

**WYROK**

**z dnia 29 czerwca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**

**Protokolant: Marta Słoma**

**Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 27 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 9 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Arena Media Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Telewizję Polską S. A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Value Media sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako zarzut 2, 3, 4.
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawcy Value Media Sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny oferty w zakresie kampanii outdoor-tablice oraz outdoor-autobusy.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża przystępującego Value Media Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

4. Zasądza od przystępującego Value Media Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Arena Media Communications Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Telewizja Polska S. A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na „Usługi planowania i zakupu mediów na potrzeby reklamy publicznej Telewizji Polskiej S. A. w okresie 12 miesięcy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 065-170978.

W dniu 9 czerwca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Arena Media Communications Sp. z o. o., w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy Value Media Sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny lub kosztów, lub ich istotnych części składowych, pomimo, że istniały uzasadnione wątpliwości, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Value Media Sp. z o. o. pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w związku z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Value Media Sp. z o. o. pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na zaoferowaniu sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia,
- 4) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez uznanie i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Value Media Sp. z o. o. w sytuacji, kiedy oferta ta powinna zostać odrzucona.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Value Media Sp. z o. o., dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania oraz o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka na okoliczność cen rynkowych stosowanych przy zakupach kampanii reklamowych typu outdoor-tablice i outdoor-autobusy oraz rzeczywistych rynkowych cen i kosztów, jakie należy ponieść celem realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w zakresie kosztów dotyczących kampanii reklamowych typu outdoor-tablice i outdoor-autobusy. Wniósł również o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu audytu mediowego na okoliczność cen rynkowych stosowanych przy zakupach kampanii reklamowych typu outdoor-tablice i outdoor-autobusy oraz rzeczywistych rynkowych cen i kosztów, jakie należy ponieść celem realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w zakresie kosztów dotyczących kampanii reklamowych typu outdoor-tablice i outdoor-autobusy.

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że z treści udostępnionej informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że Value Media Sp. z o. o. przedstawiła warunki zakupowe zawierające rażąco niską cenę lub koszt, w tym ich istotne części składowe, w punkcie dotyczącym zakupów kampanii outdoor – tablice oraz kampanii outdoor – autobusy. Odwołujący wskazywał, że dla zakupu kampanii outdoor - tablice Odwołujący zaoferował średnią cenę netto za 1 nośnik w PLN na poziomie 2.952,78 złotych, zaś wykonawca Sigma BIS S.A. na poziomie 1.742,22 zł. Mając na uwadze sposób oceny tego kryterium opisany w pkt 15.8 SWZ, przytoczone dane pozwalają obliczyć, że zaoferowana przez wykonawcę Value Media Sp. z o.o. średnia cena netto za 1 nośnik w PLN przy zakupach kampanii outdoor - tablice wynosiła ok. 1.319 zł.

Z kolei dla zakupu kampanii outdoor-autobusy Odwołujący zaoferował średnią cenę netto za 1 nośnik w PLN na poziomie 1.454,00 zł, zaś wykonawca Sigma BIS S.A. na poziomie 1.200,00 zł. Mając na uwadze sposób oceny tego kryterium opisany w pkt 15.9 SWZ, przytoczone dane pozwalają obliczyć, że zaoferowana przez wykonawcę Value Media Sp. z o.o. średnia cena netto za 1 nośnik w PLN przy zakupach kampanii outdoor-tablice wynosiła ok. 948 zł.

Jak twierdził Odwołujący, przy uwzględnieniu cen stosowanych przez działających na rynku dysponentów mediów oraz możliwych do wynegocjowania opustów, zaoferowane przez Value Media Sp. z o.o. średnie ceny netto za 1 nośnik w PLN wynoszące 1.319 zł dla kampanii outdoor - tablice i 948 zł dla kampanii outdoor - autobusy, muszą zostać uznane za odbiegające od warunków rynkowych, rażąco niskie i budzące wątpliwości.

Odwołujący zwrócił również uwagę na skalę różnic pomiędzy cenami zakupu ww. kampanii wynikającymi z oferty Value Media Sp. z o.o., a cenami oferowanymi przez pozostałych wykonawców. Mianowicie zaoferowane przez Value Media Sp. z o.o. ceny kampanii outdoor-tablice i outdoor-autobusy były odpowiednio o 24 % i o 21 % niższe od cen zaoferowanych przez Sigma BIS S. A. i odpowiednio o 55 % i 35 % niższe od cen zaoferowanych przez Arena Media Communications Sp. z o.o. Tak znaczne różnice w stosunku do ofert złożonych przez pozostałych wykonawców jednoznacznie wskazują na rażąco niski charakter cen zaoferowanych przez Value Media Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego należy uznać, że zaoferowana przez Value Media Sp. z o.o. cena zakupu kampanii outdoor-tablice oraz outdoor-autobusy jest rażąco niska i nie umożliwia pokrycia wydatków związanych z wykonaniem zamówienia w sposób prawidłowy. Wymienione wyżej pozycje stanowią przy tym niewątpliwie istotną część składową ceny całkowitej. Świadczy o tym w szczególności fakt, że zgodnie z pkt 15.2 SWZ, ich łączna wartość przekładała się na aż 12 % całości punktów przyznawanych w ramach oceny ofert.

Zamawiający przez zaniechanie wezwania Value Media Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zawartej w ofercie ceny oraz kosztów zakupów kampanii outdoor-tablice i outdoor-autobusy, naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych i uniemożliwił ustalenie, czy złożona przez Value Media Sp. z o.o. oferta zabezpiecza pokrycie kosztów realizacji zamówienia. Powyższe świadczy również o naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, gdyż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty rażąco niskiej oraz art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego wniesione odwołanie jest zasadne.

Pismem z dnia 15 czerwca 2022 r. odpowiedź na odwołanie wniósł Zamawiający, który uwzględnił zarzuty odwołania w części, tj. w zakresie zarzutu nr 1. W odniesieniu do pozostałych zarzutów wniósł o ich oddalenie. Zamawiający wskazał, że wniesione odwołanie skłoniło Zamawiającego do rewizji analizy kosztowej oferty Value Media Sp. z o.o. Wyżej wymieniona, pogłębiona analiza kompleksowa wszystkich składników cenotwórczych oferty Value Media potwierdziła wcześniejsze ustalenia Zamawiającego, że poza kampaniami reklamowymi typu outdoor-tablice i typu outdoor-autobusy wszystkie elementy kosztowe nie budzą żadnych wątpliwości w kontekście rażąco niskiej ceny lub kosztów. Zamawiający biorąc pod uwagę podniesione w odwołaniu argumenty odnośnie kosztów zakwestionowanych w odwołaniu jako rażąco niskich, jak również po dokonaniu powtórnej analizy kosztowej, przychylił się do postawionego na pierwszym miejscu zarzutu Odwołującego, że oferowane ceny usług reklamowych w zakresie outdoor-tablice oraz

outdoor -autobusy powinny zostać wyjaśnione - jako mogące budzić wątpliwości - co do faktycznych możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wykonawca Value Media Sp. z o.o. oferuje ww. usługi w kosztach niższych niż koszty za analogiczne usługi świadczone na rzecz Zamawiającego obecnie, co w świetle ogólnej tendencji wzrostu cen na rynku związanych z inflacją może budzić zastanowienie i wątpliwości.

W stosunku do pozostałych zarzutów, zdaniem Zamawiającego są one przedwczesne, a zatem zasługują na oddalenie.

Pismem z dnia 24 czerwca 2022 r. sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w części wniósł Przystępujący. Przedstawił on również swoje stanowisko procesowe w oddzielnym piśmie datowanym również na 24 czerwca 2022 r. Zdaniem Przystępującego wyliczenia Odwołującego dotyczące różnic pomiędzy cenami poszczególnych ofert, a ofertą Przystępującego wynikają jedynie z tego, że to Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę, która jest rażąco wygórowana, co z kolei wpływa na zaburzenie ogólnego poziomu cen oferowanych przez wykonawców. Cena zaoferowana przez Value Media jest o 21% niższa od ceny Sigma BIS i tak samo - o 21% niższa od średniej ceny wszystkich wykonawców. Jednak ponownie, cena zaoferowana przez Odwołującego znacznie przewyższa pozostałe oferty i jest wyższa o 21% od ceny średniej.

Przystępujący odniósł się również do dowodów przedstawionych przez Odwołującego oraz przedstawił własne dowody, na okoliczność rzeczywiście stosowanych cen, w tym cen mediów kupowanych dla Zamawiającego w ramach umowy objętej poprzednim postępowaniem.

Z kolei Odwołujący pismem z dnia 24 czerwca wycofał zarzuty nr 2, 3 i 4 odwołania oraz przedstawił dodatkowe stanowisko procesowe w piśmie z dnia 26 czerwca.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę Value Media sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystąpienie zostało zgłoszone

w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przedłożone przez:

- 1) Odwołującego: informacji o stosowanych cenach, udzielonych Odwołującemu przez podmioty świadczące usługi ekspozycji reklam outdoor (wiadomości e-mail z dnia: 1, 2 i 3 czerwca 2022 r. od przedstawicieli firm Stroer Media Sp. z o. o. Sp. komandytowa, Headz Marketing Partner, Jet Line Sp. z o. o. Sp. k. oraz Media Miejskie), cennika zakupu cennikowego nośników typu klasyczne OOH firmy AMS obowiązującego od 1 kwietnia 2022 r., polityki handlowej firmy Stroer Media na 2022 r. z dnia 14 marca 2022 r., informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców spółki Fera Sp. z o. o. i spółki Group One S. A.;
- 2) Przystępującego: zestawienie kampanii TVP S.A. oraz zlecenie nr 53/2022/MB z 20 stycznia 2022 r. wraz z fakturą VAT nr 00225/22/FVS z 14 lutego 2022 r., zlecenie nr 213/2022/MB z 2 marca 2022 r. wraz z fakturą VAT nr 00457/22/FVS z 31 marca 2022 r., umowa nr 20220508 z 4 stycznia 2022 r. wraz z załącznikami, aneksem z 28 stycznia 2022 r. i fakturą VAT nr 1086657 z 23 lutego 2022 r., umowa z 26 stycznia 2022 r. wraz z załącznikami i fakturą VAT nr 182/03/2022 z 1 marca 2022 r., umowa z 24 lutego 2022 r. wraz z załącznikiem i fakturą VAT nr 280/03/2022 z 15 marca 2022 r., zestawienie kampanii Fera oraz media plan, umowa o świadczenie usług z 23 czerwca 2022 r., zlecenie nr 9417/2022/MB, zlecenie nr 9418/2022/MB i umowa nr 20124110.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu audytu mediowego na okoliczność cen rynkowych stosowanych przy zakupach kampanii reklamowych typu outdoor-tablice i outdoor-autobusy oraz rzeczywistych rynkowych cen i kosztów, jakie należy ponieść celem realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w zakresie kosztów dotyczących kampanii reklamowych typu outdoor-tablice i outdoor-autobusy. Celem dowodu z opinii biegłych nie jest ustalenie faktów mających znaczenie w sprawie, lecz udzielenie wyjaśnień w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych. Zdaniem Izby okoliczności, które tym dowodem miałyby zostać potwierdzone nie mają charakteru wiadomości specjalnych, a zatem nie było potrzeby przeprowadzenia wnioskowanego dowodu. W związku z powyższym bezprzedmiotowy był również wniosek dowodowy zgłoszony przez Przystępującego w punkcie 3 pisma procesowego z dnia 24 czerwca 2022 r.

Na oddalenie zasługiwały również wnioski o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków, które zgłoszone zostały zarówno przez Odwołującego jak i Przystępującego. Zdaniem Izby, fakty, które miałyby być stwierdzone dowodem z zeznań świadka zostały stwierdzone innymi dowodami, tj. dokumentami, które w znacznej ilości przedkładane były przez Odwołującego i Przystępującego w pismach procesowych. Zatem przeprowadzenie ww. dowodu prowadziłyby jedynie do przedłużenia postępowania odwoławczego.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi planowania i zakupu mediów na potrzeby reklamy publicznej Telewizji Polskiej S. A. w okresie 12 miesięcy”.

Zgodnie z sekcją 4 SWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania zawarty jest w projektowanych postanowieniach umowy stanowiących Załącznik nr 5 do SWZ.

Zgodnie z sekcją 15 SWZ pn. „Kryteria oraz sposób oceny ofert” oferta oceniana była na podstawie następujących kryteriów: cena oferty (waga: 5%), opust przy zakupach kampanii w radio (waga: 15%), opust przy zakupach kampanii w prasie (waga: 11%), opust przy zakupach kampanii w kinie (waga: 4%), opust przy zakupach kampanii w Internecie – display (waga: 40%), cena przy zakupach kampanii outdoor – tablice (waga: 10%), cena przy zakupach kampanii outdoor – autobusy (waga: 2%), cena przy zakupach kampanii outdoor – siatki (waga: 3%), prezentacja planu komunikacji (waga: 10%).

Zgodnie z załącznikiem do ofert wykonawcy Value Media Sp. z o. o. pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa”, formularz opustów oraz cen zgodny w treści z załącznikiem nr 2 do SWZ, stanowiący zarazem załączniki nr 1, 2, 3, 4, 5A, 5B oraz 5C do umowy oraz prezentacja planu komunikacji, o której mowa w pkt. 15.12 SWZ, zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Do upływu terminu składania ofert złożone zostały 3 oferty, w tym m. in. oferta Odwołującego Arena Media Communications Sp. z o. o. i Przystępującego Value Media Sp. z o. o.

Zgodnie z informacją z dnia 29 kwietnia 2022 r. Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć 35 055 000,00 zł.

Pismem z dnia 30 maja 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę wykonawcy Value Media Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Oferta ta uzyskała 98,02 pkt, w



porównaniu do pozostałych ofert, które uzyskały odpowiednio 92,81 pkt (oferta Przystępującego) i 92,47 pkt (oferta trzeciego wykonawcy).

**Izba zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w związku z wycofaniem zarzutów odwołania oznaczonych numerami 2, 3 i 4, postępowanie odwoławcze w zakresie tychże zarzutów należało umorzyć w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy PZP. W związku z powyższym, merytorycznemu rozpatrzeniu podlegał jedynie zarzut nr 1, który dotyczył zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny w zakresie jej istotnych części składowych, tj. w zakresie kampanii outdoor – tablice oraz outdoor – autobusy.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść art. 224 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Z powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Przepis art. 224 ust. 1 ustawy PZP determinuje kryterium badania ceny oferty lub jej istotnej części składowej pod kątem rażąco niskiego charakteru, którym jest przekonanie Zamawiającego co do tego, że dana cena wydają się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W zakresie interpretacji pojęcia istotnej części składowej Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2019 r., w którym wskazano, że istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości (tak: wyrok z dnia 18 stycznia 2019 r., KIO 2678/18).

W rozpatrywanym stanie faktycznym, zdaniem Izby, kwestionowanym przez Odwołującego składnikom ceny przymiot istotności należy przypisać głównie z uwagi na merytoryczne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia. Ze względu na przedmiot zamówienia,

którym jest zaplanowanie i zakup materiałów na potrzeby przeprowadzenia kampanii reklamowej, każdy z planowanych do wykorzystania kanałów promocyjnych jest istotny dla osiągnięcia zaplanowanego efektu promocyjnego. Uwzględniając również fakt, że zaplanowanie kampanii należy do obowiązków przyszłego wykonawcy, będzie mógł on zdecydować, które z nośników będą używane częściej, a zatem, pomimo potencjalnie mniejszego udziału wartościowego jednych z nich, na etapie realizacyjnym udział ten będzie mógł wzrosnąć w znacznym stopniu. Wobec powyższego, zarówno składnik jakim jest outdoor – tablice oraz outdoor – autobusy, według Izby należy zakwalifikować jako istotne części składowe ceny zaoferowanej przez wykonawców, a zatem dopuścić wobec nich możliwość wyjaśnienia sposobu skalkulowania w ramach instytucji uregulowanej w art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Przechodząc do przedstawionych przez Odwołującego argumentów dotyczących zaoferowanych w ramach postępowania cen za wykonanie poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, Izba pragnie zwrócić uwagę, że formularz opustów oraz cen został przez Przystępującego zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tego względu argumentacja przedstawiona w ramach uzasadnienia wyroku będzie miała charakter ogólny, ze względu na ochronę zastrzeżonej tajemnicy.

Zdaniem Izby Odwołujący w dostateczny sposób wykazał, że okoliczności towarzyszące prowadzonemu postępowaniu powinny skłonić zamawiającego do powzięcia wątpliwości w zakresie wyliczenia ceny oferty za kampanie outdoor - tablice i outdoor - autobusy. W zakresie kampanii outdoor – tablice, wyjaśnieniu podlegać powinny zwłaszcza stawki zaproponowane za nośniki o dużych formatach, gdyż to głównie ich dotyczyły argumenty podnoszone przez Odwołującego. Należy bowiem zwrócić uwagę, że w ramach ww. elementu kampanii wykonawca ma obowiązek podać ceny dla 6 różnych formatów nośników. Nośniki te są przy tym bardzo zróżnicowane, a w konsekwencji mają różne ceny. Natomiast przy ocenie ofert liczy się średnia arytmetyczna wyliczona dla wszystkich formatów. Dlatego też cena nośników największych, pomimo potencjalnie niższego udziału w realizacji zamówienia, ma największy wpływ na uzyskaną średnią, a tym samym na uzyskaną punktację. Z tego względu, mając na uwadze fakt, iż Przystępujący za nośniki te zaoferował dużo korzystniejsze stawki niż inni wykonawcy i w głównej mierze wpłynęło to na uzyskanie przez niego największej liczby punktów za ten element kampanii, powyższe powinno podlegać wyjaśnieniu. Dotyczy to również elementu outdoor – autobusy, gdzie ceny Przystępującego wyraźnie odbiegały od tych zaproponowanych przez pozostałych oferentów.

Wskazać należy, że przedstawione przez Odwołującego dowody w głównej mierze przedstawiały średnie ceny zakupu określonych nośników, co Przystępujący kwestionował wskazując, że średnie ceny nie mogą stanowić miarodajnego odniesienia, gdyż dana cena może w znaczący sposób odbiegać od średniej przy uwzględnieniu licznych okoliczności mających na nią wpływ. Izba co do zasady zgadza się z takim stanowiskiem Przystępującego, jednak znacząca różnica między cenami zaoferowanymi, a średnimi cenami rynkowymi, może wzbudzać wątpliwości, chociaż oczywiście różnica taka nie przesądza jeszcze o rażąco niskim charakterze danej ceny.

Skoro na rzeczywistą cenę za dany nośnik wpływ mają bardzo różne czynniki – tak jak wskazywał Przystępujący – to te właśnie czynniki powinny stanowić przedmiot wyjaśnień, jakie złożone zostaną Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Okoliczność znacznych różnic między cenami zaoferowanymi przez wykonawców biorących udział w postępowaniu w zakresie kampanii outdoor – tablice oraz outdoor – autobusy w połączeniu z przyznaniem przez Zamawiającego obniżeniem cen za ww. elementy w porównaniu do analogicznych usług świadczonych na jego rzecz obecnie oraz powszechnym wzrostem cen we wszystkich sektorach powinna skłonić zamawiającego do pogłębionej analizy złożonych ofert. Oczywiście różnice pomiędzy cenami poszczególnych wykonawców są elementem gry rynkowej, a kalkulacje cen w różnych postępowaniach nie muszą być oparte o tożsame ceny jednostkowe, co nie wyklucza jednak sytuacji, uwzględniając zwłaszcza aktualne uwarunkowania związane z powszechnym wzrostem cen, w której okoliczności te mogą, a nawet powinny mieć wpływ na ocenę Zamawiającego danej oferty i powzięcie przez niego wątpliwości w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Zdaniem Izby różnice pomiędzy kwestionowanymi składnikami ceny wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a cenami wykonawcy Sigma BIS S. A. oraz w dalszej kolejności cenami Odwołującego, były na tyle duże, że powinny wpłynąć na powzięcie przez zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

Wskazać należy, że użyte w art. 224 ust. 1 ustawy PZP sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Istotne jest, że przepisy ustawy nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający może powziąć

wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. (tak: wyrok z dnia 17 stycznia 2022 r., KIO 3710/21). Zdaniem Izby Odwoławczej wykazał, że faktycznie wątpliwości te Zamawiający powinien był powziąć, a zatem postawiony zarzut należało uznać za uzasadniony.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 2 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:** .....