sygn. akt: **KIO 827/25**

WYROK

Warszawa, 27 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 marca 2025 r. przez wykonawcę Shenzhen Star Instrument Co., Ltd., Longgang District, Shenzhen, Guangdong, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie,

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego - FOXYTECH sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd.,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Shenzhen Star Instrument Co., Ltd., Longgang District, Shenzhen, Guangdong i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Shenzhen Star Instrument Co., Ltd., Longgang District, Shenzhen, Guangdong, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowietytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co., Ltd., Longgang District, Shenzhen, Guangdongna rzecz zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowiestanowiącą koszty 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:……

sygn. akt: **KIO 827/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie,prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. *„Dostawa fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich działających w technologii GSM/LTE dla TAURON Dystrybucja S.A.”*.

7 marca 2025 roku, wykonawca Shenzhen Star Instrument Co., Ltd., Longgang District, Shenzhen, Guangdong(dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na: wadliwej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. (dalej: „Shenzhen Kaifa”) w zakresie zadania nr 1 i 2, mimo że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagań określonych w art. 224 Pzp, co w konsekwencji powoduje, że oferta Shenzhen Kaifa jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, w konsekwencji wadliwym wyborze oferty Shenzhen Kaifa jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 i 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Shenzhen Kaifa w zakresie zadania nr 1 i 2 mimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 Pzp, co w konsekwencji powoduje, że oferta Shenzhen Kaifa jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 i 2,

2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 1 i 2,

3)odrzucenie oferty Shenzhen Kaifa w zakresie zadania nr 1 i 2, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg. przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołujący złożył drugą najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 i 2.

W związku z powyższym, niewniesienie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (w zakresie zadania nr 1 i 2) spowoduje poniesienie przez odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi potencjalną szkodę odwołującego, uzasadniającą złożenie odwołania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

W ocenie Odwołującego, Wyjaśnienia rnc wykonawcy Shenzhen Kaifa nie potwierdzają prawidłowości oraz realności wyceny oferty Shenzhen Kaifa, z uwagi na poniższe kwestie:

1)Shenzhen Kaifa wyjaśniając zasadniczą część ceny ofertowej (tj. koszty materiałów stanowiące ponad 82% ceny ofertowej), oparła się na ogólnej ofercie rzekomego poddostawcy komponentów części elektronicznych – Kaifa Metering Technology (H.K.) Ltd. (dalej: „Kaifa Metering") – co stanowi niedopuszczalną praktykę „tłumaczenia oferty przez ofertę";

2)Shenzhen Kaifa, w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, miała możliwość przedłożenia szeregu innych wiarygodnych dowód dotyczących zakupu komponentów części elektronicznych (potrzebnych do produkcji liczników pomiarowych), przykładowo: faktur za zakup określonych komponentów, dowodów płatności, not księgowych, itp.;

3)poddostawca komponentów części elektronicznych – Kaifa Metering – jest spółką powiązaną ze spółką Shenzhen Kaifa. Shenzhen Kaifa sprawuje 100% kontrolę nad spółką Kaifa Metering;

4)oferta poddostawcy komponentów części elektronicznych (Kaifa Metering) jest niewiarygodna – ww. spółka zajmuje się sprzedażą, marketingiem i wsparciem serwisowym dla inteligentnych terminali pomiarowych (liczników), a nie sprzedażą komponentów do produkcji liczników.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia dotyczące zasadniczej części ceny oferty Shenzhen Kaifa, opierają się na ofercie poddostawcy komponentów części elektronicznych – Kaifa Metering Technology (H.K.) Ltd. Wraz z Wyjaśnieniami rnc została przedłożona oferta na dostawę zestawów do produkcji liczników: (…).

Dokonując porównania z kalkulacjami przystępującego złożonych wraz z wyjaśnieniami rnc dla zadania nr 1 i nr 2, oferta Kaifa Metering (dotycząca kosztów materiałów) stanowi ponad 82% ceny oferty dla zadania nr 1 oraz ponad 82% ceny oferty dla zadania nr 2. Powyższy udział oferty Kaifa Metering w cenie oferty Shenzhen Kaifa wynika z zestawienia Kosztu materiałów (BOM) dla jednego licznika – 16,63$ z łącznym kosztem produkcji jednego licznika – 20,13$.

Tak więc koszty materiałów stanowią ponad 82% wszystkich kosztów produkcji liczników, będących przedmiotem zamówienia. Pozostałe (w zasadzie pomijalne) koszty to koszty np. oprogramowania (licencji), transportu czy gwarancji i serwisu.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w niniejszym przypadku mamy do czynienia
z nieuprawnionym działaniem Shenzhen Kaifa, polegającym na wyjaśnianiu ceny oferty
z odwołaniem się do oferty poddostawcy (czyli z „tłumaczeniem oferty przez ofertę"). Wykonawca Shenzhen Kaifa zamiast przedstawić szczegółową kalkulację wszystkich kluczowych elementów składających się na cenę oferty, w zakresie najistotniejszej
(tj. najdroższej) pozycji kosztorysu (tj. kosztów materiałów) odwołał się do ogólnej
i nieweryfikowalnej oferty poddostawcy.

Co kluczowe w niniejszej sprawie, oferta Kaifa Metering zawiera jedynie ogólny opis przedmiotu oferty (Zestawy elektroniki do licznika jednofazowego; Zestawy obudów do licznika jednofazowego; Zestawy przekaźników i zacisków do licznika jednofazowego). Oferta nie zawiera natomiast podstawowych danych kalkulacyjnych, takich jak:

- wykazu konkretnych komponentów składających się na wymienione zestawy;
- konkretnych (wymiernych) kosztów produkcji komponentów;
- konkretnych (wymiernych) kosztów transportu (dostawy) komponentów.

Kaifa Metering wszystkie koszty produkcji i dostawy komponentów ujęła w jednej cenie jednostkowej. Taki sposób kalkulacji uniemożliwia Zamawiającemu odpowiednią weryfikację wyceny (kosztorysu).

Tego rodzaju działanie jest niedopuszczalne, albowiem *de facto* stanowi próbę obejścia konieczności szczegółowego wyjaśnienia elementów kosztotwórczych składających się na cenę ofertową. Gdyby przyjąć odmienną tezę, prowadziłoby to do istotnych nadużyć, albowiem wykonawcy posługujący się ofertami podwykonawców (poddostawców) mogliby „zasłaniać" się takimi ofertami i skutecznie zwalniać się z obowiązku szczegółowego wyjaśnienia cen własnych ofert. Taka praktyka natomiast doprowadziłaby do istotnego wypaczenia procedury badania rażąco niskiej ceny, czyniąc tę procedurę iluzoryczną.

Zauważenia wymaga również to, że wyjaśnienia ws. ceny służą weryfikacji tego, czy przy założonych kosztach wykonawca jest w stanie w sposób należyty wykonać przedmiot zamówienia. Tymczasem wykonanie przedmiotu zamówienia zależne jest także od tego, czy prawidłowo została skalkulowana cena podwykonawców (poddostawców) i czy cena ta gwarantuje możliwość należytego wykonania zamówienia. Oczywiste jest bowiem,
że nienależyte wykonanie prac przez podwykonawców (poddostawców) ma wpływ na całe zamówienie, szczególnie gdy realizują oni niejako podstawowe prace (czyli w tym przypadku dostawę kluczowych komponentów do produkcji liczników elektrycznych).

Z tych właśnie powodów nie jest możliwe wyjaśnianie ceny oferty poprzez przekładania lakonicznych oraz nieweryfikowalnych ofert podwykonawców (poddostawców).

Konkludując, nie można wyjaśniać ceny własnej oferty cudzą ofertą (tzw. „wyjaśnienie oferty przez ofertę"). Konieczne jest bowiem realne wyjaśnienie przez wykonawcę podstaw własnej wyceny i wskazanie, że zamówienie jest możliwe (realne) do wykonania w danym koszcie. Tymczasem samo złożenie oferty przez podwykonawcę (poddostawcę) poświadcza jedynie, że oferuje on taką cenę, ale nie poświadcza, że zakres jego prac jest możliwy do wykonania w tej cenie.

Należy także wyraźnie podkreślić, że Shenzhen Kaifa, w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, miała przecież możliwość przedłożenia szeregu innych wiarygodnych dowód dotyczących zakupu komponentów części elektronicznych (potrzebnych do produkcji liczników pomiarowych), przykładowo: faktur za zakup określonych komponentów, dowodów płatności, not księgowych, itp. Zamiast tego posłużyła się lakoniczną i nieweryfikowalną ofertą poddostawcy (swojej spółki córki), co czyni wyjaśnienia rnc całkowicie niewiarygodnymi.

Liczniki pomiarowe, będące przedmiotem niniejszego zamówienia, są seryjnym produktem Shenzhen Kaifa. Nie jest to produkt o specyficznych (wyjątkowych) cechach, odbiegający od seryjnych produktów ww. wykonawcy. Zatem koszt ich wytworzenia powinien być od początku znany i nietrudny do wykazania. Odwoływanie się natomiast do lakonicznej i nieweryfikowalnej oferty poddostawcy powoduje, że wyjaśnienia rnc są niewiarygodne i nieprzekonywające.

Powyższe potwierdza jednolite oraz ugruntowane stanowisko prezentowane w wyrokach KIO oraz sądów okręgowych.

Poza kwestią dotyczącą niedopuszczalnej praktyki „tłumaczenia oferty przez ofertę", należy także zwrócić uwagę na brak wiarygodności oferty Kaifa Metering.

Ze szczegółowej analizy przeprowadzonej przez odwołującego wynika, że nie jest możliwe, aby Kaifa Metering dostarczała (sprzedawała) Shenzhen Kaifa komponenty elektryczne do produkcji liczników. Jednoznacznie potwierdzają to następujące okoliczności, znajdujące poparcie w oficjalnych (urzędowych) dokumentach.

Spółka Kaifa Metering jest spółką zależną (spółką córką) spółki Shenzhen Kaifa. Przedmiotem działalności Kaifa Metering jest sprzedaż, marketing i wsparcie serwisowe dla inteligentnych terminali pomiarowych (liczników), a nie sprzedaż komponentów do produkcji liczników.

Powyższe informacje wynikają z danych opublikowanych w prospekcie emisyjnym spółki Shenzhen Kaifa (dalej: „Prospekt"), stanowiącym załącznik nr 7 do odwołania (strona 45 Prospektu, strona 161 Prospektu (tłumaczenie na język polski)).

Zgodnie z informacjami o zamówieniach i głównych dostawcach Shenzhen Kaifa,
od stycznia 2021 r. do czerwca 2024 r. ww. spółka nabywała komponenty do produkcji liczników od szeregu dostawców. Wśród tych dostawców ani razu nie została wymieniona spółka Kaifa Metering. Co więcej, Shenzhen Kaifa nabywała komponenty, a nie gotowe zestawy jak wynika z oferty Kaifa Metering.

Co równie istotne dla niniejszej sprawy, wszystkie wymienione komponenty służą do produkcji elektrycznych liczników pomiarowych (strona 129-135 Prospektu (tłumaczenie na język polski).

Zgodnie z informacjami o transakcjach z podmiotami powiązanymi Kaifa Metering (jako przedsiębiorstwo powiązane z Shenzhen Kaifa) jest zaangażowana jedynie w sprzedaż głównych produktów Shenzhen Kaifa. Transakcje Kaifa Metering nie dotyczą sprzedaży towarów i usług na rzecz spółki matki - Shenzhen Kaifa (strona 175-177 Prospektu (tłumaczenie na język polski)).

W związku z powyższymi informacjami, w pełni uzasadniony jest wniosek, że oferta Kaifa Metering została przygotowana wyłącznie na potrzeby wyjaśnień rnc wykonawcy Shenzhen Kaifa i nie prezentuje realnych cen dostawy komponentów do produkcji liczników pomiarowych. Jak wynika z przedstawionego materiału dowodowego, nie jest możliwe, aby Kaifa Metering sprzedawała (dostarczała) na rzecz Shenzhen Kaifa komponenty do produkcji liczników. Kaifa Metering jest spółką z grupy kapitałowej Shenzhen Kaifa (w 100% kontrolowaną przez Shenzhen Kaifa), która zajmuje się sprzedażą, marketingiem i wsparciem serwisowym dla inteligentnych terminali pomiarowych (liczników), a nie sprzedażą komponentów do produkcji liczników.

Dodatkowo należy zauważyć, że oferta Kaifa Metering nie została ze strony poddostawcy opatrzona żadnym podpisem czy pieczęcią. Fakt ten również podważa wiarygodność omawianej oferty.

Należy także zwrócić uwagę, że w treści wezwania ws. wyjaśnienia ceny oferty, zamawiający wprost wskazał, iż oczekuje od Shenzhen Kaifa przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny:*„(…) zwraca się do Wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta Wykonawcy złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (w zakresie zadania nr 1,2).*

Wobec powyższego, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 1 p.z.p.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p., Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu" (dowód: wezwanie z 7.10.2024 r. do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny (w aktach Postępowania).

Shenzhen Kaifa dla zasadniczej części oferty (tj. dla dostawy komponentów do produkcji liczników pomiarowych), nie przedłożyła żadnego wiarygodnego dowodu. Natomiast brak wiarygodnego dowody oznacza brak jakiegokolwiek dowodu. Wobec tego w pełni uzasadniony jest wniosek, że ww. wykonawca nie sprostał ciężarowi dowodowemu i nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

Na potrzeby odwołania należy odnieść się do znaczenia dokumentu prospektu emisyjnego, który stanowi główny materiał dowodowy w niniejszej sprawie.

Zgodnie z prawem Chińskiej Republiki Ludowej, prospekt emisyjny to dokument, który
w najbardziej kompleksowy sposób prezentuje informacje na temat spółki publicznej (obejmuje m.in. strukturę kapitałową, dane finansowe, realizowane projekty inwestycyjne). Po zatwierdzeniu wniosku emitenta o dopuszczenie do obrotu przez odpowiednie organy, opublikowany prospekt emisyjny staje się prawnie wiążący.

Zgodnie z art. 154 Prawa spółek Chińskiej Republiki Ludowej (dostęp: https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202312/content_6923395.htm), spółka, która publicznie pozyskuje akcje, musi być zarejestrowana w organie regulacyjnym ds. papierów wartościowych Rady Państwa i ogłosić prospekt emisyjny.

Jak wynika natomiast z art. 11 Prawa papierów wartościowych Chińskiej Republiki Ludowej (dostęp: https://www.gov.cn/xinwen/201912/29/content_5464866.htm): Utworzenie spółki akcyjnej w celu publicznej oferty akcji musi być zgodne z warunkami określonymi w prawie spółek Chińskiej Republiki Ludowej i innymi warunkami określonymi przez Komisję Regulacji Papierów Wartościowych Rady Państwowej zatwierdzoną przez Radę Państwową oraz złożyć wniosek o subskrypcję akcji i następujące dokumenty do Komisji Regulacji Papierów Wartościowych Rady Państwowej:

- Statut;
- Umowa promotorów;
- Imiona i nazwiska promotorów, liczba akcji subskrybowanych przez promotorów, rodzaje wkładów kapitałowych i certyfikaty weryfikacji kapitału;
- Prospekt emisyjny;
- Nazwa i adres banku przyjmującego wpływy z akcji;
- nazwę instytucji gwarantującej emisję i stosowne umowy.

Podobne znaczenie jak prospekt emisyjny posiada również drugi z materiałów dowodowych, tj. Odpowiedź na pierwszą informację zwrotną dotyczącą wniosku
o dopuszczenie do obrotu giełdowego spółki Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. (załącznik nr 8 do odwołania).

Co więcej, oba z wymienionych dokumentów zostały opatrzone pieczęciami urzędowymi oraz podpisami.

W związku z powyższym, prospekt emisyjny spółki Shenzhen Kaifa oraz odpowiedź na pierwszą informację zwrotną dotyczącą wniosku o dopuszczenie do obrotu giełdowego (jako dokumenty urzędowe), należy uznać za w pełni wiarygodny materiał dowodowy, potwierdzający zasadność zarzutów odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania lub wskazanych bądź przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu lub w dacie powołania się na te okoliczności
w postępowaniu przed Izbą; oddalenie na podstawie art. 506 ust. 2 PZP wniosków
o przeprowadzenie dowodu z dokumentów oznaczonych jako „Załącznik nr 7" i „Załącznik nr 8" dołączonych do odwołania z uwagi na brak ich tłumaczenia na język polski; zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający wskazał, iż zarzuty odwołania są całkowicie bezzasadne. Czynności podjęte przez zamawiającego w zakresie oceny wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. (dalej jako „Przystępujący") były bowiem
w pełni prawidłowe. Przystępujący dostatecznie szczegółowo wyjaśnił sposób kalkulacji zaoferowanej ceny. Do

wyjaśnień dołączono dowody, których wiarygodność nie mogła budzić wątpliwości. Ponieważ udzielona zamawiającemu odpowiedź dotycząca sposobu obliczenia ceny była spójna, podparta dowodami i potwierdzała, że przystępujący uwzględnił wszystkie elementy cenotwórcze związane z realizacją dostaw zgodnie z warunkami zamówienia, zatem nie zachodziły podstawy do ich dalszego kwestionowania.

Pomimo pozornie obszernej argumentacji odwołujący nie wykazał, dlaczego wyjaśnienia przystępującego rzekomo nie potwierdzały, iż jego oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną. Wywody odwołania w przeważającej mierze opierają się na spekulacjach odwołującego jako konkurenta obecnie wybranego wykonawcy, jak i sztucznie wykreowanych, subiektywnych oczekiwaniach odnośnie do stopnia szczegółowości takich wyjaśnień (których to oczekiwań zresztą nie spełnia sam odwołujący, o czym niżej).

Na wstępie też należy podkreślić, że nie istnieje jeden modelowy sposób przygotowania wyjaśnień składanych w trybie art. 224 ust. 1 PZP.

Z kolei stopień wymaganej szczegółowości jest wyznaczany przez wezwanie Zamawiającego. W orzecznictwie spójnie podkreśla się, że „*wyjaśnienia należy analizować przede wszystkim w odniesieniu do treści wezwania*" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
z 20 kwietnia 2022 r., KIO 913/22).

W omawianym przypadku celowo zredagowano treść wezwania do przystępującego
w możliwie zwięzły sposób. W istocie bowiem zaoferowana przez niego cena nie budziła wątpliwości zamawiającego. Ponieważ jednak dyspozycja art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP jest jednoznaczna i w odniesieniu do oferty przystępującego przepis ten musiał znaleźć zastosowanie, zatem zamawiający skierował to wezwanie – a w odpowiedzi otrzymał dostateczne, korespondujące z nim wyjaśnienia wykonawcy.

Również przedmiot zamówienia, tj. dostawa gotowych urządzeń pełniących funkcję aparatury pomiarowej, oznaczał, że stopień szczegółowości wyjaśnień mógł być zupełnie inny niż w przypadku zamówień na roboty budowlane czy usługi, w przypadku których praktyka
i orzecznictwo wypracowały określone standardy stopnia szczegółowości wyjaśnień (znamienne zresztą jest, że wszystkie cytowane w odwołaniu orzeczenia dotyczą właśnie przetargów na roboty budowlane bądź usługi, a nie dostaw gotowych urządzeń).

W tej sprawie kluczowe jest zaś podkreślenie, że umowa, która będzie zawarta w wyniku postępowania, nie jest incydentalnym zamówieniem, zaś sam przetarg – pierwszym prowadzonym przez Tauron Dystrybucja S.A. na tego rodzaju urządzenia. Przeciwnie, zamówienie jest częścią dużego projektu wymiany istniejącej aparatury pomiarowej na liczniki zdalnego odczytu w obszarze działalności zamawiającego, a postępowanie kolejnym przetargiem na zakup liczników, w którym bierze udział ten sam, stały krąg wykonawców.

W ramach tego przedsięwzięcia zamawiający obserwuje trend polegający na oferowaniu dostaw liczników w technologii GSM/LTE w coraz niższych cenach. Trend ten nie doznaje wyjątku, dotyczy zarówno liczników jedno- oraz trzyfazowych i znajduje potwierdzenie
w każdym kolejnym postępowaniu zakupowym.

Powyższe opiera się na danych przedstawionych w załączonym do pisma zestawieniu postępowań prowadzonych przez zamawiającego od 2023 r., w którym wyszczególniono nazwy postępowań i ceny jednostkowe zaoferowanych liczników. Dodatkowo załączono również zestawienie zawierające wszystkie informacje o wszystkich złożonych ofertach w tych postępowaniach, które potwierdza omawiany trend (dowód: Zestawienia cen oferowanych
w postępowaniach zamawiającego na dostawę liczników zdalnego odczytu).

Trend ten ma znaczenie z kilku powodów. Po pierwsze, zamawiający szacuje wartość zamówienia z uwzględnieniem już wcześniej otrzymanych ofert. W konsekwencji szacunki (na bazie danych „historycznych") okazują się zawyżone w stosunku do ostatecznie składanych (nowych) ofert, które opierają się na jeszcze niższych cenach. Tymczasem podstawą wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień była właśnie rozbieżność 30% względem szacunkowej wartości zamówienia, a nie średniej złożonych ofert.

Po drugie, wskutek tego trendu zamawiający nie ma podstaw ku wątpliwościom co do oferowanych przez wykonawców cen, skoro trend dotyczy w równym stopniu wszystkich wykonawców oferujących liczniki wyprodukowane w Chinach – co dotyczy nie tylko odwołującego i przystępującego, ale również Foxytech sp. z o.o.

Ponadto, w przypadkach skierowania wezwań na podstawie art. 224 ust. 2 PZP, to otrzymywane wyjaśnienia na ogół cechował podobny poziom szczegółowości. Stąd też można wywodzić tezę o pewnym przyjętym poziomie staranności w zakresie wyjaśnień, który
w równym stopniu spełnił przystępujący i odwołujący. Wobec tego na podstawie wiedzy
z powyższych postępowań zamawiający stanowczo stwierdza, że:

- w każdym kolejnym przetargu na dostawę liczników wykonawcy oferują coraz niższe ceny;
- wezwania kierowane do wykonawców do wyjaśnienia zaoferowanej ceny są rezultatem wyłącznie brzmieniem art.

224 ust. 2 PZP, a nie obiektywnymi wątpliwościami zamawiającego;

- stopień szczegółowości wyjaśnień zaoferowanej ceny składanych przez wykonawców (włączając w to odwołującego) jest na podobnym poziomie.

Odniesienie się do wyjaśnień odwołującego złożonych w poprzednim postępowaniu na analogiczny przedmiot zamówienia jest szczególnie wskazane. W istocie opierają się one – tak samo jak wyjaśnienia przystępującego – na pewnych ogólnych twierdzeniach zawartych
w piśmie przewodnim. Natomiast w niejawnej, lecz kluczowej, części tych wyjaśnień zawarto jedynie ogólną kalkulację kosztów dostaw oraz sporządzone przez przedstawicieli odwołującego „oświadczenia" o cenach poszczególnych komponentów. Jedynymi ofertami pochodzącymi od podmiotów zewnętrznych była oferta od przewoźnika, ubezpieczyciela, przedstawiciela w Polsce oraz oferty na certyfikację i test licznika (ale akurat są te dwa ostatnie koszty są wspólne dla wszystkich dostaw, a zatem inny wykonawca je mógł ponieść w związku z wcześniejszą dostawą takich samych liczników) (dowód: wyjaśnienia odwołującego [**tajemnica przedsiębiorstwa**]).

Podsumowując, wiarygodność dowodów składanych przez odwołującego, obejmujących własne oświadczenia o cenach poszczególnych komponentów, z pewnością nie jest wyższa niż wiarygodność oferty poddostawcy przystępującego, którą zakwestionowano w odwołaniu. Można wręcz z powodzeniem zaryzykować twierdzenie, że dowody przystępującego są nawet bardziej przekonujące, skoro pochodzą formalnie od innego podmiotu, a nie stanowią oświadczeń własnych wykonawcy (jego pracowników), jak w przypadku odwołującego.

Tymczasem trzon argumentacji odwołującego zasadza się wyłącznie na rzekomym niedopuszczalnym tłumaczeniu „oferty przez ofertę", czego miał dopuścić się przystępujący. Argumentacja ta nie wytrzymuje jednak krytyki w świetle praktyki przyjętej przez samego odwołującego, który ofertę (formalnie) innego podmiotu zastępuje oświadczeniami własnymi, sporządzonymi odrębnie dla poszczególnych komponentów. Jakkolwiek *prima facie* takie wyjaśnienia mogą sprawiać wrażenie staranniej przygotowanych, to w istocie są one jeszcze mniej wiarygodne. Co więcej, w istocie wszystkie zastrzeżenia wobec wyjaśnień przystępującego sprowadzają się do zakresu działalności prowadzonej przez Kaifa Metering Technology (H.K.) Ltd., który rzekomo ma nie obejmować „sprzedaży komponentów do produkcji liczników" (str. 11 odwołania), a co ma pośrednio wynikać z prospektu emisyjnego przystępującego (a nie samego poddostawcy!) i wynikającej stąd informacji, jakoby przystępujący nie nabywał od tego podmiotu komponentów do produkcji liczników. Nawet jeżeli informacje przedstawione w tym prospekcie są wiarygodne i aktualne, to jednak nie może jednak przesądzić, że nie uległy zmianie. Nie ma więc jakiegokolwiek uzasadnienia, aby na tej jednej podstawie uznać, że oferta poddostawcy jest w jakimkolwiek zakresie nieprawidłowa.

Zresztą do odwołania nie załączono tłumaczenia prospektu, a jedynie w piśmie przedstawiono wybrane jego fragmenty. Stąd też niemożliwa jest prawidłowa ocena tego dokumentu jako dowodu, bowiem musiałaby zostać dokonana wyłącznie w oparciu
o selektywnie wybrane przez odwołującego fragmenty i przez niego przetłumaczone w piśmie procesowym. Z tej przyczyny dowód ten powinien zostać przez Izbę pominięty jako niezgodny z wymogami art. 506 ust. 2 PZP, w świetle, którego wszystkie dokumenty przedstawia się
w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Izba nie może bowiem polegać na tłumaczeniu wybranych fragmentów zawartych
w piśmie procesowym w sytuacji, gdy inne istotne dla sprawy treści mogą znajdować się
w nieprzetłumaczonej części prospektu. Ma to tym większe znaczenie, że dokument jest sporządzony w języku chińskim, a zatem nie jest możliwa pobieżna weryfikacja i zorientowanie się, czego dotyczą nieprzetłumaczone fragmenty (wyrok z 15 marca 2023 r., KIO 592/23).
Te same zastrzeżenia dotyczą dokumentu oznaczonego jako załącznik 8 do odwołania.

Natomiast poza tą jedną wątpliwością związaną z ofertą Kaifa Metering Technology (H.K.) Ltd. odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek innych twierdzeń i dowodów potwierdzających, że wyjaśnienia są błędne, niekompletne, wewnętrznie sprzeczne czy też niepotwierdzające realności zaoferowanej ceny.

Jakkolwiek art. 537 pkt 1 PZP przenosi na przystępującego ciężar udowodnienia, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednak odwołujący nie jest całkowicie zwolniony z odpowiedniej inicjatywy dowodowej. Trafnie stwierdziła Izba w wyroku z 2 czerwca 2022 r., KIO 1225/22: „*Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta nie może być rozumiana w ten sposób, iż Odwołujący może poprzestać na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniały podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 czy 2 wskazanej ustawy, to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na wykonawcę, który złożył ofertę lub Zamawiającego*" (wyrok z 14 lutego 2020 r. KIO 218/20).

Tymczasem poza zastrzeżeniami co do posłużenia się ofertą głównego poddostawcy nie przedstawiono jakichkolwiek argumentów, które uprawdopodabniały tezę o rażąco niskiej cenie oferty przystępującego. Z odwołania nie sposób dowiedzieć się, dlaczego oferta przystępującego, niższa na poszczególne trzy zadania objęte postępowaniem jedynie o 7-10% od oferty odwołującego, została błędnie skalkulowana i na czym istotnie polega ten błąd.

Odwołanie jest więc jedynie polemiką z przyjętym przez przystępującego sposobem wyjaśnienia zaoferowanej ceny, który 1) odpowiadał zakresowi skierowanego wezwania,
a nadto 2) nie odbiegał poziomem szczegółowości i wiarygodności od analogicznych wyjaśnień odwołującego z wcześniejszego postępowania na zakup tych samych liczników.

Z kolei zamawiający stanowczo potwierdza, że taki sposób wyjaśnień, jak uczynił to przystępujący, jest w pełni wystarczający. Co więcej, zamawiający nie ma podstaw, aby podważać wiarygodność przystępującego jako dostawcy LZO w technologii LTE/GSM również z tej przyczyny, że wykonawca ten już obecnie z powodzeniem realizuje wcześniejszą umowę dostawy takich samych liczników, co obecnie zamawiane (zawartą w wyniku postępowania,
w którym wówczas odwołujący zaoferował niższą od przystępującego cenę, zaś jego oferta nie została wówczas ostatecznie wybrana wyłącznie z przyczyn formalnych). Na obecnym etapie już realizowanej umowy przystępujący dostarczył zamawiającemu próbki liczników, które pozytywnie przeszły badanie i nie zachodzą jakiekolwiek podstawy do przypuszczeń,
że kontrakt nie zostanie zrealizowany bądź dostarczone liczniki nie będą odpowiadały wymogom zamawiającego.

Jeżeli zaś chodzi o same kwestionowane wyjaśnienia przystępującego, to na koniec należy szerzej zacytować adekwatny do rozstrzyganej sprawy wyrok Izby z 8 października 2024 r., KIO 3408/24:*„(…) przepisy ustawy Pzp nie określają zamkniętego katalogu dowodów, które przedłożyć musi wykonawca składając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Kluczowe w tej kwestii jest to, aby przedłożone dowody były adekwatne do konkretnej sytuacji i stanowiły potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Nie sposób też domagać się, aby wykonawca przedstawiał dowody na każdą okoliczność i każdy element ceny, który deklaruje i który wymienia. Nie można kwestionować przyjętej ceny tylko*
i wyłącznie z tego powodu, że opiera się na własnych wyliczeniach szczególnie, że w tym przypadku mamy do czynienia z producentem urządzeń. Z kolei ta okoliczność jest już wystarczającym powodem, dla którego należało stwierdzić, że podmiot taki nie będzie dysponował dowodami takimi, jakimi dysponuje sprzedawca tj. faktury, oferty poddostawców czy też innymi, które w tym przypadku stanowią najczęściej spotykany sposób dowodzenia. Stawianie tego rodzaju wymagań, jakie formułuje w treści odwołania odwołujący względem wykonawcy będącego producentem danego rodzaju urządzeń, byłoby nadmierne".

Tak też właśnie jest w niniejszej sprawie: przystępujący jako producent liczników, mógł poprzestać na przedstawieniu kalkulacji kosztu produkcji i dostawy licznika, w tym
z powołaniem się na ofertę kluczowego producenta istotnych komponentów (który z kolei niewątpliwie polega na dalszych poddostawcach, a ci – na jeszcze kolejnych podmiotach; tak bowiem są skonstruowany każdy łańcuch dostaw). Oczekiwanie jakichkolwiek dalszych czy bardziej szczegółowych wyjaśnień byłoby w tym przypadku nadmiarowe i nieuzasadnione przepisami PZP. Jednak nawet gdyby uznać, że obecne wyjaśnienia są niedostateczne – co zamawiający stanowczo kwestionuje – to również odrzucenie oferty przystępującego byłoby przedwczesne, a co najwyżej zamawiający powinien wezwać do dodatkowych, bardziej precyzyjnych wyjaśnień (choć zapewne i na nie udzielona odpowiedź byłaby dalej kwestionowana przez odwołującego, zaś cel jakim jest nie tylko zawarcie tej jednej umowy, ale realizacja całego projektu jedynie ulegałyby dalszym opóźnieniom, grożąc powodzeniu całego przedsięwzięcia wymian LZO na obszarze działalności Tauron Dystrybucja S.A.).

Podsumowując, treść wyjaśnień zaoferowanej przez przystępującego ceny słusznie została uznana za dostateczną – w świetle zarówno treści skierowanego wezwania oraz okoliczności obecnego i wcześniejszych przetargów. Stosując tę samą miarę zamawiający za dostateczne ocenił wyjaśnienia odwołującego z poprzedniego postępowania, jakkolwiek i wobec nich można by podnosić tożsame, choć bezzasadne zastrzeżenia, co zawarte w odwołaniu.

W ocenie zamawiającego zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby w ten sam sposób traktować te same działania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w tym w zakresie wyjaśnień ceny) – szczególnie w sytuacji, gdy na tak wąskim rynku to wykonawcy współkształtują praktykę co do sposobu prawidłowego postępowania
i wzajemnej konkurencji.

Pismo procesowe w sprawie złożył również uczestnik (przystępujący) Shenzhen Kaifa Technology, który poparł stanowisko zamawiającego, dodatkowo wskazując, co następuje. Odwołanie zostało skonstruowane jak dla postępowania na usługi. Całość argumentacji odwołującego – tj. oparcie się na nieistniejącej instytucji poddostawcy, która została nieprawidłowo zrównana przez odwołującego z podwykonawcą (o czym szerzej w dalszej części pisma), powoływanie się na wyroki dotyczące wyłącznie postępowań na usługi – wszystko to wskazuje na fakt, że odwołujący

albo nie zauważył różnicy pomiędzy postępowaniem na dostawy a postępowaniem na usługi, albo też różnicę tę co prawda widzi, ale celowo ją ignoruje i stara się oba te rodzaje postępowań zrównać.

Tymczasem specyfika postępowania – tj. dostawa liczników przez producenta liczników skutkuje tym, w jaki sposób przystępujący – jako producent oferowanych liczników – najpierw skalkulował cenę oferty, a następnie w wyjaśnieniach przedstawił sposób, w jaki tę cenę obliczył.

Model funkcjonowania Przystępującego – producenta liczników.

Kluczowe dla rozpoznania odwołania jest podkreślenie, że przystępujący jest producentem oferowanych liczników. Wynika to wprost z dowodu załączonego przez samego odwołującego, tj. prospektu emisyjnego. Jest to dowód, który został złożony przez odwołującego i którego treść przeczy wszystkim tezom odwołania. Odwołujący powołał się na pewne wyrwane
z kontekstu twierdzenia – pomijając istotę działalności przystępującego oraz sposób prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Tymczasem już z dokumentu Prospektu emisyjnego wynika, że przystępujący stosuje następujący model prowadzenia działalności:

- przystępujący jest producentem liczników,
- liczniki są sprzedawane jako wyroby gotowe lub w modelu „knock-down",
- przystępujący od wielu lat dokonuje znaczących zakupów podzespołów do produkcji liczników w Hongkongu,
- przystępujący planował, aby spółka zależna z Hongkongu zajmowała się realizacją międzynarodowego łańcucha dostaw.

Poniżej zostaną omówione powyższe zagadnienia oraz przedstawione dowody.

Przystępujący - Producent liczników: W prospekcie emisyjnym wskazano (str. 1-1-89),

(dowód: załącznik 00 – Tłumaczenie z prospektu i raportu).

Jak wynika z powyższego – podstawowym produktem oferowanym przez przystępującego jest inteligentny terminal pomiarowy (czyli inteligentny licznik). Przystępujący przyjął model sprzedaży inteligentnych liczników, które sam produkuje, jako wyrobów gotowych lub jednostki centralnej i komponentów, w modelu „knock-down".

Stosowany model „Knock-down" to model powszechnie stosowany – jak wskazano
w Wikipedii: „*Zestaw typu knock-down (również knockdown kit, knocked-down kit lub po prostu knockdown lub KD) to zbiór części wymaganych do złożenia produktu. Części są zazwyczaj produkowane w jednym kraju lub regionie, a następnie eksportowane do innego kraju lub regionu w celu ostatecznego montażu*" (dowód: załącznik 04 – Wikipedia).

Źródła zaopatrzenia przystępującego – Hongkong: W prospekcie emisyjnym wskazano,
że przystępujący zaopatruje się w materiały do produkcji również na rynkach zagranicznych (średnio blisko 30% zakupów), w tym głównie w Hongkongu - zał. 8 (Pierwszy Raport), strona 91 (dowód: załącznik 00 – Tłumaczenie z prospektu i raportu).

Pod tabelami z listami dostawców zagranicznych (str. 93 Pierwszego Raportu) wskazano „*W okresie sprawozdawczym zagraniczne zakupy Spółki obejmowały głównie bezpośrednie zakupy na rynku międzynarodowym oraz zakupy od pośredników na rynku międzynarodowym. Wśród nich bezpośrednie zakupy na rynku międzynarodowym odnoszą się do bezpośrednich zakupów Spółki od międzynarodowych dostawców surowców. Zaopatrzenie przez pośredników na rynku międzynarodowym odnosi się do trybu pośredniego zaopatrzenia za pośrednictwem zagranicznych podmiotów*".

Spółka Kaifa Metering – dedykowana do obsługi międzynarodowego łańcucha dostaw:

Jak wynika z powyższego – przystępujący w okresie sprawozdawczym styczeń 2020 – lipiec 2022 w zakresie importu materiałów zaopatrywał się na rynkach zagranicznych, głównie w Hongkongu. Mając na uwadze właśnie ten fakt – tj. zaopatrywanie się w głównej mierze
w Hongkongu, przystępujący postanowił, że w uzasadnionych ekonomicznie przypadkach będzie dokonywał zakupów importowych za pośrednictwem dedykowanej do tego spółki ze swojej grupy kapitałowej, mającej siedzibę w Hongkongu, tj. spółki Kaifa Metering. Fakt ten został już nawet ujęty w Prospekcie emisyjnym – gdzie wskazano na taki m.in. cel powołania tej spółki, wskazując na plany: (…). Zał. 8 (Pierwszy Raport), strona 10 (dowód: załącznik 00 – Tłumaczenie z prospektu i raportu).

Przystępujący wskazuje, że zapewnienie międzynarodowego łańcucha dostaw to nie tylko sprzedaż wyrobów przystępującego na rynku światowym, ale również organizowanie na rzecz przystępującego łańcucha dostaw, z wykorzystaniem własnej logistyki oraz powierzchni magazynowych. Takie rozwiązanie właśnie pozwala na uzasadnienie ekonomiczne operacji zakupu materiałów za pośrednictwem Kaifa Metering: zakupy dokonywane są na rynku lokalnym dla Kaifa Metering, a zatem rynku, który ta firma zna najlepiej. Ponadto dzięki rozwiniętej logistyce obniża się koszty frachtu i magazynowania, ułatwione są również rozliczenia walutowe, co także obniża koszty. Reasumując – kupowanie w Hongkongu za pośrednictwem spółki zależnej z siedzibą w Hongkongu jest jak najbardziej uzasadnione ekonomicznie.

Reasumując – już z dokumentu dołączonego do odwołania jako załącznik wynika, że:

- przystępujący od lat dokonuje zakupów w Hongkongu;

- w Prospekcie emisyjnym wskazano już, że planem przystępującego jest, aby spółka zależna z Hongkongu zapewniała „zasoby międzynarodowego łańcucha dostaw" – czyli po prostu w uzasadnionych przypadkach dokonywała zakupów u poszczególnych dotychczasowych i nowych dostawców i dostarczała do przystępującego komponenty i zestawy komponentów dotychczas zakupywane u kilku dostawców.

Powyższe, wynikające wprost z treści dowodu przedstawionego przez samego odwołującego, potwierdza w sposób niezbity, że sposób szacowania ceny przedstawiony przez przystępującego jest zwykłym sposobem szacowania ceny stosowanym w standardowej działalności gospodarczej przystępującego. Nie ma w nim ani nic nadzwyczajnego, ani też – wbrew twierdzeniom odwołującego – nie został on spreparowany na potrzeby wyjaśnień.

Przystępujący podkreśla, że dołączony do odwołania dowód, przedstawiony przez samego odwołującego – obala hipotezy odwołania, a tym samym odwołanie powinno zostać oddalone.

Zakres działalności spółki zależnej Kaifa Metering Technology (H.K) LTD

Odwołujący kwestionuje też zakres działalności Kaifa Metering, wskazując w pkt 39 odwołania, że spółka ta zajmuje się tylko sprzedażą, marketingiem i wsparciem serwisowym.

Odwołujący ustalając powyższe oparł się jedynie na prospekcie emisyjnym Przystępującego, pomijając dowody dotyczące samej spółki Kaifa Metering. Jest to ze strony odwołującego (będącego przecież podmiotem chińskim, czyli mającym dostęp do wszystkich dokumentów i rejestrów publicznych w Chinach) co najmniej brak dołożenia należytej staranności, jeśli wręcz nie próba tendencyjnego przedstawienia sytuacji gospodarczej Kaifa Metering. W rejestrze przedsiębiorców Kaifa Metering wskazano:

Rodzaj prowadzonej działalności SPRZEDAŻ, MARKETING I USŁUGI WSPARCIA W ZAKRESIE RÓŻNYCH LICZNIKÓW (dowód: załącznik 01 – Rejestr przedsiębiorstw).

W raporcie rocznym złożonym w 2024 roku wskazano na rodzaj działalności (odpowiednik polskiej PKD) Rodzaj działalności - Kod 45 - HANDEL IMPORTOWY I EKSPORTOWY (dowód: załącznik 02 – Raport roczny).

Z kolei zgodnie z obowiązująca w Chinach klasyfikacją działalności – działalność o kodzie 45 obejmuje: *Handel importowy i eksportowy* (dowód: załącznik 03 – Klasyfikacja działalności).

Jak zatem wynika z powyższych dowodów zakres działalności Kaifa Metering obejmuje – wbrew twierdzeniom odwołującego – handel importowy i eksportowy. Zatem całkowicie bezpodstawne i sprzeczne z w/w dowodami są twierdzenia odwołującego, że Kaifa Metering nie zajmuje się w ogóle handlem, a głównie marketingiem.

Przystępujący wskazuje, że prospekt emisyjny, który jest jedynym dowodem przedstawionym przez odwołującego, to dokument dotyczący przystępującego i opisujący w głównej mierze sytuację przystępującego. Nie może on być jednak jedynym dowodem, z którego wywodzone byłyby jakieś okoliczności dotyczące Kaifa Metering. Jak wynika z powyższych dowodów – Kaifa Metering w oficjalnych dokumentach wyraźnie wskazuje, że podstawowym zakresem jej działalności zgodnie z klasyfikacją działalności jest handel importowy i eksportowy. Przystępujący wskazuje, że nawet sam Prospekt emisyjny wskazuje na zastosowaną procedurę – tj. procedurę sprzedaży w modelu „knock-down" do klienta zewnętrznego liczników w postaci podzespołów do ich montażu – na stronach 1-1-178 wskazano na wcześniej zastosowany taki model (dostawy do TPV, Brazylia).

W ramach tego kontraktu podzespoły do montażu liczników dostarczane są przez Kaifa Metering do spółki dokonującej montażu liczników (TPV) – załączono przykładowe zamówienia z TPV składane do Kaifa Metering (z okresu marzec 2024 – luty 2025) (dowód: załącznik 05 - Zamówienia TPV Brasil).

Operacje dostaw podzespołów do produkcji dokonywane przez Kaifa Metering bezpośrednio do przystępującego dokumentują z kolei przykładowe deklaracje celne z okresu kwiecień 2024 – luty 2025. Deklaracje te mają postać elektroniczną, a ich autentyczność można zweryfikować na platformie internetowej "China International Trade Single Window" dostępnej pod adresem https://app.singlewindow.cn/qspserver/sw/qsp/query/view/iePortNetwork po podaniu numeru danej deklaracji uwidocznionego w jej nagłówku (dowód: załącznik 07 - Dokumenty celne).

Powyższe potwierdza, że operacje dostaw komponentów do produkcji liczników miały miejsce wcześniej i mają miejsce w działalności bieżącej spółek z grupy kapitałowej Kaifa - a zatem oferta Kaifa Metering nie jest incydentalnie przygotowana na potrzeby wyjaśnienia ceny w niniejszym postępowaniu, co sugeruje odwołujący.

Zakres wezwania do złożenia wyjaśnień.

W świetle powyższego – oczywistym jest, że wyjaśnienia, jakie złożył przystępujący są prawidłowe oraz obejmują wszystkie elementy szacowania ceny oferty. Niemniej jednak – z ostrożności procesowej przystępujący wskazuje, że zakres wyjaśnień, jakie ma złożyć wykonawca, zawsze jest pochodną treści wezwania. Tymczasem zamawiający nie wskazał w wezwaniu, że oczekuje jakiś szczegółowych danych, w tym np., że oczekuje ceny zakupu dla każdego

poszczególnego komponentu.

Zakres wezwania wprost wykazuje, że zarzuty odwołania dotyczące oferty przystępującego są niezasadne. Zarzut mógłby bowiem podlegać uwzględnieniu wyłącznie wtedy, gdyby odwołujący wykazał, że przystępujący nie zrealizował treści wezwania zamawiającego i nie odpowiedział na jakieś konkretne pytania z tego wezwania. Jednakże odwołujący nie potrafi wskazać, którego zakresu wezwania rzekomo przystępujący nie zrealizował. Przedmiotowe wezwanie nie zawiera bowiem żadnego szczególnego zapytania o kwestię cen, jakie producent otrzymuje od dostawców poszczególnych elementów niezbędnych do wyprodukowania przedmiotu zamówienia. Tym samym przystępujący nie mógł spodziewać się, że akurat w tym zakresie powinien przedstawić jakąś dodatkową, wyjątkowo szczegółową treść czy też dowody – zaś obecnie odwołujący nie może w tym zakresie skutecznie podnosić zarzutów. Zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień RNC jest całkowicie bezpodstawny, gdyż nie znajduje żadnego umocowania w treści wezwania.

Podkreślić też należy, że nawet gdyby uznać, że poziom szczegółowości wyjaśnień RNC jest niewystarczający (czemu przystępujący przeczy) i do oceny wyjaśnień RNC konieczne jest uzyskanie dalszych informacji – to jedynym zarzutem, jaki odwołujący mógłby skutecznie podnosić, to zarzut zaniechania wystąpienia o dodatkowe wyjaśnienia w tym zakresie. Takiego zarzutu jednak nie podniesiono. W stanie faktycznym postępowania, mając na uwadze treść wezwania zamawiającego – nie jest bowiem możliwe, aby odrzucić ofertę przystępującego tylko dlatego, że nie przedstawiono dowodu czy też wyliczenia, o które zamawiający nie wzywał. Skutek w postaci odrzucenia oferty byłby możliwy tylko w przypadku, gdyby zamawiający w wezwaniu wymagał szczegółowego pokazania np. kosztów, jakie ponosi dostawca lub też dowodów w tym zakresie. Przystępujący pragnie podkreślić, że to treść zapytania wystosowanego przez zamawiającego w zakresie złożenia wyjaśnień dotyczących tego, czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, determinuje zakres udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała na tę kwestię.

Zamawiający na etapie oceny ofert zobowiązany jest do analizy treści wyjaśnień w zakresie ceny wyłącznie w zgodzie z treścią wezwania – i takiej też oceny zamawiający dokonał. Jeżeli więc zamawiający nie sprecyzował konkretnych oczekiwań – tj. nie wskazał, że należy przedstawić szczegółowe wyjaśnienia w zakresie wskazywanym obecnie w odwołaniu – to obecne odrzucenie oferty przystępującego na podstawie tego, że w wyjaśnieniach RNC nie przedstawiono wyjaśnień w jakimś zakresie, co do którego oczekiwania nie zostały nigdy przez zamawiającego przedstawione, pozbawione jest jakiejkolwiek logiki i stanowi przykład zarzutu zbudowanego w kontrze do treści dokumentacji postępowania.

Reasumując – odwołujący nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec przystępującego wyłącznie w sytuacji, gdy przystępujący dokonał wyjaśnienia składników ceny w sposób inny niż jakiś konkretny sposób oczekiwany wyłącznie przez odwołującego. Przystępujący nie był bowiem zobowiązany w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania. A właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w stanie faktycznym niniejszego postępowania.

Podwykonawca a dostawca – dwie odmienne instytucje prawa cywilnego

Odwołanie opiera się na zrównaniu dwóch różnych instytucji prawa cywilnego – otóż odwołujący wprowadza instytucję „poddostawcy" i traktuje ją na równo z „podwykonawcą". Jest to działania całkowicie nieuzasadnione i nie mające żadnego umocowania w dokumentacji postępowania. Po pierwsze – przystępujący w ogóle w ofercie nie wskazał na „poddostawcę". Nie uczynił tego, gdyż taka instytucja w ogóle nie istnieje, a przystępujący nie będzie korzystał z poddostawcy. Po drugie – przystępujący w ramach swojej działalności gospodarczej korzysta z dostawców. Jest to oczywiste. Przedmiotowe zamówienie to zamówienie na dostawy, co już zostało omówione powyżej. Każdy producent dostarczanego sprzętu korzysta z różnego rodzaju komponentów, które zakupuje u podmiotów zewnętrznych – i są to dostawcy (ale nie są to ani poddostawcy, ani też podwykonawcy). To, czy komponenty te zakupuje
u 1 dostawcy, czy u kilku dostawców – jest irrelewantne z punktu widzenia prawa zamówień publicznych. Po trzecie – przystępujący wskazał w ofercie, że będzie korzystał z usług podwykonawcy, ale nie z usług poddostawcy. *Nota bene* zakres podwykonawstwa w ofercie odwołującego i przystępującego jest analogiczny.

Tymczasem cała argumentacja odwołania prowadzona jest z całkowitym pominięciem stanu faktycznego niniejszego postępowania i opiera się na nieistniejącej instytucji „poddostawcy", którą odwołujący zrównuje z podwykonawcą.

Opierając się na hipotezie zrównania poddostawcy z podwykonawcą wykorzystano
w odwołaniu istniejące w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zagadnienie, czy dopuszczalne jest wyjaśnianie cen ofert opartych na usługach wyłącznie ofertą podwykonawczą, obejmująca całość usług objętych zamówieniem. Przy czym w celu próby zastosowania tego zagadnienia odwołujący po prostu zrównał podwykonawcę z poddostawcą.

Zarzuty dotyczące oferty Kaifa Metering – pkt 28 i 40 odwołania

W pkt 28 odwołania wskazano: *„28. Co kluczowe w niniejszej sprawie, oferta Kaifa Metering zawiera jedynie ogólny opis przedmiotu oferty (Zestawy elektroniki do licznika jednofazowego; Zestawy obudów do licznika jednofazowego;*

Zestawy przekaźników i zacisków do licznika jednofazowego). Oferta nie zawiera natomiast podstawowych danych kalkulacyjnych, takich jak: wykazu konkretnych komponentów składających się na wymienione zestawy; konkretnych (wymiernych) kosztów produkcji komponentów; konkretnych (wymiernych) kosztów transportu (dostawy) komponentów".

Powyższe elementy wymienione przez odwołującego wcale nie są – jak to twierdzi odwołujący – „podstawowymi danymi kalkulacyjnymi". Po pierwsze – Kaifa Metering nie ponosi żadnych kosztów produkcji komponentów. Kaifa Metering kupuje te komponenty od ich producentów a następnie dostarcza do producenta liczników. Nie jest zatem zrozumiałe, jakie właściwie „koszty produkcji" miałaby wskazywać. Po drugie – nie są prawdziwe twierdzenia odwołującego, że nie podano kosztów transportu. Otóż w ofercie Kaifa Metering wskazano warunki dostawy wg Incoterms jako DDP Kaifa Chengdu – co oznacza, że koszt transportu
i ewentualnego cła jest ujęty w cenie towaru. Po to w handlu międzynarodowym ustalono zasady Incoterms, aby strony nie musiały za każdym razem szczegółowo opisywać,
a wystarczające było powołanie się na daną regułę Incoterms, co uczyniono.

Odnośnie zaś braku wykazu konkretnych komponentów – to wskazać należy, że w celu uproszczenia procesu ofertowego elementy do produkcji w modelu „knock-down" zostały zgrupowane w trzy zestawy: elementy elektroniki, elementy obudowy, elementy przekaźników i zacisków.

Jak wskazano w treści oferty Kaifa Metering zawartość tych zestawów jest zgodna ze specyfikacjami dostarczonymi przez przystępującego. Taką ofertę przystępujący otrzymał od Kaifa Metering – to i taką dołączył do wyjaśnień.

Skoro zamawiający nie wymagał w wezwaniu wyjaśnień z dokładnością do każdego najdrobniejszego elementu, to wyjaśnienia bazujące na cenie zestawów części są zgodne
z wezwaniem, zaś zarzuty odwołania w tym zakresie nie znajdują umocowania w treści wezwania i wykraczają istotnie poza treść wezwania.

Z kolei w pkt 40 odwołania wskazano: „*Dodatkowo należy zauważyć, że oferta Kaifa Metering nie została ze strony poddostawcy opatrzona żadnym podpisem czy pieczęcią. Fakt ten również podważa wiarygodność omawianej oferty*".

Przystępujący wyjaśnia, że w korporacji Kaifa przyjęty jest taki sposób komunikacji – tzn. komunikacja odbywa się mailem, w postaci standardowych formularzy kwotacji (wyceny oferty). Oferta zawiera wszystkie dane identyfikacyjne nadawcy i odbiorcy wiadomości.

Podkreślić też należy, że autentyczność oferty potwierdził „za zgodność z oryginałem" pełnomocnik wykonawcy (złożony załącznik do wyjaśnień był podpisany cyfrowo przez pana (…). Nie są zatem zasadne zarzuty co do rzekomego „podważenia wiarygodności" oferty Kaifa Metering.

Sposób wyjaśnienia ceny liczników przez odwołującego – jako producenta liczników.

Na zakończenie przystępujący pragnie zauważyć, że odwołujący stawia przystępującemu szereg zarzutów co do sposobu szacowania ceny przedstawionego w wyjaśnieniach – podczas gdy sam odwołujący, także będący producentem liczników – stosuje taką samą metodykę (dowód: załącznik 06 – Wyjaśnienia RNC).

W treści w/w wyjaśnień wymieniono załączniki – nie ma jednak wśród tych załączników najważniejszego dowodu, tj. odwołujący nie przedstawił żadnej oferty na zakup komponentów. Dołączono ofertę przewoźnika czy ubezpieczyciela, jednak nie złożono dowodów na koszty zakupu komponentów. Kwestię kosztów zakupów komponentów wyjaśniono oświadczeniem własnym odwołującego. Co więcej – w samej treści wyjaśnień – odwołujący wprost wskazał, że po prostu nie poda źródeł pochodzenia komponentów. Mamy zatem do czynienia
z sytuacją, w której sam odwołujący nie podaje w wyjaśnieniach żadnych informacji o źródłach pochodzenia komponentów, zaś w zakresie kosztów zakupów – ogranicza się do oświadczenia własnego. A jednocześnie ten sam odwołujący w przedmiotowym odwołaniu opiera całą argumentację odwołania na tym, że przedstawiona oferta jest oferta od spółki zależnej, a przez to jest niewiarygodna. Gdyby argumentację odwołującego uznać za słuszną, to skutkiem tego byłoby przyznanie, że lepsze jest oświadczenie własne co do wysokości kosztów, niż oferta zakupu komponentów. Wskazać przy tym należy, że oświadczenie własne w ogóle nie jest dowodem.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników, złożone w pismach procesowych,

jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumenty złożone przez odwołującego i przystępującego Shenzhen Kaifa, stwierdzając, że potwierdzają one okoliczności, na które zostały powołane (prospekty emisyjne, dokumenty rejestrowe).

Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez przystępującego po stronie odwołującego – wykonawcy FOXYTECH sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy stwierdzają, iż dowód ten nie dotyczy zarzutów odwołania (odwołujący nie kwestionował ceny ofertowej przystępującego Shenzhen Kaifa w kontekście różnic kursowych, będących podstawą rozliczenia). Tym samym, na podstawie przepisu art. 541 ustawy Pzp, Izba stwierdziła,
że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego oraz uczestnika Shenzhen Kaifa Technology (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego
z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów") wskazuje, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza pozostając w zakresie zarzutów postawionych w odwołaniu, działając na zasadzie wynikającej z przepisu art. 555 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne, w szczególności odwołujący nie udowodnił zasadności wniesionego odwołania.

Odwołujący w swoim odwołaniu postawił zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Shenzhen Kaifa w zakresie zadania nr 1 i 2 mimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ustawy Pzp.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepis powyższy o charakterze *stricte* sankcyjnym musi zatem zostać bezwzględnie
i jednoznacznie wykazany (udowodniony) za pośrednictwem dostępnych wykonawcy odwołującemu środków dowodowych. Co również istotne, pomimo tego, że zgodnie
z przepisem art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, nie wyklucza obowiązku zastosowania przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Odwołujący, w ramach zakreślonych treścią odwołania oraz na rozprawie, zasadniczo argumentację swoją ograniczył do powiązań handlowych istniejących pomiędzy przystępującym Shenzhen Kaifa a jego spółką zależną Kaifa Metering Technology wywodząc z tego powiązania oraz ze złożonych w ramach wyjaśnień RNC określone skutki prawne.

Nie mniej Izba stoi na stanowisku, że wykazywane przez odwołującego okoliczności nie dotyczą *stricte* okoliczności związanych z RNC. Przepis, na którego naruszenie powołuje się odwołujący dotyczy bowiem ceny ofertowej a nie powiązań lub ich brak pomiędzy wykonawcą, którego oferta stanowi przedmiot odwołania i jego dostawcami. Wskazać bowiem należy,
że o cenie rażąco niskiej, do której odnosi się przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, możemy mówić tylko wtedy, „*(…) gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczna kwotę*" (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07).

Ponadto „*przez cenę rażąco niską należy rozumieć cenę znacząco odbiegającą od cen rynkowych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę*" (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 6 września 2002 r. sygn. akt V Ca 1020/02).

Tymczasem zarzuty odwołującego w ogóle nie dotyczą kwestii związanych z ceną ofertową przystępującego. Cała argumentacja odwołującego ukierunkowana na sposób i model współpracy pomiędzy firmami powiązanymi kapitałowo zdaje się być irrelewantna z punktu widzenia zarzutów odwołania. Wskazać bowiem należy, że odwołujący nie wykazał, że cena ofertowa przystępującego nie pozwala na prawidłową realizację zamówienia, tzn., że cena za jaką zamierza zrealizować zamówienie przystępujący jest niewystarczająca, tj. nie pokrywa wszelkich kosztów związanych z zamówieniem i nie zakłada osiągnięcia godziwego zysku.

Wszelkie wątpliwości odwołującego dotyczą jedynie zakresu prospektu emisyjnego przystępującego, z którego, wg. odwołującego ma wynikać, że spółka Kaifa Metering Technology nie mogła dostarczać przystępującemu elementów składowych do produkcji licznika, gdyż zakres jej działalności takich czynności handlowych nie przewiduje.

Jednakże odwołujący nie zwrócił uwagi, że w raporcie rocznym ww. spółki, złożonym w 2024 roku wskazano na rodzaj działalności (odpowiednik polskiej PKD) Rodzaj działalności - Kod 45 - HANDEL IMPORTOWY I EKSPORTOWY (dowód: Raport roczny).

Z kolei zgodnie z obowiązująca w Chinach klasyfikacją działalności – działalność o kodzie 45 obejmuje: *Handel importowy i eksportowy* (dowód: Klasyfikacja działalności).

Jak zatem wynika z powyższych dowodów zakres działalności Kaifa Metering obejmuje – wbrew twierdzeniom odwołującego – handel importowy i eksportowy.

Tym samym model działalności, jaki przyjął przystępujący potwierdza okoliczność, że spółka Kaifa Metering Technology organizuje (kupuje) określone komponenty składające się na licznik (co wynika z wyceny z 30 sierpnia 2024 roku – stanowiącej załącznik do wyjaśnień RNC), w skład których wchodzą:

1) Zestawy elektroniki do licznika jednofazowego,

2) Zestawy obudów do licznika jednofazowego,

3) Zestawy przekaźników i zacisków do licznika jednofazowego,

które następnie przekazuje do przystępującego, który ostatecznie wytwarza produkt finalny – gotowy licznik.

Zdaniem Izby, przy przedmiocie zamówienia, który został opisany jako dostawa, nie jest konieczne, aby wykonawcy, posiłkujący się dostawami elementów składowych musieli szczegółowo wykazywać zamawiającemu detaliczne koszty poszczególnych części czy podzespołów składających się na zestaw. Wystarczającym jest, co zresztą przystępujący wykazał stosownymi dowodami załączonymi do wyjaśnień RNC, sposób pozyskania części, ich cenę oraz dostawcę tych elementów. Okoliczność, iż dostarczającą te elementy jest spółka zależna od przystępującego jest irrelewantny z punktu widzenia oceny czy cena ofertowa jest rażąco niska.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……