Sygn. akt: KIO 1295/19

WYROK

z dnia 22 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2019 r. przez wykonawcę: Grupa E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy: MBA System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego: Grupa E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Grupa E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1295/19

Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie - dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu komputerowego", oznaczenie sprawy: ZP/TITT/11/2019 (dalej „postępowanie" lub

„zmówienie"). Zamówienie podzielono na trzy części: część I - dostawa komputerów stacjonarnych; część II - dostawa komputerów przenośnych; część III - dostawa monitorów.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych

na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp". W dniu 24 kwietnia 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii

Europejskiej pod numerem 2019/S 080-191430.

W dniu 8 lipca 2019 r. do Prezesa Krajowej lzby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Grupa E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (dalej „odwołujący" lub „Grupa E").

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, podnosił niezgodność z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego w części III zamówienia - dostawa monitorów pomimo, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny złożonej przez niego oferty.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania. Wskazywał, że pismem z dnia 28 czerwca 2019 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż w opinii zamawiającego odwołujący w wyniku wezwania w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, nie przedłożył należytych wyjaśnień oraz dowodów. W uzasadnieniu wskazał, iż wzywając odwołującego do wyjaśnień precyzyjnie określił jakich informacji i dowodów oczekuje, celem dokonania oceny czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia odwołującego zawierają jedynie fragmentaryczne odniesienia do jednej z okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp tj. do wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy. Dodatkowo zarzucił, że odwołujący nie przedłożył dowodów na potwierdzenie wyjaśnień. Zamawiający stwierdził także, iż nie może uznać za dowód przedłożonych przez odwołującego tabel zawierających czynniki cenotwórcze, gdyż pominięto w nich elementy wskazane w wezwaniu, których zamawiający oczekiwał, a które składają się na koszty wykonania zamówienia.

Odnosząc się do powyższych zarzutów, odwołujący w pierwszej kolejności zwracał uwagę na treść wezwania, które zamawiający skierował do niego pismem z dnia 11 czerwca 2019 r. oraz wyjaśnień udzielonych przez odwołującego pismem z dnia 17 czerwca 2019 r. W wezwaniu zamawiający zażądał przedłożenia wyjaśnień wraz z dowodami, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w zakresie: (i) Oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; (ii) Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; (iii) Wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; (iv) Wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska. Jednocześnie wezwał o przedłożenie szczegółowej kalkulacji ceny oferty (w odniesieniu do wszystkich pozycji zamówienia), zawierającej ceny oferowanych urządzeń oraz składowe pozostałych kosztów realizacji zamówienia, o których mowa w § 3 ust. 2 wzoru umowy, tj. koszty usług, ceny oprogramowania wewnętrznego i udzielenia licencji, koszty transportu oraz ubezpieczenia urządzeń będących przedmiotem umowy do miejsc przeznaczenia (Zakład Główny oraz wskazane we wzorze umowy Oddziały Terenowe), a także koszty udzielenia gwarancji. Ponadto, zamawiający wskazał, że odwołujący jest zobowiązany udowodnić, że oferta zawiera wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej realizacji umowy, zapewniając osiągnięcie zysku, a także wyjaśnić, co spowodowało obniżenie ceny i w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Okoliczności te powinny być zaś poparte dowodami. W odpowiedzi, odwołujący przekazał dwie tabele (załącznik nr 1 i 2 do wyjaśnień), z których wynika szczegółowa kalkulacja ceny całkowitej oferty. W pierwszej tabeli wskazana jest cena jednostkowa zaoferowanego monitora oraz łączna suma kosztów zakupu. Przy czym, odwołujący w tabeli zaznaczył, że wartość ta zawiera koszt zakupu komponentów oraz procesu produkcji. Tabela ta wskazuje zatem jakie są ceny jednostkowe netto monitorów, za które odwołujący je nabywa. Druga tabela wskazuje na czynniki cenotwórcze kształtujące zaoferowaną cenę wykonania zamówienia. Są to: zakup produktów oraz koszt obsługi logistycznej. Z tabeli tej wynika również na jakim poziomie odwołujący wyliczył swój zysk. Dodatkowo, odwołujący zaznaczył, że na cenę oferty wpływ miała ilość zamawianych monitorów bowiem, przy tak dużym zamówieniu jednakowych monitorów, producent udziela znacznego rabatu, co przekłada się na cenę końcową całego zamówienia. Tym samym, w ocenie odwołującego udowodnił on, że ceny jednostkowe podane w tabelach są realne.

W dalszej części odwołania zwracał uwagę, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 1 do wzoru umowy dotyczącym części III zamówienia, w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi wyłącznie dostawa monitorów o określonych

parametrach. Monitory te mają być objęte gwarancją min. 36 m-cy oraz mają zostać dostarczone do wskazanych lokalizacji. Zgodnie natomiast z § 1 pkt 2 wzoru umowy wynagrodzenie uwzględniać ma cenę urządzeń i usług (związanych z realizacją dostawy monitorów), koszty transportu oraz ubezpieczenia urządzeń (monitorów) do miejsca przeznaczenia oraz koszt gwarancji. Tym samym odwołujący, kalkulując cenę wykonania zamówienia, wziął pod uwagę wyżej wskazane elementy, to one bowiem kształtowały wysokość ceny. Tychże elementów dotyczyły również przytoczone powyżej wyjaśnienia złożone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, które precyzyjnie określały jakie są koszty poszczególnych elementów. Tym samym, niezasadny jest zarzut zamawiającego, iż wyjaśnienia odwołującego były wybiórcze, nie pozwalające na stwierdzenie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska i że w konsekwencji należy uznać, że nie przedłożył on żadnych wyjaśnień. Wyjaśnienia bowiem zostały przez odwołującego złożone, a analiza informacji w nich zawartych prowadzi do wniosku, iż zaoferowana cena jest jak najbardziej realna i skalkulowane są w niej wszystkie wymagane elementy.

Odwołujący podnosił również, że nieuzasadnione jest także twierdzenie zamawiającego, że złożone przez niego wyjaśnienia sprowadzają się do fragmentarycznego odniesienia się do jednej z okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. do wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oraz że odwołujący pominął szereg elementów wskazanych w wezwaniu, których kalkulacji zamawiający oczekiwał, a które składają się na koszty wykonania zamówienia. Odwołujący przyznawał wprawdzie, iż w przedłożonych wyjaśnieniach nie odniósł się do wszystkich wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp aspektów, które przytoczył zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień, z tej jednak przyczyny, iż aspekty te w niniejszym stanie faktycznym po prostu nie zaistniały. Podobnie, odwołujący nie odniósł się do wymienionego w wezwaniu do wyjaśnień elementu - ceny oprogramowania wewnętrznego i udzielenia licencji, z tego względu, iż zamówienie w części III nie obejmowało oprogramowania i licencji. Te elementy nie mogły zatem zostać ujęte w cenie. Ponadto, należy podkreślić, że koszt udzielenia gwarancji ujęty jest w cenie produktów - monitorów, gdyż gwarancja realizowana jest przez producenta, nie zaś odwołującego, który jest jedynie dostawcą towaru. Odwołujący nie musiał zatem „dodatkowo" doliczać tego elementu do podanej przez siebie ceny ofertowej. Stanowi to powszechna praktykę na rynku IT.

Powyższe, w ocenie odwołującego dowodzi, że argumenty zamawiającego są niezasadne i wynikają z pobieżnej analizy oferty i wyjaśnień, a także braku woli właściwej interpretacji przedłożonych informacji. Należy podkreślić, że przedmiotowe zamówienie nie ma charakteru złożonego, nie obejmuje wielu skomplikowanych elementów. Jest dostawą danej ilości produktów o określonych parametrach do wyznaczonych lokalizacji. Tym samym na cenę wpływa niewiele czynników. Wyjaśnienia ujmują zatem tylko te elementy, które składają się na cenę.

Dodatkowo podnosił również, iż ustalona przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia (powiększona o należy podatek od towarów i usług) wynosi 862.370,00 zł brutto. Cena zaoferowana przez odwołującego to 557.194,92 zł brutto. Wartość szacunkowa pomniejszona o 30 % (258.711,00 zł brutto) wynosi 603.659,00 zł brutto. Wartość oferty odwołującego jest zatem niższa od tej kwoty o 46.464,08 zł. Jednocześnie należy zauważyć, że średnia arytmetyczna wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosi 629.559,85 zł brutto. Natomiast sześć spośród wszystkich jedenastu ofert jest niższa od ww. kwoty 603.659,00 zł (wartości szacunkowej zamówienia pomniejszonej o 30 %). Przy tym najwyższa oferta wynosi 706.717,41 zł. Powyższa analiza wskazuje na to, iż oszacowana przez zamawiającego wartość zamówienia jest zawyżona i nieadekwatna do cen obowiązujących na rynku. W związku z tym, porównanie ceny ofertowej odwołującego z nienależycie określoną wartością szacunkową, może czynić wrażenie niskiej ceny oferty. Jednak powyższa analiza cen złożonych przez innych wykonawców prowadzi do wniosku, że to nie cena zaoferowana przez odwołującego jest rażąco niska, lecz wartość określona przez zamawiającego jest wygórowana. Zatem, gdyby zamawiający w sposób należyty dokonał analizy rynku, to wartość szacunkowa mogłaby zostać ustalona na innym, niższym poziomie. Wówczas mogłoby się okazać, że cena odwołującego nie odbiega znacznie od wartości szacunkowej i nie zachodziłaby podstawa do wzywania do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. W tym kontekście zamawiający, zarzucając brak rzetelności skalkulowania ceny ofertowej przez odwołującego oraz brak wykazania, iż cena nie jest rażąco niska, powinien zachować ostrożność i z rozwagą przeanalizować informacje, jakie wynikają z oferty oraz udzielonych mu wyjaśnień.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego należy uznać, że cena zaoferowana przez odwołującego nie jest ceną rażąco niską, co zostało udowodnione w złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach. Jeżeli natomiast, pomimo przedłożenia przez odwołującego tychże wyjaśnień, zamawiający w dalszym ciągu miał wątpliwości co do wysokości ceny ofertowej, to powinien był wezwać odwołującego o złożenie dodatkowych informacji w kwestii budzącej wątpliwości. Należy bowiem zauważyć, że ustawa nie zabrania wielokrotnego wzywania do wyjaśnień w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przeciwnie, wezwania mogą być kierowane wielokrotnie, w wyniku złożenia przez wykonawcę wyjaśnień mogą bowiem zaistnieć kolejne wątpliwości, kwestie wymagające doprecyzowania. Skoro zatem, jeżeli w wyniku złożonych przez odwołującego wyjaśnień, zamawiający nabrał wątpliwości np. co do udzielonego przez producenta rabatu na monitory,

to powinien był wezwać odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tej kwestii (tak w Wyroku KIO z dnia 26 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 458/18 KIO 474/18). Tym samym, zdaniem odwołującego, odrzucenie oferty powinno być ostatecznością, dokonywaną tylko w przypadku niewątpliwego zaistnienia podstaw uprawniających do tej czynności i po wyczerpaniu wszelkich przewidzianych przez ustawę narzędzi, umożliwiających prawidłową weryfikację oferty.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdzał, że uzasadnione jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny oferty odwołującego. Badanie to powinno odbyć się w sposób rzetelny i przy ewentualnym zastosowaniu wynikających z ustawy instrumentów służących badaniu oferty, takich jak wezwanie wykonawcy do udzielenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanej ceny.

Zamawiający, w dniu 9 lipca 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie żart. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania. W dniu 11 lipca 2019 r., wykonawca MBA System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „przystępujący"), zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający nie skorzystał z możliwości złożenia pisemnego stanowiska w sprawie. Na rozprawie wniósł o przeprowadzenie dowodu w postaci wydruku ze strony internetowej producenta monitorów-firmy LG na okoliczność wskazania standardowego terminu gwarancji udzielanej przez producenta na dostarczane urządzenia oraz warunków, na jakich gwarancja ta jest udzielana.

Odwołujący na rozprawie wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów, na poparcie swojego stanowiska:

1. pisma producenta LG na okoliczność, że zaproponowana przez odwołującego cena jednostkowa za dostawę monitorów została skalkulowana na podstawie otrzymanej oferty oraz, że cena ta uwzględnia koszty gwarancji udzielonej przez producenta (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa);

2. oferty podwykonawcy Cargosilesia na wykonanie usług transportu monitorów do wskazanych przez zamawiającego lokalizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty odwołującego złożoną w postępowaniu, korespondencją pomiędzy zamawiającym a odwołującym, dotyczącą wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, po zapoznaniu się z odwołaniem a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia - część III (dostawa monitorów). Oferta złożona przez odwołującego została odrzucona, gdyby jednak zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego to oferta ta zajęłaby pierwsze miejsce w rankingu ofert pod względem uzyskanej liczby punktów a odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a odwołującym w przedmiocie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Izba dopuściła i przeprowadziła dowód wnioskowany przez zamawiającego. Izba postanowiła oddalić wnioski odwołującego o przeprowadzenie dowodów w postaci pisma producenta LG oraz oferty podwykonawcy Cargosilesia, uznając te dowody za spóźnione. Izba zwraca uwagę, że zamawiający dokonuje oceny składanych przez wykonawcę wyjaśnień i podejmuje decyzję o ewentualnym odrzuceniu oferty, biorąc pod uwagę stan rzeczy na dzień, kiedy wyznaczony został termin na złożenie wyjaśnień. Oznacza to, że informacje i dowody przedstawiane przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu

na konkretnym etapie postępowania. Z tego też względu składanie i przedstawianie nowych argumentów na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest spóźnione, a przedłożone przez odwołującego dokumenty nie mogły być wzięte przez skład orzekający pod uwagę jako nowy materiał dowodowy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje

Zgodnie z Rozdziałem 4 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, pkt 4.1. przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu komputerowego. Zamawiający podzielił zamówienie na trzy części: część I - dostawa komputerów stacjonarnych; część II - dostawa komputerów przenośnych; część III - dostawa monitorów. Opis sposobu obliczenia ceny zawarto w Rozdziale 6 SIWZ. Dla części III należało w Formularzu oferty podać wartość netto za realizację całego zamówienia, do której, na potrzeby oceny ofert, należało doliczyć kwotę podatku VAT obliczoną wg właściwej stawki, a ich suma stanowić będzie cenę brutto (z podatkiem VAT) za realizację całego zamówienia dla danej części zamówienia. Ponadto zamawiający zastrzegł, że cena ofertowa winna obejmować wszystkie koszty i składniki niezbędne do wykonania całości przedmiotu zamówienia, w zakresie objętym opisem przedmiotu zamówienia oraz Wzorem umowy dla danej części zamówienia.

Ponadto Izba ustaliła, że Wzór umowy dla części III stanowił załącznik nr 3a do SIWZ. Przedmiot umowy opisano w §1 ust. 1 jako: „dostawa monitorów LCD, zwanych dalej łącznie Urządzeniami, zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego zawartymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ"), stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy". W §2 ust. 2 zastrzeżono, że Urządzenia mają zostać dostarczone do siedziby zamawiającego i do siedzib jego Oddziałów Terenowych w lokalizacjach i w ilościach wskazanych w OPZ, stanowiącym Załącznik nr 1 do umowy, ust. 4 zawierał wymóg, że wykonawca zobowiązanyjest we własnym zakresie dokonać załadunku, transportu i rozładunku Urządzeń we wskazanych miejscach. Zgodnie z § 3 - Warunki płatności, ust. 2 Wynagrodzenie (...) uwzględnia wszelkie koszty związane z Wykonaniem Przedmiotu Umowy, w tym cenę Urządzeń i usług, koszty transportu oraz ubezpieczenia Urządzeń będących przedmiotem Umowy do miejsca przeznaczenia oraz koszt udzielenia gwarancji.

Z kolei wymagania odnośnie gwarancji na dostarczony przedmiot umowy zostały zawarte w Rozdziale 4, pkt 4.5. w którym zapisano, że wykonawca udzieli gwarancji na oferowany przedmiot zamówienia dla części I i części III na okres co najmniej 36 miesięcy. Jeżeli wykonawca zaoferuje okres gwarancji dłuższy niż minimalny okres gwarancji wymagany w SIWZ, winien zmienić pkt 6 Formularza oferty, który stanowi - odpowiednio dla danej części zamówienia - Załącznik Nr 1 a oraz Załącznik Nr 1c do SIWZ. Zaoferowanie krótszego okresu gwarancji, niż określony w zdaniu pierwszym będzie równoznaczne ze złożeniem oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ i stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty. Szczegółowe wymagania odnośnie warunków, na jakich gwarancja ma zostać udzielona zawarto w §7 Wzoru umowy. Zamawiający wymagał: ust. 1. Wykonawca udziela gwarancji na wykonany Przedmiot Umowy na okres 36 (słownie: trzydzieści sześć) miesięcy, licząc od daty odbioru technicznego widniejącej na Protokole Odbioru Technicznego; ust. 2. Wykonawca w ramach gwarancji pokrywa koszty naprawy lub wymiany wadliwego Urządzenia, jak również koszty związane z transportem reklamowanego Urządzenia; ust. 3. W wypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminów napraw gwarancyjnych określonych w pkt 10 Warunków gwarancji i zasad świadczenia serwisu gwarancyjnego, stanowiących Załącznik Nr 5 do Umowy lub niezapewnienia Urządzenia zastępczego lub wymiany na fabrycznie nowe, zamawiający ma prawo do powierzenia naprawy innej osobie na koszt i ryzyko Wykonawcy, bez utraty uprawnień wynikających z gwarancji. To uprawnienie nie ogranicza żądania zapłaty przez Wykonawcę kar umownych naliczanych przez zamawiającego zgodnie z zasadami określonymi w § 5; ust. 4. Zwrot kosztów, o których mowa w ust. 3, będzie następować na podstawie wystawionej przez zamawiającego na rzecz Wykonawcy refaktury, załącznikiem której będzie kserokopia faktury wystawionej przez osobę trzecią na rzecz zamawiającego po wykonaniu usługi naprawy. Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kwoty wskazanej na tej refakturze w terminie 7 dni od daty doręczenia jej przez zamawiającego; ust. 5 Wykonawca wyraża zgodę na bieżącą konserwację i przeglądy wykonywane przez zamawiającego podczas całego okresu trwania Umowy; ust. 6. Termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w którym wskutek wady Urządzenia zamawiający nie mógł z niego korzystać. Wspomniany załącznik nr 5 do Wzoru umowy zatytułowany został: Warunki gwarancji i zasady świadczenia serwisu gwarancyjnego wykonawcy. Zgodnie z jego zapisami: pkt 1. Wykonawca gwarantuje, że wszystkie przekazane zamawiającemu Urządzenia są dobrej jakości i nie będą miały wad oraz będą działać zgodnie z opisem zawartym w ich dokumentacji technicznej i użytkowej; pkt

2. Gwarancja jest udzielona na okres .... miesięcy. Bieg okresu gwarancji rozpoczyna się od dnia podpisania przez zamawiającego bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Technicznego; pkt

3. Wszelkie koszty napraw i obsługi gwarancyjnej, w tym koszty transportu, ponosi Wykonawca; pkt 4. Gwarancją objęte są wszystkie bez wyjątku elementy Urządzeń (z wyjątkiem uszkodzeń mechanicznych zawinionych przez użytkownika); pkt 5. Gwarancja polega na naprawie bądź wymianie uszkodzonego elementu lub całego Urządzenia; pkt 6. Wykonawca świadczy serwis gwarancyjny w następujący sposób: 6.1.przyjmowanie zgłoszeń

w dni powszednie między 9:00 a 17:00, 6.2. gwarantowana naprawa - w ciągu 14 dni roboczych; pkt 7. Zgłoszenia serwisowe są przyjmowane przez Wykonawcę pod ustalonymi numerami telefonu i telefaksu lub drogą elektroniczną (WWW lub e-mail). Zgłaszając usterkę telefonicznie zamawiający, na życzenie Wykonawcy, potwierdzi zgłoszenie przez wysłanie faksem opisu usterki na formularzu zgłoszenia serwisowego. Wzór formularza zgłoszenia serwisowego oraz dane adresowe (adres, numery telefonu i telefaksu, adresy WWW i e-mail), pod które zamawiający powinien zgłaszać usterki, Wykonawca przekaże zamawiającemu wraz ze zgłoszeniem dostawy do odbioru. Wykonawca będzie aktualizował wyżej wymienione dane, w przypadku każdej ich zmiany, w terminach umożliwiających zamawiającemu ciągłość w dokonywaniu zgłoszeń serwisowych; pkt 8. Za moment zgłoszenia usterki uważa się telefoniczne lub elektroniczne przekazanie informacji o usterce; pkt 9. Wykonawca jest obowiązany potwierdzić przyjęcie zgłoszenia usterki faksem lub pocztą elektroniczną w

terminie nie dłuższym niż

2 (dwie) godziny od otrzymania zgłoszenia usterki; pkt 10. Wykonawca jest obowiązany do usunięcia usterki niezwłocznie po zgłoszeniu, jednak nie później niż w terminie określonym w punkcie 6.2.; pkt 11. Jeżeli Wykonawca nie może przywrócić pełnej sprawności uszkodzonego Urządzenia terminie, o którym mowa w punkcie 10, to jest on obowiązany do dostarczenia przed upływem tego terminu Urządzenia zastępczego. Urządzenie zastępcze musi w pełni odpowiadać pod względem funkcjonalności i wydajności Urządzeniu, które ma zastąpić; pkt 12. Serwis gwarancyjny jest świadczony w miejscu zainstalowania i eksploatowania Urządzeń (on-site) w siedzibie jednostki organizacyjnej zamawiającego, to jest w Zakładzie Głównym w Warszawie oraz w jednostkach terenowych: Białystok, Bydgoszcz, Gdańsk, Gorzów Wlkp., Katowice, Kielce, Kraków, Lublin, Łódź, Olsztyn, Opole, Poznań, Rzeszów, Szczecin, Wrocław; pkt 13. Jeżeli uszkodzone Urządzenie nie zostanie naprawione przez 21 dni od momentu zgłoszenia, to zostanie w terminie 35 dni od tego zgłoszenia wymienione na fabrycznie nowe o parametrach technicznych, funkcjonalności i wydajności nie gorszych niż Urządzenie podlegające wymianie. Do czasu dostarczenia nowego urządzenia zamawiający będzie korzystał z Urządzenia zastępczego; pkt 14. Jeżeli usterka powtórzy się więcej niż trzy razy w tym samym Urządzeniu, to uszkodzony egzemplarz zostanie wymieniony na fabrycznie nowy o parametrach technicznych, funkcjonalności i wydajności nie gorszych niż Urządzenie podlegające wymianie; pkt 15. O ile naprawa w miejscu zainstalowania okaże się niemożliwa, Wykonawca dokona naprawy w punkcie serwisowym, przy czym termin naprawy nie ulega w takim przypadku wydłużeniu, a wszelkie dodatkowe koszty związane z takim sposobem naprawy obciążają Wykonawcę; pkt 16. Uszkodzone elementy, po ich zastąpieniu nowymi egzemplarzami, stają się własnością Wykonawcy; pkt 17. W okresie gwarancji Wykonawca jest obowiązany do obsługi zamawiającego w zakresie dostarczania bez dodatkowej zapłaty: nośników i procedur instalacyjnych dotyczących nowych wersji Firmware'ów, driver'ów, oprogramowania zdalnego zarządzania, itp. Oznacza to, że w okresie gwarancji Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia zamawiającemu dostępu do ww. elementów udostępnianych na stronie producenta urządzeń, a w przypadku braku takiego dostępu będzie on realizowany poprzez Wykonawcę.

Izba ustaliła, że w postępowaniu, dla części III zamówienia, w wyznaczonym terminie wpłynęło 14 ofert, w tym oferta odwołującego za cenę 557 194,92 zł. brutto. Z dokumentu pn. „Oszacowanie wartości zamówienia", sporządzonego przez zamawiającego wynika, że dla tej części szacunkowa wartość zamówienia ustalona została na kwotę 701 113,82 zł. netto (862 370,00 zł. brutto).

Z uwagi na to, że cena zaoferowana przez odwołującego była niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp, pismem z 11 czerwca 2019 r. wezwał wykonawcę Grupa E do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z dnia 17 czerwca 2019 r. odwołujący przedstawił wyjaśnienia dotyczące zaproponowanej ceny, załączając do nich dwie tabele: tabela 1 - wskazująca ceny jednostkowe netto za które wykonawca nabywa urządzenia; tabela 2 - prezentująca dodatkowe czynniki cenotwórcze związane z realizacją zamówienia. Przedmiotowe pismo, wraz z załącznikami, wykonawca Grupa E zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 28 czerwca 2019 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w części III zamówienia, z uwagi na brak przedłożenia wyjaśnień wraz z dowodami.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty pomimo, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny lub kosztu. Tymczasem, co wynika z treści pisma z 28 czerwca 2019 r. kierowanego przez zamawiającego do wykonawców, którzy złożyli ofertę dla części trzeciej zamówienia, informującego o odrzuceniu oferty wykonawcy Grupa E, podstawą prawną leżącą u podstaw podjęcia przedmiotowej decyzji był art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Analiza uzasadnienia faktycznego również prowadzi do wniosku, że zamawiający nie przesądził, że oferta złożona przez odwołującego zawiera rażąco niską cenę, lecz uznał, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia sprowadzają się do fragmentarycznego odniesienia do jednej z okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, że nie sposób uznać, że w ogóle zostały złożone. Zamawiający przywoływał w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że brak wyjaśnień, o których mowa w treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, to nie tylko całkowita bierność wykonawcy tj. brak odpowiedzi na wezwanie, ale też złożenie takich wyjaśnień, które są ogólne, nierzeczowe i niepoparte faktami, zawierające braki czy też nieodnoszące się do kwestii poruszanych w wezwaniu (tak w Wyroku KIO z 17 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 23/18; Wyrok KIO z 19 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 503/18; Wyrok KIO z 12 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 135/19).

Niezależnie od wskazania niewłaściwej podstawy prawnej odwołujący przytoczył okoliczności faktyczne leżące u podstaw kwestionowanej przez odwołującego czynności, polegającej na odrzuceniu jego oferty. Tym samym, mając na względzie, że kwestia podania właściwej podstawy prawnej w ramach zarzutu nie jest najważniejsza, a kluczowym jest wskazanie okoliczności faktycznych będących istotą zarzutu, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych wskazanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu, zarzuty to okoliczności faktyczne, na które powołuje się wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem się zamawiającego w postępowaniu, a które zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej doprowadziło do naruszenia przepisów prawa. Sąd Okręgowy w Gliwicach w Wyroku z 29 czerwca 2009 r. w sprawie sygn. akt: X Ga 110/09 stwierdził: "O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.".

Należy zauważyć jednak, że istotą sporu w niniejszej sprawie nie była kwestia czy cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską, lecz czy złożone przez wykonawcę Grupa E wyjaśnienia winny być przez zamawiającego uznane za wystarczające, lub ewentualnie czy zamawiający, mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień, był zobligowany do skierowania do odwołującego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Co wymaga również podkreślenia, w postępowaniu odwoławczym w którym przedmiotem zarzutu są kwestie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy, Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji dotyczącej odrzucenia oferty tego wykonawcy, albowiem przedmiotem odwołania może być wyłącznie czynność lub zaniechanie zamawiającego. Co ważne w tym kontekście, ocena złożonych wyjaśnień odbywa się na podstawie wezwania, skierowanego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało zatem ustalenia, czy na podstawie złożonych przez odwołującego wyjaśnień zamawiający był uprawniony do zastosowania art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty, czy też winien wezwać wykonawcę do dalszych wyjaśnień.

Izba zwraca także uwagę, który to pogląd ugruntowany został w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsekwencją zapytania jest także przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Z momentem skierowania stosowanego pisma, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Odwołujący w treści odwołania wywodził, dokonując porównania poszczególnych cen ofertowych, że oszacowana wartość zamówienia jest zawyżona i nieadekwatna do cen obowiązujących na rynku. Odnosząc się do tych twierdzeń skład orzekający zwraca uwagę, że kwestionowanie zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień na obecnym etapie postępowania, należy uznać za spóźnione. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w oparciu o art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp, z tego powodu, że cena oferty odwołującego była niższa o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia, kierując do niego pismo datowane na dzień 11 czerwca 2019 r. Wykonawca Grupa E nie zakwestionował prawidłowości tego wezwania. Ponadto, jak wynika z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, możliwość żądania wyjaśnień w tym zakresie, aktualizuje się w każdym przypadku, jeżeli po stronie zamawiającego powstaną uzasadnione wątpliwości co do realności oferowanej ceny. Zamawiający miał więc takie uprawnienie, niezależnie od ziszczenia się przesłanki wynikającej z cytowanego przepisu art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp,

który w tym wypadku został zastosowany. Formułowane wątpliwości w zakresie szacunkowej wartości zamówienia nie mogą też prowadzić do wniosku, że w tym konkretnym przypadku zamawiający w sposób szczególny, z większą ostrożnością winien podejść do kwestii udzielanych wyjaśnień. Nie ma bowiem znaczenia dla oceny zamawiającego o ile cena oferty odbiega od szacunkowej wartości zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy, do którego kierowane jest wezwanie, jest wykazanie, niezależnie od zastosowanej podstawy prawnej wezwania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Co więcej, złożone w tym przedmiocie wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę. W zależności od stanu faktycznego danej sprawy, okoliczności, na jakich wykonawca opiera swoją argumentację w przedmiocie zaoferowanej ceny, winny być poparte stosownymi dowodami, albowiem o ocenie dostarczonych dowodów stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, pismem z 11 czerwca 2019 r., wezwał wykonawcę Grupa E do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przytoczył treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazując jednocześnie, że wątpliwości zamawiającego budzą w szczególności takie elementy jak cena oferowanych urządzeń (którymi są monitory w liczbie 1039 szt.) oraz inne składające się na przedmiot zamówienia koszty o których mowa w §3 ust. 2 Wzoru umowy (wśród nich wymienił: koszty usług, ceny oprogramowania wewnętrznego i udzielenia licencji, koszty transportu i ubezpieczenia urządzeń oraz koszty udzielenia gwarancji). Jak ustalił skład orzekający we wzorze umowy dla części trzeciej zamówienia (załącznik nr 3a do SIWZ), w §3 ust. 2 zamawiający wskazał, że cena podana przez wykonawcę za realizację zamówienia musi uwzględniać wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy, w tym cenę urządzeń i usług, koszty transportu oraz ubezpieczenia urządzeń będących przedmiotem umowy do miejsca przeznaczenia oraz koszt udzielenia gwarancji. Z kolei zgodnie z §2 ust. 2 urządzenia mają zostać dostarczone do siedziby zamawiającego i do siedzib jego oddziałów terenowych, w lokalizacjach i w ilościach wskazanych w OPZ. Tym samym z zapisów SIWZ jasno wynikało co składa się na przedmiot umowy i jakie elementy muszą zostać ujęte w cenie oferty. Co więcej, zamawiający w sposób precyzyjny sformułował swoje oczekiwania wskazując, że oczekuje od odwołującego przedłożenia szczegółowej kalkulacji w odniesieniu do wszystkich wymienionych powyżej elementów. O ile można się zgodzić z argumentacją odwołującego, że nie odniósł się w treści pisma do wszystkich wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp aspektów, bowiem nie wszystkie z nich zaistniały, podobnie w przypadku ceny oprogramowania wewnętrznego i udzielenia licencji, bo jak przyznał sam zamawiający na rozprawie ten element dotyczył części pierwszej i drugiej zamówienia i jedynie omyłkowo został przywołany w treści pisma, to już niezrozumiałym jest z jakich powodów odwołujący nie ustosunkował się w swoim piśmie do pozostałych kwestii. Wprawdzie odwołujący próbował dowodzić, że przedmiotem zamówienia jest standardowa dostawa sprzętu w postaci monitorów o ściśle określonych parametrach, a zatem kluczowym dla ustalenia czy cena w ofercie nie jest rażąco niska, jest cena jednostkowa pojedynczego monitora, a niejako oczywistym jest, że w cenie tej zawarte są pozostałe elementy składające się na przedmiot zamówienia, jednakże Izba nie może zgodzić się z tą argumentacją. Nie ulega wątpliwości, że na przedmiot zamówienia składało się kilka elementów, bezspornie też zamawiający poprosił odwołującego aby ten przedłożył szczegółową kalkulację co do poszczególnych pozycji zamówienia (to bowiem wynika z treści pisma). Obowiązkiem wykonawcy było taką kalkulację przedłożyć, a jeśli kwestionował treść wezwania zamawiającego, to winien co najmniej do niej się ustosunkować.

Po analizie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Grupa E w piśmie z 17 czerwca 2019 r. Izba stwierdziła, że sprowadzają się one do wskazania ceny oferowanego przez odwołującego monitora w przypadku, gdy zakupu dokonuje przeciętny konsument, nie uzyskujący dodatkowych rabatów (zgodnie ze źródłem ze strony internetowej) a także podania, że w niniejszym przypadku „producent udziela znaczącego rabatu, tym samym możliwy jest zakup produktu w kwocie wskazanej w tabeli". Ponadto odwołujący wskazał cenę zakupu 1 szt. monitora, podał wartość kosztów zakupu komponentów oraz procesu produkcji (zgodnie z tabelą stanowiącą załącznik nr 1 do pisma), koszty obsługi logistycznej, zysk wykonawcy (jako określone wartości kwotowe podane w tabeli stanowiącej załącznik nr 2 do pisma), przy czym informacje zawarte w piśmie oraz obu tabelach zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy. Wykonawca nie odniósł się do takich elementów składających się na cenę oferty jak: koszty usług, koszty transportu i ubezpieczenia urządzeń oraz koszty udzielenia gwarancji, a o te elementy niewątpliwie pytał zamawiający. Ponadto Izba zwróciła uwagę, że odwołujący nie wskazał na okoliczności wyjątkowe, właściwe tylko temu wykonawcy, pozwalające na tak znaczne obniżenie ceny. Z treści złożonych wyjaśnień wynika jedynie, że zamówienie polega na dostawie ponad 1000 szt. jednakowych produktów, a zatem możliwe jest uzyskanie niższej ceny. Z treści wyjaśnień nie wynika, że firma LG proponuje odwołującemu specjalny rabat, jako określony procent czy kwota. Tym samym należy dojść do wniosku, że wskazana okoliczność jest elementem występującym w tym przypadku po stronie wszystkich działających na rynku podmiotów, a nie jest przynależna jedynie odwołującemu.

Przekonującego argumentu nie może także stanowić fakt, że cena jednostkowa zakupu monitora dla przeciętnego konsumenta jest na określonym poziomie. Przede wszystkim wykonawca nie wykazał, jak ten fakt wpływa na wartość tego zamówienia, oprócz stwierdzenia, że w tym przypadku uzyskał nieokreślonej wysokości rabat. Co warte

podkreślenia to właśnie inne elementy takie jak: 36-miesięczna gwarancja, koszty dostawy czy też inne usługi związane z tym zamówieniem, mają znaczący wpływ na cenę jednostkową sprzętu. Tym samym ograniczenie wyjaśnień do podania ceny zakupu 1 szt. monitora LG, wskazując jako źródło stronę internetowej, jest w tym wypadku okolicznością bez znaczenia.

Odwołujący nie odniósł się w swoich wyjaśnieniach do kwestii, które należało uznać za kluczowe przy kalkulacji ceny ofertowej. Jak wynika z zapisu w Rozdziale 4 - Opis przedmiotu zamówienia, pkt 4.5. wykonawcy zobowiązani byli do udzielenia gwarancji na oferowany przedmiot zamówienia dla części III na okres co najmniej 36 miesięcy. Na co zwracał uwagę zamawiający, przedkładając również na rozprawie dowód w postaci wydruku ze strony internetowej producenta LG, standardowa gwarancja producenta obejmuje okres 24 miesięcy a nie jak tego oczekiwał zamawiający 36 miesięcy. Istotne zatem było aby wykonawca, udzielając wyjaśnień, przedstawił w jakim stopniu ta wydłużona gwarancja wpływa na kalkulację jego ceny ofertowej. Ponadto, co również podkreślał zamawiający na rozprawie, kluczową w tej sprawie kwestią jest, że zgodnie z SIWZ to na wykonawcy spoczywał obowiązek udzielenia gwarancji, a w rezultacie to po jego stronie powstają w tym zakresie koszty, które będzie musiał ponieść. Tymczasem wykonawca Grupa E w ogóle do tej kwestii nie odniósł się w złożonych wyjaśnieniach, kosztów tych nie wyspecyfikował. Z kolei na rozprawie twierdził, i przedłożył na tą okoliczność dowód w postaci oświadczenia producenta LG Electronics, że cena zakupu zawiera także 36-miesięczny serwis gwarancyjny producenta. Jak słusznie zauważył zamawiający wymagania odnośnie gwarancji były szersze niż to wynika ze standardowych warunków gwarancji LG. SIWZ zawiera szereg zapisów, z których wynikają dodatkowe obowiązki po stronie wykonawcy, w szczególności zamawiający zawarł je w załączniku nr 5 do Wzoru umowy - Warunki gwarancji i zasady świadczenia serwisu gwarancyjnego wykonawcy. Na mocy tych zapisów serwis gwarancyjny ma być świadczony w miejscu zainstalowania i eksploatowania urządzeń (gwarancja on-site) w siedzibie jednostki organizacyjnej zamawiającego, to jest w Zakładzie Głównym w Warszawie oraz w jednostkach terenowych w miastach: Białystok, Bydgoszcz, Gdańsk, Gorzów Wlkp., Katowice, Kielce, Kraków, Lublin, Łódź, Olsztyn, Opole, Poznań, Rzeszów, Szczecin i Wrocław. Ustalone zostały również warunki świadczenia serwisu gwarancyjnego tj.: przyjmowanie zgłoszeń nastąpi w dni powszednie między godziną 9:00 a 17:00 telefoniczne, faksem lub drogą elektroniczną a wykonawca będzie obowiązany potwierdzić przyjęcie zgłoszenia usterki faksem lub pocztą elektroniczną w terminie nie dłuższym niż dwie godziny od otrzymania zgłoszenia usterki; gwarantowana naprawa - w ciągu 14 dni roboczych; po stronie wykonawcy będą wszelkie koszty napraw i obsługi gwarancyjnej, w tym koszty transportu; jeśli w określonym terminie wykonawca nie będzie mógł przywrócić pełnej sprawności uszkodzonego urządzenia będzie miał obowiązek dostarczyć urządzenie zastępcze. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie wymienione wyżej czynności, do których zobowiązany został wykonawca, będą związane z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów, które muszą zostać przewidziane już na etapie składania ofert. Wyjaśnienia odwołującego, w odniesieniu do tego elementu zamówienia, nie zostały w ogóle złożone.

Analogiczne wnioski odnieść należy do innego elementu, składającego się na przedmiotowe zamówienie, w postaci kosztów dostawy. Wprawdzie w tabeli stanowiącej załącznik nr 2 do pisma wykonawca Grupa E wymienił, jako jedną z pozycji, koszty obsługi logistycznej, nie przedłożył jednak w tym zakresie żadnych dodatkowych wyjaśnień. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, że wystarczające było w tym zakresie wskazanie, że koszty te uwzględnił, albowiem instrukcja zamawiającego była jasna, nakazano przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów transportu. Nawet gdyby uznać, że na pozycję pn. koszty obsługi logistycznej składają się właśnie koszty transportu, nie jest wiadomym jak koszty te wykonawca skalkulował i w jaki sposób ich obniżenie wpłynęło na wartość całego zamówienia. Argumentację w zakresie kalkulacji kosztów tej pozycji odwołujący rozszerzył na rozprawie stwierdzając, że usługi transportu świadczone będą przez podwykonawcę - Cargosilesia. Na okoliczność, że wskazana w kalkulacji cena jest realna, w szczególności nie jest ceną rażąco niską, przedstawił jako dowód korespondencję mailową z przedstawicielem podwykonawcy, z której wynikają poszczególne koszty transportu do wskazanych przez zamawiającego lokalizacji. W odniesieniu do tego elementu Izba również stwierdziła, że wykonawca Grupa E nie wskazał na żadne wyjątkowe, dostępne tylko jemu okoliczności będące podstawą do kalkulowania ceny na wyjątkowo niskim poziomie. Okoliczności te nie mają takiego charakteru, aby samo ich wystąpienie uznać za cechę przynależną wyłącznie temu wykonawcy, wyróżniającą go od konkurentów. Bezspornie wielu wykonawców korzysta w zakresie dostawy sprzętu z usług firm logistycznych, które się w tym specjalizują. Sam zatem fakt korzystania z takich usług nie dowodzi, że warunki na których Cargosilesia zrealizuje przedmiotową dostawę będą szczególne, a cena za ten element jest konkurencyjna w porównaniu z innymi, oferowanymi przez podmioty ubiegające się o to zamówienie.

Podobnie postąpił odwołujący w odniesieniu do żądania zamawiającego dotyczącego wskazania kosztów ubezpieczenia oraz pozostałych usług. Co do pierwszego elementu treść udzielonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że albo wykonawca kosztów tych w swojej ofercie nie uwzględnił, lub też ujął je w innej pozycji, jednak okoliczność ta nie może być polem do domysłów zamawiającego, bowiem miała zostać wyspecyfikowana i skalkulowana.
W zakresie pozostałych usług zamawiający, na rozprawie, wymienił jako element usług dodatkowych załadunek i rozładunek sprzętu. Niewątpliwie element ten również wystąpił w treści SIWZ, tym samym odwołujący kalkulując cenę oferty winien go uwzględnić i przedstawić w swojej kalkulacji.

Skład orzekający podziela stanowisko zawarte w piśmie zamawiającego z 28 czerwca 2019 r., informujące wykonawcę Grupa E, że złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do utrwalonej linii orzeczniczej oraz stanowiska doktryny uznać należy, że jako „nieudzielenie wyjaśnień", o którym mowa w tym przepisie należy rozumieć także sytuacje, gdy wyjaśnienia są między innymi ogólne, wymijające, nie odpowiadają treści wezwania zamawiającego. W przypadku składania wyjaśnień w zakresie czy cena zaoferowana nie jest ceną rażąco niską, nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale muszą to być wyjaśnienia, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia powinny wyczerpująco wskazywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego obliczenia ceny oferty. Ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska, spoczywa bowiem na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, która została rozbudowana na rozprawie, że w świetle złożonych przez niego wyjaśnień zamawiający był wręcz zobligowany do wezwania go do złożenia wyjaśnień dodatkowych, skład orzekający zwraca uwagę, że przepisy ustawy Pzp dopuszczają możliwość zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie uzupełniających wyjaśnień. Należy jednak podkreślić, że ponowne zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu oferty może mieć miejsce przede wszystkim w sytuacji, w której wykonawca co do zasady starał się uczynić zadość wezwaniu zamawiającego, a zatem w sposób wyczerpujący odpowiedział na zadane pytania, ale pewne kwestie w dalszym ciągu wymagają ich dookreślenia. Dzieje się tak najczęściej gdy zamawiający, kierując zapytanie do wykonawcy, przytacza jedynie treść przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie precyzując jakie elementy składające się na cenę oferty są istotne i jakie winny być szczegółowo skalkulowane i wyjaśnione. W niniejszej sprawie zamawiający, obok wskazania właściwych przepisów ustawy Pzp, określił również jakie czynniki, mające wpływ na cenę oferty wykonawca zobowiązany jest wskazać i dodatkowo podkreślił, że w odniesieniu do tych pozycji zamówienia odwołujący ma przedłożyć szczegółową kalkulację ceny oferty. W odpowiedzi na tak sprecyzowane wezwanie odwołujący zobligowany był do przedstawienia wyjaśnień, dotyczących wyliczenia tych elementów kosztotwórczych, które występowały w przypadku kalkulacji ceny jego oferty. Odwołujący nie udzielił wyjaśnień, dopiero na etapie postępowania odwoławczego argumentował, że kalkulacja, którą zaprezentował jest wystarczająca dla uznania, że zaproponowana cena jest realna i ujęto w niej wszystkie elementy zamówienia, zaś pozostałe były zbędne. Izba pragnie zwrócić uwagę, że prowadzenie polemiki z treścią wezwania zamawiającego na etapie postępowania odwoławczego jest spóźnione.

Zauważyć także należy, w kontekście skierowanego zapytania, że zamawiający w piśmie podkreślił, że wyjaśnienia winny być poparte stosownymi dowodami. Fakt, że wyjaśnienia wymagają dowodów dla potwierdzenia okoliczności w nich zawartych wynika także wprost z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca użył bowiem w przepisie zwrotu „w tym złożenie dowodów". Ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty, co oznacza, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Brak wymienienia w ustawie przykładowych środków dowodowych nie zwalnia jednak wykonawców z obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń, jeżeli ich uzyskanie jest obiektywnie możliwe. Same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być bowiem uznane za w pełni obiektywne, gdyż składane są przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Mając na względzie brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak i treść wezwania do wyjaśnień z 11 czerwca 2019 r., nie budziło wątpliwości Izby, że zamawiający wymagał przedłożenia dowodów na poparcie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wręcz podkreślił obowiązek złożenia dowodów, tymczasem odwołujący nie złożył żadnych dokumentów uwiarygadniających przedstawioną kalkulację. Nie ulega również w ocenie Izby wątpliwości, że odwołujący taką możliwość miał, albowiem na rozprawie przedłożył dokumenty, które miały wskazywać na realność kalkulacji jego ceny ofertowej w odniesieniu do ceny jednostkowej zakupu monitora, serwisu gwarancyjnego, jak też kosztów transportu urządzeń do poszczególnych lokalizacji. W zakresie w jakim dowody te zostały przedstawione Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, że ich prezentowanie na rozprawie należało uznać za spóźnione. Dokumenty te nie mogły być wzięte pod uwagę jako materiał dowodowy, bowiem termin na złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oznacza, że wszelkie informacje i dokumenty muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania i umożliwić mu ocenę oferty. W rezultacie, na określonym etapie, zamawiający musi zdecydować czy złożona oferta podlega odrzuceniu z tego powodu, że zawiera rażąco niską cenę. Z tego też względu nie jest momentem właściwym, przedkładanie dowodów na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: