elementy zamówienia w ramach zamówienia podstawowego”. Zdaniem odwołującego to cena jednostkowa z zamówienia podstawowego ma priorytetowe znaczenie i stanowi punkt odniesienia dla cen z prawa opcji. Według odwołującego jest to zgodne z logiką i doświadczeniem życiowym, ponieważ to zamówienia podstawowe jako to, które ma być bezwzględnie wykonywane, bez konieczności podejmowania dodatkowych decyzji w tym względzie, powinno być wycenione w pierwszej kolejności. Wycena zakresu objętego prawem opcji ma znaczenie wtórne. Odwołujący wskazywał, że jest tu mowa o wycenie tego samego elementu – tej samej czynności, więc nie ma podstaw do innej wyceny;
- 5) zdaniem odwołującego trudno uznać, że profesjonalny wykonawca (Odwołujący należy do liderów rynku) celowo popełniałby omyłkę, która może spowodować odrzucenie jego oferty, zwłaszcza, że ona nie może dać mu żadnych realnych korzyści.

Według odwołującego, Zamawiający mógł samodzielnie stwierdzić, jaka była rzeczywista wola wykonawcy, aby móc następnie doprowadzić do zgodności oświadczenia złożonego w ofercie z zamiarem, jaki od początku towarzyszył złożeniu oferty, a z właśnie taką sytuacją mamy tutaj do czynienia. Zdaniem odwołującego, poprawienie omyłki w ofercie Wykonawcy, poprzez zmianę ceny jednostkowej o 100 zł nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Uważał, że zmiana ta nie ma żadnego znaczenia dla oceny ofert w kryterium oceny ofert. Z uwagi na fakt, że z treści art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika bezpośrednio, że poprawienie omyłki polega na doprowadzeniu do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem odwołującego, w tym przypadku mowa o zmianie drobnej, na poziomie promila ceny ofertowej. Co więcej, chodzi o wynagradzanie w ramach prawa opcji, a zatem mowa o czynnościach, które mogą w ogóle nie zostać zlecone. Poprawienie omyłki zatem nie spowodowałoby istotnej zmiany treści oferty.

Zdaniem odwołującego, opisana powyżej omyłka, jej wpływ na cenę oferty pokazuje, że nie można tej „rozbieżności” traktować inaczej, niż właśnie omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący argumentował, że nie zyskałby absolutnie niczego na etapie realizacji zamówienia na wskazaniu niższej ceny w ramach przedmiotowej pozycji. Nie jest ona objęta żadnym podkryterium ceny (zwłaszcza gdyby miało ono jakąś szczególnie wysoką wartość). Nie może być zatem mowy o jakimś celowym działaniu, nakierowanym na nieuczciwe zyskanie przewagi nad konkurencją, czy też osiągnięcie dodatkowych zysków na etapie realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, jego działanie nosi zatem znamiona działania niecelowego, przypadkowego i stanowi po prostu błąd ludzki, polegający na wadliwym przeniesieniu wartości do pozycji. Jest to kwestia pracy nad formularzem ofertowym, gdzie w trakcie jego przygotowywania pojawiło się kilka jego wersji. Kwestionowana pozycja została przeniesiona z nieaktualnej wersji formularza cenowego. Gdyby tylko Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w tym względzie, kwestie te, o ile w ogóle Zamawiający w tym zakresie posiada jakiegokolwiek wątpliwości, zostałyby jednoznacznie wyjaśnione. Według odwołującego, dokonując poprawy takiej omyłki należy znaleźć jak najbliższy punkt wspólny pomiędzy specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ofertą, realizując jednocześnie postulat zgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tutaj SWZ), jak i najmniejszej ingerencji w treść oferty. Te wszystkie wymagania w niniejszej sprawie są spełnione, jeśli Zamawiający dokonałby zmiany kwoty na kwotę w wysokości: 3.200 zł. Zdaniem odwołującego, w omawianym przypadku należało odkodować jego intencje – co w świetle przedstawionych powyżej okoliczności, było możliwe do uczynienia, a następnie po stwierdzeniu ich zgodności z SWZ dokonać poprawy omyłki. W niniejszej sprawie zachodzą wszystkie przesłanki do poprawienia omyłki: tj. zachodzi niezgodność z treścią SWZ, niezgodność ta ma charakter omyłki oraz poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący argumentował, że omyłki o którym mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie muszą mieć oczywistego charakteru, w przeciwieństwie do omyłek pisarskich i rachunkowych. Zamawiający zaniechał skorygowania omyłki w formularzu jego oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako niepowodującej istotnej zmiany treści złożonej oferty, pomimo, że okoliczności wskazują na konieczność takiej poprawy. Jeśli nawet uznać, że omyłki nie były oczywiste (choć Odwołujący uważał, że takie właśnie były), to Zamawiający powinien wziąć posilkowo pod uwagę jego wyjaśnienia.

Zdaniem odwołującego, Zamawiający odrzucając jego ofertę naruszył tym samym art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pomimo, że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, zaś Zamawiający powinien na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawić omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w treści jego oferty, ponieważ nie powodowały by one istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz poprawienie w jego ofercie omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zmianę w formularzu napraw pozagwarancyjnych kwoty w ramach pozycji: „*Malowanie tablicy SIP na kolor RAL 9007 wraz ze zdjęciem istniejącej na tablicy powłoki malarskiej oraz*

uzupełnieniem ubytków” z 3100 zł na 3200 zł wraz z konsekwencjami rachunkowymi dokonanej poprawy.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Datamed – rażąco niska cena, odwołujący wskazał, że Datamed pismem z dn. 10.02.2023r. został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty tego Wykonawcy. W przedmiotowym wezwaniu Zamawiający wskazał na konieczność złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Zamawiający szczegółowo wskazał pozycje, których wyjaśnienia wymagał. Wskazał także pozycje, które budziły szczególne jego wątpliwości.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia ceny złożone przez Datamed są na tyle ogólne, że Zamawiający powinien uznać, że nie złożono ich w ogóle. Odnosząc się do wyjaśnień ceny Datamed odwołujący wskazał, że nie przedstawiono w nich szczegółowej kalkulacji cenowej i metodologii wyliczenia ceny – co jest niezbędne w świetle ugruntowanego orzecnictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący podniósł, że Datamed nie uwzględniło w wyjaśnieniach kosztów m.in.:

- 1)koszty pracy – zdaniem odwołującego nie przedstawiono kalkulacji kosztów zatrudnienia pracowników, ani nie przedstawiono żadnych dowodów na wykazanie stawek zatrudnienia. Nie wykazano, aby Wykonawcy ci zatrudniali osoby po stawkach wyższych niż minimalne, ale również nie wykazano, że stawki po których rzeczywiście zatrudniali osoby pozwalały uznać, że zaoferowana cena pozwala pokryć te koszty. Bo nie przedstawiono żadnych dowodów na wykazanie rzeczywistych stawek zatrudnienia osób w postaci choćby umów o pracę. Rzecz w tym, że obowiązek zatrudnienia po stawkach nie niższych, niż minimalne, to obowiązek ustawowy podlegający weryfikacji, ale oprócz tego weryfikacji podlega także okoliczność, czy rzeczywiste stawki zatrudnienia nie wskazują, że realizacja zamówienia odbywa się poniżej kosztów świadczenia usług – tego w tym przypadku nie sposób stwierdzić ze względu na brak dowodów, które można było i należało złożyć (np. umowy o pracę);
- 2)nie przedstawiono kosztów zatrudnienia podwykonawcy, w postaci choćby oferty podwykonawcy – choć kilkakrotnie Datamed w wyjaśnieniach powołuje się na zaangażowanie podwykonawcy do realizacji zamówienia (choć wyjaśnienia są sprzeczne, ponieważ zawierają też informację o braku zaangażowania podwykonawcy);
- 3)koszty zakupu urządzeń/materiałów na potrzeby napraw gwarancyjnych i pozagwarancyjnych,
- 4)koszty transportu urządzeń,
- 5)koszty pozyskania, utrzymania i eksploatacji biura, magazynu, warsztatu, pojazdów i urządzeń koniecznych do realizacji zamówienia.

#### Słupy

Zdaniem odwołującego, Datamed w wyjaśnieniach ceny w zakresie słupów wykazał jedynie koszty nabycia słupów (380 euro) i koszt przycisku audio (89 euro). Wycena nie obejmuje kosztów:

- 1) transportu i ubezpieczenia – zdaniem odwołującego można zakładać, że będą to znaczne koszty, ponieważ mowa o znacznych gabarytach i ciężkim ładunku. Co więcej, w fragmencie zrzutu ekranu zawierającego informację od dostawcy znajduje się tekst „DongJi Remarks & Payment itmes”, co wskazuje, że dostawca ma swoją siedzibę na wschodzie Azji. W fragmencie zrzutu ekranu zawierającego informację od dostawcy słupów znajduje się też informacja „EXW”. Oznacza to, że to kupujący organizuje transport z miejsca dostawy, aż do miejsca docelowego i ponosi wszystkie koszty z tym związane. W terminologii handlu oznacza to, że to on w pełni posiada gestię transportową (obowiązek, ale i prawo do zorganizowania transportu). To samo dotyczy także tzw. gestii ubezpieczeniowej (por. <https://www.rp.pl/prawo-w-firmie/art12305441-exw-regula-handlowa-ze-zbioru-incoterms>). Tym samym koszt transportu i ubezpieczenia może stanowić ponad 50% ceny samego słupa;
- 2) kosztów montażu – konieczna ekipa montażowa (koszt pracy ludzkiej), odpowiednie pojazdy, narzędzia i elementy montażowe (śruby, nakrętki, podkładki, uszczelki),
- 3) demontaż ze słupa przycisku oraz zabezpieczenie słupa przed uszkodzeniami mechanicznymi do czasu instalacji tablicy SIP, zabezpieczenie słupa przed wpływem czynników zewnętrznych wszystkich otworów w słupie do czasu instalacji tablicy SIP,
- 4) koszty zakupu i montażu okablowania słupa,
- 5) koszty głośnika i bezpiecznika,
- 6) zakup i montaż elementów graficznych na słupach,
- 7) koszty związane z obsługą procesu montażu słupów – uzgodnienia z Zamawiającym, przygotowanie harmonogramów, zarządzania ekipą monterską,
- 8) koszty ogólne i zarządcze,
- 9) koszty udzielenia gwarancji przez producenta słupów lub kosztów zapewnienia jej przez Datamed we własnym zakresie (brak informacji, aby były one wliczone w cenę słupa).

Zdaniem odwołującego, kalkulacja ceny w zakresie słupów jest zatem nierzetelna i pomija szereg istotnych kosztów, które łącznie przewyższają cenę oferty Datamed.

## Naprawy pozagwarancyjne

Odwołujący podniósł, że w zakresie cen dotyczących napraw pozagwarancyjnych należy uznać, że Datamed nie złożył żadnych wyjaśnień – oprócz ogólnych twierdzeń dotyczących opisujących sposób działania Datamed. Według odwołującego Datamed nie przedstawił żadnej kalkulacji, żadnej metodologii wyliczenia w tym zakresie, jak również żadnych dowodów. Nie odniósł się do specyficznych uwarunkowań tego Wykonawcy, odzwierciedlających jego sytuację. Dlatego też wyjaśnienia te nie poddają się żadnej weryfikacji. Wyjaśnienia nie zawierają kosztów składających się na poszczególne ceny, nie wykazują co było podstawą takiego skalkulowania ceny oferty, co stanowi o ich wadliwości. Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia nie zawierają kosztów wchodzących w skład kosztów poszczególnych usług/czynności składających się na przedmiot zamówienia. Wyjaśnienia w zakresie napraw pozagwarancyjnych nie stanowią wyjaśnień ceny, a jedynie opisują podstawowe, oczywiste dla każdego wykonawcy z branży aspekty prowadzenia działalności gospodarczej. Choć wyjaśnienia mogą być na pierwszy rzut oka rozbudowane, to wynika to z faktu, że w skład przedmiotu zamówienia wchodzi szereg usług. Nawet ogólne odniesienie się do nich powoduje, że wyjaśnienia objętościowo mogą wydawać się obszernie, choć w rzeczywistości są ogólnikowe i nie wykazują cen poszczególnych usług.

Według odwołującego, warto też odnieść się do załącznika A do wyjaśnień ceny – LED Tablicy SIP Zestawienie materiałów i kosztów tam zawartych. Jest to zestawienie własne Datamed, ale odnosząc się do zawartych tam kosztów poszczególnych urządzeń/materiałów warto skonfrontować je z zaoferowanymi cenami napraw pozagwarancyjnych (sam Datamed odwołuje się do tego dokumentu na str. 21 wyjaśnień ceny w zakresie napraw pozagwarancyjnych):

- 1) wymiana uszkodzonego modułu LED w tablicy wraz z ceną modułu (poz. 1 w poszczególnych tabelach formularza napraw pozagwarancyjnych, za wyjątkiem zadania nr 3 – zamówienie z prawa opcji 5) - Datamed wskazał w wyjaśnieniach, że panel LED kosztuje 19 E (załącznik A). Przeliczając po kursie sprzed dnia złożenia oferty (18.01.2023r. - kurs euro z tego dnia to 4,7091 zł, zaokrąglając do 4,7) otrzymujemy kwotę 89,30 zł, w formularzu ofertowym Datamed zaoferował 90 zł. A oprócz kosztu nabycia modułu LED (którego cena przecież może wzrosnąć), aby zrealizować tę usługę należy ponieść pozostałe koszty (robocizna, koszty ogólne, utrzymanie biura, magazynu/warsztatu, pojazdów);
- 2) wymiana zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza (poz. 3 w poszczególnych tabelach formularza napraw pozagwarancyjnych, za wyjątkiem zadania nr 3 – zamówienie z prawa opcji 5 – tam poz. 4) - Datamed wskazał w wyjaśnieniach, że zasilacz główny kosztuje 200 E (załącznik A). Przeliczając po kursie sprzed dnia złożenia oferty (18.01.2023r. - kurs euro z tego dnia to 4,7091 zł, zaokrąglając do 4,7) otrzymujemy kwotę 940 zł, w formularzu ofertowym Datamed zaoferował 1000 zł. A oprócz kosztu nabycia zasilacza (którego cena przecież może wzrosnąć), aby zrealizować tę usługę należy ponieść pozostałe koszty (robocizna, koszty ogólne, utrzymanie biura, magazynu/warsztatu, pojazdów);
- 3) wymiana komputera sterującego wraz z ceną komputera sterującego - (poz. 4 w poszczególnych tabelach formularza napraw pozagwarancyjnych, za wyjątkiem zadania nr 3 – zamówienie z prawa opcji 5 – tam poz. 5) - Datamed wskazał w wyjaśnieniach, że komputer sterujący kosztuje 180 E (załącznik A). Przeliczając po kursie sprzed dnia złożenia oferty (18.01.2023r. - kurs euro z tego dnia to 4,7091 zł, zaokrąglając do 4,7) otrzymujemy kwotę 846 zł, w formularzu ofertowym Datamed zaoferował 900 zł. A oprócz kosztu komputera sterującego (którego cena przecież może wzrosnąć), aby zrealizować tę usługę należy ponieść pozostałe koszty (robocizna, koszty ogólne, utrzymanie biura, magazynu/warsztatu, pojazdów);
- 4) wymiana głośnika zapowiedzi głosowych wraz z ceną głośnika - (poz. 12 w poszczególnych tabelach formularza napraw pozagwarancyjnych, za wyjątkiem zadania nr 3 – zamówienie z prawa opcji 5) - Datamed wskazał w wyjaśnieniach, że głośnik kosztuje 3,90 E (załącznik A). Przeliczając po kursie sprzed dnia złożenia oferty (18.01.2023r. - kurs euro z tego dnia to 4,7091 zł, zaokrąglając do 4,7) otrzymujemy kwotę 18,33 zł, w formularzu ofertowym Datamed zaoferował 12 zł. Na str. 17 wyjaśnień ceny Datamed również wskazał cenę głośnika na poziomie 4 E. A oprócz kosztu głośnika (którego cena przecież może wzrosnąć), aby zrealizować tę usługę należy ponieść pozostałe koszty (robocizna, koszty ogólne, utrzymanie biura, magazynu/warsztatu, pojazdów).
- 5) wymiana przycisku zapowiedzi głosowych wraz z ceną przycisku (poz. 13 w poszczególnych tabelach formularza napraw pozagwarancyjnych, za wyjątkiem zadania nr 3 – zamówienie z prawa opcji 5) - Datamed wskazał w wyjaśnieniach w części dotyczącej słupa, iż przycisk TTS kosztuje 89 E, wskazał również równowartość w PLN 417 zł, a w formularzu napraw pozagwarancyjnych wskazał kwotę 300 zł. A oprócz kosztu przycisku (którego cena przecież może wzrosnąć), aby zrealizować tę usługę należy ponieść pozostałe koszty (robocizna, koszty ogólne, utrzymanie biura, magazynu/warsztatu, pojazdów).

Zdaniem odwołującego, Datamed nie uwzględnił wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Koszty te czasami nie obejmują nawet samych kosztów zakupu urządzeń koniecznych do wykonania danej usługi, nie licząc wszystkich pozostałych kosztów koniecznych do poniesienia. Według odwołującego, Datamed w sposób ogólny opisuje swoją

rzekomo korzystną sytuację, ale nie przedstawił, w jaki sposób i w jakiej kwocie pozwala one zaoszczędzić koszty. Uważał, że takie twierdzenia mogą być podniesione przez każdego wykonawcę. Złożone przez Datamed wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na Datamed bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły jej na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona – czego nie uczynił. Nadto odwołujący wskazywał, że sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i nieoparte dowodami, jest taka sama.

Brak załączenia dowodów do wyjaśnień ceny

Odwołujący podniósł, że Datamed nie załączył do wyjaśnień dowodów potwierdzających wysokość poszczególnych kosztów, co dyskwalifikuje te wyjaśnienia. Uważał, że Datamed złożył jedynie dokument wewnętrzny – załącznik A – LED Tablicy SIP Zestawienie materiałów. Zdaniem odwołującego nieliczne części zrzutów ekranu zawarte w treści wyjaśnień również nie mogą być uznane za jakkolwiek adekwatny dowód, ponieważ:

- 1) są niekompletne – przedstawiono jedynie fragmenty, więc nie są znane szczegóły informacji, nie są znane pełne informacje, co nie pozwala ich ocenić w sposób kompleksowy i rzetelny,
- 2) nie wiadomo od kogo pochodzą - zaciemniono dane kontrahentów, więc również weryfikacja z tego powodu nie jest możliwa,
- 3) nawet Zamawiający nie dysponuje pełnymi informacjami w tym zakresie, ponieważ nie otrzymał pełnej wersji dedykowanej dla niego.

Według odwołującego nieodzwone jest w tym przypadku przedstawienie dowodów w postaci ofert od dostawców urządzeń, podzespołów oraz umów z kadrą pracowniczą w celu wykazania kosztów nabycia urządzeń i zatrudnienia kadry na potrzeby realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Datamed pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia odwołujący podniósł, że w ofercie DM tablica ma inną rozdzielczość niż wymagana przez Zamawiającego – z podanej ilości Paneli LED w wyjaśnieniach (26 szt.) nie da zbudować się matryc zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że na str. 18 wyjaśnień ceny Datamed wskazał: „Matryca wyświetlacza składa się z 13 modułów po każdej stronie wyświetlacza, w tym moduł zegara. Całkowita liczba modułów na stronę wynosi zatem 26”. Odwołujący podniósł, że w związku z tym, iż tablica jest dwustronna, dwie matryce w jednej obudowie, ilość paneli wskazanej przez Datamed do budowy tablicy tj. 26 szt., należy podzielić na 2. Wtedy na 1 stronę przypada 13 paneli LED, 12 z nich będzie do matrycy głównej a 1 do zegara (co Datamed potwierdza w wyjaśnieniach ceny). Podana przez Datamed informacja w załączniku A, iż panel podstawowy ma rozdzielczość 64x32 pikseli (poziom x pion) – pozycja: Outdoor Module P4 RGB 64x32/80x80- RGB LED Module, wskazuje, że z 12 paneli możemy zbudować matrycę o rozdzielczości: 256x96 – czyli mniejszą, niezgodną z wymaganiami.

Odwołujący podniósł, że wymagana rozdzielczość to 288x96 pikseli – wymaganie 14.2 rozdz. II SWZ – OPZ, str. 43: „*Gabaryty tablic nie mogą przekraczać rozmiaru 1300/800/250 mm (szerokość/wysokość/ głębokość) o rozdzielczości nie gorszej niż 288 x 96 x 4 piksele (długość x wysokość x raster)*”. Zdaniem odwołującego, oferowane urządzenie jest niezgodne z wytycznymi oraz pytaniami i odpowiedziami do postępowania. Zgodnie z odpowiedziami nr 2 do postępowania (z dn. 5.01.2023r.) - Pytanie nr 26:

*Zwracam się z prośbą o potwierdzenie, iż wszystkie zamawiane tablice LED muszą posiadać rozdzielczość minimum 288 x 96 raster 4 mm.*

*Odpowiedź:*

*Zamawiający potwierdza, że wszystkie tablice LED objęte niniejszym zamówieniem muszą posiadać rozdzielczość minimum 288 x 96 i raster 4 mm.*

Odwołujący argumentował, że w takiej sytuacji elementy jak szyba, obudowa, matryca są mniejsze oraz są niezgodne z wymaganiami postępowania. Stosując panele o rozdzielczości 64x32 piksele (poziom x pion) nie uzyskamy poziomej rozdzielczości 288 pikseli, wielokrotność 64 pikseli będzie albo 256 albo 320, nigdy 288.

Odwołujący podniósł, że wskazanie przez Datamed ilości paneli LED o określonej rozdzielczości do zbudowania matrycy LED automatycznie wskazuje, iż braknie ich na wykonanie prawidłowej matrycy, matryca będzie za mała a najbardziej zbliżony wymiar to 256x96 pikseli. Rzecz w tym, że skoro na jedną stronę będzie 12 modułów LED, to będą one ułożone we wzór 4 (poziomo) x 3 (pionowo). To oznacza, że poziomo otrzymamy długość: 4 x 64 piksele x 4 mm (raster) = 1024 mm. Pionowo zaś wymiar będzie wynosić: 3 x 32 piksele x 4 mm (raster) = 384 mm. Powyższe wymiary określają pole świetlne tablicy oferowanej przez Datamed. Zdaniem odwołującego jest ono niezgodne w wymaganiami Zamawiającego, ponieważ wymiary jakich wymaga Zamawiający to: 1152mm x 384 mm – pole świetlne (załącznik\_nr\_1\_do\_rozdziału\_II\_SWZ\_\_Opis\_i\_dane\_techiczne\_tablic, pkt 3, str. 46). Zgodnie z rozdz. II SWZ – OPZ

pkt 13.2, str. 41: „Parametry techniczne tablic nie mogą być gorsze niż parametry tablic obecnie eksploatowanych przez Zamawiającego (opis i dane techniczne eksploatowanych obecnie tablic znajdują się w załączniku nr 1 do niniejszego rozdziału SWZ) – o ile opis zawarty w niniejszym rozdziale SWZ nie stanowi inaczej. Zdaniem odwołującego powyższe parametry są gorsze i nie spełniają wymagań SWZ.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego braku wykazania przez Datamed spełnienia warunku udziału w postępowaniu – referencje odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 14.04.2023r. wezwał Datamed do złożenia podmiotowych środków dowodowych (dalej: „Wezwanie PDŚ”). Wezwanie obejmowało m.in. dokumenty wskazane pod poz. 1: „w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu – dokumentów, o których mowa w rozdziale I Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) ust. 8 pkt 8.2.1 – wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich 7 lat (liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy”. Odwołujący wskazał, że przedmiotowe dokumenty dotyczą warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale I SWZ ust. 5 pkt 5.1.2 o treści: „spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tj. w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat (liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, dostarczyli\* i zapewniili obsługę serwisową przez co najmniej 12 miesięcy, licząc od daty odbioru, co najmniej 16 (szesnastu) zewnętrznych (tj. zainstalowanych na peronach przystankowych komunikacji miejskiej lub kolejowej i wystawionych na działanie warunków atmosferycznych), co najmniej 5-wierszowych elektronicznych tablic informacyjnych z matrycami w technologii LED, działających w ramach systemów informacji pasażerskiej / systemów dynamicznej informacji pasażerskiej czasu rzeczywistego.

\*) przez dostarczenie należy rozumieć dostawę, instalację oraz uruchomienie fabrycznie nowych tablic SIP, jak również wymianę istniejących tablic na nowe lub modernizację tablic polegającą na ich integracji z dotychczasowym systemem informacji pasażerskiej / systemem dynamicznej informacji pasażerskiej”.

Odwołujący wskazał, że złożony przez Datamed wykaz dostaw zawiera tylko jedną pozycję – zamówienie zrealizowane na rzecz Tramwajów Warszawskich Sp. z o.o. Do wykazu dołączono ponadto:

- 1) referencję/poświadczenie należytego wykonania umowy z dn. 11.02.2021r.
- 2) protokół odbioru końcowego z dn. 15.06.2018r.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że w wykazie dostaw w kolumnie „Przedmiot dostawy” Datamed wskazał na dostarczenie 80 zewnętrznych elektronicznych tablic informacyjnych. Odwołujący podniósł, że nie identyfikuje takiego zamówienia udzielonego przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., bowiem te, których w tym okresie udzielał dotyczyły innych ilości. Wskazane powyżej dokumenty mające potwierdzać należyte wykonanie dotyczyły tej samej umowy (nr umowy przywołany w treści: TW/DIT/Z/199/2018). Podsumowując, wykaz dostaw dotyczy liczby tablic innej, niż występujące w poszczególnych zamówieniach udzielanych przez Zamawiającego. Zdaniem odwołującego powyższa kwestia powinna być stanowić podstawę do uzupełnienia dokumentów ewentualnie wezwania do wyjaśnienia.

Zdaniem odwołującego, przedmiotowe dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia w zakresie elementu warunku dotyczącego dostarczenia tablic informacyjnych opisanych w warunku elektronicznych, ponieważ:

1) referencja/poświadczenie należytego wykonania umowy z dn. 11.02.2021r. w swej treści w opisie usługi potwierdza jedynie, że Wykonawca realizował na rzecz Zamawiającego usługę obsługi gwarancyjnej: „Niniejszym potwierdzamy, iż w ramach umowy TW/DIT/Z/199/2018 zawartej w dniu 6.03.2018r. oraz aneksu z dn. 15.08.2018r. Wykonawca realizował na rzecz Zamawiającego usługę: - obsługi gwarancyjnej zapewniając prawidłowe funkcjonowanie 68 tablic SIP”. Co więcej, również okres realizacji umowy wskazany w referencji dotyczy wyłącznie obsługi gwarancyjnej (z wykazu dostaw wynika, że dostawa była realizowana od 06.03.2018 r., natomiast początkowy okres realizacji wskazany w referencjach to 08.06.2018 r.; w referencjach jest również adnotacja, że ww. okres realizacji dotyczy wyłącznie utrzymania tablic): „Okres realizacji Umowy: 08.06.2018 r. – 09.06.2021 (utrzymanie tablic)”. Zatem referencja w swej treści odnosi się do należytej realizacji jedynie obsługi tablic. Nie potwierdza prawidłowej realizacji dostawy, a w każdym razie jest to bardzo wątpliwe. Tym bardziej, że złożono na tę okoliczność drugi dokument - protokół odbioru końcowego z dn. 15.06.2018r. O tym, że jest to dokument istotny, bo jako jedyny dotyczy dostaw tablic, świadczy również fakt, że sam Zamawiający w dniu 25.04.2023r. wezwał do uzupełnienia tego dokumentu z powodu braku poświadczenia - braku podpisu elektronicznego;

2) protokół odbioru końcowego z dn. 15.06.2018r. zawiera uwagi: „Niepełna realizacja funkcjonalności plansz. 2. Brak odczytywania 2. i kolejnych komunikatów. 3. Występowanie przebarwionych pikseli”. Zatem ten protokół nie potwierdza należytego wykonania dostawy tablic. W konsekwencji w tym protokole brak jest jakiegokolwiek informacji potwierdzającej, że dostawa była wykonana należycie, wręcz przeciwnie zgłoszono uwagi;

3) W niniejszym przypadku z protokołu nawet nie wynika, że dostawy w ogóle odebrano. Nie wiadomo czy odbiór końcowy zakończył się odebraniem przedmiotu umowy;

4) aby protokół odbioru uznać za dokument określający należyte wykonanie dostaw, robót lub usług konieczne jest aby zawierał on potwierdzenie prawidłowego wykonania zobowiązania takie potwierdzenie nie znalazło się natomiast w protokole odbioru końcowego z dnia 15 czerwca 2018 r. Co więcej, Datamed nie przedłożył nawet protokołu potwierdzającego usunięcie zgłoszonych uwag. Tym samym, abstrahując of faktu, że nie wykonano należyte zamówienia – bo to nie było możliwe w terminie umownym, to nawet nie jest pewne czy do dnia składania ofert w Postępowaniu usunięto zgłoszone w protokole wady;

5) podsumowując, Datamed nie przedłożył żadnego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy, a wręcz odwrotnie przedłożył dokument, w którym enumeratywnie wskazano nieprawidłowości. Zamawiający winien zatem wezwać do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie ww. dostawy.

Zdaniem odwołującego, przedmiotowe dokumenty nie potwierdzają spełnienia elementu warunku dotyczącego zapewnienia obsługi serwisowej opisanych w warunku elektronicznych tablic informacyjnych, ponieważ:

1) referencja/poświadczenie należytego wykonania umowy z dn. 11.02.2021r. w swej treści potwierdza jedynie, że Wykonawca realizował na rzecz Zamawiającego usługę, a nie że ją zrealizował: „*Niniejszym potwierdzamy, iż w ramach umowy TW/DIT/Z/199/2018 zawartej w dniu 6.03.2018r. oraz aneksu z dn. 15.08.2018r. Wykonawca realizował na rzecz Zamawiającego usługę: - obsługi gwarancyjnej zapewniając prawidłowe funkcjonowanie 68 tablic SIP.* Dokument ten nosi datę 11.02.2021r. – a więc został wystawiony w czasie, kiedy usługa była jeszcze realizowana. Zgodnie ze złożonym wykazem dostaw usługa była realizowana do 9.06.2021r. Zatem po wystawieniu referencji usługa była realizowana jeszcze przez ok. 4 m-ce;

2) zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (zwanym dalej: „rozporządzeniem”) wykonawca do wykazu usług zobowiązany jest dołączyć dowody określające czy te usługi zostały wykonane należyte (w przypadku usług zakończonych do dnia składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) lub są wykonywane należyte (w przypadku usług powtarzających się lub ciągłych niezakończonych do dnia składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);

3) z kolei zgodnie z art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień złożenia, co znalazło swe odzwierciedlenie także w przepisie § 9 ust. 1 pkt 2 zdanie ostatnie rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku świadczeń powtarzających lub ciągłych nadal wykonywanych referencje powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wymogu takiego nie ustanowiono w stosunku do usług, które zostały wykonane, bowiem oczywistym jest, że referencje w takim przypadku muszą obejmować cały okres realizacji usługi (być wystawione po jej wykonaniu) – zatem będą one aktualne przez cały czas (skoro usługi zostały wykonane, stan faktyczny będący podstawą do wystawienia referencji nie ulegnie zmianie);

Odwołujący podniósł, że złożony protokół odbioru końcowego z dn. 15.06.2018r. w ogóle nie dotyczy obsługi serwisowej. W każdym razie nawet, jeśli uznać, że przed odbiorem końcowym obsługa serwisowa była świadczona (co nie wynika z dokumentu, jak również wydaje się mało logiczne), to okres jej świadczenia wynosił ok. 3 m-cy, więc znacznie mniej, niż wymagane w warunku 12 m-cy. Niezależnie od tego odwołujący wskazał, że również data jego wystawienia – ok. 36 m-cy przed zakończeniem jej realizacji, ze względów wskazanych powyżej wyklucza możliwość uznania tego dokumentu za potwierdzający spełnienie warunku.

Zdaniem odwołującego, obowiązek przedłożenia referencji wystawionych po wykonaniu dostaw/usług jest regułą, a wyjątkiem jest wystawienie referencji w trakcie realizacji usług (wyłącznie w zakresie świadczeń powtarzających lub ciągłych nadal wykonywanych).

Odwołujący podniósł także, że jednocześnie Zamawiający w Wezwaniu PDŚ przy wskazanych powyżej dokumentach wskazał: „*Zamawiający zwraca uwagę, że treść informacji przekazanych przez Wykonawcę w części IV sekcja C oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie opisów zrealizowanych zamówień nie pozwala na jednoznaczny identyfikację, że zamówienia te dotyczyły, tak jak wymagano w warunku udziału w postępowaniu, dostaw i zapewnienia obsługi serwisowej przez co najmniej 12 miesięcy, licząc od daty odbioru, co najmniej 16 (szesnastu) zewnętrznych (tj. zainstalowanych na peronach przystankowych komunikacji miejskiej lub kolejowej i wystawionych na działanie warunków atmosferycznych), co najmniej 5-wierszowych elektronicznych tablic informacyjnych z matrycami w technologii LED, działających w ramach systemów informacji pasażerskiej / systemów dynamicznej informacji pasażerskiej czasu rzeczywistego*”. Odwołujący, z ostrożności, przyjmował tę argumentację jako własną.

Zdaniem odwołującego, tym samym Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Datamed do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – wykazu dostaw wraz

dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, pomimo, że dokumenty złożone przez tego Wykonawcę są niekompletne, zawierają błędy i nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z ostrożności, Odwołujący podnosił naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Datamed do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu dostaw wraz dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, jeśli Izba uzna, że wystarczającym byłoby wezwanie do wyjaśnień.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania oraz częściowo w zakresie zarzutu nr 3 odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Datamed SRL, Peschiera Borromeo, Włochy. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawcy Datamed, oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę Datamed w toku postępowania, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Art. 128 ust. 4 Pzp stanowi, że *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. *Jeżeli zaofferowana 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.*

2. *W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:*

- 1) *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;*
- 2) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*

3. *Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:*

- 1) *zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*
- 2) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*
- 3) *oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i uruchomienie tablic Systemu Informacji Pasażerskiej czasu rzeczywistego na nowych trasach tramwajowych w Warszawie (pkt 3.1. SWZ).

Ustalono także, że w 5.1.2 SWZ zamawiający wskazał, że O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

5.1.2. spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tj. w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat (liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, dostarczyli\* i zapewнили obsługę serwisową przez co najmniej 12 miesięcy, licząc od daty odbioru, co najmniej 16 (szesnastu) zewnętrznych (tj. zainstalowanych na peronach przystankowych komunikacji miejskiej lub kolejowej i wystawionych na działanie warunków atmosferycznych), co najmniej 5-wierszowych elektronicznych tablic informacyjnych z matrycami w technologii LED, działających w ramach systemów informacji pasażerskiej / systemów dynamicznej informacji pasażerskiej czasu rzeczywistego.

\*) przez dostarczenie należy rozumieć dostawę, instalację oraz uruchomienie fabrycznie nowych tablic SIP, jak również wymianę istniejących tablic na nowe lub modernizację tablic polegającą na ich integracji z dotychczasowym systemem informacji pasażerskiej / systemem dynamicznej informacji pasażerskiej.

Kolejno ustalono, że w pkt 8.2.1. SWZ zamawiający wskazał, że Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 124 ustawy Pzp, tj.:

8.2.1. w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich 7 lat (liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji zamówień, wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wykaz, o którym mowa powyżej, dotyczy zamówień, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył;

Zamawiający nie wezwie do złożenia ww. podmiotowych środków dowodowych, jeśli treść informacji przekazanych przez Wykonawcę w JEDZ, będzie odpowiadała ww. zakresowi informacji.

Ustalono także, że w pkt 8.7. SWZ zamawiający wskazał:

W zakresie nieuregulowanym w SWZ, zastosowanie mają odpowiednio przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r., w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 2415) oraz przepisy 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 (Dz. U z 2020 r, poz. 2452) /zwanego dalej: „rozporządzeniem w sprawie wymagań technicznych”.

Kolejno ustalono, że w pkt 15.5. SWZ zamawiający wskazał:

Ceny jednostkowe w ramach zamówienia z prawa opcji nie mogą być niższe niż ceny za te same elementy zamówienia w ramach zamówienia podstawowego.

Kolejno ustalono, że w rozdziale II SWZ (opis przedmiotu zamówienia) zamawiający wskazał:

14.2. Gabaryty tablic nie mogą przekraczać rozmiaru 1300/800/250 mm (szerokość/wysokość/ głębokość) o rozdzielczości nie gorszej niż 288 x 96 x 4 piksele (długość x wysokość x raster).

Kolejno ustalono, że w dniu 5 stycznia 2023 r. na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ o treści:

Pytanie nr 26:

Zwracam się z prośbą o potwierdzenie, iż wszystkie zamawiane tablice LED muszą posiadać rozdzielczość minimum 288 x 96 raster 4 mm.

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Zamawiający potwierdza, że wszystkie tablice LED objęte niniejszym zamówieniem muszą posiadać rozdzielczość minimum 288 x 96 i raster 4 mm.

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

Nr oferty	Nazwy oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte	Ceny zawarte w ofertach
1	Datamed srl Via Grandi 4/6, 20068 (Mi) NIP: IT 11567510158	2 459 844,00 zł netto=brutto
2	R&G PLUS sp. z o.o. ul. Traugutta 7, 39-300 Mielec NIP: PL 8171941044	5 903 766,30 zł brutto
3	MPTECHNOLOGY SP. Z O.O. ul. Portowa 13B, 76-200 Słupsk NIP: PL 8393174935	7 057 998,30 zł brutto
4	ZAKŁAD ELEKTRONICZNY SIMS sp. z o.o. sp. k., ul. Pod Skarpą 51A, 85-796 Bydgoszcz NIP: PL 5542919363	6 831 174,00 zł brutto
5	Dysten sp. z o.o. ul. Grunwaldzka 91, 41-800 Zabrze NIP: PL 6482497573	4 225 546,49 zł brutto

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 4.280.400,00 zł brutto.

(por. informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że odwołujący określił w formularzu napraw pozagwarancyjnych w poz. 8 Zadania nr 3 – zamówienie z prawa opcji IV cenę jednostkową wynoszącą 3100 zł, natomiast cena za ten sam element w ramach zamówienia podstawowego (Zadania nr 3 – zamówienie podstawowe I-IV) została określona na 3200 zł.

(por. oferta odwołującego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że zamawiający pismem z 10 lutego 2023 r. działając, na podstawie art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1) wezwał wykonawcę Datamed do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. W ww. wezwaniu zamawiający wskazał, co następuje.

Cena oferty, powiększona o podatek od towarów i usług (w celu porównania oferty, zgodnie z rozdziałem I SWZ ust. 15 pkt 15.6), tj. 3 025 608,12 zł stanowi ok. 56% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert (jest o około 44% niższa).

Dodatkowo wątpliwości Zamawiającego budzą poszczególne elementy zamówienia:

- 1) cena słupa,
- 2) cena tablicy,

które odbiegają od cen jednostkowych w tym zakresie w pozostałych ofertach.

Również w zakresie napraw pozagwarancyjnych Wykonawca zaproponował ceny, które budzą wątpliwości Zamawiającego, w szczególności dotyczące realności kosztów serwisowania i możliwości utrzymywania tablic SIP. Poniżej Zamawiający wskazał czynności, dla których należy złożyć wyjaśnienia co do realności zaproponowanych cen:

1) dotyczy wszystkich zadań oprócz Zadania 3 prawo opcji III oraz Zadania 3 prawo opcji V:

- a) wymiana uszkodzonego modułu LED w tablicy wraz z ceną modułu,
- b) wymiana kompletu modułów LED dla całego wyświetlacza tablicy wraz z ceną modułów,
- c) wymiana szyby tablicy wraz z ceną szyby,

- d) wymiana zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza,
  - e) wymiana komputera sterującego wraz z ceną komputera sterującego,
  - f) czyszczenie tablicy i słupa SIP,
  - g) malowanie tablicy SIP na kolor RAL 9007 bez zdejmowania istniejącej na tablicy powłoki malarskiej,
  - h) malowanie tablicy SIP na kolor RAL 9007 wraz ze zdjęciem istniejącej na tablicy powłoki malarskiej oraz uzupełnieniem ubytków w konstrukcji słupa wynikających ze zjawisk korozyjnych,
  - i) pokrycie powłoki malarskiej słupa tablicy SIP powłoką antyplakatową /antygraffiti od poziomu gruntu do wysokości dolnej belki mocującej tablicę zgodnie z rozdziałem II SWZ (jeśli prace tego wymagają – również wyrównanie powłoki lakierniczej),
  - j) pokrycie powłoki malarskiej słupa tablicy SIP powłoką elastomerową od poziomu gruntu do wysokości dolnej krawędzi klapy rewizyjnej zgodnie z rozdziałem II SWZ (jeśli prace tego wymagają – również wyrównanie powłoki lakierniczej),
  - k) wymiana/uzupełnienie oklejenia tablicy oraz słupa,
  - l) wymiana głośnika zapowiedzi głosowych wraz z ceną głośnika,
  - m) wymiana przycisku zapowiedzi głosowych wraz z ceną przycisku,
  - n) wymiana/uzupełnienie zabezpieczeń przeciw ptakom na tablicach SIP,
  - o) wymiana kart SIM (za 1 szt.) w tablicach SIP powyżej limitu określonego w punkcie 4.3 II rozdziału SWZ;
- 2) dotyczy Zadania 3 prawo opcji III oraz Zadania 3 prawo opcji V
- a) wymiana matrycy TFT LCD,
  - b) wymiana podświetlenia matrycy TFT LCD,
  - c) wymiana szyby tablicy wraz z ceną szyby,
  - d) wymiana zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza,
  - e) wymiana komputera sterującego wraz z ceną komputera sterującego,
  - f) czyszczenie tablicy,
  - g) malowanie tablicy SIP na kolor RAL 9007 bez zdejmowania istniejącej na tablicy powłoki malarskiej,
  - h) malowanie tablicy SIP na kolor RAL 9007 wraz ze zdjęciem istniejącej na tablicy powłoki malarskiej oraz uzupełnieniem ubytków,
  - i) wymiana/uzupełnienie oklejenia tablicy,
  - j) wymiana głośnika zapowiedzi głosowych w module zapowiedzi głosowej,
  - k) wymiana przycisku zapowiedzi głosowych wraz z ceną przycisku,
  - l) wymiana/uzupełnienie zabezpieczeń przeciw ptakom na tablicach SIP,
  - m) wymiana kart SIM (za 1 szt.) w tablicach SIP powyżej limitu,

Wobec powyższego Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz ww. istotnych części składowych.

Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw;
- 2) oryginalności dostaw oferowanych przez wykonawcę;
- 3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 7) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 10 lutego 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Datamed złożył wyjaśnienia z 22 lutego 2023 r.

(por. wyjaśnienia z dnia 22 lutego 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że zamawiający pismem z 14 marca 2023 r. działając, na podstawie art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1) wezwał wykonawcę Datamed do doprecyzowania złożonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W ww. wezwaniu zamawiający wezwał do:

- 1) wyjaśnienia, jaki kurs został przyjęty do przeliczenia cen z USD na EUR;

w Załączniku A - LED Tablicy SIP Zestawienie materiałów ceny komponentów tablicy SIP zostały podane w EUR, natomiast w złożonych Wyjaśnieniach informacje dot. kosztu sterownika wyświetlacza graficznego, zasilacza, szyb i modułów LED zostały podane w USD, przy czym nie określono, po jakim kursie przeliczono ceny z USD (w Wyjaśnieniach podano jedynie przyjęte kursy: USD do PLN i EUR do PLN);

2) w związku z wymaganiem określonym w rozdziale II SWZ pkt 14.12.4, gdzie wskazano, że szyby muszą spełniać wymagania w zakresie zgodności z normami PN-EN 12543:2011, PN-EN 12150:2015 i PN-EN 12600:2004 lub równoważnymi oraz informacją zawartą w Wyjaśnieniach, że zastosowane w tablicach szyby będą zgodne z normą EN 356, a szyba będzie spełniała odporność w klasie P2A – wyjaśnienia, czy wymaganie określone w rozdziale II SWZ pkt 14.12.4 (zgodność z wskazanymi tam normami) zostanie spełnione,

a jeśli nie – uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-

107 ustawy Pzp, że proponowane rozwiązania (tj. szyby zgodne z normą EN 356, z odpornością w klasie P2A) w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia;

3) wyjaśnienia, gdzie zostały ujęte koszty prac serwisowych (koszty robocizny) oraz marża:

a) czy w pozycji Overheads wskazanej w Załączniku A - LED Tablicy SIP Zestawienie materiałów,

b) czy w pozycji Installation charge wskazanej w Załączniku A - LED Tablicy SIP Zestawienie materiałów,

c) czy w różnicy pomiędzy ceną tablicy wskazaną w ofercie a całkowitym jej kosztem wyliczonym w złożonych Wyjaśnieniach (wynoszącą według obliczeń Zamawiającego ok. 14 000 zł),

d) czy – ewentualnie – w innej pozycji, jeśli tak, to w jakiej.

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 14 marca 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Datamed złożył wyjaśnienia z 21 marca 2023 r.

(por. wyjaśnienia z dnia 21 marca 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że 14 kwietnia 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę Datamed do złożenia wykazu m.in. dostaw wykonanych w okresie ostatnich 7 lat (liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; (por. wezwanie z dnia 14 kwietnia 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Datamed złożył 18 kwietnia 2023 r. wykaz dostaw. W wykazie tym odwołujący wymienił następującą dostawę:

Dostarczenie\* i zapewnienie obsługi serwisowej przez 36\*\* miesięcy (co najmniej 12), 80\*\* (co najmniej 16) zewnętrznych (tj. zainstalowanych na peronach przystankowych komunikacji miejskiej lub kolejowej i wystawionych na działanie warunków atmosferycznych), 5, 7, 10\*\*-wierszowych (co najmniej 5) elektronicznych tablic informacyjnych z matrycami w technologii LED, działających w ramach systemów informacji pasażerskiej / systemów dynamicznej informacji pasażerskiej czasu rzeczywistego\*\*\*. Jako data wykonania podano 06.03.2018 r. do 09.06.2021 r. Jako zleceniodawcę dostawy podano Tramwaje Warszawskie sp. z o.o.

(por. wykaz dostaw wykonawcy Datamed, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Do wykazu wykonawca Datamed załączył:

1) referencje/ poświadczenie należytego wykonania umowy z dnia 11 lutego 2021 r., podpisane podpisem elektronicznym w dniu 11 lutego 2022 r. W referencjach tych wskazano, co następuje:

*Usługa: Wymiana i modernizacja elektronicznych tablic systemu informacji pasażerskiej czasu rzeczywistego*

*Niniejszym potwierdzamy, iż w ramach realizacji umowy TW/DIT/Z/199/2018 zawartej w dniu 6.03.2018 r. oraz aneksu nr 1 z dnia 15.08.2018 r. Wykonawca realizował na rzecz Zamawiającego usługę:*

*- obsługi gwarancyjnej zapewniając prawidłowe funkcjonowanie 68 tablic SIP*

*Okres realizacji Umowy: 08.06.2018 r. – 09.06.2021 (utrzymanie tablic)*

*Wartość zrealizowanych usług w ramach Umowy: 1 950 000.00 PLN netto (dostawa nowych tablic, modernizacja tablic, utrzymanie w trakcie gwarancji)*

*Zaświadczamy, iż ww. Umowa zrealizowana została przez DATAMED SRL terminowo i należyłą starannością.*

2) protokół odbioru końcowego z dnia 15 czerwca 2018 r. dla „Wymiana i modernizacja elektronicznych tablic Systemu

Informacji Pasażerskiej, zgodnie z umową nr TW/DIT/Z/199/2018 z 6 marca 2018 r.

W protokole końcowym tym wskazano na datę odbioru końcowego 15 czerwca 2018 r. W pkt II protokołu znalazły się następujące uwagi:

1. *Niepełna realizacja funkcjonalności plansz*
2. *Brak odczytywania 2. i kolejnych komunikatów.*
3. *Występowanie przebarwionych pikseli.*

Następnie ustalono, że 28 kwietnia 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty Datamed jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

*Zgodnie z rozdziałem I SWZ ust. 15 pkt 15.5 Zamawiający wymagał, aby ceny jednostkowe w ramach zamówienia z prawa opcji nie były niższe niż ceny za te same elementy zamówienia w ramach zamówienia podstawowego.*

*Oferta nie spełnia ww. wymagania (ograniczenia), ponieważ Wykonawca określił w formularzu napraw pozagwarancyjnych w poz. 8 Zadania nr 3 – zamówienie z prawa opcji IV cenę jednostkową wynoszącą 3100 zł, natomiast cena za ten sam element w ramach zamówienia podstawowego (Zadania nr 3 – zamówienie podstawowe I-IV) została określona na 3200 zł.*

*Wobec powyższego treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

*Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”.*

Izba postanowiła oddalić wniosek odwołującego o niedopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy Datamed srl. W trakcie posiedzenia z udziałem stron, przed otwarciem rozprawy, odwołujący podniósł, że Datamed srl nie przekazał mu kopii zgłoszenia przystąpienia doręczonego Izbie. Odwołujący argumentował, że otrzymał wprawdzie plik ze zgłoszeniem przystąpienia od wykonawcy Datamed srl w postaci elektronicznej. Wskazywał jednak, że otrzymany przez niego plik nie był opatrzony prawidłowym podpisem elektronicznym. Wskazał, że dokonał weryfikacji tego podpisu pod plikiem z kopią zgłoszenia przystąpienia w czterech źródłach i w żadnym z nich podpis ten nie weryfikował się w sposób prawidłowy.

*Zgodnie z art. 525 ust. 2 ustawy Pzp, Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Izby także za pośrednictwem formularza epuap, do którego zostały załączone pliki, w tym również plik ze zgłoszeniem przystąpienia, o którym wspominał odwołujący. Izba stwierdziła także, że pod formularzem epuap znajdował się prawidłowo zweryfikowany podpis kwalifikowany radcy prawnego T. S., będącego pełnomocnikiem przystępującego. Nie ulegało zatem wątpliwości, że zgłoszenie przystąpienia doręczone Izbie zostało złożone w prawidłowej formie. Okoliczność zaś, iż pod plikiem otrzymanym przez odwołującego, podpis elektroniczny radcy prawnego Tomasza Skoczylńskiego nie weryfikował się prawidłowo, nie oznaczała jeszcze, że nie został wypełniony obowiązek przesłania odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia doręczonego Izbie. Izba wzięła pod uwagę, że zasadniczym celem obowiązku przekazania odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia jest poinformowanie strony odwołującej o chęci uczestnictwa przez zgłaszającego w postępowaniu po którejś ze stron, a także zasygnalizowanie, w czym upatruje on swego interesu w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść jednej ze stron. Ten cel obowiązku przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia został zrealizowany. Wobec powyższego wniosek odwołującego podlegał oddaleniu.

#### **Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w części dotyczącej zarzutu nr 1 odwołania.**

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w części dotyczącej zarzutu nr 1 odwołania. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron, przed otwarciem rozprawy, przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w tej części.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w części dotyczącej zarzutu nr 1, podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

## **Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Chybiony okazał się zarzut dotyczący niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale I SWZ ust. 5 pkt 5.1.2 SWZ. W ocenie Izby wykaz dostaw wraz z protokołem odbioru i dokumentem referencyjnym potwierdzał spełnianie tego warunku w sposób opisany w SWZ.

Zgodnie z tym warunkiem o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy *spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tj. w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat (liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, dostarczyli\* i zapewnili obsługę serwisową przez co najmniej 12 miesięcy, licząc od daty odbioru, co najmniej 16 (szesnastu) zewnętrznych (tj. zainstalowanych na peronach przystankowych komunikacji miejskiej lub kolejowej i wystawionych na działanie warunków atmosferycznych), co najmniej 5-wierszowych elektronicznych tablic informacyjnych z matrycami w technologii LED, działających w ramach systemów informacji pasażerskiej / systemów dynamicznej informacji pasażerskiej czasu rzeczywistego.*

*\*) przez dostarczenie należy rozumieć dostawę, instalację oraz uruchomienie fabrycznie nowych tablic SIP, jak również wymianę istniejących tablic na nowe lub modernizację tablic polegającą na ich integracji z dotychczasowym systemem informacji pasażerskiej / systemem dynamicznej informacji pasażerskiej”.*

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że w wykazie dostaw w kolumnie „Przedmiot dostawy” przystępujący Datamed wskazał na dostarczenie 80 zewnętrznych elektronicznych tablic informacyjnych. Odwołujący podniósł, że nie identyfikuje takiego zamówienia udzielonego przez Tramwaje Warszawskie sp. z o.o., bowiem te, których zamawiający w tym okresie udzielał, dotyczyły innych ilości.

Izba wzięła pod uwagę, że liczby tablic wynikały z dokumentu referencyjnego załączonego przez przystępującego do wykazu dostaw. W dokumencie tym była mowa o wykonaniu obsługi gwarancyjnej 68 tablic SIP. Również z oferty przystępującego, złożonej przez samego odwołującego w charakterze dowodu na rozprawie wynikało, że przedmiotem oferty przystępującego dla zamawiającego była wymiana 27 tablic SIP oraz modernizacja 41 tablic, co łącznie odpowiadało liczbie wynikającej z dokumentu referencyjnego. Co istotne wykonany zakres zamówienia przewyższał wymagane przez zamawiającego w warunku dostawę i obsługę 16 tablic informacyjnych. Zarzut okazał się zatem nietrafny.

Kolejno odwołujący podniósł w odwołaniu, że referencje/poświadczenie należytego wykonania umowy z dn. 11.02.2021r. w swej treści w opisie usługi miały potwierdzać jedynie, że wykonawca realizował na rzecz Zamawiającego usługę obsługi gwarancyjnej: Odwołujący powołał się na fragment referencji, w którym zleceniodawca rzeczywiście potwierdzał, iż *w ramach umowy TW/DIT/Z/199/2018 zawartej w dniu 6.03.2018r. oraz aneksu z dn. 15.08.20-18r. Wykonawca realizował na rzecz Zamawiającego usługę: - obsługi gwarancyjnej zapewniając prawidłowe funkcjonowanie 68 tablic SIP.* Jednakże odwołujący nie dostrzegł, że w tym samym dokumencie referencyjnym znalazło się stwierdzenie, zgodnie z którym zleceniodawca wskazał: *Wartość zrealizowanych usług w ramach Umowy: 1.950.000.00 PLN netto (dostawa nowych tablic, modernizacja tablic, utrzymanie w trakcie gwarancji).* Z powyższego fragmentu referencji wprost zatem wynikało, że przedmiotem umowy była nie tylko obsługa gwarancyjna, ale i dostawa tablic oraz ich modernizacja. Ponadto, w końcowej części dokumentu referencyjnego znalazło się stwierdzenie: *Zaświadczamy, iż ww. Umowa zrealizowana została przez DATAMED SRL terminowo i należyłą starannością.* Dostrzeżenia wymagało więc, że to ostatnie oświadczenie wystawcy referencji odnosiło się do prawidłowego wykonania całej umowy, a więc nie tylko części dotyczącej obsługi gwarancyjnej, ale także i dostawy tablic. Zarzut okazał się zatem nietrafny.

W dalszej części odwołania odwołujący zarzucił, że protokół odbioru końcowego z dn. 15.06.2018 r. zawiera uwagi: „1. Niepełna realizacja funkcjonalności plansz. 2. Brak odczytywania 2. i kolejnych komunikatów. 3. Występowanie przebarwionych pikseli”. W ocenie odwołującego z ww. powodów protokół odbioru miał nie potwierdzać należytego wykonania dostawy tablic.

Izba stwierdziła, że owszem w protokole znalazły się wzmianki dotyczące uwag. Jednakże odwołujący nie wykazał, aby ww. usterki miały charakter istotny. Ponadto gdyby tak było, to z pewnością zamawiający nie wystawiłby przystępującemu dokumentu referencyjnego. Nie można było się także zgodzić ze stwierdzeniem, jakoby w protokole brak było informacji o należywym wykonaniu dostawy. Odwołujący pominął bowiem fakt, że sporny dokument został zatytułowany „protokół odbioru końcowego”. Z dokumentu tego wynikało zatem, że taki odbiór końcowy został dokonany, w jakiej dacie to nastąpiło, co zostało potwierdzone podpisem odbierającego czyli zamawiającego. Podpisanie protokołu odbioru końcowego świadczyło zatem o należywym wykonaniu dostawy. Gdyby dostawa była niewykonana lub niewykonana należyście w sposób istotny, to z pewnością zamawiający odmówiłby podpisania protokołu końcowego, co nie miało miejsca. Wreszcie o należywym wykonaniu dostawy świadczył także dokument referencyjny, w którym była mowa o wykonanej dostawie i w którym – jak wskazano już wcześniej - znalazło się stwierdzenie, że umowa została zrealizowana przez przystępującego terminowo i należyłą starannością. Zarzut okazał się zatem nietrafny.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że złożone przez przystępującego dokumenty nie potwierdzają spełnienia elementu warunku dotyczącego zapewnienia obsługi serwisowej opisanych w warunku elektronicznych tablic informacyjnych, ponieważ referencje/poświadczenie należytego wykonania umowy z dn. 11.02.2021r. w swej treści potwierdzają jedynie, że Wykonawca realizował na rzecz Zamawiającego usługę, a nie że ją zrealizował: „*Niniejszym potwierdzamy, iż w ramach umowy TW/DIT/Z/199/2018 zawartej w dniu 6.03.2018r. oraz aneksu z dn. 15.08.2018r. Wykonawca realizował na rzecz Zamawiającego usługę: - obsługi gwarancyjnej zapewniając prawidłowe funkcjonowanie 68 tablic SIP*”.

Izba stwierdziła, że faktycznie w zacytowanych przez odwołującego fragmentach referencji była mowa o „realizacji umowy”. Jednakże dokument należało odczytywać w całości, biorąc pod uwagę jego pełną treść. Odwołujący w swej argumentacji pominął fakt, że kolejnym fragmencie omawianego dokumentu znalazło się stwierdzenie: Wartość zrealizowanych usług w ramach Umowy: 1 950 000.00 PLN netto (dostawa nowych tablic, modernizacja tablic, utrzymanie w trakcie gwarancji). Zaświadczamy, iż ww. Umowa zrealizowana została przez DATAMED SRL terminowo i należyłą starannością.

Zdaniem Izby, w przywołanych wyżej fragmentach referencji była już bez żadnej wątpliwości mowa o zrealizowanej usłudze, w tym również o zrealizowanej usłudze w zakresie utrzymania tablic w trakcie gwarancji. Zamawiający posłużył się bowiem tam ewidentnie trybem dokonany. Ponadto również w ostatnim zdaniu była mowa o zrealizowanej, a nie realizowanej umowie. Zarzut okazał się zatem chybiony.

Kolejno odwołujący podniósł w odwołaniu, że *dokument referencyjny nosi datę 11.02.2021r. – a więc został wystawiony w czasie, kiedy usługa była jeszcze realizowana. Zgodnie ze złożonym wykazem dostaw usługa była realizowana do 9.06.2021r. Zatem po wystawieniu referencji usługa była realizowana jeszcze przez ok. 4 m-ce.* Faktycznie dokument został opatrzony datą 11.02.2021 r. a więc z czasu, gdy usługa utrzymania była zgodnie z wykazem jeszcze realizowana. Jednakże nie ulegało wątpliwości, że data dokumentu referencyjnego została omyłkowo wpisana przez wystawcę jako 11.02.2021 r., a nie 11.02.2022 r. Uszło uwadze odwołującego, że sporny dokument referencyjny stał złożony w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem elektronicznym wystawcy. Analiza podpisu elektronicznego wystawcy referencji wskazywała zaś, że podpis ten złożono 11.02.2022 r., a nie 11.02.2021 r. Powyższe ewidentnie wskazywało na omyłkę popełnioną w dacie wystawienia dokumentu referencyjnego. W rzeczywistości dokument ten został wystawiony 11.02.2022 r., jak wynikało z daty opatrzenia go podpisem elektronicznym. Wobec powyższego zarzut okazał się chybiony.

Chybiony okazał się zarzut nr 3 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Datamed pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do oświadczenia zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, w której stwierdził, że częściowo uwzględni ww. zarzut, a mianowicie w części dotyczącej zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że takiego zarzutu próżno było szukać w treści odwołania. Wobec powyższego oświadczenie zamawiającego odnosiło się do zarzutu, który nie został postawiony w odwołaniu. W konsekwencji Izba uznała, że omawiane oświadczenie zamawiającego jest bezskuteczne.

Wobec powyższego rozpoznaniu podlegał zarzut, który został postawiony w odwołaniu, to jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia.

Izba stwierdziła, że zamawiający zamieścił w warunkach zamówienia wymaganie w pkt 14.2 rozdz. II SWZ – OPZ, str. 43: „*Gabaryty tablic nie mogą przekraczać rozmiaru 1300/800/250 mm (szerokość/wysokość/ głębokość) o rozdzielczości nie gorszej niż 288 x 96 x 4 piksele (długość x wysokość x raster)*”.

Ponadto zamawiający w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ:

Pytanie nr 26

*Zwracam się z prośbą o potwierdzenie, iż **wszystkie** zamawiane tablice LED muszą posiadać rozdzielczość minimum 288 x 96 raster 4 mm.*

udzielił odpowiedzi:

*Zamawiający potwierdza, że wszystkie tablice LED objęte niniejszym zamówieniem muszą posiadać rozdzielczość minimum 288 x 96 i raster 4 mm.*

Kolejno izba stwierdziła, że rzeczywiście w wyjaśnieniach ceny przystępujący wskazał, w załączniku A, iż panel podstawowy ma rozdzielczość 64x32 pikseli (poziom x pion) – pozycja: Outdoor Module P4 RGB 64x32/80x80- RGB LED Module. Odwołujący podnosił, że z 12 paneli 64x32 możemy zbudować matrycę o rozdzielczości: 256x96 – czyli mniejszą, niezgodną z wymaganiami. Jak wynikało także z prywatnej opinii technicznej dr inż. Piotra Sobika z dnia 17 maja 2023 r., złożonej przez odwołującego na posiedzeniu Izby, gdyby przyjąć, że przedmiotem dostawy będą wyłącznie panele 64 x 32, to niemożliwym byłoby zbudowanie ekranu odpowiadającego przywołanym wyżej warunkom zamówienia.

Ta ostatnia okoliczność okazała się także niesporna między stronami.

Powyższe nie oznaczało jednak zasadności zarzutu. Po pierwsze dostrzeżenia wymagało, że fragment z wyjaśnień przystępującego, na jaki powołał się odwołujący, nie został zawarty w treści oferty (ani w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty w rozumieniu art. 223 Pzp), ale w wyjaśnieniach ceny złożonych przez przystępującego na wezwanie zamawiającego, skierowane w trybie art. 224 Pzp. Podkreślenia wymagało w tym miejscu, że inny jest cel wyjaśnień ceny składanych w trybie art. 224 Pzp, a inny cel wyjaśnień treści oferty z art. 223 Pzp. Zasadniczym celem wyjaśnień ceny jest przedstawienie kalkulacji kosztów aby wykazać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 224 Pzp nie jest zatem co do zasady wykazywanie zgodności oferty z dokumentami zamówienia, ale przedstawienie pewnej kalkulacji kosztów. Z powyższego wynika, że nie zawsze elementy / urządzenia / materiały wskazywane w wyjaśnieniach ceny będą dokładnie tymi, które zostały zaoferowane. Celem wyjaśnień ceny jest bowiem ukazanie wiarygodności kosztów, co może także polegać na przedstawieniu dowodów obrazujących ceny dla materiałów / urządzeń porównywalnych z tymi, które zostały zaoferowane. W analizowanej sprawie dostrzeżenia wymagał fragment wyjaśnień ceny, w których przystępujący wskazał, że „(...) lista komponentów i usług wraz z ich dostawcami i ofertami jest wynikiem podobnych projektów, które opracowaliśmy w niedawnej przeszłości, lub została wybrana specjalnie do tego przetargu. W każdym przypadku zastrzegamy sobie możliwość wyboru komponentów o podobnych lub lepszych parametrach i wyboru innego dostawcy z podobną lub lepszą ceną ofertową na produkcję systemów informacji pasażerskiej będących przedmiotem niniejszego przetargu publicznego nr DWZ/129/2022.». Przystępujący oświadczył zatem także w tych samych wyjaśnieniach, czego odwołujący zdawał się nie dostrzegać, że zastrzega sobie możliwość wyboru innych komponentów o podobnych parametrach. Powyższe budziło co najmniej wątpliwości co do tego, czy rzeczywiście przedmiotem dostawy będą tylko i wyłącznie panele 64 x 32 wskazane w załączniku A do wyjaśnień ceny, tak jak utrzymywał odwołujący w uzasadnieniu zarzutu.

Ponadto dostrzeżenia wymagało, że owszem przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, iż matryca składa się z 13 modułów po każdej stronie, ale nigdzie w wyjaśnieniach nie oświadczył wprost, tak jak wywodził odwołujący, że matryca główna składać się będzie wyłącznie z paneli typu 64x32 rastry. Co więcej, w załączniku A do wyjaśnień ceny znalazła się także wzmianka o module typu 80 x 80. Co do tego fragmentu załącznika A przystępujący przyznał wprawdzie w piśmie procesowym, że popełnił błąd, gdyż miał na myśli panele 80 x 40, a nie 80 x 80. Powyższe nie zmieniało jednak faktu, że zakładanie przez odwołującego na podstawie wyjaśnień i dowodów do nich założonych, że tablice będą budowane przez przystępującego wyłącznie z modułów typu 64x32 było niezasadne.

Jak słusznie zatem wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w świetle takich wyjaśnień nie można było z całą pewnością stwierdzić, że oferta przystępującego jest niezgodna z dokumentami zamówienia. Powyższe wątpliwości co najwyżej mogły stanowić podstawę skierowania wezwania przez zamawiającego do przystępującego w trybie art. 223 Pzp, którego celem byłoby doprecyzowanie, jakie konkretnie panele wykonawca zamierza zaoferować. Żądanie odrzucenia oferty przystępującego z przedstawionych wyżej powodów należało uznać zatem za przedwczesne. Wobec powyższego zarzut okazał się niezasadny.

Chybiony okazał się zarzut nr 2 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Datamed pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba wzięta pod uwagę, że - jak wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp - zamawiający kieruje do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia całości ceny ofertowej lub istotnych elementów składowych tej ceny. Ponadto, rozpoznanie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, jak w każdej innej sprawie, odbywa się w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Analiza zarzutów przedstawionych w odwołaniu prowadziła do wniosku, że odwołujący zakwestionował w odwołaniu niedostatecznie wykazanie w wyjaśnieniach ceny niektórych jedynie cen jednostkowych zaoferowanych przez przystępującego. Odwołujący nie wykazał jednak, że kwestionowane przez niego w odwołaniu ceny jednostkowe stanowią istotne elementy ceny ofertowej, w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp.

Dostrzeżenia wymagało, że całkowita cena oferty przystępującego Datamed wynosiła 2.459.844,00 zł. Odwołujący zakwestionował w odwołaniu niedostatecznie wyjaśnienie przez przystępującego w ramach procedury z art. 224 Pzp niektórych cen jednostkowych w zakresie napraw pozagwarancyjnych. Przystępujący w swoim piśmie procesowym wskazał, że zakwestionowane przez odwołującego w odwołaniu ceny jednostkowe w ramach napraw pozagwarancyjnych dotyczyły niewielkiego jedynie elementu całości jego ceny ofertowej:

– Wymiana uszkodzonego modułu LED w tablicy wraz z ceną modułu – cena jednostkowa – 90,00 zł; cena łączna dla wszystkich zadań – 4.140,00 zł; 0,17% ceny całkowitej oferty;

- *Wymiana zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza* – cena jednostkowa – 1.000,00 zł; cena łączna dla wszystkich zadań – 29.600,00 zł; 1,2% ceny całkowitej oferty;
- *Wymiana komputera sterującego wraz z ceną komputera sterującego* – cena jednostkowa – 900,00 zł; cena łączna dla wszystkich zadań – 27.000,00 zł; 1,1% ceny całkowitej oferty;
- *Wymiana głośnika zapowiedzi głosowych wraz z ceną głośnika* – cena jednostkowa – 12,00 zł; cena łączna dla wszystkich zadań – 684,00 zł; 0,03% ceny całkowitej oferty;
- *Wymiana przycisku zapowiedzi głosowych wraz z ceną przycisku* – cena jednostkowa – 300,00 zł; cena łączna dla wszystkich zadań – 17.100,00 zł; 0,7% ceny całkowitej oferty.

Jak wynikało z ww. zestawienia, łącznie wszystkie zakwestionowane przez odwołującego ceny jednostkowe w zakresie napraw pozagwarancyjnych stanowiły zaledwie 3,47% całości ceny ofertowej przystępującego.

Dodatkowo odwołujący zakwestionował w odwołaniu niedokładne wyjaśnienie przez przystępującego ceny w zakresie słupów. Podkreślenia wymagało, że cena jednostkowa jednego słupa wynikająca z oferty przystępującego wynosiła 2.990,00 zł, natomiast łączna cena wszystkich słupów (dla wszystkich zadań) stanowiła kwotę 155.480,00 zł (co odpowiadało ok. 6% całkowitej ceny ofertowej przystępującego). Dodatkowo, jeśli chodzi jednak o ten element to istotnym było, że odwołujący nie zakwestionował rzetelności kalkulacji przystępującego w zakresie kosztów nabycia słupów (380 euro) i kosztów przycisku audio (89 euro), a jedynie niewyszczególnienie w kalkulacji dodatkowych kosztów:

- 1) *transportu i ubezpieczenia*
- 2) *kosztów montażu,*
- 3) *demontaż ze słupa przycisku oraz zabezpieczenie słupa przed uszkodzeniami mechanicznymi do czasu instalacji tablicy SIP, zabezpieczenie słupa przed wpływem czynników zewnętrznych wszystkich otworów w słupie do czasu instalacji tablicy SIP,*
- 4) *koszty zakupu i montażu okablowania słupa,*
- 5) *koszty głośnika i bezpiecznika,*
- 6) *zakup i montaż elementów graficznych na słupach,*
- 7) *koszty związane z obsługą procesu montażu słupów – uzgodnienia z Zamawiającym, przygotowanie harmonogramów, zarządzania ekipą monterską,*
- 8) *koszty ogólne i zarządcze,*
- 9) *koszty udzielenia gwarancji przez producenta słupów lub kosztów zapewnienia jej przez Datamed we własnym zakresie (brak informacji, aby były one wliczone w cenę słupa).*

Tak więc w istocie, w zakresie słupów, rzetelność wyjaśnień przystępującego nie była kwestionowana co do całości tego elementu cenotwórczego. Na marginesie można było jedynie wskazać, że w świetle wyjaśnień przystępującego te dodatkowe koszty dotyczące słupów mogły być, wbrew twierdzeniom odwołującego, jednak ujęte w załączniku A do wyjaśnień. O tym, że załącznik A mógł dotyczyć także słupów, a nie tylko tablic, mogła świadczyć informacja o całkowitej liczbie jednostek „56”, zawarta w tym załączniku, która nie zgadzała się z liczbą tablic wymaganych w postępowaniu, tj. 60. Powyższe wynikało z faktu, że 4 tablice miały nie posiadać słupów z uwagi na to, że inaczej będzie wykonywany montaż. Wobec powyższego załącznik A można było odczytywać, tak jak to uczynił zamawiający, jako wycenę maksymalnej konfiguracji obejmującej nie tylko tablice ale również słupy, a dla konfiguracji bez słupów należałoby odjąć pozycję dot. obudowy mechanicznej (w uproszczeniu). Zdaniem Izby, w tym zakresie co najwyżej, przy najbardziej niekorzystnym dla strony przeciwnej stanowisku, można to było uznać co najwyżej za wątpliwość, która mogłaby ewentualnie stanowić podstawę wezwania wykonawcy do uszczegółowienia, sprecyzowania już złożonych wyjaśnień ceny.

Co do kosztów pracowniczych, w tym kosztów ewentualnego podwykonawcy, nie można było się zgodzić z zarzutami odwołania, jakoby takich kosztów w wyjaśnieniach nie ujęto. W załączonym do wyjaśnień dokumencie Załącznik A przystępujący w punkcie „Robocizna i koszty ogólne” uwzględnił koszty pracy w pozycjach: „*Godziny na Inżyniera Testów i Opłata instalacyjna*”, gdzie wskazano, że wynoszą one ok. 16% wartości tablicy SIP. W konsekwencji zamawiający miał prawo, tak jak to opisał w odpowiedzi na odwołanie, przyjąć, że w ofercie uwzględniono koszt pracy (dla wszystkich 60 tablic) w wysokości ok. 240 000 zł. Dodatkowo przystępujący uwzględnił w cenie koszt pracy związany z utrzymaniem tablic w okresie udzielonej gwarancji (84 miesiące) wskazując iż wynosi on ok. 30% różnicy między ceną sprzedaży i zakupu tablicy. Wobec powyższego zamawiający miał podstawy, tak jak to wskazał w odpowiedzi na odwołanie, aby przyjmować, że koszty te uwzględniono na poziomie 200.000 zł. Powyższe oznaczało, że w cenie oferty przyjęto kwotę ok. 440 000,00 zł z tytułu kosztów pracy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie dodatkowo założył, że przy zatrudnieniu jednego pracownika daje to około 5.000,00 zł netto na miesiąc (iloraz kwoty 440 000 zł przez liczbę miesięcy gwarancji). Następnie zamawiający w odpowiedzi porównał tak wyliczone koszty miesięczne do płacy minimalnej w Polsce, która od lipca 2023 r. będzie

wynosiła 3.600 zł, a wraz z kosztami pracodawcy szacowanymi na ok. 20% - 4 320 zł.

Zdaniem Izby, faktycznie to ostatnie założenie zamawiającego przedstawione w odpowiedzi co do zatrudnienia jednego pracownika nie wynikało wprost z treści wyjaśnień przystępującego. Szczegółowych wyjaśnień w tym aspekcie rzeczywiście zabrakło, jednakże, w tej sytuacji, powyższe mogło co najwyżej ewentualnie stanowić podstawę wezwania przez zamawiającego do uszczegółowienia, sprecyzowania już złożonych wyjaśnień ceny. Przy takiej treści wyjaśnień, jak przedstawiono wcześniej i możliwości wyczytania z nich informacji, jakie przedstawił zamawiający w odpowiedzi, które świadczyły o przeznaczeniu znaczącej kwoty na koszty osobowe, nie można było się jednak zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, że kosztów pracy nie uwzględniono w cenie oferty, a co najwyżej, że nie przedstawiono w wyjaśnieniach szczegółowo wszystkich danych.

Przy ocenie zaistniałej sytuacji dostrzeżenia wymagało, że przedmiotem zamówienia są przede wszystkim dostawy tablic i słupów ze świadczeniem obsługi gwarancyjnej i pozagwarancyjnej. Przedmiotem zamówienia nie były więc roboty budowlane, czy skomplikowane usługi polegające przede wszystkim na pracy ludzkiej, w których koszt pracy jest zasadniczym i kluczowym elementem kalkulacji, który musi być niezwykle precyzyjnie wyjaśniony. Na powyższe wskazuje pośrednio także analiza przepisów art. 224 ust. 4 w zw. z art. 222 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp, z których wynika, że koszty takie podlegają obligatoryjnemu wyjaśnieniu, ale w przypadku zamówień na roboty budowlane i usługi, ale już nie w przypadku dostaw. Nie można było jednak zgodzić się ze stanowiskiem przystępującego, który w piśmie procesowym wskazał, że w tej sprawie nie miał obowiązku wyjaśnienia kosztów pracy. Jak wynikało bowiem z końcowej części wezwania zamawiającego dnia 10 lutego 2023 r., zamawiający, choć faktycznie nie miał takiego obowiązku przy zamówieniu na dostawy, to wezwał jednak przystępującego także do wyjaśnienia kosztów pracy. Powyższego nie zmieniał fakt, że zamawiający uczynił to w sposób nieprecyzyjny, ogólny, w szczególności nie wskazując co dokładnie, w zakresie kosztów pracy, budzi jego wątpliwości.

Na okoliczność, iż skutecznie zakwestionowane w odwołaniu elementy ceny nie miały charakteru istotnych elementów ceny w rozumieniu art. 224 Pzp zwrócił uwagę przystępujący w swym piśmie i zamawiający w trakcie rozprawy. Odwołujący nie zaprzeczył ww. wyliczeniom przedstawionym w piśmie procesowym przystępującego, zatem Izba uznała je za prawidłowe. Odwołujący w trakcie rozprawy zapytany o wyjaśnienie, dlaczego uważa zakwestionowane przez siebie elementy ceny przystępującego za istotne w rozumieniu art. 224 Pzp odpowiedział, że przemawiać miał za tym fakt, iż Zamawiający przewidywał na etapie napraw pozagwarancyjnych rozliczanie się tymi cenami jednostkowymi. Z tego powodu odwołujący argumentował, że każda z tych cen musi być samobilansująca, gdyż nie wiadomo ile takich napraw będzie.

W ocenie Izby okoliczność, że zamawiający w zakresie napraw pozagwarancyjnych przewidywał rozliczenia się zakwestionowanymi cenami jednostkowymi sama w sobie nie przesądzała jeszcze, że te elementy ceny są istotnymi elementami ceny w rozumieniu art. 224 Pzp. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, za istotny element ceny w rozumieniu art. 224 Pzp uznaje się *te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia*". Również w piśmiennictwie wskazuje się, że *Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (...). Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza, wyd. 1 Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021, str. 705.*

W ocenie Izby takiego charakteru nie mają zakwestionowane przez odwołującego w odwołaniu składniki ceny ofertowej przystępującego, z uwagi choćby na ich niewielką wartość w stosunku do całej ceny ofertowej przystępującego, a przynajmniej odwołujący istotności zakwestionowanych cen jednostkowych nie wykazał. Dostrzeżenia wymaga, że analogicznie jak w przypadku robót budowlanych i wynagrodzeniu kosztorysowym za istotny element ceny nie uznaje się każdej bez wyjątku pozycji kosztorysu ofertowego, a tylko te, które z uwagi na swą wartość, wielkość, rozmiar, charakter i znaczenie wywierają znaczący wpływ na całość ceny ofertowej.

Zdaniem Izby, w analizowanej sprawie znamienne było również to, że odwołujący w odwołaniu nie zakwestionował głównej części składowej ceny oferty przystępującego, jaką były koszty „dostawy, instalacji na słupach wraz z uruchomieniem dwustronnych 7-mio wierszowych tablic SIP”. Na powyższe również zwrócił uwagę w swym piśmie przystępujący, a z czym odwołujący nie polemizował. Izba wzięła pod uwagę, że ten element ceny ofertowej został oszacowany przez przystępującego na poziomie 2.005.600,00 zł, co odpowiadało 81,53% ceny całkowitej oferty tego wykonawcy. Zdaniem Izby tak skonstruowana treść zarzutu odwołania oznaczała, że sam odwołujący uważał, iż w tym znaczącym elemencie ceny koszty zostały skalkulowane rzetelnie. Skoro tak, to nie można było uznać za zasadnego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż odrzucenie oferty jako rażąco niskiej na tej podstawie możliwe jest w sytuacji, gdy cała cena ofertowa jest zaniżona względnie, gdy niedoszacowane są istotne elementy składowe tej ceny. Można także powoływać się na niewystarczające wyjaśnienia składane w trybie art. 224 Pzp jako podstawę odrzucenia oferty ale w sytuacji, gdy zostanie wykazane, że kwestionowane w odwołaniu uchybienia w

zakresie szczególowości wyjaśnień dotyczą całości ceny ofertowej albo istotnych elementów składowych ceny, czego odwołujący nie uczynił.

W ocenie Izby również fakt zachowania w poufności danych dostawców w dokumentach załączonych do wyjaśnień ceny przystępującego nie pozbawiał sam przez się takich dowodów ich wiarygodności. Przedmiotem oceny przez zamawiającego w ramach procedury wyjaśniającej z art. 224 pzp jest ustalenie, czy wykonawca prawidłowo skalkulował cenę oferty. Zamawiający dokonuje takiego badania również przy uwzględnieniu załączonych dowodów pochodzących od dostawców komponentów i bada także na tej podstawie czy ceny są rynkowe. Z tego powodu dane identyfikujące konkretnego dostawcę urzędzeń na fakturze są mniej istotne, kluczowy jest bowiem poziom cen wynikający z tych dowodów i ich przełożenie na cenę oferty. Z tego powodu Izba uznała, że zachowanie w poufności danych dostawców w dokumentach załączonych do wyjaśnień ceny przystępującego nie dyskwalifikowało samo przez się tak zanonimizowanych dowodów.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania w tej części.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

W analizowanej sprawie Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**