

WYROK

z dnia 28 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2020 r. przez wykonawcę APATOR spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - PGE Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Lublinie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą

w Warszawie oraz UAB Elgama - Elektronika z siedzibą w Wilnie, zgłaszających

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu - PGE Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Lublinie wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz UAB Elgama - Elektronika z siedzibą w Wilnie do udzielenia wyjaśnień odnośnie treści oferty i certyfikatu MID.

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

3. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 91b ust. 1 i art. 91a ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża w częściach równych zamawiającego - PGE Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Lublinie i wykonawcę APATOR spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu,;

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę APATOR spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - PGE Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Lublinie na rzecz wykonawcy APATOR spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 301/20

I. PGE Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Lublinie, w imieniu której działa i prowadzi postępowanie: PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Łódź (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej - liczniki komunalne w podziale na 2 zadania (części) dla Oddziałów PGE Dystrybucja S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Publicznych z dnia 3 lipca 2019 r., poz. 2019/S 126-309424. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa Pzp).

W dniu 13 lutego 2020 r. wykonawca APATOR spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ADD, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) ewentualnie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ADD do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty pomimo, że wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi - jeśli Izba uzna, że dopuszczalne jest ponownie wezwanie tego wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ADD pomimo, że nie odpowiada ona treści SIWZ;
- 4) art. 91b ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej Konsorcjum ADD pomimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu;
- 5) art. 91a ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej pomimo, że w Postępowaniu tylko Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, bowiem oferta Konsorcjum ADD powinna zostać odrzucona;
- 6) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

zarzuty ewentualne

7) art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ADD do uzupełnienia certyfikatu MID.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

I. Rażąco niska cena oferty Konsorcjum ADD

1. Konsorcjum ADD pismem z dn. 11.12.2019 r. zostało wezwane przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących kalkulacji cenowej oferty tego Wykonawcy dla zadania nr 2. Zamawiający wskazał, że „Wykonawca winien przedstawić szczegółowe wyjaśnienie wyliczenia ceny uwzględniające m.in. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, oryginalności projektu, koszty pracy - których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomoc publiczną udzielanej na podstawie odrębnych przepisów, przepisy prawa pracy i przepisy o zabezpieczeniu społecznym, przepisy prawa ochrony środowiska, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Wyliczenia winny obejmować m.in. koszty zakupu komponentów elektronicznych, komponentów z tworzyw sztucznych, koszty pracy, koszty organizacyjne i inne koszty odnoszące się do realizacji zadania. Do wyjaśnień należy dołączyć dowody potwierdzające, że zaoferowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

2. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest taką ofertę odrzucić. Zamawiający ma jednocześnie obowiązek uprzednio wezwać wykonawcę, który złoży taką ofertę do wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny oraz do złożenia dowodów, potwierdzających wyliczenie ceny lub kosztu. Z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wynika zaś domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie, jeżeli jej cena całkowita jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

1.1 Ogólnikowość wyjaśnień ceny Konsorcjum ADD

3. Odwołujący podnosił, że wyjaśnienia ceny złożone przez Konsorcjum ADD są na tyle ogólne i lakoniczne, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający powinien uznać, że nie złożono ich w ogóle. Co więcej, treść tych wyjaśnień wręcz potwierdza, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę jest rażąco niska.

4. Analizując wyjaśnienia Konsorcjum ADD należy w pierwszej kolejności zauważyć, że w skład Konsorcjum ADD wchodzi podmiot Elgama-Elektronika Sp. z o.o. LT-08300 Wilno, ul. Visorui 2 (dalej: „Elgama”), która została wskazana jako producent oferowanego licznika w zadaniu nr 2, licznika trójfazowego - G3M.144. Powyższa okoliczność ma niezwykle istotne znaczenie, bowiem w przeciwieństwie do dystrybutorów lub pośredników, podmiot będący producentem wyjaśniając cenę powinien wyczerpująco i szczegółowo wyjaśnić także koszty swojej produkcji, czego Konsorcjum ADD nie uczyniło. Kalkulacja ceny zależy od właściwości podmiotu, który składa ofertę i specyfiki danego zamówienia. W przypadku Konsorcjum ADD realizacja zamówienia będzie polegać na wyprodukowaniu, a następnie dostawie wyprodukowanych przez siebie urządzeń.

5. Konsorcjum ADD przedstawiło zdaniem Odwołującego bardzo ogólną kalkulację, bez odniesienia się do specyficznych uwarunkowań tego Wykonawcy, odzwierciedlających jego sytuację. Poszczególne koszty (pomijając rażący brak dowodów) zostały przedstawione (poza nielicznymi wyjątkami) w sposób niezwykle ogólny, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia, pokazania metodologii ich wyliczenia, sposobu kalkulacji. Dlatego też wyjaśnienia te nie poddają się żadnej weryfikacji, nawet w zakresie najistotniejszych kosztów. Warto zauważyć, że także Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając w wyroku KIO 13/20 o zasadności utajnienia wyjaśnień ceny przez Konsorcjum ADD również zarzuciła tym wyjaśnieniom ogólnikowość, co przemawiało za nakazaniem ich odtajnienia: „Podając koszty logistyki, produkcji czy inne koszty, Przystępujący podał wyłącznie przybliżone kwoty, bez odniesienia się do jakiś specyficznych uwarunkowań wykonawcy [...]. Podkreślić raz jeszcze należy, że Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie zawarł żadnej metodologii obliczenia ceny, żadnych szczegółowych informacji dotyczących kosztów zatrudnienia czy też zastrzeżonych jako poufne informacji handlowych związanych z nabyciem przedmiotu zamówienia. Zbiorcza wycena kilku elementów składających się na realizację zamówienia nie może być w analizowanym stanie faktycznym uznana za informację mającą wartość gospodarczą” (str. 41 uzasadnienia).

6. Odnosząc się do kategorii poszczególnych kosztów należy wskazać, że w ogóle nie ujęto w wyjaśnieniach ceny następujących kosztów:

1) koszty projektowania licznika energii elektrycznej oraz oprogramowania, w tym koszty

uzyskania certyfikacji MID, koszty badań, testów itd. - za wyjątkiem oprogramowania na urządzenia mobilne. Należy zauważyć, że licznik i oprogramowanie do niego, aby można było je wyprodukować i sprzedać powinny być najpierw zaprojektowane a dopiero wówczas można będzie wdrożyć je do produkcji. Liczniki już istniejące powinny być przynajmniej dostosowane do indywidualnych wymagań Zamawiającego w postępowaniu, co wymaga zmiany projektów i stanowi koszt, który każdy z wykonawców musi ponieść. Konsorcjum ADD poruszyło tę kwestię w pkt 4 załącznika nr 1 do wyjaśnień, wskazując, że kosztu projektowania nie musi jednak ponosić bowiem: „Oferowany licznik G3M.144 był w momencie składania oferty rozwiązaniem gotowym i przetestowanym, jak również posiadał wymagany certyfikat MID, bowiem oferowany był już we wcześniejszych postępowaniach na liczniki komunalne w Polsce, w tym w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez

Zamawiającego. Ze względu na spójność, co do wymagań technicznych w kolejnych postępowaniach, nie było potrzeby prowadzenia wykonywania znaczących prac deweloperskich czy projektowych. Koszty oszczędności z tego tytułu można szacować na ok. 2.580.000 PLN netto [...]”. Odnosząc się do tej argumentacji należy wskazać, że:

- a) koszt wykonania projektu oferowanego licznika nigdy nie został rozliczony przez tego Wykonawcę, bowiem nigdy Elgama czy też inny podmiot (pośrednik) nie wygrał postępowania przetargowego w Polsce oferując ten licznik, wobec czego nie dostarczał tych liczników, a Elgama nie uzyskała wynagrodzenia, które pozwoliłoby jej sfinansować koszty projektu tego licznika. Sam udział w postępowaniu przetargowym nie finansuje kosztów, a jedynie je zwiększa (z cytowanych wyjaśnień wynika, że była potrzeba wykonania prac przy kolejnych postępowaniach, ale nie były one znaczące). Kolejne udziały w kolejnych postępowaniach wymagają kolejnych dostosowań, a co za tym idzie poniesienia kolejnych kosztów, które w przypadku przegranej tylko powiększają nieskompensowane koszty projektowania, co umknęło Konsorcjum ADD. Zatem koszty projektowania obejmują koszt pierwotnego projektu i koszt kolejnych projektów zmieniających. Podsumowując, w ocenie Odwołującego Konsorcjum ADD bezwzględnie powinno ująć w wycenie koszt projektu i jego zmian, czego nie uczyniło, a co wynika wprost z wyjaśnień;
- b) sama okoliczność, że na moment składania oferty licznik by rozwiązaniem gotowym i przetestowanym niczego nie wnosi, bo inaczej być nie mogło -

Zamawiający żądał przecież próbek licznika, a to tylko dodatkowo potwierdza konieczność poniesienia kosztów. Ponadto nie sposób sobie wyobrazić sytuacji, aby oferować w Postępowaniu produkt nieistniejący przy wymaganych terminach realizacji dostaw, zważywszy na konieczność pozyskania certyfikatów MID itd.;

- c) pomimo przyznania przez Konsorcjum ADD potrzeby zmian w projekcie pod kątem

konkretnego postępowania, to Wykonawca ten nie ujął nawet kosztów dostosowania projektu do wymagań niniejszego Postępowania - nie ujęto żadnych kosztów projektowych, abstrahując od konieczności ujęcia przez tego Wykonawcę kosztów także nierozliczonego projektu pierwotnego. A ponadto, zmiany projektu wymagają również poniesienia kosztów przeprowadzenia testów, badań itd.;

- d) Konsorcjum ADD wskazuje, że zaoszczędziło dzięki powyższym okolicznościom

2.580.000 PLN netto (w przeliczeniu na każdą sztukę licznika 5,97 PLN netto), jednakże zaoszczędzić nie mogło, bo tych kosztów nigdy nie rozliczyło ze sprzedaży, bowiem tego

produktu nigdy nie dostarczało. Co niezmiernie istotne, po doliczeniu kwoty 5,97 PLN netto do kwoty sumy kosztów, jakie Konsorcjum ADD wykazało w wyjaśnieniach ceny, tj. 60,95 PLN netto (ostatnia strona załącznika nr 1 do wyjaśnień ceny), otrzymujemy kwotę 66,92

PLN netto - czyli kwotę wyższą, niż kwota zaoferowana przez tego Wykonawcę, tj. 64,98 PLN netto. To już pokazuje, że cena oferty Konsorcjum ADD jest rażąco niska;

- e) Konsorcjum ADD musiało także pozyskać certyfikat MID (dokument wymagany w Postępowaniu) bezpośrednio przed składaniem ofert w Postępowaniu, bowiem ważność poprzedniego certyfikatu MID dla tego produktu wygasła z dniem 27.08.2019r. Należy przy tym zauważyć, że certyfikat MID dla zaoferowanego licznika był pozyskiwany/zmieniany wielokrotnie, co powodowało powstanie kosztów związanych z każdorazowym jego pozyskaniem, testami, badaniami itd. Tymczasem Konsorcjum ADD nie wykazało żadnych kosztów pozyskania certyfikatu i pozostałych kosztów związanych ze zmianami projektu (testy, badania itd.);

2) koszty pracy - Konsorcjum ADD w swojej kalkulacji nie przedstawiło żadnych kosztów pracy i nie wykazało, że koszty pracy - których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. W zakresie kosztów pracy Konsorcjum ADD wskazało hasłowo na str. 5 wyjaśnień ceny: „W przypadku charakteru zamówienia

jakim są dostawy koszty pracy i zatrudnienia nie odgrywają tu większego znaczenia i nie mają przełożenia na cenę. Podkreślić jednak należy, że pracownicy zatrudnieni w fabryce na Litwie, otrzymują wynagrodzenia, zgodnie z przepisami prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Analogicznie, co zostało uwzględnione w kalkulacji przedmiotu zamówienia, osoby zatrudnione przez Lidera Konsorcjum przy realizacji zamówienia, otrzymywać będą wynagrodzenie nie niższe od minimalnego wynagrodzenia. Takie wyjaśnienia Konsorcjum ADD są wadliwe, ponieważ:

a) realizacja zamówienia w przypadku tego podmiotu polega także na produkcji a nie tylko na „przerzuceniu” pudełek z licznikami zakupionych u kogoś innego (dostawie). A to powoduje, że koszty zatrudnienia osób do produkcji liczników muszą zostać poniesione i są to bardzo istotne koszty. Kwalifikacja zamówienia jako dostawy służy Zamawiającemu przede wszystkim dla ustalenia, jakie przepisy należy stosować. Zaś kalkulacja ceny zależy od właściwości podmiotu, który składa ofertę i specyfiki danego zamówienia. W przypadku Konsorcjum ADD realizacja zamówienia powinna polegać na wyprodukowaniu przez Elgamę, a następnie dostawie wyprodukowanych urządzeń. Konieczność wyprodukowania urządzeń skutkuje potrzebą ujęcia kosztów produkcji w wyjaśnieniach ceny,

b) nie przedstawiono żadnej kalkulacji kosztów zatrudnienia pracowników, ani nie przedstawiono żadnych dowodów na wykazanie stawek zatrudnienia. Nie wykazano, aby Konsorcjum ADD zatrudniało osoby po stawkach wyższych niż minimalne, ale również nie wykazano, że stawki po których rzeczywiście zatrudnia osoby pozwalały uznać, że zaferowana cena pozwala pokryć te koszty. 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 produkcji. W tym zakresie brakuje wyjaśnień, brakuje jakiegokolwiek kalkulacji, która dawałaby jakąkolwiek podstawę do wnioskowania, że została ona dokonana w sposób prawidłowy. Na marginesie trzeba podkreślić, że przy dzisiejszym rynku pracowniczym zatrudnianie za wynagrodzeniem odpowiadającym wynagrodzeniu minimalnemu jest nierealne,

c) kalkulacja zatrudnienia pracowników jest związana z procesem produkcji liczników i zasygnalizować w tym miejscu należy, że również w zakresie kosztów produkcji i kalibracji Konsorcjum ADD nie przedstawiło żadnej kalkulacji i dowodów, choć stanowią one bardzo istotny koszt (6,218 netto PLN za sztukę licznika),

d) to pokazuje, że w wyjaśnieniach tych jest pewien „systemowy” problem z wykazaniem kosztów, przedstawieniem ich metodologii liczenia i dowodami w zakresie związanym z tym etapem, który związany jest ogólnie z produkcją (projekty, zatrudnienie pracowników, zorganizowanie parku maszynowego, hal, magazynów, procesu produkcji, funkcjonowania przedsiębiorstwa jako takiego i związanych z tym kosztów), natomiast położony jest większy nacisk na proces dostawy (transport), choć stanowi on znacznie mniejszy koszt;

2) koszty ogólnozakładowe - koszty obsługi kadrowej, księgowej, prawnej, kadry kierowniczej, które są normalnymi kosztami funkcjonowania każdego przedsiębiorstwa oraz wynagrodzenie pracowników i utrzymanie ich biur, które jest związane z realizacją zamówienia zgodnie z wymaganym standardem oraz przepisami prawa, koszty pozostałych działań pośrednio zaangażowanych w proces wytworzenia liczników - działy: zakupów i logistyki, pomiarów i testów, technologiczny, utrzymania ruchu magazynów, itd.;

3) koszty pozyskania/wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i finansowania zamówienia - zgodnie z pkt 6.1.1 SIWZ „Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny zobowiązania brutto wynikającego z umowy odpowiednio dla zadania, które Wykonawca będzie realizował”. Ponadto zamówienie o tej wartości wymaga najpewniej finansowania zewnętrznego - kredyt obrotowy, co stanowi kolejny istotny koszt. Zauważyć przy tym należy, że jeśli Konsorcjum ADD było by w stanie sfinansować zamówienie bez zewnętrznego finansowania, to byłaby to istotna i sprzyjająca dla tego Wykonawcy okoliczność realizacji zamówienia, którą wówczas podniesiono by w wyjaśnieniach ceny. Tymczasem kwestię tę przemilczano.

7. Odnosząc się do poszczególnych punktów wyjaśnień ceny:

1) pkt 1 załącznika nr 1 - „Oszczędność metody wykonania zamówienia, a w tym koszty zakupu komponentów elektronicznych, komponentów z tworzyw sztucznych oraz kalkulację cenową

a) Konsorcjum ADD wskazało: „[...] większościovym udziałowcem spółki U AB Elgama-Elektronika jest Limited Company Jiangsu Linyang Energy co. Ltd. — jeden z największych pod względem ilości producent elektronicznych liczników energii elektrycznej na świecie.

Ogromny wolumen produkcji, rzędu 12 milionów liczników rocznie, przekłada się na równie

duże ilości kupowanych komponentów elektronicznych bezpośrednio od producentów. Fakt ten, w połączeniu z maksymalnym możliwym zunifikowaniem platform pomiarowych, czyli stosowaniem wedle możliwości dokładnie takich samych komponentów w różnych modelach liczników, pozwala na osiągnięcie najniższych możliwych cen hurtowych na wszystkie

stosowane komponenty elektroniczne w produkowanych licznikach".

Odnosząc się do tego punktu wyjaśnień należy Odwołujący zauważać, że:

a) pomimo podniesionego twierdzenia nie wykazano stopnia zunifikowania platform i

możliwości użycia takich samych komponentów w licznikach (używa się nic nie mówiących ogólników - „maksymalne możliwe”, „wedle możliwości”), a w konsekwencji nie wykazano oszczędności, jakie może poczynić Elgama na produkcji oferowanego licznika, nie podano żadnych kwot,

b) ponadto oświadczenie to odnosi się wyłącznie do elementów elektronicznych („Elgama-Elektronika została bezpośrednio włączona do łańcucha dostaw spółki Limited Company Jiangsu Linyang Energy co. Ltd. i może nabywać wszelkie potrzebne do produkcji elementy elektroniczne praktycznie w cenie zakupu ich przez spółkę Limited Company

Jiangsu Linyang Energy co. Ltd”),

c) w zakresie dowodów załączonych na okoliczność wykazania cen komponentów Odwołujący zawarł swoje stanowisko poniżej, a w tym miejscu należy zaznaczyć niewiązący charakter załączonej wstępnej informacji handlowej;

d) podsumowując, nie wykazano żadnych oszczędności - nie podano żadnych kwot zaoszczędzonych oraz nie przedstawiono żadnych dowodów, aby potwierdzić podniesione okoliczności;

2) pkt 2 załącznika nr 1 - „Wybrane rozwiązania techniczne”:

a) Konsorcjum ADD wskazało, że jako główny mikroprocesor w liczniku zastosowany został HiTrend HT6025 oraz, że zastosowany mikroprocesor, przy spełnianiu w pełni wymaganych funkcjonalności, jest prawie trzykrotnie tańszy od mikroprocesora zastosowanego w liczniku oferowanym przez Apator. Należy podnieść, że twierdzenie to jest zupełnie bezpodstawne, bowiem przedstawione przez niego różnice cenowe nie mają żadnego odzwierciedlenia w rzeczywistości. Porównania te są zupełnie mijające się z prawdą i bazują one na cenach dla 1000 sztuk dla klientów indywidualnych. Wycena taka zależy od polityki cenowej dostawcy i nijak ma się do cen oferowanych w relacjach B2B,

b) najbardziej zaskakująca jest jednak okoliczność, że w zaoferowanym przez Konsorcjum ADD liczniku G3M.144 wykorzystywany jest inny procesor, niż wskazany w wyjaśnieniach, zgodnie z dokumentacją techniczną udostępnioną we wcześniejszych postępowaniach, w których oferowany był ten licznik (Konsorcjum ADD zastrzegło w niniejszym Postępowaniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość dokumentami technicznej licznika, więc Odwołujący nie ma możliwości jej weryfikacji);

3) pkt 3 załącznika nr 1 - „Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia

a) Konsorcjum ADD podnosi, podobnie jak przy pkt 1, że „platformy sprzętowe z rodziny liczników GAMA 300 (na które składają się: obudowy, pokrywy zacisków, procesory, pamięci flash, kondensatory, super kondensatory itp.) w zdecydowanej większości zostały zunifikowane i korzystają w większości z tych samych komponentów”. To twierdzenie nic jednak nie wnosi, bowiem nie przedstawiono żadnych dowodów, a przede wszystkim nie wykazano żadnych oszczędności i w ogóle z twierdzenia tego nie wynika, w jakim stopniu, i czy w ogóle zaoferowany licznik G3M.144 podlega tejże unifikacji. Wyjaśnienia te są lakoniczne i nie zawierają żadnych konkretnych,

b) warto przy tym zauważyć, że Konsorcjum ADD ma na pewno niesprzyjające warunki realizacji zamówienia w postaci marży Lidera tego Konsorcjum,

c) podsumowując, Konsorcjum ADD przedstawiło lakoniczne twierdzenia, a tym samym nie wykazało jakichkolwiek sprzyjających okoliczności realizacji zamówienia;

4) pkt 4 załącznika nr 1 - „Oryginalność projektu

a) rozważania w tym zakresie przedstawiono powyżej, opisując brak ujęcia w kalkulacji kosztów projektowania licznika energii elektrycznej oraz oprogramowania. Podsumowując, bezpodstawnie nie ujęto żadnych kosztów wytworzenia projektów i oprogramowania,

pozyskania certyfikatów MID, testów, badań itd. Uzupełniająco należy dodać, że twierdzenie o obniżeniu kosztów zarówno elementów wykorzystywanych do produkcji, jak też kosztów i czasu samego procesu produkcyjnego (ustawianie maszyn SMD, form wtryskowych itp.) nie zostało w żaden sposób wyjaśnione i udowodnione,

5) pkt 5 załącznika nr 1 - „Przepisy prawa ochrony środowiska”:

a) jest to jedyny koszt w całej kalkulacji Konsorcjum ADD dla którego przedstawiono adekwatny dowód i dotyczy on kosztu, który zgodnie z kalkulacją Konsorcjum ADD stanowi jedynie 0,006% wartości całej oferty;

6) pkt 6 załącznika nr 1 - „Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy”:

a) Konsorcjum ADD wyjaśnia, że „NMG S.A. jest podwykonawcą w zakresie dostarczenia aplikacji mobilnej na system Android [...]. Zgodnie z umową wynegocjowaną pomiędzy Konsorcjum a podwykonawcą, rozliczenie następuje per każda sztuka dostarczonego licznika”, jednakże, co zastanawiające, nie przedstawia jako dowodu umowy na którą się powołuje. Konsorcjum ADD dysponuje przecież tym dowodem, bo jest jego stroną (albo któryś z konsorcjantów). Za naturalne i oczywiste należało uznać jego załączenie do wyjaśnień. Koszt udzielania licencji jest znacznym kosztem i przedstawiony koszt wydaje się zaniżony, zważywszy na powierzenie realizacji tej części zamówienia zewnętrznemu podmiotowi;

7) pkt 2 załącznika nr 1 - „Koszt produkcji i kalibracji: 6,218 PLN netto”:

a) nie przedstawiono w tym zakresie żadnej kalkulacji, żadnej metodologii wyliczenia kosztów, sposobu kalkulacji, żadnych dowodów, choć jest to bardzo istotny, podstawowy koszt. Konsorcjum ADD:

1.1 nie wykazało, że uwzględniło koszty pozyskania i obsługi linii produkcyjnej - aby móc produkować licznik każdy z producentów musi dysponować odpowiednią linią produkcyjną do montażu zaoferowanych liczników, która uwzględni wszystkie konieczne procesy do produkcji tego licznika m.in złożenie mechaniczne, kalibracja, parametryzacja, ocena zgodności, pakowanie, zgrzewanie licznika. Zakup nowej linii do montażu tego typu licznika energii elektrycznej to koszt ok. 3 mln zł netto. Konsorcjum ADD nie wykazało, aby taką linią produkcyjną dysponowało i nie wykazało kosztu amortyzacji takiej linii produkcyjnej. Tymczasem jest to olbrzymi koszt, który trzeba ponieść, aby móc produkować liczniki;

1.2 nie wykazało, że uwzględniło koszty robocizny osób zatrudnionych przy linii produkcyjnej (monterzy, młodszy monterzy itd.);

1.3 nie wykazało, że uwzględniło koszt hali/hal produkcyjnych - linie produkcyjne do produkcji liczników muszą być zamontowane w odpowiedniej hali/halach o powierzchni/łącznej powierzchni ok. 11 000 m<sup>2</sup>. Koszt budowy takiej hali/hal oraz zakup gruntu pod halę to ok. 25 mln zł netto. Konsorcjum ADD zapewne nie wykazało, aby taką halą produkcyjną dysponowało lub nie wykazało kosztu nabycia/amortyzacji takiej hali i gruntów oraz ich utrzymania. Tymczasem jest to olbrzymi koszt, który trzeba ponieść, aby móc produkować liczniki;

8) pkt 3 załącznika nr 1 - „Koszt logistyki do magazynu dystrybucyjnego w Polsce: 0,8 PLN netto”:

a) w wyjaśnieniach ceny nie przedstawiono w tym zakresie żadnej kalkulacji, żadnej metodologii wyliczenia kosztów, sposobu kalkulacji ani dowodów;

9) pkt 4 załącznika nr 1 - „Koszt logistyki z magazynu w Polsce do siedziby Zamawiającego: 0,92 PLN netto”:

a) nie uwzględniono ryzyka wynikającego z uprawnienia Zamawiającego wynikającego z 5.5 ust. 3 wzoru umowy: „Zamawiający na każdym etapie wykonywania Umowy/ zastrzega sobie prawo do zmiany miejsca dostawy, w tym poprzez wyznaczenie dodatkowych miejsc dostawy, przy czym miejsce to może być wyznaczone jedynie na terytorium działalności PGE Dystrybucja S.A. na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Zmiana miejsca dostawy może następować wielokrotnie w toku Umowy i dotyczyć zarówno wszystkich przyszłych dostaw jak i jedynie niektórych z nich

10) pkt 5 załącznika nr 1 - „Koszt wdrożenia, obsługi gwarancyjnej, czynności związanych z kierowaniem projektu etc.: 2,5 PLN netto”:

a) w wyjaśnieniach ceny nie przedstawiono w tym zakresie żadnej kalkulacji, żadnej metodologii wyliczenia kosztów, sposobu kalkulacji ani dowodów.

8. Konsorcjum ADD w wyjaśnieniach ceny zaprzeczyło, aby zaoferowana cena była rażąco niska, jednakże nie sprostało ono swojemu obowiązkowi wynikającemu z dyspozycji art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Złożone przez Konsorcjum ADD 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 SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na Konsorcjum ADD bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona - czego nie uczynił. Nadto wskazać należy, iż 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. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt KIO 747/19). Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera zatem dwie odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Po pierwsze, brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty niezależnie od ustalenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (część alternatywy: nie złożył wyjaśnień). Drugim przypadkiem jest natomiast ustalenie na podstawie złożonych wyjaśnień, że cena oferty lub koszt jest rażąco niska (część alternatywy: lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia).

## 1.2 Brak dowodów

9. Wyjaśnienia ceny Konsorcjum ADD nie zostały poparte dowodami (za wyjątkiem marginalnego kosztu dotyczącego wprowadzania do obrotu zużytego sprzętu).

Konsorcjum ADD jako załączniki do wyjaśnień załączyło następujące dokumenty (cytujać za Konsorcjum ADD):

1) Dokument nr 1 Korespondencja pomiędzy U AB Elgama Elektronika a P. J. H., Wiceprezesem Lin Yang Energy;

2) Dokument nr 2 - Oferta cenowa komponentów do produkcji licznika G3M.144

3) Dokument nr 3 - Umowa pomiędzy ADD Polska a Biosystem S.A.

10. Odnosząc się do Dokumentu nr 1 (Korespondencja pomiędzy U AB Elgama Elektronika a P. J. H., Wiceprezesem Lin Yang Energy) należy zauważyć, że:

1) dokument ten datowany jest na dzień 18 grudnia, a więc po składaniu ofert w Postępowaniu oraz po wezwaniu Konsorcjum ADD do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Nie ulega zatem wątpliwości, że Konsorcjum ADD nie skalkulowało ceny przed złożeniem oferty w sposób staranny i na podstawie odpowiednich ofert, lecz dopiero po wezwaniu do złożenia wyjaśnień podjęło starania w celu pozyskania stosownych dowodów;

2) korespondencja z Panem J. H. nie posiada żadnej historii. Pan J. H. przesłał emaila do Pana T. R., jednakże brakuje wiadomości na którą odpowiada Pan J. H. . Nie znając pytania/prośby kierowanej do tej osoby nie można oprzeć się na tej korespondencji, ponieważ treść zapytania może mieć istotne znaczenie dla zinterpretowania odpowiedzi;

3) Pan J. H. powołuje się na ustalenia przed aukcją, jednakże ustaleń tych do wyjaśnień nie załączono;

4) w korespondencji wskazuje się, że „To są nasze najlepsze 'możliwe obecnie ceny, które osiągamy w naszym głównym łańcuchu dostaw". Wobec powyższego ceny te nie mają cechy trwałości, ani nie są w żaden sposób zapewnione na okres realizacji zamówienia w

przypadku pozyskania go przez Konsorcjum ADD. Z korespondencji tej wynika jedynie

aktualny na dzień 18.12.2020r. poziom cen, a tymczasem powinien on być zabezpieczony na okres realizacji zamówienia. Warto zauważyć, że także Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając w wyroku KIO 13/20 o zasadności utajnienia wyjaśnień ceny przez Konsorcjum ADD wskazała: „Z przedłożonej przez Przystępującego korespondencji wynika wyłącznie, iż na moment jej przykazywania podmiot chiński może sprzedawać wymagane elementy do liczników w określonych cenach. Nie zawarto w korespondencji informacji o oferowanych rabatach, szczególnych upustach związanych z określonymi relacjami handlowymi. Jest to

wyłącznie pewnego rodzaju wstępna oferta handlowa" (str. 40 uzasadnienia). Konsorcjum ADD powinno dysponować konkretnymi cenami na podstawie oferty pozyskanej przed złożeniem oferty w Postępowaniu, na podstawie której miało by zagwarantowane poziom cen na okres niezbędny do zrealizowania zamówienia. Brak wiążącej oferty powoduje, że nie ma żadnej pewności, że ceny jakie będzie mogła uzyskać Elgama - Elektronika od Lin Yang Energy nie ulegną znaczeniu podwyższeniu w późniejszym okresie. Konsorcjum ADD złożyło wyłącznie wstępną informację handlową, na podstawie której nie sposób uznać, że udowodniło wysokość kosztów zakupu komponentów;

5) w korespondencji tej brak jednoznacznego odwołania się do informacji na temat Postępowania;

6) w świetle powyższego przedmiotowy dowód jest nieadekwatny i potwierdza jedynie ceny aktualne na dzień 18.12.2019r., a nie ceny jakie Konsorcjum ADD zapewniło sobie na okres potrzebny do produkcji liczników w razie pozyskania zamówienia;

7) z treści tego dokumentu nie wynika w żadnej mierze, aby był on wiążący, w tym na okres czasu konieczny do realizacji zamówienia.

11. W zakresie kolejnego dowodu - Oferta cenowa komponentów do produkcji licznika G3M.144

należy podnieść, że:

1) dokument ten stanowi załącznik do Dokumentu nr 1 (emaila Pana J. H. do Pana T. R. z 18.12.2019r.), a zatem zgodnie z treścią tego emaila zawiera ceny aktualne na dzień przesłania tej korespondencji („To są nasze najlepsze możliwe obecnie ceny [...]. Nie są zatem znane ceny obowiązujące w okresie ewentualnej realizacji zamówienia. A tym samym przyjęte koszty nie zostały udowodnione;

2) Konsorcjum ADD bezpodstawnie dokument ten nazwało „Ofertą cenową”, podczas gdy nie jest to żadna oferta tylko informacja handlowa i to o wstępnym charakterze;

3) dokument ten nie określa żadnego wolumenu poszczególnego asortymentu niezbędnego do prawidłowej realizacji zamówienia, co nie wykazuje dostępności materiałów w pełnym wymaganym zakresie. Jest to o tyle istotne, że przedmiot zamówienia opiewa na bardzo dużą liczbę liczników. Oznacza to, że obecna wycena oferty została dokonana w sposób nierzetelny i nieprawidłowy oraz nie wykazuje rzeczywistych kosztów niezbędnych do poniesienia przez Konsorcjum ADD w celu realizacji zamówienia;

4) podsumowując powyższe okoliczności dyskwalifikują ten dowód i świadczą o tym, że został on pozyskany od zaprzyjaźnionego dostawcy, lecz bez pokrycia.

12. Co do dokumentu nr 3 należy zauważyć, że dotyczy on kosztu, który zgodnie z kalkulacją Konsorcjum ADD stanowi jedynie 0,006% wartości całej oferty. Zastanawiające jest zatem w wyjaśnieniach ceny Konsorcjum ADD, że Wykonawca ten przedstawia dowód dotyczący marginalnego kosztu dla kalkulacji ceny, stanowiący promil jej wartości, a jednocześnie nie przedstawia dowodów dla innych, niezwykle istotnych pozycji kosztowych. Konsorcjum ADD nie udowodniło pełnych kosztów wykonania zamówienia (oprócz kosztów zagospodarowania zużytych urządzeń).

13. W ocenie Odwołującego, w przypadku wyjaśnień ceny nieodzowne było załączenie do wyjaśnień jednoznacznych i przekonujących dowodów na wykazanie wysokości kosztów m.in. w zakresie:

1) kosztów prac projektowych, testów i badań oraz pozyskania certyfikatu MID i jego zmian (np. umowy, oferty),

2) kosztów nabycia oprogramowania (np. umowy, oferty),

3) kosztów zatrudnienia osób do procesu produkcji liczników (np. umowy),

4) kosztów pozyskania hal (umowy, dokumentacja księgowa),

5) kosztów funkcjonowania linii produkcyjnych (np. umowy, oferty, dokumentacja księgowa),

6) kosztów zakupu komponentów do produkcji liczników (np. umowy, oferty),

7) kosztów pozyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy i finansowania (np. umowy, oferty),

- 8) kosztów zatrudnienia podwykonawców,
- 9) oraz przedstawienie dowodów, że Konsorcjum ADD posiada sprzyjające warunki realizacji zamówienia w danym aspekcie.

14. Warto zauważyć, że Elgama jako producent zaoferowanych liczników (w ofercie wskazano na miejsce produkcji liczników - str. 491) miała oczywiście dostęp do informacji i dowodów dotyczących kosztów produkcji, bo są to jej własne koszty. Nic zatem nie stało na przeszkodzie, aby stosowne dowody złożyć. W konsekwencji należy uznać, że cena zaoferowana przez Konsorcjum ADD jest rażąco niska i oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

### 1.3 Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień

15. Celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

jest ustalenie przez Zamawiającego faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, inne ustalenia przesadzają o tym, że cena lub koszty są rażąco niskie. Powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1130/18). O istnieniu rażąco niskiej ceny świadczy także brak jakichkolwiek nadzwyczajnych warunków dostępnych jedynie dla Konsorcjum ADD, które pozwoliły temu Wykonawcy zrealizować zamówienie za cenę tak niską cenę.

16. W orzecznictwie podnosi się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinno być skierowane przede wszystkim do wykonawcy, który rzetelnie udziela odpowiedzi na uprzednie wyjaśnienia. Trudno się z tym poglądem nie zgodzić. Jeśli wykonawca nie wykazuje inicjatywy w wykazaniu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, to takie działanie nie powinno zasługiwać na ochronę. Prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2014, sygn. akt KIO 725/14). Na element „rzetelności” zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza także w wyroku z dnia 12 maja 2014, KIO 785/14, wskazując, że zamawiający nie musi wielokrotnie wzywać do wyjaśnień, który od początku składa wyjaśnienia ogólnikowe, wymijające i nieprzekonywujące, ale powinien wysłuchać wykonawcy, który składa wyjaśnienia sumiennie - dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy zamawiający nie zadaje konkretnych pytań. Podobnie w wyroku z dnia 7 kwietnia 2014, KIO 572/14 Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że: Jednak w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niejasne lub miało charakter ogólny, skutkiem czego wyjaśnienia wykonawcy nie są dostateczne, zamawiający może zadać dodatkowe pytanie. W podobnym tonie wypowiedział się także Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (V Ga 122/10). Zdaniem Izby dopuszczalne jest również dodatkowe badanie poszczególnych elementów wyjaśnień, lecz nie uzupełnianie wyjaśnień.

17. Zgodnie z przedstawionymi powyżej rozważaniami nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia Konsorcjum ADD nie były rzetelne. Powtórne wezwanie prowadziło do ich uzupełnienia ze względu na brak ujęcia w kalkulacji wszystkich kosztów lub ujęcia ich w niepełnej wysokości oraz brak dowodów. Tym niemniej jeśli Wysoka Izba uzna za dopuszczalne takie kolejne wezwanie, to konieczne byłoby wezwanie Konsorcjum ADD po raz kolejny do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny.

18. Podsumowując cena oferty Konsorcjum ADD jest w ocenie Odwołującego rażąco niska i oferty tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona.

## II, Zaniechanie odrzucenia oferty - certyfikat MID

### 45. Zamawiający w SIWZ:

1) w pkt 3.3.6 wskazał, że wymaga złożenia: „deklarację zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub HI) oraz pełną dokumentacją badań przeprowadzonych w ramach wymienionych modułów”,

2) w pkt 3.5 SIWZ zastrzegł: „Parametry oferowanych liczników jak m.in.: wartości znamionowe, w tym m.in. prądy, napięcia, temperatury pracy, klasa dokładności, stopień ochrony obudowy, będą sprawdzane na zgodność z wymaganiami załączonych deklaracji zgodności MID. wydanych przez uprawnioną jednostkę notyfikowaną, lub certyfikatu wydanego przez akredytowaną w odpowiednim zakresie jednostkę [...]”,

3) w pkt 3.9 postanowił: „Oferowane urządzenia posiadają deklaracje zgodności MID zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2016 r. nr 0 poz. 815)”.

46. Aby licznik mógł być wprowadzony do obrotu i użytkowania musi posiadać certyfikat zgodności MID, który wydawany jest przez Jednostkę Notyfikowaną. Wprowadzony na rynek przyrząd musi być zgodny z konstrukcją zatwierdzoną w certyfikacie MID, zgodnie z Dyrektywą 2014/32/UE i ustawą o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku z dnia 13 kwietnia 2016 (Dz.U. 2019 poz. 544) dalej „ustawa o systemach zgodności”, wprowadzającą Dyrektywę Parlamentu Europejskiego nr 2014/32/UE.

47. Konsorcjum ADD złożyło wyjaśnienia ceny (pkt 2 załącznika nr 1 - „Wybrane rozwiązania techniczne”), w których wskazało, że jako główny mikroprocesor w liczniku zastosowany został HiTrend HT6025. W zaoferowanym przez Konsorcjum ADD liczniku G3M.144, zgodnie z certyfikatem MID, wykorzystywany jest inny procesor, niż wskazany w wyjaśnieniach. Zgodnie z dokumentacją techniczną tego licznika udostępnioną wcześniej w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia (Konsorcjum ADD zastrzegło w Postępowaniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość dokumentacji technicznej licznika, więc Odwołujący nie ma możliwości jej weryfikacji), w liczniku tym stosowany jest procesor HiTrend HT6015.

48. Kolejną niezgodność stanowi wyświetlacz - według certyfikatu MID w liczniku zastosowany jest wyświetlacz LCD 4COMx32SEG, a według danych przedstawionych w wyjaśnieniach ceny stosowany jest wyświetlacz LCD LY5.907.001091, 8COM, 3.0V. Najistotniejszą różnicą jest tutaj liczba COMów w wyświetlaczach - 4 według certyfikatu MID i 8 według wyjaśnień Konsorcjum ADD, co powoduje, że wyświetlacze te nie mogą być stosowane zamiennie.

49. Zaoferowanie licznika niezgodnego z certyfikatem MID powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum ADD jako sprzecznej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeśli zaś Wysoka Izba uzna, że dopuszczalne jest uzupełnienie certyfikatu MID, to Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum ADD do uzupełnienia

certyfikatu MID w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

III. Wadliwość zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz samej aukcji

Podsumowując, zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ADD, jak również wadliwie przeprowadzone badanie i ocena tej oferty powinny skutkować uznaniem, że został

naruszony art. 91b ust. 1 i 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do aukcji

elektronicznej Konsorcjum ADD i jej przeprowadzenie, pomimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu, a tylko Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Wobec

tego zaproszenie do aukcji elektronicznej i przeprowadzona aukcja elektroniczna powinny

zostać unieważnione.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum ADD w zadaniu 2;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum ADD w zadaniu 2;
- 4) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji

elektronicznej z dn. 3.02.2020r. i unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 7.02.2020r.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosil o oddalenie odwołania.

Przed wszystkim zdaniem Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie sposób uznać, że Konsorcjum ADD nie złożyło wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Twierdzenia o ogólnikowości i lakoniczności wyjaśnień Konsorcjum ADD są całkowicie chybione. W oparciu o rzeczony wyjaśnienia Zamawiający mógł przeprowadzić analizę zaoferowanej ceny pod kątem zarzutu jej rażącego zaniżenia.

Warto na wstępie odnotować, że w toku postępowania zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Apator S.A. (kwota brutto 51.539.772,42 zł) oraz oferta Konsorcjum ADD Polska Sp. z o.o. oraz UAB ElgamaElektronika (kwota brutto 48.872.456,36 zł). W związku z wyrokiem KIO z 20 stycznia 2020 r. Zamawiający w dniu 7 lutego 2020 r. przeprowadził ponownie aukcję elektroniczną. W wyniku przeprowadzonej aukcji Wykonawcy złożyli oferty obejmujące następujące ceny (netto):

- a) Apator S.A. -28 078 830,00zł
- b) Konsorcjum ADD -28 070 190,36zł

Obie oferty (w odniesieniu do ceny jednostkowej za dostarczony licznik energii elektrycznej Apator S.A. zaoferował cenę 65 zł, zaś Konsorcjum ADD cenę 64,98 zł) spełniały przesłanki określone w art. 90 ust. 1a p.z.p.

W dniu 10 lutego 2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawców na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. do udzielenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia w dniu 19 lutego 2020 r. złożyło wyłącznie Konsorcjum ADD.

Należy podkreślić, że oferty złożone ostatecznie przez obu Wykonawców nie różniły się w odniesieniu do ceny jednostkowej za licznik energii elektrycznej (różnica - 2 gr). Wobec tych okoliczności (wynikających z dwóch przeprowadzonych aukcji elektronicznych) Zamawiający miał zatem podstawy uznać, że wykonanie przedmiotu zamówienia z ceną z zakresu ceny zaoferowanej przez Konsorcjum ADD jest możliwe i ekonomicznie uzasadnione, a nadto mieści się w realiach rynkowych. Należy odnotować, że analiza ceny pod kątem jej rażącego zniżenia w przypadku ceny o charakterze ryczałtowym powinna mieć charakter ogólny, tj. odnoszący się do całej ceny, a nie jej poszczególnych składników. W wyroku z 7 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 2640/18, opubl. LEX 2624239) Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że (...) przy wynagrodzeniu ryczałtowym nawet wykazanie zbyt niskiej ceny za wykonanie jakiego elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować co do zasady uznaniem całej ceny za rażąco niską (...). W tym przedmiocie nie sposób jednak uznać, że Wykonawca w sposób dostateczny uzasadnił zarzut rażącego zniżenia ceny, zwłaszcza że sam zaoferował cenę na bardzo podobnym poziomie (różnica — 2 gr).

Konsorcjum ADD, w związku z wezwaniem Zamawiającego w dniu 18 grudnia 2019 r. oraz 19 lutego 2020 r. przedłożyło wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny oraz dokumentację na poparcie swojego stanowisko. W świetle wszystkich okoliczności ujawnionych w sprawie, w tym wynikających z przekazanej dokumentacji oraz przeprowadzonej aukcji elektronicznej Zamawiający miał podstawy uznać wyjaśnienia na przekonujące, a w konsekwencji uznać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający przypominał, że pojęcie ceny "rażąco niskiej" pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika

Języka Polskiego PWN. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ

Słownik czy inne tego typu źródła tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze jak "wyraźna" czy "bardzo duża" różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych. (tak wyrok SO w Krakowie z 23-04-2009 r., sygn. XII Ga 88/09),

Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak wyrok SO w Katowicach z 28-04-2008 r., sygn. XIX Ga 128/08), Zamawiający, oceniając konieczność wdrożenia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, przewidzianej w art. 90 PZP (ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych) powinien brać pod uwagę wyniki porównania zaoferowanej ceny ze znanymi mu cenami rynkowymi analogicznych zamówień, cenami innych ofert w danym postępowaniu oraz wartością szacunkową zamówienia; jeśli analiza takich porównań uprawdopodobnia przypuszczenie, że zaoferowana cena uniemożliwia wykonanie zamówienia w sposób należyty bez poniesienia straty przez wykonawcę, zobowiązany jest do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie ocenić te wyjaśnienia, biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wymienione w art. 90 ust. 2 wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla

wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. - tak W. Iwaniec Warunki udziału w postępowaniu i rażąco niska cena. Teza 7 (Zam.Pub.Dor. 2011/9/16-24).

W świetle powyższego należy uznać, że zarzuty Odwołującego dotyczące rażącego zaniżenia ceny przez Konsorcjum ADD są chybione.

III. Zamawiający podnosił również, że oferta złożona przez Konsorcjum ADD jest zgodna z postanowieniami SIWZ.

Firma ADD w certyfikacie MID wykazała możliwość stosowania różnych procesorów, które są podważane przez Odwołującego wskazując je jako HT60X5. Pod znakiem X może być liczba 1 i 2 oraz następne, która każda z nich oznacza kolejną ewaluację procesora tj. większą pojemność pamięci Flash.

Zastosowany w liczniku procesor HT6025 (zgodnie z dokumentacją producenta procesora) może obsługiwać wyświetlacze różne typu np. 4x37/6x35/8x33 segmentowe. Pierwsza liczba oznacza ilość linii (rzędów) którymi jest sterowany wyświetlacz (4COM, 6COM lub 8COM), natomiast druga liczba oznacza maksymalną ilość pinów w procesorze i tym samym w wyświetlaczu wykorzystywanych do podświetlania poszczególnych segmentów w określonych liniach (rzędach).

Zastosowany w zaoferowanym przez Konsorcjum ADD liczniku wyświetlacz spełnia wymagania Zamawiającego realizując wszystkie wymagane w SIWZ funkcjonalności. Sposób sterowania wyświetlaczem jest bez znaczenia w kontekście realizacji wymaganych funkcjonalności tj. prawidłowości prowadzonego przez licznik pomiaru. Nieprawdą jest podnoszone przez Odwołującego stwierdzenie, że wyświetlacze te nie mogą być stosowane zamiennie, ponieważ jak wskazuje dokumentacja procesora HT6025 może on obsługiwać wyświetlacze LCD sterowane 4COM lub 6COM lub 8COM.

Unijna dyrektywa 2004/22/WE, nazywana dyrektywą MID — Measuring Instrument Directive (pol.: dyrektywa dotycząca urządzeń pomiarowych) została ustanowiona 31 marca 2004 roku i jest jedną z dyrektyw tzw. „nowego podejścia”. Stanowią one realizację wprowadzonej w latach 1990-1993 we Wspólnocie Europejskiej zasady modułowej oceny wyrobów. Zgodnie z nią, ocena produktów dotyczyć ma jedynie spełniania przez nie zasadniczych wymogów, które wyszczególnione są w dyrektywach. Producent musi więc wykazać, że jego wyrób jest zgodny z normą zharmonizowaną z określoną dyrektywą. Istotą certyfikatu MID jest system oceny zgodności przyrządów pomiarowych pod kątem kontroli metrologicznej, w zakresie zatwierdzenia typu i legalizacji pierwotnej.

Wyświetlacz LCD ma za zadanie tylko i wyłącznie pokazywanie określonych informacji natomiast nie bierze żadnego udziału w procesie pomiarowym (kontroli metrologicznej), tym samym typ wyświetlacza nie ma znaczenia dla uzyskania certyfikatu MID, ponieważ nie jest to element certyfikowany. W niniejszym postępowaniu podczas transportu do laboratorium został uszkodzony jeden z wyświetlaczy. Dla laboratorium badawczego nie miało to znaczenia, ponieważ na różne sposoby można zmierzyć/ocenić, czy dane urządzenie pomiarowe prawidłowo rejestruje pomiar oraz w różny sposób można ten pomiar odczytać.

Należy przy tym pamiętać, że przyrząd pomiarowy, z uwagi na swoją konstrukcję, może zostać poddany ocenie zgodności z dyrektywą inną niż MID (np. z dyrektywą niskonapięciową LVI), z dyrektywą dotyczącą kompatybilności elektromagnetycznej EMC itp.), wówczas może dojść do takiej sytuacji, iż wyświetlacz LCD musi przejść badanie na zgodność także z normami zawartymi w tych dyrektywach i wtedy jego typ ma znaczenie.

Reasumując, Zamawiający twierdził, że szczegółowo opisał w SIWZ swoje wymagania względem licznika energii elektrycznej i jest pewny, że licznik zaoferowany przez Konsorcjum ADD spełnia je pod każdym względem - potwierdzeniem tego faktu jest protokół końcowy z badań, który także był już przedmiotem rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 13/20 - zarzut nie potwierdził się.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ADD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz UAB Elgama - Elektronika z siedzibą w Wilnie (dalej: Konsorcjum ADD albo Przystępujący).

II. Zamawiający i Przystępujący wnosili o odrzucenie odwołania, ale ostatecznie Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie. Przesłanki odrzucenia odwołania Izba bada z urzędu, i jeżeli choć jeden zarzut podlega rozpatrzeniu

merytorycznemu, Izba kieruje odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego już wcześniej wniesiono odwołanie, Izba z urzędu dopuściła jako dowód w sprawie aktu postępowania sygn. akt KIO 13/20. Na podstawie aktu postępowania sygn. akt KIO 13/20 i KIO 301/20 Izba ustaliła, co następuje: po wyroku sygn. akt KIO 13/20 z 20 stycznia 2020 r. Zamawiający w dniu 3 lutego 2020 r. zaprosił obu wykonawców do aukcji elektronicznej. Na tę czynność nie wniesiono odwołania. Jej termin wyznaczono na 6 lutego 2020 r., a później zmieniono na 7 lutego 2020 r. Obaj wykonawcy wzięli udział w aukcji i aukcja zakończyła się

wynikiem takim, jak poprzednio przeprowadzona aukcja. W dniu 4 lutego 2020 r.

Zamawiający przesłał Odwołującemu wyjaśnienia ceny Przystępującego złożone 18 grudnia 2019 r., które zostały odtajnione w wyniku wyroku KIO 13/20. Po drugiej aukcji Zamawiający wezwał obu wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskich cen. Przystępujący złożył wyjaśnienia w terminie. Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie.

Odwołujący podnosił, że do tej pory nie otrzymał od Zamawiającego informacji o unieważnieniu poprzedniej aukcji.

Izba ustosunkowując się do wniosku Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania uznała, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania i oddaliła zgłoszony w tym zakresie wniosek. W ocenie Izby rację ma Odwołujący wskazując, że termin na kwestionowanie ceny w ofercie Przystępującego w tym postępowaniu, w oparciu o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone po przeprowadzeniu pierwszej aukcji, w związku z wyrokiem sygn. akt KIO 13/20 i odtajnieniem wyjaśnień złożonych przez Przystępującego przez Zamawiającego w wyniku wykonania tego wyroku (przy czym w postępowaniu KIO 13/20 zarzut rażąco niskiej ceny był de facto zarzutem ewentualnym i za taki Izba go uznała wskazując uzasadnienie przyszłe podstawy do ewentualnego wniesienia odwołania), skutkuje rozpoczęciem biegu terminu do złożenia odwołania od momentu odtajnienia wyjaśnień. Ponadto w odwołaniu podniesiono nowy zarzut wynikający z porównania odtajnionych wyjaśnień z treścią oferty Przystępującego, a skutkujący ewentualnie odrzuceniem oferty. Zatem w tym zakresie odwołanie zostało wniesione w terminie, a podnoszone zarzuty są nowe.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem na dzień wniesienia (i rozpatrywania) odwołania ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Odwołujący nie został ani wykluczony z postępowania ani jego oferta nie została odrzucona. Zatem nadal posiada status wykonawcy w postępowaniu. O ewentualnym braku interesu we wniesieniu odwołania nie może przesądzać sama okoliczność, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień po drugiej aukcji, co podnosił Zamawiający (jednak nie podjął w związku z tym żadnych czynności).

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołujący w pierwszym rzędzie podnosił zarzuty art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ADD, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; ewentualnie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zarzuty te odnosiły się do ujawnionych Odwołującemu wyjaśnień Przystępującego ceny zaofiarowanej w wyniku przeprowadzenia pierwszej aukcji.

Izba po analizie przedstawionej wyżej chronologii wydarzeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stwierdziła, że przedmiotowe zarzuty podlegają oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, złożone przez Przystępującego po przeprowadzeniu pierwszej aukcji nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania.

Na moment rozpatrywania odwołania pierwsza aukcja była unieważniona przez Zamawiającego. Odwołujący podnosił, że nie dostał informacji o unieważnieniu tej aukcji, ale skoro dostał zaproszenie do drugiej aukcji, to oznacza to bezsprzecznie, że Zamawiający

podjął decyzję o unieważnieniu pierwszej. Oczywiście decyzje Zamawiającego powinny być wyrażone pisemnie, a nie można ich się domyślać, jednak zaproszenie do drugiej aukcji jest wystarczające do tego, aby potraktować je za równoznaczne z unieważnieniem pierwszej aukcji. Unieważnienie pierwszej aukcji oznacza unieważnienie cen zaoferowanych po jej przeprowadzeniu, a zatem również czynności Zamawiającego, które nastąpiły w konsekwencji pierwszej aukcji - wezwania do wyjaśnienia rażąco ceny i samych wyjaśnień.

Zatem wyjaśnienia, których dotyczyły zarzuty podniesione w odwołaniu, odnosiły się do ceny złożonej z pierwszej aukcji. Po drugiej aukcji Przystępujący również został wezwany do złożenia wyjaśnień, i takie wyjaśnienia zostały przez niego złożone. Izba jednak nie badała wyjaśnień złożonych po drugiej aukcji, ponieważ drugie wyjaśnienia nie były objęte przedmiotem rozpatrywanego odwołania. W konsekwencji zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oparty na wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego po przeprowadzeniu pierwszej aukcji był podniesiony w terminie, jednak, nawet gdyby był zasadny, to nie mógłby zostać uwzględniony, ponieważ brak wpływu na wynik postępowania. Powyższe nie stoi na przeszkodzie ku temu, aby kwestionować odwołaniem wyjaśnienia złożone po drugiej aukcji. Niemniej, odnosząc się do przedmiotowych zarzutów merytorycznie, należy podzielić stanowisko Odwołującego, że wyjaśnienia Przystępującego są co najmniej niewystarczające. O ile niektóre wywody zawarte w wyjaśnieniach są zrozumiałe (dotyczące oszczędności wynikających z unifikacji sprzętu), a więc nie wymagają dowodów, to brak wskazania, jakie skonkretyzowane oszczędności są możliwe do uzyskania. Z kolei tam, gdzie Przystępujący podaje konkretne kalkulacje kwotowe, brak jakichkolwiek dowodów czy wyliczeń, skąd pochodzą podane kwoty (dotyczy to przykładowo powołaniu się na umowę podwykonawstwa czy kosztów produkcji i kalibracji, kosztów logistyki, wdrożenia itd.). Zamawiający powinien wziąć powyższe pod uwagę, jeżeli przy ocenie ponownych wyjaśnień okaże się, że są one podobne i co najmniej wezwać do dalszych wyjaśnień bądź przedstawienia dowodów. Jednak, jak już zostało wskazane powyżej, w tym zakresie Izba nie mogła nic nakazać. Należy jednak zauważyć, że mimo że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, złożone po pierwszej aukcji, nie mogą przesądzać, czy zaoferowana w pierwszej aukcji cena jest rażąco niska, to wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są jednak dokumentem złożonym w postępowaniu i mimo że w kwestii ceny w obecnej sytuacji - na tym etapie postępowania - nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania to nie można ich potraktować za niebyłe. Zawierają określone informacje które mogą mieć wpływ po pierwsze na ocenę kolejnych wyjaśnień rażąco o niskiej ceny, a po drugie na ocenę zgodności treści oferty z treścią specyfikacji.

Jednak Izba nie dopatrzyła się w przedmiotowych wyjaśnieniach podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zatem oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ale uwzględniła

zarzut ewentualny - wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby Zamawiający przed ewentualnym odrzuceniem oferty Przystępującego, powinien wyjaśnić treść oferty Przystępującego, badając czy wycena opisana w wyjaśnieniach z dnia trzy kropki dotyczy przedmiotu zamówienia wycenionego ofercie. Tłumaczenie certyfikatu MID jest niezgodne z oryginałem w odniesieniu do elementu HT60X5 (w oryginale), a HT615 (w tłumaczeniu), dlatego Zamawiający winien wezwać do wyjaśnień treści oferty względnie uzupełnienia certyfikatu MID albo jego tłumaczenia, aby ustalić, czy element wskazany w wycenie, odpowiada elementowi z certyfikatu MID. Podobnie Zamawiający powinien ustalić, czy połączenie pomiędzy sterownikiem a polem odczytowym może być realizowane za pomocą 4 portów komunikacyjnych (jak w certyfikacie MID) czy 8 portów (jak w urzędzeniu ujętym w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny). Dopiero po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający może podjąć decyzję co do zasadności odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 i art. 91a ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych (poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej Konsorcjum ADD pomimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu oraz poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej pomimo, że w Postępowaniu tylko Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, bowiem oferta Konsorcjum ADD powinna zostać odrzucona). Jednak z odwołania nie wynika, że Odwołujący kwestionował przeprowadzenie drugiej aukcji, Odwołujący kwestionował jedynie zaproszenie Przystępującego do drugiej aukcji i jej przeprowadzenie, mimo że, zdaniem Odwołującego, Przystępujący podlega odrzuceniu. Zatem przywołane wyżej zarzuty były w istocie jedynie konsekwencjami zarzutu rażąco niskiej ceny (ewentualnie - niezgodności treści oferty z treścią SIWZ). Jak wyżej wskazano, Zamawiający przeprowadzając drugą aukcję, tym samym unieważnił pierwszą aukcję, co było zgodne z orzeczeniem sygn. akt KIO 13/20. W konsekwencji Izba odrzuciła przedmiotowe zarzuty na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Należy zauważyć, że Odwołujący nie skarżył przedwczesnego przeprowadzenia drugiej aukcji, to jest przeprowadzenia jej w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania na ujawnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższych okoliczności, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

Przewodniczący: