

WYROK

Warszawa, dnia 27 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Immitis Sp. z o.o. w Bydgoszczy (KRS: 0000504234) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Zielonej Górze (KRS: 0000493610)

orzeka:

Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego; powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego koszty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie (Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa) (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup i dostawę komputerów przenośnych i monitorów komputerowych”, z podziałem na dwie części: część 1. dotyczącą komputerów przenośnych i część 2. dotyczącą monitorów komputerowych, nr referencyjny nadany przez Zamawiającego: DPiZP.2610.10.2023 (dalej Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia, w tym minimalne wymagania zamawianych urządzeń, opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 3 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia Immitis Sp. z o.o. w Bydgoszczy (ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz) (dalej Odwołujący lub Immitis).

Po udostępnieniu w dniu 5 czerwca 2024 r. przez Zamawiającego kopii odwołania, w tym samym dniu przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Zielonej Górze (ul. Fabryczna nr 13 lok. 1, 65-410 Zielona Góra) (dalej Przystępujący lub GALAXY), którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i została wybrana przez Zamawiającego. Izba uznała przystąpienia za skuteczne wobec wypełnienia przesłanek art. 525 Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo uprzedniego uwzględnienia odwołania w tym przedmiocie oraz pomimo, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że cena złożonej oferty nie jest rażąco niska i dalej wobec badania i oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty GALAXY.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 522 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie podjęcia czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego uprzednio w całości przez Zamawiającego odwołania, wniesionego przez Odwołującego w dniu 7 marca 2024r., rozpoznawanego pod sygn. akt. KIO 770/24 oraz podjęcie czynności wprost sprzecznych z uwzględnionym uprzednio ww. odwołaniem, które nie tylko nie uchylają, ale powielają pierwotny stan niezgodności czynności Zamawiającego z przepisami Pzp wskazanymi w tamtym odwołaniu;

ewentualnie również

2.art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę wobec złożenia przez niego wyjaśnień „ogólnych i nieobejmujących wszystkich wymaganych wyliczeń, wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby rentowność oferty i mogły przekonać, że jest to cena na poziomie rynkowym, która obejmuje wszystkie elementy składające się na zakres zamówienia”, w sytuacji, w której:

1)wątpliwości stanowiące podstawę odrzucenia oferty nie znalazły odzwierciedlenia w treści lakonicznego i sztampowego wezwania do wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia w pełni odpowiadały treści wezwania i odnosiły się do wszystkich wskazanych w nich zagadnień, zaś Zamawiający nie wezwał do ich uzupełnienia ani złożenia dalszych wyjaśnień,

2)elementy cenotwórcze związane z realizacją zamówienia budzące wątpliwości Zamawiającego, nie stanowią istotnych składowych ceny ofertowej,

3) rzekome nieścisłości w treści wyjaśnień nie zachodzą i wynikają wyłącznie z błędnej interpretacji treści wyjaśnień przez Zamawiającego,

4) złożone wyjaśnienia i załączone do nich dowody w dostateczny sposób uzasadniają zaoferowaną cenę i jej istotne części składowe, potwierdzając możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

a w konsekwencji również

3.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty GALAXY z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i jej wybór jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy niepodlegającą odrzuceniu oferta Odwołującego była ofertą korzystniejszą (w świetle kryteriów określonych przez Zamawiającego) od ww.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia: wyboru oferty

najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Odwołującego oraz poprzedzających je czynności badania i oceny ofert, oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie w postaci dokumentacji postępowania w szczególności: SWZ, ofert, w tym oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej (dalej: Wezwanie), wyjaśnień Odwołującego rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami (dalej: Wyjaśnienia) oraz decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty oraz dodatkowo przedłożonych w toku postępowania odwoławczego dowodów dokumentowych, których ocena dokonana została poniżej lub dodatkowo przedstawiona w dalszej części uzasadnienia a także oświadczeń i stanowisk stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

W zakresie dowodów przedstawionych na etapie postępowania odwoławczego w postaci:

- złożonej przez Odwołującego specyfikacji warunków zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 2022 r. prowadzonego przez Zamawiającego na analogiczny zakres przedmiotu zamówienia, co w Postępowaniu na okoliczność kryteriów oceny ofert oraz motywów działań Immitis wobec czynności Zamawiającego w tamtym postępowaniu – Izba stwierdziła, że dowód wskazuje na podobny do objętego Postępowaniem zakres przedmiotu zamówienia oraz nie wskazuje na motywy działania Immitis, która to okoliczność dodatkowo nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia istoty sporu;

- złożonego przez Odwołującego oświadczenia producenta oferowanych monitorów z dnia 21 czerwca 2024 r. wraz z wydrukiem tabeli średnich kursów NBP z dnia sporządzenia oferty na okoliczność prawidłowości i rynkowości oferowanej ceny – Izba stwierdziła, że dowód potwierdza, że cena zakupu monitora na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia w Postępowaniu przez Immitis ustalona została z uwzględnieniem indywidualnych warunków, na jakich składający oświadczenie producent współpracuje z partnerem Immitis oraz uwarunkowań rynkowych tj. wahań kursów walutowych, producent i Immitis ustalili skonkretyzowaną cenę jednostkową w Euro, a zakres świadczeń producenta obejmuje również obsługę systemu zgłoszeń serwisowych jako będącą stałym elementem współpracy producenta z jego partnerami w ramach świadczeń gwarancyjnych i jest objęta ceną jednostkową za monitor; oraz, że Wyjaśnienia w zakresie wskazywanych w nich kwot – maksymalnej ceny jednostkowej w pln, zysku i rezerwy – są wewnętrznie spójne jako uwzględniające opisane w Wyjaśnieniach założenia i kurs euro – pln;

- złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny Immitis z dnia 15 lutego 2023 r udzielonych na wezwanie Zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na analogiczny zakres przedmiotu zamówienia z 2022 r. na okoliczność sztamowości i powielania uzasadnień wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Immitis – Izba stwierdziła, że dowód wskazuje na przyjęcie przez Immitis analogicznej metodologii szacowania – wyliczania ceny ofertowej (kosztów realizacji zamówienia) w podobnych zamówieniach i jednocześnie nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości Wyjaśnień w niniejszym Postępowaniu.

Izba wskazuje, że uwzględniła wniosek Odwołującego o wyłączenie jawności i ograniczenie dostępu uczestnika do oświadczenia producenta z dnia 21 czerwca 2024r . oraz egzemplarza pisma kierowanego do Izby i Zamawiającego w zakresie ceny jednostkowej euro producenta ustalonej dla Odwołującego na potrzeby oferty składanej w Postępowaniu i wskazanej w oświadczeniu producenta z dnia 21 czerwca 2024 r. wobec wykazania zasadności wyłączenia i ograniczenia dostępu i załączenia dowodów w postaci zarządzenia z 31 sierpnia 2023 r. oraz wzoru zastosowanej umowy o zachowaniu poufności w oparciu o art. 545 ust 2 i 3 Pzp. Powyższe dokonane zostało również z uwzględnieniem stanowiska stron w tym zakresie niekwestionującego zastrzeżenia.

Izba stwierdza, że nie zostały wypełnione przesłanki, o których stanowi art. 528 Ustawy skutkujące odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy. Wobec wykazania zaistnienia naruszeń Ustawy, które miały lub mogły mieć wpływ na pozyskanie zamówienia Izba uwzględniła odwołanie. Wobec treści odwołania Izba przyjęła, że dotyczy ono jednej kompleksowej czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie Wyjaśnień i w konsekwencji nieprawidłowej ocenie i wyborze ofert i opiera się na tych samych okolicznościach faktycznych. Uzasadnienie prawne jako wywodzące żądanie uwzględnienia odwołania wskazujące na naruszenie różnych przepisów nie przesądziło o istnieniu odrębnych zarzutów wymagających odrębnego rozstrzygnięcia. Stąd Izba wobec wykazania odwołaniem nieprawidłowości oceny Wyjaśnień, których założenia potwierdzone zostały dodatkowo dowodami złożonymi w toku postępowania odwoławczego uwzględniła odwołanie w całości.

Izba ustaliła, że stan faktyczny Postępowania, co do zasady, nie był sporny. Spór sprowadzał się do oceny treści Wyjaśnień, w świetle Wezwania oraz twierdzeń i wątpliwości Zamawiającego, co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej wykonawcy w oparciu o uzgodnienie ceny dostawy monitorów z ich producentem (zawierającej oprócz ceny urządzenia także świadczenia dodatkowe) oraz tego, czy wystarczające jest dla wykazania prawidłowości kalkulacji ceny przedłożenie wyjaśnień wykonawcy wraz z oświadczeniem producenta w tym zakresie oraz dodatkowo wątpliwości, jakie powstały po stronie Zamawiającego w związku z treścią Wyjaśnień.

Izba ustaliła bezsporne okoliczności, że:

1. Postępowanie w zakresie części drugiej dotyczy zakupu i dostawy monitorów komputerowych; Wymagania minimalne w odniesieniu do zamawianych urządzeń określają Specyfikacja Techniczna (dalej OPZ) stanowiąca załącznik nr 1 do Projektowanych Postanowień Umowy oznaczonych jako załącznik nr 6.1. do SWZ oraz odpowiadające im postanowienia Załącznika nr 1.1 do SWZ - wzór Formularza Ofertowego, zaś warunki realizacji zamówienia w jego części 2 załącznik nr 6.2. do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowy- część 2 Zamówienia (dalej PPU). Zgodnie z rozdziałem I, cz. I.2., ust. 4 SWZ przedmiotem zamówienia w części 2 objęty jest zakup i dostawa na potrzeby Zamawiającego fabrycznie nowych, nienoszących śladów użytkowania monitorów komputerowych (jednego producenta, marki, typu i modelu o minimalnych parametrach określonych w OPZ i PPU), w maksymalnej liczbie 2.000 sztuk (w tym 1.000 sztuk w ramach etapu I i 1.000 sztuk w ramach etapu II, przy czym etap drugi stanowi zamówienie opcjonalne i jego realizacja oraz rozmiary uzależnione są od złożenia przez Zamawiającego oświadczenia wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ). Dostawa monitorów komputerowych następować ma jednorazowo dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego, ale do kilkunastu różnych lokalizacji określonych w SWZ;
2. Oferty w Postępowaniu w części 2 zamówienia złożyło 4 wykonawców: GALAXY (na kwotę 1.104.540 zł), Konsorcjum wykonawców Grupa E Sp. z o.o. w Tychach i FHU „Horyzont” Krzysztof Lech (dalej Konsorcjum Grupa E) (na kwotę 895.440 zł) oraz na taką samą kwotę Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej Suntar) i Odwołujący (na kwotę 1.067.640 zł). Pismem z 23 listopada 2023r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Grupa E, a także dokonał klasyfikacji pozostałych ofert z której wynikało, iż oferty Odwołującego i Suntar były sklasyfikowane ex aequo na 2 miejscu z taką samą liczbą punktów (ceny tych ofert były tożsame);
3. W dniu 29 grudnia 2023r., wobec uchylecia się przez pierwotnie wybranego wykonawcę (Konsorcjum Grupa E) od zawarcia umowy, Zamawiający wezwał Odwołującego i Suntar do złożenia ofert dodatkowych; wezwani wykonawcy złożyli oferty dodatkowe, z których korzystniejszą złożył Odwołujący (Odwołujący z ceną ofertową na kwotę 875.760 zł brutto (712.000 zł netto, w tym po 356.000 zł na zamówienie podstawowe i opcjonalne po 1000 monitorów każde, z ceną jednostkową po 356 zł za monitor) a Suntar z ceną ofertową na kwotę 920.040 zł brutto (748.000 zł netto, w tym po 374.000 zł na zamówienie podstawowe i opcjonalne po 1000 monitorów każde, z ceną jednostkową po 374 zł za monitor);
4. Pismem z dnia 10 stycznia 2024r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp; Zamawiający wskazał, że cena oferty dodatkowej złożonej przez Odwołującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT i z tego względu wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, budząc wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumentach zamówienia; W związku z tym Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczonej ceny podanej w ofercie za wykonanie całego przedmiotu zamówienia (zamówienie podstawowe i opcjonalne); Zamawiający nie wskazał okoliczności szczegółowych, których wyjaśnienia by oczekiwał, ograniczając się do przywołania przykładowych elementów wymienionych w art. 224 ust. 3 Pzp;

5. Pismem z dnia 15 stycznia 2024r. Odwołujący złożył Wyjaśnienia w zakresie ceny ofertowej; wskazał, że oferowany monitor (podkreślenia własne): „1. spełnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wraz z wszelkimi załącznikami i zmianami, obowiązującej w ww. postępowaniu, 2. konfiguracja monitora obejmuje m.in.: gwarancję, kable, opakowanie, 3. oferta przedstawiona spółce IMMITIS do niniejszego postępowania opierała się na indywidualnych warunkach handlowych, uwzględnia specjalne rabaty dla IMMITIS, 4. cena zakupu monitora jest nie wyższa niż 345,00 zł netto za sztukę, obejmuje świadczenia gwarancyjne oraz logistykę, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego”; a także zaznaczył, że: „Przy zastosowaniu powyższych danych Wykonawca uwzględnił kalkulując ofertę metodologię, wg której do wyceny przyjmował stawki rynkowe zaofertowane mu przez jego kontrahentów, na potrzeby złożenia oferty zaokrąglając je w górę (vide poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego), co pozwoliło mu na osiągnięcie ponad 13 tys. zł rezerwy wartościowej nad ceną nabycia sprzętu wraz ze świadczeniami dodatkowymi, którą może przeznaczyć na koszty nieprzewidziane i operacyjne związane z zamówieniem, udziałem w postępowaniu itp. Z uwzględnieniem powyższego Wykonawca oświadcza ponadto, że cena ofertowa obejmuje wszelkie elementy, wchodzące w zakres zamówienia i niezbędne do jego realizacji, w szczególności: koszty nabycia i dostawy urządzeń objętych przedmiotem zamówienia, obejmujące zgodnie z powyższym koszty logistyczne - dostawy do jednostek zamawiającego na terenie kraju, o koszty realizacji świadczeń gwarancyjnych na zasadach określonych w SIWZ i załącznikach do nie przez okres 48 miesięcy, o koszty integracji systemów zgłoszeń serwisowych: Wykonawcy i Zamawiającego, koszty administracyjne i operacyjne związane z realizacją zamówienia, koszty związane z udziałem w postępowaniu, w tym koszty ustanowienia wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednocześnie Wykonawca oświadcza, iż oferując sprzęt wskazany w powyższych punktach osiągnie zysk na poziomie nie mniejszym niż 3 %.” Do Wyjaśnień Odwołujący załączył oświadczenie producenta oferowanego urządzenia z dnia 15 stycznia 2024 r. złożone w związku z prowadzonym przez Zamawiającego Postępowaniem i złożoną przez Immitis ofertą, że: „zaofertowany przez Wykonawcę monitor ASUS VA24EQSB : spełnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wraz z wszelkimi załącznikami i zmianami, obowiązującej w ww. postępowaniu, konfiguracja monitora obejmuje m.in.: gwarancję, kable, opakowanie, oferta przedstawiona spółce IMMITIS do niniejszego postępowania opierała się na indywidualnych warunkach handlowych, uwzględnia specjalne rabaty dla IMMITIS, cena zakupu monitora jest nie wyższa niż 345,00 zł netto za sztukę, obejmuje świadczenia gwarancyjne oraz logistykę, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego”
6. Pismami z dnia 26 i 27 lutego 2024r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert, w tym oferty Immitis oraz unieważnieniu Postępowania;
7. Od czynności odrzucenia oferty Immitis jako zawierającej rażąco niską cenę, badania i oceny ofert oraz unieważnienia postępowania w części 2 zamówienia odwołanie w dniu 8 marca 2024r. wywiódł Odwołujący, sprawie nadano sygnaturę akt KIO 770/24; Pismem z dnia 21 marca 2024r. Zamawiający poinformował m.in. o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności unieważnienia Postępowania a także wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego jako bezprzedmiotowego. Postanowieniem z dnia 21 marca 2024r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze;
8. Po umorzeniu postępowania odwoławczego Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o dalsze wyjaśnienia i pismem z dnia 23 maja 2024r. w oparciu o Wyjaśnienia odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy, ponieważ złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny; Zamawiający wskazał, że: wezwał Immitis do złożenia wyjaśnień, w tym także dowodów w zakresie wyliczenia ceny w części 2 zamówienia; Wyjaśnienia wypełniają jedynie obowiązek formalny, nie stanowią natomiast potwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, bazują na dużym stopniu ogólności; Immitis wymienia poszczególne elementy, natomiast nie przypisuje im żadnych wartości liczbowych; oświadcza, że osiągnie zysk na poziomie nie mniejszym niż 3% a w innym miejscu wskazuje, że osiągnie ponad 13 tysięcy zł rezerwy wartościowej nad ceną nabycia sprzętu wraz ze świadczeniami dodatkowymi; Wykonawca jako dowód przedstawił jedynie oświadczenie producenta monitorów; Wykonawca oświadczył, że cena ofertowa obejmuje koszty dostawy, koszty logistyczne - dostawy do jednostek zamawiającego, jednakże nie podał ich wielkości i sposobu w jaki będą realizowane (forma dostawy poprzez kuriera, bezpośrednia dostawa przez producenta, dostawa realizowana przez IMMITIS) (Zamawiający podkreślił, że dostawa realizowana ma być do 17 lokalizacji na terenie całego kraju (Wrocław, Toruń, Ciecierzyn, Zielona Góra, Łódź, Kraków, Warszawa - OR, Opole, Rzeszów, Łomża, Gdynia, Częstochowa, Kielce, Olsztyn, Poznań Szczecin, Warszawa - Centrala) i ostatecznie nie wiadomo w jakiej wysokości uwzględniono koszty dostawy); Zamawiający podkreślił, że zgodnie z Wezwaniem wykonawca zobowiązany był do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie za wykonanie całego przedmiotu zamówienia tj. zamówienia podstawowego i

opcjonalnego a w Wyjaśnieniach brak odniesienia się do zamówienia opcjonalnego i z Wyjaśnień i oświadczenia producenta nie wynika czy oferta cenowa na monitory dotyczy tylko zamówienia podstawowego czy też zamówienia opcjonalnego, co powoduje, że Immitis nie uwzględnił w zaoferowanej cenie zamówienia opcjonalnego; Zamawiający podkreślił, że Immitis nie przedłożył kalkulacji, ani innych oświadczeń czy dowodów (poza oświadczeniem producenta) „wskazujących na konkretną wysokość kosztów logistycznych (dostaw), kosztów wadium czy ZNWU, nie wykazał wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy (podwykonawstwo wskazane w Formularzu Ofertowym). Zamawiający zauważa, że ASUS Polska Sp. z o.o. oprócz sprzedaży monitorów za cenę nie wyższą niż 345,00 zł netto za 1 szt., oferuje w tej cenie również świadczenia gwarancyjne oraz logistykę, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Dodatkowo w ofercie IMMITIS wskazał, że dostawa i serwis realizowany będzie przez podwykonawcę. Jeśli ASUS Polska Sp. z o.o. zgodnie ze złożonym oświadczeniem z dn. 15.01.2024 r. jest podwykonawcą to nie zostało wykazane, że cena zaoferowana przez podwykonawcę jest wystarczająca na realizację przedmiotu zamówienia. W sytuacji gdy rola podwykonawcy dotyczy nie tylko sprzedaży Sprzętu, ale również jego dostawy, gwarancji i serwisu to w ocenie Zamawiającego stanowi to pominięcie wyjaśnienia realności wyceny z uwagi na fakt, że podwykonawca niemalże w całości będzie to zamówienie realizował. Brak wyjaśnień czy cena zaoferowana przez podwykonawcę jest wystarczająca na realizację przedmiotu zamówienia czyni pozornym cały proces wyjaśniania rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, bowiem, aby uniknąć rzeczywistego badania rzetelności kalkulacji oferty dany wykonawca zamiast samodzielnie składając ofertę mógłby wystąpić ja ko podwykonawca jakiegoś innego podmiotu, który wystąpił w charakterze wykonawcy w danym postępowaniu jedynie w celu uniknięcia rzeczywistego badania realności wyceny oferty faktycznego wykonawcy („ukrytego” jako podwykonawca). Wówczas każda nawet zupełnie nierealna oferta nie mogłaby zostać zweryfikowana, gdyż jej realności „dowodziłoby” samo to, że została złożona (tyle tylko, że nie przez wykonawcę zamawiającemu, a przez ten sam podmiot, ale występujący oficjalnie jako podwykonawcy wykonawcy składającego ofertę w danym postępowaniu). Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego, w szczególności w takich okolicznościach faktycznych, jak wyżej opisane, oczekiwanie wykazania realności oferty podwykonawcy nie tylko mieści się w granicach oczekiwania wyjaśnienia realności wyceny oferty wykonawcy, ale także brak wykazania realności oferty podwykonawcy wyklucza możliwość uznania, iż oferta wykonawcy jest realnie wyceniona. Zamawiający wskazuje, że oświadczenie ASUS nie potwierdza konkretnej ceny zakupu monitorów, bowiem w wyjaśnieniach wskazano, że cena monitora jest nie wyższa niż 345,00 zł netto za 1 szt., tym samym nadal nie wiadomo jaka cena zakupu będzie ceną ostateczną. Taka sytuacja jest niedopuszczalna także i z tego powodu, że, nadal nie jest możliwa weryfikacja oraz ocena wiarygodności zaoferowanej ceny (vide poniżej wywody i orzecznictwo dotyczące odpowiedzialności wykonawcy za ofertę podwykonawcy). Jeśli obecna cena ofertowa budzi wątpliwości, jak również poruszana kwestia zaoferowanych przez podwykonawcę warunków współpracy, to w sytuacji kiedy cena zakupu może być jeszcze niższa tym bardziej budzi wątpliwości czy cena zaoferowana przez podwykonawcę jest wystarczająca na realizację przedmiotu zamówienia.” Według Zamawiającego „przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie przedstawiają założeń i szczegółów kalkulacji ceny dla potrzeb realizacji niniejszego zamówienia (nie zostały wyjaśnione żadne rzeczywiste, konkretne i realne wartości ekonomiczne), co nie pozwala zweryfikować faktycznej poprawności kalkulacji ceny ofertowej. Zamawiający dostrzega, że w uprzednio prowadzonym postępowaniu o nr DPiZP.2610.34.2022 Wykonawca IMMITIS złożył dokładnie identyczne wyjaśnienia, jak obecnie. Jedyna różnica to cena jednostkowa sprzętu (uprzednio zaoferowano 586 zł brutto) oraz wielkość rezerwy wartościowej (uprzednio podano 12 tysięcy zł). Pozostałe informacje zawarte w piśmie z dnia 15.05.2023 r. (złożone w uprzednio prowadzonym postępowaniu) oraz w piśmie z dnia 15.01.2024 r. (złożone w obecnie prowadzonym postępowaniu) są identyczne. Informacje zawarte w pierwszym akapicie pisma z dn. 15.01.2024 r. tj. „Działając w imieniu i na rzecz Immitis Sp. z o.o. w Bydgoszczy, (dalej jako Wykonawca lub Immitis), jako pełnomocnik Wykonawcy uprawniony do jego reprezentowania, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 maja 2023r. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej w części 2 (...)” dowodzą faktu, że Wykonawca nawet nie zaktualizował daty z obecnego wezwania Zamawiającego tj. z dn. 10.01.2024 r. Ponadto Wykonawca zostawił w wyjaśnieniach uprzednią nazwę postępowania, bowiem obecna brzmi „Zakup i dostawa komputerów przenośnych i monitorów komputerowych”. W postępowaniu nr DPiZP.2610.34.2022, oferta IMMITIS została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy. Wykonawca nie wyciągnął żadnych wniosków z poprzedniego postępowania i pomimo odrzucenia jego oferty z tożsamych przesłanek ponownie przedłożył identyczne wyjaśnienia w obecnie prowadzonym postępowaniu. Powyższa okoliczność, wskazuje na ogólność wyjaśnień i możliwość złożenia ich w każdym postępowaniu bazując jedynie na zmianie ceny oraz wysokości rezerwy. Wykonawca wprawdzie twierdzi, że zawarta w ofercie cena została skalkulowana w sposób rzetelny, umożliwiającą należyłą realizację

zamówienia, bowiem wszystkie przyjęte przez IMMITIS do kalkulacji elementy mają walor rynkowo uzasadniony a Wykonawca uwzględnił w kalkulacji wszystkie wymagane elementy, realizując zysk oraz zapewniając sobie dodatkową rezerwę na wydatki nieprzewidziane lub pośrednie, jednakże opierał się w tym zakresie wyłącznie na deklaracjach. Nie podjął nawet próby wykazania, że owe wskazywane w ofercie kwoty zostały wyliczone w sposób rzetelny i zostały oparte na jakichś określonych podstawach. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do oświadczeń dotyczących tego, że posiada stosowane doświadczenie w realizacji zadań o podobnej złożoności. Ponadto Zamawiający zauważa, że zakup Sprzętu wraz ze świadczeniami gwarancyjnymi i logistyką to cena zakupu z oświadczenia ASUS Polska Sp. z o.o. stanowi 345,00 zł netto za 1 szt. monitora. Oznacza to, że dla zamówienia podstawowego (1000 szt. monitorów) wynosi 345 000,00 zł netto. W ofercie dodatkowej IMMITIS zaoferował 1 szt. monitora za cenę 356,00 zł netto czyli za 1000 szt. dla zamówienia podstawowego cena netto wynosi 356 000,00 zł netto. Przyjmując ww. wartości tj. stosunek ceny zakupu do ceny zaoferowanej w ofercie dodatkowej dla zamówienia podstawowego wynosi 96,91% tj. prawie 97%. Mając na uwadze dodatkowe elementy wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia (strona 3 wyjaśnień) w tym chociażby tylko jeden z elementów tj. zysk na poziomie nie mniejszym niż 3%, Zamawiający wskazuje, że dodanie samego zysku do 97% stanowi już 100% ceny. Tym samym oczywistym jest, że w tej cenie nie ma już możliwości uwzględnienia pozostałych kosztów wskazanych przez IMMITIS w treści jego własnych wyjaśnień, takich jak: integracji systemów zgłoszeń serwisowych, kosztów administracyjnych i operacyjnych związanych z realizacją zamówienia oraz kosztów wadium i ZNWU, koszty związane z udziałem w postępowaniu (w skład których należałoby zaliczyć także koszty obsługi prawnej w związku z korzystaniem ze środków ochrony prawnej), wskazanych w wyjaśnieniach. Tym samym sama treść wyjaśnień wprost potwierdza, że oferta IMMITIS zawiera rażąco niską cenę. W kontekście powyższego wykazania, iż cena ofertowa minus wskazywane 3% zysku równa się cenie dostawy z oferty dostawcy IMMITIS zwrócić należy uwagę na jeszcze jedną okoliczność. Mianowicie w wycenie tak skonstruowanej absolutnie nie ma już miejsca na uwzględnienie w kalkulacji ceny ofertowej „metodologii, wg której do wyceny przyjmował stawki rynkowe zaoferowane mu przez jego kontrahentów, na potrzeby złożenia oferty zaokrąglając je w górę (vide poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego), co pozwoliło mu na osiągnięcie ponad 13 tys. zł rezerwy wartościowej nad ceną nabycia sprzętu wraz ze świadczeniami dodatkowymi, którą może przeznaczyć na koszty nieprzewidziane i operacyjne związane z zamówieniem, udziałem w postępowaniu itp.”, o czym mowa jest w punkcie B wyjaśnień RNC IMMITIS. Oczywistym jest, że osiągnięcie takiej rezerwy byłoby możliwe w sytuacji, w której cena dostawy to 97% a zakładana marża to 3% jedynie w przypadku nie zaokrąglania w górę cen nabycia, ale w przypadku ich obniżania. Tymczasem jednak działoby się to kosztem zmniejszenia zakładanego, znikomego (3%) zysku. Co więcej - 3% zysku w realiach tej oferty oznacza 10 680 złotych. Sam IMMITIS zaś wskazuje na 13 000 zł, które rzekomo przewiduje na pokrycie wskazanych wyżej kosztów. W konsekwencji, ponieważ faktycznie żadnej „rezerwy wartościowej” we wskazany przez siebie sposób osiągnąć nie mógł, oznacza to, że oferta IMMITIS wyceniona została faktycznie poniżej kosztu jej realizacji. Tu znowu potwierdza zasadność się wywiedzionej powyżej tezy Zamawiającego o konieczności uznania za istotne elementy wyceny oferty nawet obiektywnie rzecz ujmując stosunkowo niewielkich wartościowo elementów tej wyceny, w takim stanie faktycznym, w którym zakładane jest osiąganie marży na tak niewielkim procentowo względem ceny oferty poziomie. Każde bowiem pominięcie, nawet obiektywnie niewielkiej wartościowo pozycji, prowadzić może w takim stanie faktycznym wprost do zaoferowania ceny poniżej faktycznych kosztów wykonania zamówienia. Nadto, w wyjaśnieniach RNC IMMITIS wymienia, że koszt nabycia i dostawy obejmuje również koszty integracji systemów zgłoszeń serwisowych: Wykonawcy i Zamawiającego. Koszt integracji zgłoszeń jako wyszczególniony osobno poza kosztami świadczeń gwarancyjnych nie jest tymczasem podany w oświadczeniu ASUS. Tym samym w ogóle nie został wyceniony, pomimo jego formalnego wymienienia przez samego Wykonawcę jako elementu mającego wpływ na wycenę. Oznacza to, że wyjaśnienia RNC IMMITIS nie są w tym zakresie rzetelne, a załączony do nich dowód nie potwierdza okoliczności wskazanej w tych wyjaśnieniach (tj. objęcia ceną dostawcy kosztu integracji systemów zgłoszeń), a tym samym wskazują na to, że IMMITIS tej pozycji w swoich wyliczeniach de facto nie uwzględnił, ponieważ uznał, iż jest ona objęta ceną jego dostawcy, choć załączone oświadczenie tego dostawcy (ASUS) nie obejmuje tego świadczenia. Co do zasady dopuszczalne jest również ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jeżeli w złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania. W przedmiotowej sprawie, Zamawiający zauważa, że złożone wyjaśnienia są na tyle lakoniczne, że kolejne wezwanie do wyjaśnień stanowiłoby dla IMMITIS drugą szansę na wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, a nie było podyktowane koniecznością doprecyzowania przez Zamawiającego kwestii, które przedstawione zostały w wyjaśnieniach. Należy także zwrócić uwagę na inny, istotny element składanych wyjaśnień, którego w tym przypadku również zabrakło. Z treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy wynika wprost obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych

części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności, na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami, zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny, czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą. Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień odnosi taki sam skutek jak brak tych wyjaśnień, a skutkiem tym jest odrzucenie oferty. Sankcja odrzucenia jest bowiem bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także wynika z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który spoczywa na wykonawcy. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego opisanie sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty. Powyższe potwierdzają orzeczenia sądów okręgowych, które również zwracają uwagę na konieczność przedłożenia szczegółowych i kompletnych wyjaśnień. Jak trafnie dostrzegł w swoim wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 138/21: "(...) wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Bez wątplenia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej." Zamawiający zauważa, że Wykonawca nie odniósł się do wszystkich punktów zawartych w wezwaniu Zamawiającego. Mając na uwadze aktualne orzecznictwo KIO nawet w kontekście ogólnego wezwania, wyjaśnienia wykonawcy powinny być na tyle rzetelne, konkretne i szczegółowe, a także poparte dowodami, aby nie pozostawiały wątpliwości co do realności ceny (np. wyrok KIO z dn. 12.03.2024 r., sygn. akt. KIO 628/24). Analiza złożonych przez wykonawcę IMMITIS wyjaśnień prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Wykonawca tym wymaganiami nie sprostał. Zamawiający żądał wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W kolejnym wyroku KIO z dnia 21.03.2024 r., sygn. akt. KIO 716/24, Izba wskazała, że obowiązek odrzucenia w postępowaniu ofercie, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy) lub też, jak stanowi przepis art. 224 ust. 6 ustawy, który stanowi rozwinięcie poprzedniego przepisu precyzując, że takie odrzucenie (czyli odrzucenie, za rażąco niską cenę w ofercie) dotyczy po pierwsze wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, a po drugie sytuacji, w której złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Tym samym z przepisów ustawy wynika, że odrzuceniu podlega taka oferta, w której bezsprzecznie stwierdzono, bez żadnych wątpliwości, zniżenie ceny w sposób rażący, jak też oferta wykonawcy, który wezwany przez zamawiającego nie złożył wyjaśnień lub gdy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (a zatem są nierzetelne, niepełne, nie odpowiadają na zadane przez zamawiającego pytania, itd.). Biorąc zatem pod uwagę treść wyjaśnień złożonych przez IMMITIS wraz z przedłożonym dowodem, należy uznać je za ogólne i nie obejmujące wszystkich wymaganych wyliczeń, wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby rentowność oferty i mogły przekonać, że jest to cena na poziomie rynkowym, która obejmuje wszystkie elementy składające się na ten zakres zamówienia. W związku z powyższym oferta Wykonawcy IMMITIS Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy, z uwagi na okoliczność, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny."

Dalej Izba ustaliła (biorąc pod uwagę niekwestionowane stanowisko Odwołującego znajdującego oparcie w Wezwaniu, Wyjaśnieniach wraz z załączonym doń oświadczeniem producenta oraz oświadczenie producenta oferowanych

monitorów z dnia 21 czerwca 2024 r. spójne z zasadami doświadczenia życiowego i logiki), że:

9. Producent oferowanych przez Odwołującego monitorów firmy Asus na polskim rynku działający poprzez Asus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi dystrybucję produktów poprzez podmioty partnerskie;
10. Odwołujący jest partnerem producenta monitorów Asus z nim współpracującym;
11. W związku z Postępowaniem Odwołujący pozyskał od producenta Asus ofertę na sprzedaż monitorów z dostawą do lokalizacji Zamawiającego oraz innymi świadczeniami dodatkowymi zgodnymi z wymaganiami i zakresem ilościowym określonymi SWZ w ramach zamówienia podstawowego i opcjonalnego; cena ustalona została pomiędzy producentem Asus i Immitis na potrzeby złożenia oferty w ramach Postępowania przez Odwołującego na indywidualnych warunkach handlowych i z uwzględnieniem specjalnych rabatów dla Immitis poprzez wskazanie skonkretyzowanej ceny jednostkowej monitora w konfiguracji zgodnej z warunkami z SWZ określonej w euro (wysokość objęta została tajemnicą handlową) jednak nie wyższą niż 345 zł za monitor; cena za monitor obejmowała koszty logistyki (w tym koszt dostawy urządzeń do lokalizacji Zamawiającego) oraz koszty gwarancji w tym również obsługi systemu zgłoszeń serwisowych jako będącą stałym elementem współpracy producenta z jego partnerami;
12. Odwołujący oszacował cenę ofertową, w tym cenę jednostkową za monitor, w oparciu o cenę jednostkową za monitor ustaloną z producentem Asus wyrażoną określoną kwotą w euro, z uwzględnieniem kursu 1euro do pln NBP oraz przewidywanych wahań kursowych i ceny maksymalnej jednostkowej ustalonej w polskich złotych na 345 zł; Odwołujący przewidział zysk i rezerwę ceny szacując ostateczną cenę ofertową jednostkową za monitor w wysokości 356 zł;
13. Wyjaśnienia obejmują cenę ofertową i koszty realizacji przedmiotu zamówienia w tym zamówienie podstawowe oraz opcjonalne (potwierdza to zarówno treść Wezwania, Wyjaśnień oraz definicja ustawowa pojęcia ceny ofertowej, również w świetle stanowiska Odwołującego);
14. Wyjaśnienia określają zysk i rezerwę na poziomie w nich wskazanym z uwzględnieniem szacowanych przez Odwołującego wahań kursu pln do euro.

Izba ustaliła, że Odwołujący udzielając Wyjaśnień odniósł się do wszelkich wymaganych Wezwaniem kwestii. Odwołujący wskazał również zysk/rezerwę. Określił źródło nabycia monitorów i przedstawił dowód potwierdzający koszt nabycia monitorów spełniających warunki SWZ wraz ze świadczeniami dodatkowymi zgodnymi z SWZ za cenę niższą od ceny ofertowej. Prawdopodobność założeń Wyjaśnień i możliwość zapewnienia dostawy urządzeń za cenę ofertową potwierdziły dodatkowo wyjaśnienia Odwołującego złożone w toku postępowania odwoławczego wraz z przedstawionym dowodem w postaci dodatkowego oświadczenia producenta oferowanych monitorów. Zamawiający w żaden sposób, poza własnymi twierdzeniami, nie podważył wiarygodności ani rzetelności oświadczeń Odwołującego oraz producenta urządzeń, co do zgodności oferty z warunkami zamówienia i możliwości zrealizowania dostawy zgodnej z SWZ za określoną ofertą cenę. Jednocześnie Izba uznała, że zobowiązanie producenta do dostarczenia swojemu partnerowi określonych urządzeń bezpośrednio do lokalizacji Zamawiającego wraz z udzieleniem gwarancji producenckiej i zapewnieniem serwisu gwarancyjnego obejmującego obsługę systemu zgłoszeń serwisowych jako stałego elementu współpracy producenta z jego partnerami za cenę określoną w euro i nie wyższą niż ustalona w polskich złotych nie jest zobowiązaniem niemożliwym ani nawet niewiarygodnym w obrocie handlowym, co zgodne jest z doświadczeniem życiowym.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że fakt wydania w sprawie KIO 770/24 postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego:

1. prowadzonego z odwołania Immitis w związku z dokonanymi przez Zamawiającego w Postępowaniu czynnościami odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę;
2. na skutek dokonania przez Zamawiającego poprzedzających wydanie postanowienia o umorzeniu i będących podstawą umorzenia postępowania odwoławczego czynnościami w ramach Postępowania czyniącymi odwołanie w sprawie KIO 770/24 bezprzedmiotowym

jest irrelevantne dla rozstrzygnięcia odwołania w niniejszej sprawie.

W szczególności obowiązek po stronie zamawiającego wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu powiązany został przez ustawodawcę, na co wskazuje art. 522 Pzp, z uwzględnieniem przez zamawiającego w części lub całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, co nie miało miejsca w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 740/24.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1, 5 i art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli

zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym. Wobec celu jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia. W przypadku wątpliwości co do charakteru ceny zamawiający wzywa wykonawcę od wyjaśnień. Jeśli wyjaśnienia zostaną udzielone w zakresie określonym wezwaniem, lecz budzą dalsze wątpliwości, zamawiający przed odrzuceniem oferty zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy z żądaniem wyjaśnień. Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”. Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Zgodnie zaś z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niską. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.

W niniejszej sprawie treść Wyjaśnień objęła całość zagadnień, które budziły wątpliwości Zamawiającego wyrażone w Wezwaniu i poparte były kalkulacjami wykonawcy oraz dowodem potwierdzającym rynkową możliwość wykonania przedmiotu zamówienia za cenę ofertową w postaci oświadczenia producenta oferowanych monitorów. Twierdzenia Zamawiającego nie znajdowały oparcia w SWZ w świetle treści Wyjaśnień. Odwołujący objął ceną i wyceną podstawowe czynniki cenotwórcze zamówienia w postaci ceny towaru wraz z kosztem dostawy a dalsze wątpliwości wyjaśnił dodatkowo w toku postępowania odwoławczego przedkładając potwierdzające pierwotne zobowiązanie producenta do dostarczenia monitorów za określoną i niższą of ofertowej cenę oświadczenie Asus.

Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze, jednocześnie jednak zasada ta nie zwalnia pozostałych z obowiązku dowodzenia twierdzeń przeciwnych. W ocenie Izby Odwołujący sprostował ustawowemu wymaganiu i wykazał niezgodność z przepisami czynności Zamawiającego. Treść Wyjaśnień w kontekście Wezwania i okoliczności faktycznych w ocenie Izby nie były wystarczające dla odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o normę art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący