

WYROK

z dnia 8 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant:

Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2020 roku przez wykonawcę Apator spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PGE Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Lublinie w imieniu której działa i prowadzi postępowanie PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Łódź z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ADD polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa siedziba w warszawie (pełnomocnik) oraz Elgama - Eletronicka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wilnie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 554/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Apator spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu i:
 - 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,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Lublinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - PGE Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Lublinie w imieniu której działa i prowadzi postępowanie PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział Łódź z siedzibą w Łodzi - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pod nazwą „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 w dniu 3 lipca 2019 roku pod numerem 2019/S 126-309424.

16 marca 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie, w zakresie Zadania 2, od czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czynności badania i oceny oferty Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum - ADD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. ul. Skomnińskiego 15 lok. 504 00-195 Warszawa Uczestnik Konsorcjum - Elgama-Elektroelektronika Sp. z o.o. LT-08300 Wilno, ul. Visorui 2 (dalej: „Konsorcjum ADD”), zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ADD, czynności zaproszenia Konsorcjum ADD do aukcji elektronicznej z dn. 3.02.2020r. czynności przeprowadzenia tej aukcji w dniu 7.02.2020r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w zakresie Zadania 2 naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez odrzucenie oferty

Odwołującego pomimo, że Apator udzielił wyjaśnień w zakresie ceny, a ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

- 2) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty

Konsorcjum ADD, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- 3) ewentualnie art. 90 ust. 1 ustawy przez 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 Wysoka Izba uzna, że dopuszczalne jest ponownie wezwanie tego Wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień;

- 4) art. 91b ust. 1 ustawy przez zaproszenie do aukcji elektronicznej Konsorcjum ADD pomimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu;

- 5) art. 91a ust. 1 ustawy przez 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 ustawy przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Apatora i Konsorcjum ADD; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Apatora; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum ADD; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej z dn. 3.02.2020r. i unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 7.02.2020r.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Uwzględnienie odwołania spowoduje odrzucenie oferty Konsorcjum ADD, a w konsekwencji nastąpi wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. W stanie faktycznym sprawy istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący podał, że w dniu 10.12.2020r. została przeprowadzona aukcja elektroniczna w Postępowaniu (dalej „Aukcja I”), w której wziął udział Odwołujący oraz Konsorcjum ADD. W zakresie zadania nr 2 w wyniku tej aukcji zaoferowano następujące ceny netto: (-) Aparator: 65 zł, (-) Konsorcjum ADD: 64,98 zł.

Zamawiający wezwał obydwu wykonawców do wyjaśnienia zaoferowanych w Aukcji I cen. W dniu 18.12.2020r. obydwaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia zaoferowanych cen.

Zamawiający w dniu 23.12.2019r. poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. Jako najkorzystniejszą w Postępowaniu w zakresie zadania 2 wybrał ofertę wykonawcy Konsorcjum ADD. Na drugim miejscu znalazła się oferta Odwołującego.

Odwołujący w dniu 2.01.2020r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zaskarżył ten wybór podnosząc m.in., że wyjaśnienia ceny Konsorcjum ADD potwierdzają, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę jest rażąco niska. W wyniku rozstrzygnięcia odwołania (postępowanie odwoławcze pod sygnaturą akt KIO 13/20) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum ADD dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia i nakazała zamawiającemu PGE Dystrybucja S.A.: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej i unieważnienie aukcji elektronicznej; (ii) odtajnienie wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: ADD Polska Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie oraz Elgama — Elektronika Sp. z o.o., z siedzibą w Wilnie dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia. Na str. 43 - 44 uzasadnienia wyroku KIO 13/20 Krajowa Izba Odwoławcza zważyła: „Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne uwzględnienie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, w zakresie Zadania nr 2. Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podczas oświadczył, że zarzut rażąco niskiej ceny jest zarzutem ewentualnym, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień. Wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu. W ocenie Izby w przypadku nieuwjawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta (w rozpoznawanej sprawie — wyjaśnień dotyczących ceny), sformułowanie zarzutu zaniechania, jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego na bazie domysłów i wątpliwości, jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień, a następnie — po zapoznaniu się z ich treścią podjęcie decyzji w przedmiocie wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną lub podniesienie tego zarzutu już w pierwszym odwołaniu, ale tylko z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego kwestia zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego nie została przez Izbę rozpoznana, co oznacza dla wykonawcy uprawnienie do ewentualnego wniesienia odwołania w tym zakresie w terminie liczonym od udostępnienia mu wyjaśnień”.

Po ogłoszeniu wyroku KIO 13/20 w dniu 20.01.2020r. Zamawiający:

- pismem z dnia 3.02.2020r. (przesłanym do Odwołującego w tym samym dniu) zaprosił obydwu wykonawców (Konsorcjum ADD oraz Odwołującego) do aukcji elektronicznej, wyznaczając termin jej otwarcia na 6.02.2020r., godz. 9.00 (dalej:

„Aukcja II”). Następnie pismem z dnia 5.02.2020r. zmienił ten termin na dzień 07.02.2020r.,

- w dniu 4.02.2020r. Zamawiający przesłał Apator odtajnione wyjaśnienia ceny Konsorcjum ADD z dn. 18 grudnia 2020r. (dalej: „wyjaśnienia ceny”),
- pismem z dn. 3.02.2020r., przesłanym Odwołującemu w dniu 5.02.2020r., Zamawiający poinformował o odtajnieniu wyjaśnień ceny Konsorcjum ADD w związku z wyrokiem KIO 13/20.

W ramach Aukcji II wykonawcy zaoferowali identyczne ceny, jak w Aukcji I.

Pismem z dn. 10.02.2020r. Zamawiający wezwał wykonawców do wyjaśnienia cen zaoferowanych w wyniku Aukcji II. Wezwanie miało identyczną treść, jak poprzednie wezwanie do wyjaśnienia cen zaoferowanych w wyniku Aukcji I.

Pismem z dn. 10.02.2020r. Odwołujący przedłużył termii związania ofertą do dnia 31.03.2020r.

W dniu 13.02.2020r. Odwołujący, po otrzymaniu wyjaśnień ceny Konsorcjum ADD z 18.12.2020r., zgodnie w wyrokiem KIO 13/20 wniósł odwołanie, w którym zaskarżył m.in. zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy, z tego względu, że wyjaśnienia ceny Konsorcjum ADD potwierdzają, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę jest rażąco niska. Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając to odwołanie (sprawa pod sygnaturą KIO 301/20) uznała (Odwołujący przytacza ustne motywy rozstrzygnięcia, bowiem nie otrzymał jeszcze wyroku wraz z pisemnym uzasadnieniem), że zarzut dotyczący ceny nie podlega rozpoznaniu, ponieważ Flotycy Aukcji I a możliwość zaskarżenia ceny, której przysługiwanie Odwołującemu zostało potwierdzone w wyroku KIO 13/20, jednak Odwołującemu nie przysługuje, bowiem Zamawiający przeprowadził kolejną aukcję elektroniczną — Aukcję II. Jednocześnie w wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła inny zarzut, który Odwołujący podniósł po zapoznaniu się z odtajnionymi wyjaśnieniami ceny.

Odwołujący w dniu 04.03.2020r. otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty, ponieważ nie przesłał wyjaśnień ceny po Aukcji II — identycznej ceny, którą zaoferował w Aukcji I, co do której złożył wyjaśnienia nie kwestionowane przez kogokolwiek i złożył je przed terminem

19.02.2020r.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego: Odwołujący podał, że celem instytucji żądania przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, jest zapobieganie wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Przepis ten z perspektywy Zamawiającego ma więc go uchronić przed wyborem oferty, której realizacja, z uwagi na nierealistyczną cenę, jest wątpliwa. Ustawodawca wyposażył Zamawiającego przy pomocy tej instytucji w mechanizm dający mu możliwość pozyskania od wykonawcy informacji i dowodów, utwierdzających go w przekonaniu co do rzetelności założeń kalkulacyjnych przyjętych przez wykonawcę. Celem tej instytucji jest więc zgromadzenie stosownych informacji przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wezwaniem z dnia 10.02.2020 r. przy pomocy instytucji uregulowanej w art. 90 ust. 1 ustawy dążył do uzyskania informacji czy cena zaoferowana przez Apator w wysokości 65 złotych jest ceną realną, a wykonawca ten skalkulował ją w sposób rzetelny. W konsekwencji, uwzględniając to, że Zamawiający taką informację od wykonawcy już posiada i znajduje się ona w aktach tego Postępowania, niezgodnym z celem omawianej instytucji byłoby odrzucenie oferty tego wykonawcy w oparciu o formalną przesłankę z art. 90 ust. 3 ustawy z pominięciem okoliczności faktycznych występujących w niniejszej sprawie. Upřednio złożonych przez Apator wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie można pominąć o tyle, że odnoszą się one do identycznego pułapu, będąc zresztą tą samą ceną, co cena wyjaśniona w toku procedury wdrożonej po Aukcji I. Podkreślenia w tym kontekście wymaga bowiem, że cena oferowana przez wykonawców w toku aukcji elektronicznej nie stanowi wykreowania nowej ceny, oderwanej od ceny wskazanej w formularzu ofertowym, bazującej na innych (nowych) podstawach. Każdorazowo cena z aukcji elektronicznej jest częścią (pochodną) ceny oszacowanej i określonej już w samej ofercie. Założenia kalkulacyjne ceny określonej w formularzu ofertowym muszą z kolei istnieć już w momencie składania oferty, co w konsekwencji oznacza, że od momentu złożenia oferty wszelkie założenia kalkulacyjne pozostają niezmiennie. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy mogą „schodzić” z zakładanych zysków (marży), co nie zmienia faktu, że trzon oferowanej ceny musiał zostać

ustalony już w dacie składania ofert i założenia, które legły u podstaw jego określenia pozostają stałe. W tym kontekście w drodze analogii Odwołujący zwrócił uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która jednoznacznie i konsekwentnie wskazuje na to, że założenia kalkulacyjne dotyczące ceny ustalane są przed datą składania ofert (np. wyrok z dnia 25 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1237/16, KIO 1296/16; wyrok z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 51/16; wyrok z dnia 22 października 2019 r. sygn. akt KIO 1880/19, KIO 1895/19. Tym samym, wyjaśnienia i dowody złożone przez Apator w dniu 18.12.2019 r. pozostają aktualne, co jest okolicznością obiektywną, będącą pochodną konstrukcji ceny ofertowej określonej w trybie zamówień publicznych. Innymi słowy, skoro Apator dostarczył już Zamawiającemu w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, szczegółowe założenia kalkulacyjne, na których się opierał konstruując oferowaną cenę, to Zamawiający nie ma możliwości ich pominięcia, skoro dotyczą one tej samej ceny, a trybem zamówień publicznych zakłada ich niezmiennosc. W związku z tym, nawet bez składania dodatkowych deklaracji ze strony Apator, uprzednio złożone wyjaśnienia winny być automatycznie przyjęte na poczet odpowiedzi oczekiwanej przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 10.02.2020 r., zwłaszcza, że ustawa nie przewiduje instytucji „unieważnienia czynności podjętej przez wykonawcę”, co oznacza, że Apator złożonymi uprzednio wyjaśnieniami pozostaje „związany” przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Tak długo jak wykonawca jest związany swoją ofertą, składane przez niego w toku postępowania oświadczenia zachowują więc swoją aktualność. Dyskwalifikacja Apator z Postępowania w sytuacji, w której Zamawiający dysponuje już wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny złożonymi przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11.12.2019 r. jest tym bardziej nieuzasadniona, że treść obu wezwań wystosowanych przez Zamawiającego w kontekście wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (wezwanie z dnia 11.12.2019 r. oraz wezwanie z dnia 10.02.2020 r.) była tożsama. Zamawiający w treści wezwania z dnia 10.02.2020 r. nie rozróżnił faktu przeprowadzenia dwóch aukcji elektronicznych* nie wskazując, że wyjaśnieniu podlegać ma cena uzyskana w toku Aukcji II. W treści wezwania z dnia 10.02.2020 r. nie zostały też podniesione przez Zamawiającego jakiegokolwiek inne (nowe) czynniki, które w treści przedkładanych wyjaśnień składanych przez wykonawcę miałyby się znaleźć. Zamawiający zdaje się więc z jednej strony sam świadomość, że cena zaoferowana w ramach Aukcji II nie jest „nową” ceną w postępowaniu, z drugiej zaś, że pomiędzy pierwotnie złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, a wyjaśnieniami, o które ponownie wnioskuje, nie mogły zaistnieć nowe okoliczności i czynniki, które miałyby wpływ na treść wyjaśnień wykonawcy i w tych wyjaśnieniach miałyby się znaleźć. Dokonując wezwania z dnia 10.02.2020 r. sam Zamawiający oczekiwał więc de facto złożenia wyjaśnień o tożsamej treści do tych, które już otrzymał i zweryfikował jako prawidłowe (okoliczność pozytywnego ustosunkowania się przez Zamawiającego do złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11.12.2019 r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika z faktu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23.12.2019 r., w ramach której wskazane zostało, że żadna ze złożonych ofert nie podlegała odrzuceniu).

W takich okolicznościach Odwołujący wskazał, że wątpliwym pozostaje sam fakt wystosowania przez Zamawiającego kolejnego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (wezwanie z dnia 10.02.2020 r.), co w konsekwencji oznaczałoby brak zasadności wyciągania jakiegokolwiek negatywnych konsekwencji względem wykonawcy, opartych na tym zbędnym (nadmiarowym) wezwaniu. Odwołujący wskazał wyrok z 16 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2392/10 i podniósł przenosząc stanowisko wyrażone w orzeczeniu na grunt przedmiotowego postępowania, że nie zaistniał cel składania ponownych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ wszystkie dane dotyczące założeń kalkulacyjnych dotyczących identycznego poziomu cenowego zostały już uprzednio dostarczone do Zamawiającego, który nie formułował konieczności ich rozszerzania o inne (nowe) czynniki. mając świadomość braku możliwości podniesienia nowych okoliczności w tym zakresie.

Odwołujący podał, że nawet jeśli uznać, że Zamawiający był obowiązany do ponowienia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny po przeprowadzeniu Aukcji II (pomimo czysto formalnego charakteru takich działań), nie można uznać, że Apator nie udzielił odpowiedzi w zakresie wyjaśnienia czy cena na poziomie 65 zł jest ceną realną. Dyspozycję art. 90 ust. 3 ustawy wskazującej na brak udzielenia wyjaśnień należy bowiem odczytywać łącznie z treścią wezwania inicjującego procedurę, co w przedmiotowym przypadku oznacza, że kluczowa jest odpowiedź nie na pytanie czy Apator udzielił odpowiedzi na wezwanie z dnia 10.02.2020 r. ale czy udzielił odpowiedzi na wezwanie nakazujące wykazanie realności ceny na poziomie 65 zł (a właśnie do tej okoliczności wezwanie z dnia 10.02.2020 r. nawiązywało). Ustawodawca wprowadzając w art. 90 ust. 3 ustawy sankcję w postaci odrzucenia oferty dążył bowiem do wyeliminowania sytuacji, w której zamawiający nie otrzymał od wykonawcy jakiegokolwiek danych pozwalających na weryfikację danej ceny, co w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca.

Tym samym, na poczet oczekiwanej przez Zamawiającego odpowiedzi należało przyjąć wyjaśnienia złożone w dniu 18.12.2019 r. co wynika tak z okoliczności podniesionych i omówionych powyżej, jak i z faktu konieczności łącznej interpretacji oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania. Co prawda, zdaniem Odwołującego wyjaśnienia

z dnia 18.12.2019 r. należało automatycznie przyjąć jako wyjaśnienie ceny zaoferowanej w Aukcji II, niemniej jeśli nawet oczekiwać dodatkowego potwierdzenia ich aktualności ze strony wykonawcy, to w tym kontekście istotna jest okoliczność, że Apator w dniu 10.02.2020 r. dokonał przedłużenia ważności swojej oferty, co stanowi potwierdzenie zainteresowania dalszym uczestnictwem w postępowaniu na dotychczasowych zasadach i zgodnie z dotychczasowymi deklaracjami, a więc również w sposób dorozumiany potwierdzenie uprzednio złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Uwzględniając, że Zamawiający zobowiązany jest wziąć pod uwagę całość oświadczeń i dokumentów składanych przez Wykonawcę (np. wyrok KIO z dnia 17.04.2013 r., sygn. akt KIO 719/13) ta okoliczność również powinna być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego w ramach podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty Apator, zwłaszcza, że jest to sankcja ostateczna i najsurowsza. Z treści decyzji o odrzuceniu oferty z dnia 04.03.2020 r. wynika natomiast, że, Zamawiający okoliczności towarzyszących niniejszej sprawie w ogóle nie przeanalizował, podchodząc do sprawy stricte formalnie i „zerojedynkowo”, odrywając ją zarówno od treści wezwania z dnia 10.02.2020 r., jak i faktu dysponowania uprzednio złożonymi (tożsamymi) wyjaśnieniami Apator oraz oświadczeniami „towarzyszącymi!” składanym w toku postępowania.

Odwołujący podniósł, że wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, że formalizm postępowania nie jest i nie może stać się celem samym w sobie. Wszelkie działania Zamawiającego winny zmierzać do udzielenia zamówienia wykonawcy dającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia, a więc przede wszystkim wykonawcy merytorycznie przygotowanemu do danej realizacji. Co warto więc podkreślić w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający wobec oferty Apator i wyjaśnień jego ceny na poziomie 65 zł nie miał jakichkolwiek merytorycznych uwag, a wyeliminowanie tego wykonawcy oparte zostało na stricte formalistycznej podstawie. Takie działanie należy uznać za niewłaściwe, na co wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach (w wyroku z 23.02.2007 r. sygn. akt X Ga 23/07) oraz podobnie również Krajowa Izba Odwoławcza wyroku z 08.04.2011 r. sygn. KIO 664/11). Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy za czysto formalny wymóg należałoby uznać przesłanie do Zamawiającego pisma o treści „podtrzymuję swoje dotychczasowe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” i/lub „przeklejenia” oświadczeń, które znajdowały się już w dyspozycji Zamawiającego, który to sam Zamawiający w toku rozprawy KIO 301/20 podnosił, że tego typu oświadczenia oczekiwał. Brak akceptacji dla nadmiernego formalizmu w działaniach zamawiających podkreśla dodatkowo podniesiona do rangi podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych zasada proporcjonalności, nakazująca zachowanie rozsądnej proporcji w działaniach zamawiającego na każdym etapie toczącego się postępowania. W okolicznościach niniejszej sprawy należy więc postawić pytanie czy taka proporcja została zachowana i odrzucenie oferty Apator było działaniem adekwatnym i koniecznym, skoro w aktach postępowania znajdują się pełne, szczegółowe i pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego wyjaśnienia zaoferowania ceny na poziomie 65 zł. Retoryczność tak postawionego pytania wzmaga okoliczność, że skoro Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając spory z zakresu zamówień publicznych każdorazowo stan faktyczny sprawy ustala zasadniczo na podstawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia wraz ze wszystkimi załącznikami (uwzględniającymi całokształt korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania), to całość materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia winien wziąć pod uwagę również zamawiający podejmując poszczególne decyzje w jego ramach. W niniejszym stanie faktycznym, takiego przeanalizowania całokształtu dokumentów pochodzących z korespondencji z wykonawcą Apator ewidentnie zabrakło, tak jak zabrakło również analizy całokształtu okoliczności towarzyszących tej sprawie, o czym wyraźnie świadczy treść decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie odnosząca się do żadnego z aspektów uwypuklonych w ramach niniejszego uzasadnienia odwołania.

Opisane działanie Zamawiającego jest tym bardziej niesłuszne i krzywdzące, jeśli wziąć także pod uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie pod sygn. akt KIO 13/20 rozstrzygając zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny Konsorcjum ADD jako jeden z argumentów przemawiających za ich odtajnieniem wzięła pod uwagę okoliczność, że te wyjaśnienia nie przedstawiały żadnej metodologii wyliczenia ceny: 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. Zbiórca wycena kilku elementów składających się na realizację zamówienia nie może być w analizowanym stanie faktycznym uznana za informację mającą wartość gospodarczą” (str. 41 uzasadnienia). A ponadto szczątkowe dowody załączone do tych wyjaśnień również zostały zdyskwalifikowane przez skład orzekający: „Z przedłożonej przez Przystępującego korespondencji wynika wyłącznie, iż na moment jej przykazywania podmiot chiński może sprzedać 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). Zamawiający mimo tego w sposób bezkrytyczny

podchodzi do wyjaśnień ceny Konsorcjum ADD (ani w sprawie KIO 13/20, ani w sprawie KIO 301/20 nie bronił ich merytorycznie). Natomiast w sposób niezrozumiały, pozbawiony refleksji dyskwalifikuje ofertę Odwołującego, choć posiada wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Rażąco niska cena oferty Konsorcjum ADD

Odwołujący podał, że z ustnych motywów rozstrzygnięcia KIO 301/20 powziął wiadomość, że Konsorcjum ADD wyjaśniając cenę w odpowiedzi na wezwanie po Aukcji II nie złożyło nowych wyjaśnień.

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu w tym zakresie korespondencji z Konsorcjum ADD. Warto jednak wspomnieć, że przekazał jednocześnie informacje Konsorcjum ADD na temat rzekomego braku złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej w Aukcji II przez Odwołującego, bowiem Konsorcjum ADD usilnie przytaczało taki argument w swoim piśmie procesowym złożonym w sprawie KIO 301/20, choć gdyby Zamawiający prowadził Postępowanie w sposób rzetelny i z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, to takich informacji Konsorcjum ADD również nie miało prawa posiadać. Wobec tego Zamawiający przyjął wyjaśnienia te, które zostały złożone przez Konsorcjum ADD w wyniku wezwania przy okazji Aukcji I. Niezależnie jednak od tego, czy Konsorcjum ADD złożyło zupełnie nowe wyjaśnienia, czy poprzestało na złożonych wcześniej, Odwołujący podniósł poniższe okoliczności.

Konsorcjum ADD pismem z dn. 11.12.2019r. 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". Następnie Konsorcjum ADD zostało wezwane do złożenia wyjaśnień ceny po Aukcji II. Odwołujący przypuszcza, że wezwanie miało taką samą treść jak pierwsze wezwanie w tym zakresie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, 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 ustaw 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.

Odwołujący podniósł, 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. Analizując wyjaśnienia Konsorcjum ADD Odwołujący dostrzegł, że w skład Konsorcjum ADD wchodzi podmiot ElgamaElektronika Sp. z o.o. LT-08300 Wilno, ul. Visoriu 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 niź 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. Konsorcjum ADD przedstawiło 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).

Odwołujący odnosząc się do kategorii poszczególnych kosztów wskazał, 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 Odwołujący wskazał, 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 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 był 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 (dostawić). 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 specyfikacji 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 zaoferowana 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 (6,21 8 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;

3) 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 działów pośrednio zaangażowanych w proces wytworzenia liczników - działy: zakupów i logistyki, pomiarów i testów, technologiczny, utrzymania ruchu magazynów, itd.;

4) koszty pozyskania/wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i finansowania zamówienia — zgodnie z pkt 6.1.1 SI WZ „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 ”maga 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.

Odwolujący odniósł się do poszczególnych punktów wyjaśnień ceny:

1) pkt I 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: „(...) większościowym udziałowcem spółki UAB 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 zauważyć, 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 niewiążący charakter załączonej wstępnej informacji handlowej; d) podsumowując, nie „kazano 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) 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 dokumentacji 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 konkretów, b) 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. Uzupełniając 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 uwzględnia 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;

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;

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 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 PCE 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 (.);”;

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.

Podsumowując powyższy fragment Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ADD przedstawiło jedynie wartości kosztów rodzajowych i to tylko w stosunku do części kosztów, które obiektywnie ponieść musi. Wyjaśnienia nie zawierały cen jednostkowych czy cen wchodzących w skład kosztów rodzajowych, nie wykazywały co było podstawą takiego skalkulowania ceny oferty, co stanowi o ich wadliwości (podobnie KIO 311/17). Konsorcjum ADD w wyjaśnieniach ceny zaprzeczyło, aby zaoferowana cena była rażąco niska, jednakże nie sprostало ono swojemu obowiązкови wynikającemu z dyspozycji art. 90 ust. 2 i 3 ustawy.

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. 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 niepoparte 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 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 zawiera zatem dwie odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Po pierwsze, brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy 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).

Odwołujący wskazał na brak dowodów, 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): Dokument nr 1 Korespondencja pomiędzy UAB Elgama Elektronika a P. J. H., Wiceprezesem Lin Yang Energy; Dokument nr 2 - Oferta cenowa komponentów do produkcji licznika G3M.144; Dokument nr 3 — Umowa pomiędzy ADD Polska a Biosystem S.A. Odnosząc się do Dokumentu nr 1 (Korespondencja pomiędzy UAB Elgama Elektronika a P. J. H., Wiceprezesem Lin Yang Energy) Odwołujący zauważył, 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 0 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 o@owanych 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.

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 [...1. 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; 3) podsumowując powyższe okoliczności dyskwalifikują ten dowód i świadczą o tym, że został on pozyskany od zaprzysiężonego dostawcy, lecz bez pokrycia.

W odniesieniu do dokumentu nr 3 Odwołujący zauważył, że dotyczy on kosztu, który zgodnie z kalkulacją Konsorcjum ADD stanowi jedynie 0,06% 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).

W ocenie Odwołującego, w przypadku wyjaśnień ceny nieodzowne było załączenie do wyjaśnień jednoznacznych i przekonujących dowodów na wykazanie wysokości kosztów m.in. w zakresie: kosztów prac projektowych, testów i badań oraz pozyskania certyfikatu MID i jego zmian (np. umowy, oferty), kosztów nabycia oprogramowania (np. umowy, oferty), kosztów zatrudnienia osób do procesu produkcji liczników (np. umowy), kosztów pozyskania hal (umowy, dokumentacja księgowa), kosztów funkcjonowania linii produkcyjnych (np. umowy, oferty, dokumentacja księgowa), kosztów zakupu komponentów do produkcji liczników (np. umowy, oferty), kosztów pozyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy i finansowania (np. umowy, oferty), kosztów zatrudnienia podwykonawców, oraz przedstawienie dowodów, że Konsorcjum ADD posiada sprzyjające warunki realizacji zamówienia w danym aspekcie. 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.

W odniesieniu do ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący podniósł, że celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy, 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. W orzecznictwie podnosi się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinno być skierowane przede wszystkim do wykonawcy, który rzetelnie udzieli odpowiedzi na poprzednie 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). 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. Podsumowując Odwołujący wskazał, że cena oferty Konsorcjum ADD jest rażąco niska i oferty tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona.

W odniesieniu do wadliwości zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz samej aukcji Odwołujący jako jedynie podsumowanie podał, że 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 przez 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.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 marca 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy- Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

Ponadto, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U.

z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia 3 czerwca 2020 roku Odpowiedź na odwołanie złożonego na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w piśmie procesowym z dnia 2 czerwca 2020 roku, które zostało przesłane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2020 roku przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła dowód nr 1 - informacja objęta w całości tajemnicą przedsiębiorstwa (2 karty) zawnioskowany i złożony przez Odwołującego w trakcie rozprawy.

Izba, z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji zgromadzonej w aktach spraw odwoławczych o sygn. akt KIO 13/20 oraz sygn. akt KIO 301/20.

VI.

Izba ustaliła:

Izba ustaliła, że w dniu 10 grudnia 2019 roku Zamawiający przeprowadził w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego aukcję elektroniczną.

Następnie pismami z dnia 11 grudnia 2019 roku wezwał Odwołującego oraz uczestnika postępowania odwoławczego do udzielenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów dotyczących kalkulacji cenowej oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawcy przedstawili wyjaśnienia, w przypadku Odwołującego jak i uczestnika postępowania odwoławczego były to pisma z dnia 18 grudnia 2019 roku.

W dniu 20 stycznia 2020 roku Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 13/20 zgodnie z którym Izba nakazała zamawiającemu PGE Dystrybucja S.A.: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej i unieważnienie aukcji elektronicznej; (ii) odtajnienie wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: ADD Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz Elgama - Elektronika Sp. z o.o., z siedzibą w Wilnie dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia.

W dniu 3 lutego 2020 roku Zamawiający zaprosił wykonawców do aukcji elektronicznej, której termin został wyznaczony na dzień 6 lutego br. a następnie zmieniony na dzień 7 lutego 2020 roku.

W treści tego pisma Zamawiający wskazał: „W związku z wyrokiem z KIO sygn. akt KIO 13/20 z dnia 20.01.2020r. (...) informuje, że (...) zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty dla Zadania 2.”

Pismami z dnia 10 lutego 2020 roku Zamawiający zwrócił się do wykonawców Apator oraz ADD o przedstawienie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących kalkulacji ceny oferty.

W dniu 10 lutego 2020 roku Odwołujący przedłużył termin związania ofertą do dnia 31 marca 2020 roku.

W dniu 13 lutego 2020 roku Apator spółka akcyjna z siedzibą w Toruniu (dalej Apator lub Odwołujący) wniósł odwołanie - sygn. akt KIO 301/20 - dotyczące zaniechania odrzucenia oferty ADD polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa siedziba w warszawie (pełnomocnik) oraz Elgama - Eletronicka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wilnie (dalej: wykonawca ADD lub ADD) między innymi z tego powodu, że wyjaśnienia ceny oferty ADD z dnia 18 grudnia 2020 roku potwierdzają, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska.

Za pismem z dnia 19 lutego 2020 roku wykonawca ADD przedstawił wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny zawierające szereg załączników.

Odwołujący Apator w terminie do dnia 20 lutego 2020 roku nie przedstawił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z do ich złożenia za pismem z dnia 10 lutego 2020 roku.

VH

W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że Apator udzielił wyjaśnień w zakresie ceny, a ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (.). W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Zamawiający za pismem z dnia 10 lutego 2020 roku zwrócił się do wykonawców ADD oraz Apator, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 7 lutego 2020 roku, o przedstawienie takich wyjaśnień wskazując na przesłanki wynikające z art. 90 ust. 1 a ustawy.

Izba wskazuje, że dla rozpoznania zarzutu odwołania podniesionego przez Odwołującego niezbędne jest w pierwszej kolejności dokonanie oceny argumentacji Odwołującego odnoszących się do „Aukcji I” i „Aukcji II” oraz wywodzonych skutków oceny zaoferowanej ceny przez Odwołującego.

Izba zaznacza w tym miejscu, że czynność przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji w dniu 7 lutego 2020 roku w ramach Zadania 2 przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego była wynikiem uwzględnionego wcześniej odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 13/20, gdzie Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 roku nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej i unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 10 grudnia 2019 roku.

Fakt unieważnienia dokonanych czynności związanych z przeprowadzeniem aukcji elektronicznej 10 grudnia 2019 roku jak również czynności podjętych po jej przeprowadzeniu przez Zamawiającego uzasadniła Izba w wyroku sygn. akt KIO 301/20 wydanego na skutek odwołania wniesionego w dniu 13 lutego 2020 roku, gdzie Izba uzasadniając sentencję orzeczenia wskazała w uzasadnieniu wyroku, że „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 bezspornie, 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.

Izba zaznacza, że Odwołujący nie kwestionował w żaden sposób zaproszenia przesłanego za pismem z dnia 3 lutego 2020 roku do akcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 7 lutego 2020 roku. Odwołujący nie kwestionował również faktu przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 7 lutego 2020 roku. W ocenie Izby dowodzi to faktu, że Odwołujący prawidłowo zdekodował czynności podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku wyroku z dnia 13 stycznia 2020 roku sygn. akt KIO 13/20, który to wyrok został wydany w wyniku rozpoznania odwołania wniesionego przez Apator tj. odwołującego również w tej sprawie odwoławczej.

Izba w przedmiotowej sprawie odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt KIO 554/20 w całości przyjmuje powyższą argumentację z wyroku sygn. akt KIO 301/20 za własną i stwierdza, że na moment rozpoznania przedmiotowego odwołania aukcja z dnia 10 grudnia 2019 roku była już unieważniona. W ocenie Izby unieważnione zostały również wszystkie inne czynności powiązane z tą aukcją - i to nie tylko czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej - ale również czynności wynikające z przeprowadzonej aukcji, bezpośrednio z nią powiązane jak właśnie czynność wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty z dnia 11 grudnia 2019 roku, a w efekcie złożone przez każdego z wykonawców wyjaśnienia. Unieważnienie czynności Zamawiającego prowadzi do unieważnienia czynności wykonawców mieszczących się w ramach czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Trudno bowiem byłoby uznać za istniejącą czynność złożenia wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny w odniesieniu do ceny podanej w aukcji elektronicznej, która to aukcja została unieważniona. Unieważnienie aukcji elektronicznej powoduje, że nie ma w postępowaniu ceny zaoferowanej w tej aukcji. Oczywistym jest, że w dokumentacji postępowania odwoławczego wszystkie dokumenty jakie zostały wytworzone i składane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostają i muszą pozostać. Przedstawiana argumentacja przez Odwołującego wydaje się miała prowadzić do wniosku, że dokumenty pozostały i nie sposób ich pomijać. Jednakże w ocenie Izby fakt, że dane czynności zostały unieważnione nie powoduje, że określające te czynności dokumenty należy z dokumentacji postępowania usuwać. Wręcz niedozwolone i niedopuszczalne jest usuwanie dokumentacji postępowania, która wytwarzana jest w poszczególnych etapach prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia. Natomiast fakt, że wytwarzana w trakcie procedury dokumentacja pozostaje w aktach sprawy zamówieniowej nie oznacza, że dokumentacja ta na poszczególnych etapach postępowania ma być uwzględniana przy podejmowanych kolejnych czynnościach Zamawiającego, tak jak w tym przypadku, po wcześniejszym unieważnieniu czynności.

Izba wskazuje również, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca nie przewidział „wielości aukcji elektronicznych”, które wywoływałyby skutek szeregowy, łańcuskowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 91a ust 1 ustawy Zamawiający może przeprowadzić, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, aukcję elektroniczną o ile przewidział ją w ogłoszeniu o zamówieniu i złożone zostały co najmniej dwie oferty. Aukcja elektroniczna stanowi kontynuację czynności w postępowaniu prowadzonym w określonych ustawą trybie (jednym z trzech wymienionych w art. 91a ust. 1 ustawy) i z przepisu wynika, że ma ona być przeprowadzona raz. Tym samym, w ocenie Izby nadużyciem Odwołującego jest posługiwanie się określeniem „Aukcja I” i „Aukcja II” i budowanie w oparciu o nie przekonania o konieczności posługiwania się dokumentami złożonymi w efekcie przeprowadzenia aukcji 10 grudnia 2019 roku przy ocenie zaoferowanej ceny w aukcji przeprowadzonej 7 lutego 2020 roku.

Aukcja z 10 grudnia 2020 roku została unieważniona co potwierdza zaproszenie za pismem z dnia 3 lutego 2020 roku wykonawcy ADD oraz Odwołującego do aukcji wyznaczonej na dzień pierwotnie 6 lutego a finalnie na 7 lutego 2020 roku, a co nie było kwestionowane na etapie zaproszenia do aukcji.

Podsumowując powyższe Izba wskazuje, że na dzień dokonania oceny oferty Odwołującego tj. 4 marca 2020 roku w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skutecznie przeprowadzona była tylko aukcja z dnia 7 lutego 2020 roku i to oferty złożone w ramach tej aukcji podlegały ocenie Zamawiającego oraz czynności Zamawiającego dotyczyły właśnie tej aukcji.

Zgodnie z art. 90 ust.3 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść tego przepisu jest jednoznaczna i podaje, że w przypadku, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień Zamawiający odrzuca ofertę. Przepis ten nakłada

na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w przypadku braku przedstawienia wyjaśnień i nie znajduje żadnego odstępstwa w takich okolicznościach. Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Pozostaje również bez znaczenia dla oceny przedmiotowej sytuacji fakt, że cena zaoferowana przez Odwołującego w unieważnionej aukcji z dnia 12 grudnia 2019 roku oraz w aukcji z dnia 7 lutego 2020 roku była taka sama. To, że ceny zaoferowane w postępowaniu przez Odwołującego w wyniku aukcji elektronicznej były takie same nie przywraca do postępowania czynności unieważnionej tj. złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 18 grudnia 2019 roku powiązanych z wezwaniem z dnia 11 grudnia 2019 roku, do którego to wezwania z dnia 11 grudnia 2019 roku Odwołujący w sposób jednoznaczny referuje w piśmie z dnia 18 grudnia 2019 roku. Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji, czy też okoliczności które pozwalałyby na uwzględnienie wyjaśnień wykonawcy poczynionych przed skierowaniem wezwania do ich udzielenia, tym bardziej, że wyjaśnienia te Izba uznała za unieważnione wraz z unieważnieniem aukcji z 12 grudnia 2019 roku. Zamawiający nie może i nie jest uprawniony, po pierwsze do posługiwania się w postępowaniu dokumentami wytworzonymi w trakcie procedury zamówieniowej ale dotyczącymi czynności unieważnionych - w takim przypadku dokumenty te należy traktować jak dokumenty archiwalne odnoszące się do podejmowanych czynności, które zostały zweryfikowane i w wyniku tej weryfikacji czynności zostały unieważnione - po drugie nie może odstępować od przepisów ustawy nakazujących odrzucenie oferty w przypadku braku złożenia stosownych wyjaśnień.

Nie stanowi również odpowiedzi na wezwanie z dnia 10 lutego 2020 roku do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Fakt przedłużenia terminu związania ofertą wynika z innych przepisów i stanowi o zupełnie innych obowiązkach wykonawcy. Sam fakt przedłużenia terminu związania ofertą przez Odwołującego nie jest czynnością zastępującą inne czynności określone i wymagane ustawą, gdyby tak było to ustawodawca zapewne wskazałaby to przepisach ustawy. Tym bardziej, że daleko idący skutek wskazany w art. 90 ust. 3 ustawy tj. odrzucenia oferty, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień został jednoznacznie wyartykułowany i nie ma tu miejsca na jakiegokolwiek domniemania - o których, w tym zakresie ustawa w ogóle nie traktuje - które sanowałby brak złożenia wyjaśnień, a w konsekwencji skutek w postaci odrzucenia oferty Odwołującego. Przy czym należy mieć również na uwadze, że Odwołujący błędnie założył, że może wskazać w postępowaniu odwoławczym na wyjaśnienia ceny oferty po aukcji z dnia 12 grudnia 2019 roku przedstawione za pismem z dnia 18 grudnia 2019 roku z odwołaniem do pismem z dnia 11 grudnia 2019 roku wzywającym do złożenia wyjaśnień przy czym czynność przeprowadzenia aukcji z dnia 12 grudnia 2019 roku została unieważniona.

Izba wskazuje, że Odwołujący w ogóle nie złożył żadnego pisma w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej w aukcji z dnia 7 lutego 2020 roku, to oznacza, że również nie złożył odpowiedzi, w której odwołałby się do wyjaśnień złożonych za pismem z dnia 18 grudnia 2019 roku. Odwołujący nie zareagował w żaden sposób na wezwanie z dnia 10 lutego 2020 roku. Natomiast Zamawiający nie mógł - jak to wskazał w odwołaniu Odwołujący - „automatycznie” przyjąć wyjaśnień zaoferowanej ceny podanych w piśmie z 18 grudnia 2019 roku. Ustawa nie przewiduje i nie dopuszcza w tym zakresie żadnego „automatyzmu” w przyjmowaniu wyjaśnień poczynionych w odpowiedzi na inne, wcześniejsze wezwanie Zamawiającego. Odwołujący wskazuje na „automatyzm” bowiem w ocenie Izby stanowi to jedyny sposób „uratowania” okoliczności przedstawienia wyjaśnień, jednakże w zupełności pomija, że „automatyzm” ten w żaden sposób nie byłby weryfikowalny i przyjęcie przez Zamawiającego w zasadzenie bez zgody wykonawcy danych wyjaśnień nie gwarantowałoby wykonawcy prawa do wyjaśnienia przedstawionej ceny ofertowej. Dlatego też za zasadne i właściwe należy przyjąć niedopuszczenie w ustawie żadnego automatyzmu, żadnego domniemania czy innych konstrukcji, bowiem art. 90 ust. 1 ustawy jest jasny i precyzyjny i wymaga złożenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego. Również powołane w odwołaniu orzeczenia nie odnoszą się do okoliczności rozpatrywanych w przedmiotowej sprawie odwoławczej.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo dokonał czynności jakie nakłada na niego ustawa i Izba nie podziela stanowiska Odwołującego odnoszącego się do kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień tj. wezwania z dnia 10 lutego 2020 roku. Izba wskazuje, że nie ma w tym wypadku mowy o „kolejnym wezwaniu”, tu jest wezwanie z dnia 10 lutego 2020 roku. Natomiast Odwołujący stara się wywrzeć nieuprawnione niczym wrażenie, że Zamawiający dokonuje kolejnego wezwania, które to działanie jest wątpliwe. Izba stwierdza w tym miejscu, że Zamawiający nie dokonał „kolejnego wezwania”, tylko wezwania po przeprowadzeniu w dniu 7 lutego 2020 roku aukcji elektronicznej, które to wezwanie nie było kwestionowane przez Odwołującego. Izba stwierdza, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał

czynności oceny oferty i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy z powodu niezłożenia wyjaśnień i prawidłowo wyciągnął konsekwencje względem Odwołującego, który nie złożył wyjaśnień na wezwanie z dnia 10 lutego 2020 roku.

Izba dodaje, że Odwołujący nie kwestionował wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 10 lutego 2020, nie twierdził, że są niepotrzebne, nadmiarowe, niezgodne z ustawą. Taka

argumentacja prezentowana w odwołaniu na tym etapie postępowania nie może znajdować uzasadnienia. Wykonawca otrzymał wezwanie z dnia 10 lutego 2020 roku i równie dobrze mógł nie odpowiadać na nie, bowiem takiego obowiązku ustawowego nie ma, co potwierdza sankcja w postaci odrzucenia oferty w przypadku braku złożenia wyjaśnień. Tym samym wykonawca mógł odpowiedzieć na wezwanie ale równie dobrze mógł nie odpowiedzieć na wezwanie do przedstawienia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający musi dokonać oceny tego co w danym postępowaniu, na określony jego etapie się dzieje i nie może oceniać czynności, które nie zostały wykonane zgodnie z przepisami i zgodnie z wezwaniami. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego wskazującego, że należy traktować za czysto formalny wymóg złożenie oświadczenia z którego wynikałoby podtrzymanie przez Odwołującego wyjaśnień z 18 grudnia 2019 roku, bowiem skoro nie istnieje w tym zakresie żadne ustawowe domniemanie, nie został określony przepisami ustawy żaden automatyzm to oświadczenie o jakim traktował Odwołujący nie stanowi jedynie zadość formalnym wymaganiom ale dla oceny przesłanek z art. 90 ust. 3 ustawy stanowi kluczowe oświadczenie woli wykonawcy, bez złożenia którego Zamawiający musi stwierdzić brak złożenia wyjaśnień - co też w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia prawidłowo uczynił.

Wynika z powyższego w sposób jednoznaczny, że wezwanie z dnia 10 lutego 2020 roku nie było kwestionowane przez Odwołującego po jego przesłaniu, że czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej z 12 grudnia 2019 roku oraz zaoferowania ceny w aukcji i wszystkie czynności z nią powiązane zostały unieważnione przez dokonanie czynności zaproszenia do aukcji w dniu 3 lutego 2020 roku, oraz że Odwołujący nie złożył w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 10 lutego 2020 roku żadnego oświadczenia. Izba wskazuje, że formalizm postępowania sam w sobie nie jest celem samym w sobie i w tym zakresie można zgodzić się z Odwołującym, jednakże w przedmiotowej sprawie Odwołujący stara się wywieść - przypisując Zamawiającemu nieuprawniony, niezasadny formalizm postępowania - odstąpienie od ustawowo określonych obowiązków prowadząc zaiste kreatywną wykładnię obowiązującego prawa zamówień publicznych, która w ocenie Izby nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Zamawiający prawidłowo dokonał czynności i zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ADD, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 10 lutego 2020 roku, za pismem z dnia 19 lutego 2020 roku wykonawca ADD przedstawił wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny zawierające szereg załączników.

Na wstępie Izba wskazuje, że na potrzeby rozpoznania tego zarzutu uwzględnia argumentację przedstawioną w rozpoznanym wyżej zarzucie, a odnoszącą się do unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji z dnia 12 grudnia 2019 roku i czynności z nią powiązanych.

Izba stwierdza, na podstawie treści odwołania jak również stanowiska zaprezentowanego w trakcie rozprawy, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania kwestionował wyjaśnienia zaoferowanej ceny przez ADD, które zostało złożone za pismem z 18 grudnia 2019 roku w odpowiedzi na wezwanie do ich złożenia z dnia 11 grudnia 2019 roku, wskazując, że odnosi się do wyjaśnień drugich, aczkolwiek założył, że wyjaśnienia drugie mają taką samą treść, jak wyjaśnienia z grudnia 2019 r. tzn. te pierwsze. W ocenie Izby sam fakt podniesienia, że kwestionuje się wyjaśnienia z lutego 2020 roku nie przesądza o tym, że właśnie te wyjaśnienia są kwestionowane. Odwołujący poczynił założenie, które pozwoliło mu na zbudowanie argumentacji faktycznej w oparciu o treść wyjaśnień za pismem z 18 grudnia ubiegłego roku.

W ocenie Izby sam fakt stwierdzenia, że kwestionuje wyjaśnienia przedstawione za pismem z dnia 19 lutego 2020 roku, nawet nie referując do tych wyjaśnień, nie stanowi faktycznie o ich kwestionowaniu. Odwołujący sam przyznał i to wielokrotnie, że kwestionuje wyjaśnienia „drugie” zakładając, że mają taką samą treść jak te „pierwsze” tj. z 18 grudnia 2019 roku.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia za pismem z dnia 18 grudnia 2019 roku i wyjaśnienia za pismem z dnia 19 lutego 2020 roku stanowią zupełnie inne wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami. Uwzględniając w tym miejscu, że czynność przeprowadzenia aukcji 12 grudnia 2019 roku została unieważniona, a w konsekwencji unieważnione zostały wszystkie czynności z nią powiązane, w tym złożenie wyjaśnień przez ADD Odwołujący w zasadzie kwestionował czynność, która została skutecznie unieważniona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez dokonanie zaproszenia do aukcji elektronicznej z dnia 3 lutego 2020 roku, co zostało wykazane szczegółowo przy rozpoznaniu zarzutu pierwszego.

Izba stwierdza, że Odwołujący nie podniósł argumentacji w zakresie wyjaśnień ADD poczynionych za pismem z dnia 19 lutego 2020 roku. Izba nie może poszukiwać argumentacji za Odwołującego jak również nie może dopasowywać argumentacji do zupełnie innego stanu faktycznego, który nie został przez Odwołującego uwzględniony w argumentacji podnoszonej w odwołaniu. Izba rozpoznaje zarzuty odwołania i ocenia zasadność ich podnoszenia przez Odwołującego, a nie za Odwołującego. Wymaga wskazania w tym miejscu, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „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.” Podkreślić należy, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Tym samym zarzut odwołania musi odnosić się do istniejącego stanu faktycznego, natomiast brak odniesienia przez Odwołującego do aktualnego stanu faktycznego sprawy powoduje, że podnoszona argumentacja nie uzasadnia podniesionego naruszenia przepisów bowiem odnosi się do stanu faktycznego nieistniejącego, tym samym zarzut odwołania jest niezasadny.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 91b ust. 1 ustawy przez zaproszenie do aukcji elektronicznej Konsorcjum ADD pomimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu oraz art. 91a ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej pomimo, że w Postępowaniu tylko Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, bowiem oferta Konsorcjum ADD powinna zostać odrzucona - Izba uznała zarzuty za niezasadne.

W odniesieniu do powyższych zarzutów Izba wskazuje, że są one konsekwencją wcześniej podniesionych zarzutów, które oparte zostały na błędnie ustalonym stanie faktycznym sprawy. Wskazane zarzuty mieszają stan faktyczny procedury o udzielenie zamówienia publicznego zrównując w ocenie czynności przeprowadzone i unieważnione (aukcja z 10 grudnia 2019 roku) oraz czynności jakie miały podlegać ocenie (aukcja z 7 lutego 2020 roku). W ocenie Izby już z tego powodu zarzuty te są niezasadne. Jednocześnie w ocenie Izby zarzuty te są niezasadne również dlatego, że Zamawiający czynności, do których w części one się odnoszą wykonał zgodnie z orzeczeniem Izby KIO 13/20. Unieważnienie aukcji elektronicznej z dnia 10 grudnia 2019 roku spowodowało powrót do danego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. etapu przed aukcją elektroniczną.

Przeprowadzenie czynności przez Zamawiającego wychodząc z etapu przed aukcją spowodowało, że doszło do zaproszenia do aukcji elektronicznej, a po aukcji elektronicznej z dnia 7 lutego 2020 roku badania i oceny ofert - jest to kontynuacja procedury o udzielenie zamówienia publicznego ale nie kontynuacja aukcji po aukcji do której nawiązuje Odwołujący w stawianym zarzucie odwołania, ponieważ takiego mechanizmu w ustawie nie znajdujemy (o tym szerzej przy rozpoznaniu zarzutu pierwszego). Zaznaczenia wymaga również, że Odwołujący nie wyjaśnił w stawianym zarzucie, nie podał uzasadnienia faktycznego odnoszącego się do tego w jaki sposób Zamawiający naruszył przepis art. 91b ust. 1 i 91 a ust. 1 ustawy oraz nie wyjaśnił dlaczego oferta ADD miałyby podlegać odrzuceniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej w postępowaniu. Izba w tej części odwołuje się przy rozpoznaniu tego zarzutu do argumentacji poczynionej w uzasadnieniu rozpoznania zarzutu drugiego, a odnoszącej się do barku uzasadnienia faktycznego stawianych w odwołaniu zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego Zamawiającego o zasądzenie kosztów w kwocie 3 600,00 zł na podstawie złożonej do akt sprawy faktury. Izba stwierdziła, że faktura wystawiona była przez Kancelarię D., S., G. Adwokacka Spółka Partnerska z siedzibą w Łodzi podpisana przez Adwokata J. S. działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 stycznia 2020 roku złożonego do akt sprawy. W treści pełnomocnictwa wskazano w § 2 ust. 1, że pełnomocnik ma prawo powołać dalszych pełnomocników - adwokatów lub radców prawnych, w zakresie obejmującym całość lub część jego umocowania. W trakcie posiedzenia i rozprawy z udziałem stron Zamawiającego reprezentowali Pan M. M. - na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 czerwca 2020r. udzielonego przez dyrektora Oddziału PGE dystrybucja SA Oddział Łódź pana M. S., działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 lutego 2020r, którego odpis wraz z wydrukiem KRS złożono do akt sprawy oraz Pan A. K. - działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 czerwca 2020r. udzielonego przez dyrektora Oddziału PGE dystrybucja SA Oddział Łódź pana M. S., działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 lutego 2020 r., którego odpis wraz z wydrukiem KRS złożono do akt sprawy.

Mając na uwadze, że Pan mecenas J. S. nie brał udziału w posiedzeniu i rozprawie z udziałem stron oraz, że żaden z Panów pełnomocników biorących udział w posiedzeniu i rozprawie nie legitymował się tym, że jest adwokatem lub radcą prawnym oraz, że został umocowany do reprezentacji przez Pana mecenas J. S. Izba postanowiła jak tenorze wyroku.

Przewodniczący: