

Sygn. akt: KIO 1914/18

WYROK
z dnia 9 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**

Justyna Tomkowska

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2018 r. przez wykonawcę KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. J. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Zasobów Informatycznych w Warszawie

przy udziale wykonawcy GISS Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obciąża wykonawcę KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. J. w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. J. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. J. w Warszawie na rzecz zamawiającego Centrum Zasobów Informatycznych w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych jako wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 9 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1914/18

Zamawiający - Centrum Zasobów Informatycznych z siedzibą przy ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00 – 909 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa terminali satelitarnych VSAT”, o numerze nadanym przez zamawiającego 2616.17.2018.RT, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 czerwca 2018 r. pod numerem 2018/S 121-275395, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 13 września 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. W dniu 24 września 2018 r. odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą przy ul. Żytniej 15 lok. 22, 01 – 014 Warszawa, dalej zwany jako „odwołujący”. Odwołujący, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. Art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o. wobec faktu, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (złożył wyjaśnienia po terminie);
2. Art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o. wobec faktu, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wobec faktu, iż wyjaśnienia złożone po terminie potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o. wobec faktu, iż złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, tj. oferowany sprzęt nie spełnia wymogu określonego w pkt. IV ppkt. 2 lit. d) Załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) - nie jest możliwe dokompletowanie oferowanego terminala satelitarnego w modem Skywan IDU 5000;
4. Art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GISS Sp. z o. o. wobec faktu, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten

przedstawił w treści wyjaśnień z dnia 10 września 2018 r. nieprawdziwą informację (zapewnienie) o możliwości dokończenia oferowanego terminala satelitarnego w modem Skywan IDU 5000 oraz wobec faktu, iż na stronie internetowej www.giss.pl zamieszczono wprowadzającą w błąd kartę katalogową oferowanego wzmacniacza LNB, co przesądziło o przyjęciu przez Zamawiającego zgodności zaoferowanego sprzętu z treścią SIWZ, a w konsekwencji o decyzji w przedmiocie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

5. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o. wobec faktu, iż złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, tj. oferowany sprzęt nie spełnia wymogu określonego w pkt. IV ppkt. 1 lit. b) tiret 6 Załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) - moc wzmacniacza nie została dobrana w taki sposób, aby zapewnić możliwość osiągnięcia przepływności użytkowej w torze nadawczym 4096 kbit/s w trybie SCPC (modulacja QPSK, FEC 3/4, satelita Eutelsat E21B) w relacji pomiędzy dwoma terminalami VSAT będącymi przedmiotem postępowania;
6. Art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GISS Sp. z o. o. wobec faktu, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił w treści wyjaśnień z dnia 10 września 2018 r. nieprawdziwą informację (zapewnienie) o doborze mocy wzmacniacza w taki sposób, aby zapewnić możliwość osiągnięcia przepływności użytkowych w torze nadawczym 4096 kbit/s w trybie SCPC (modulacja QPSK, FEC 3/4, satelita Eutelsat E21B) w relacji pomiędzy dwoma terminalami VSAT będącymi przedmiotem postępowania, co przesądziło o przyjęciu przez Zamawiającego zgodności zaoferowanego sprzętu z treścią SIWZ, a w konsekwencji o decyzji w przedmiocie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty GISS Sp. z o. o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, wykluczenie i odrzucenie oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o. z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając wniesienie środka ochrony prawnej, w zakresie zarzutu nr 1 w *petitum* odwołania - dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o. wobec faktu, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (złożył wyjaśnienia po terminie) - odwołujący przytoczył stan faktyczny sprawy dotyczący wezwania do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przez wykonawcę GISS Sp. z o. o., tj. pismem z 9 sierpnia 2018 r., znak CZI.WZP 2616.17.2018.RT, zamawiający wezwał

wykonawcę do złożenia wyjaśnień i określił termin na ich złożenie na dzień 16 sierpnia 2018 r., pouczając jednocześnie wykonawcę w treści wezwania o konsekwencji ich braku.

Następnie odwołujący zaznaczył, że w dacie późniejszej niż data czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie załączników do protokołu postępowania. W odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający udostępnił odwołującemu treść wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny, złożonych przez GISS Sp. z o. o. w formie pisemnej (sygnatura pisma nadana przez GISS Sp. z o.o.: W/705/08/2018). Według odwołującego na pisemną formę wyjaśnień wskazując w szczególności wykonana pismem odręcznym treść określająca znak pisma, wykonane pismem odręcznym parafy na każdej stronie, wykonany pismem odręcznym podpis pod dokumentem, a także prezentata wpływu na pierwszej stronie dokumentu.

Odwołujący podkreślił, iż o udostępnienie ww. dokumentacji postępowania zwrócił się na podstawie i w granicach prawa. Zamawiający nie może natomiast odmówić udostępnienia wnioskowanych dokumentów, z zastrzeżeniem zasad ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. W przedmiotowym stanie faktycznym przedmiot i zakres ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa został precyzyjnie określony i obejmował jedynie część wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przy czym pełna treść wyjaśnień (zarówno część jawna jak i zastrzeżona) została zamawiającemu złożona w tym samym dniu (wynika to z samej treści wyjaśnień, w których część zastrzeżona następuje bezpośrednio po części jawnej). Odwołujący wskazał, że formułując niniejszy zarzut i wnosząc niniejsze odwołanie, na podstawie powyższego przyjął, iż zamawiający nie otrzymał wyjaśnień rażąco niskiej ceny w formie innej, niż pisemna oraz w dacie innej, niż wskazana na prezentacie wpływu. Gdyby taka okoliczność miała miejsce, ich treść musiałaby zostać udostępniona odwołującemu.

Odwołujący zaznaczył również, że nie traktuje informacji otrzymanej, drogą e – mailową, w dniu 17 września 2018 r., od pani R.T., o otrzymaniu przedmiotowych wyjaśnień w dniu 16 sierpnia 2018 r. o godz. 14:01, jako wiążącej w zakresie daty wpływu wyjaśnień do zamawiającego. Jest to bowiem wyłącznie proste potwierdzenie tej okoliczności przez jednego z pracowników zamawiającego, zainteresowanego rozstrzygnięciem postępowania odwoławczego na jego korzyść, pozostające w sprzeczności z prezentatą wpływu na dokumencie udostępnionym odwołującemu na podstawie przepisów prawa, oraz pozostające w sprzeczności z dokumentacją przekazaną przez zamawiającego odwołującemu, w której nie znajdują się wyjaśnienia opatrzone taką datą wpływu.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że prezentata wpływu jest w orzecznictwie sądów powszechnych traktowana jako rozstrzygająca o dacie wpływu pisma również w przypadku, gdy pismo zostało wniesione drogą elektroniczną (np. jako załącznik do wiadomości e - mail lub fax). Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący zacytował fragmenty następujących orzeczeń: postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego

z dnia 20 października 2017 r. sygn. akt I OZ 1597/17, postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 marca 2014 r., sygn. akt FZ 41/14 i postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2015 r., sygn. akt II CZ 20/15. Odwołujący stwierdził również, że niezależnie od powołanego powyżej orzecznictwa sądów administracyjnych i cywilnych, rozstrzygający walor prezentaty wpływu, w przypadku określenia daty wpływu dokumentu, został jednoznacznie zaakcentowany również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – w wyroku z dnia 1 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 581/14.

Zdaniem odwołującego należy także podkreślić, że umieszczenie na obejmującym czynność dokumencie jakiegokolwiek wzmianki przez organ państwowy (a za taką wzmiankę uznać należy również prezentatę) ma doniosłe znaczenie również na gruncie materialnego prawa cywilnego, które znajduje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiających i wykonawców, w przypadku braku odmiennych regulacji w ustawie p.z.p. W ustawie p.z.p. brak jest regulacji w tym przedmiocie, a przepis art. 81 § 2 pkt 2 k.c. nakazuje natomiast w tym stanie rzeczy przyjąć domniemanie daty pewnej, stąd odwołujący przyjmuje, iż wyjaśnienia zostały złożone w dacie wskazanej na prezentacie, tj. 17 sierpnia 2018 r. Natomiast prezentata zamawiającego, umieszczona na dokumencie wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny złożonych przez GISS Sp. z o.o. (sygnatura pisma nadana przez GISS Sp. z o.o. W/705/08/2018), jako datę wpływu wyjaśnień wskazuje dzień 17 sierpnia 2018 r. Pismo zostało zarejestrowane przez zamawiającego pod numerem 8509/18 (odpis pierwszej strony w załączeniu do odwołania).

W nawiązaniu do powyższego odwołujący podniósł, iż skoro prezentata wpływu na dokumencie wyjaśnień wskazuje datę późniejszą (17 sierpnia) niż dzień upływu terminu określonego do ich złożenia (16 sierpnia) uznać należy, iż wyjaśnienia zostały złożone z uchybieniem określonego terminu. Ponadto, zdaniem odwołującego, z powyższym faktem orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wiąże doniosłe skutki w postaci zrównania tej okoliczności z brakiem wyjaśnień, a w konsekwencji obowiązku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. - wyrok Izby z 1 marca 2018 r. sygn. akt KIO 282/18, którego argumentację odwołujący podziela. Zatem wobec zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o.o., w sytuacji niezłożenia wyjaśnień w określonym terminie (o czym przesądza data prezentaty wpływu), należy stwierdzić naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.

Naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o.o. wobec faktu, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wobec faktu, iż wyjaśnienia złożone po terminie potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, z pkt 2 odwołania, odwołujący uzasadnił w sposób następujący.

Odwołujący zaznaczył, że formułuje przedmiotowy zarzut z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt 1 uzasadnienia. Następnie odwołujący przypomniał, że wykonawca GISS Sp. z o. o. zaoferował realizację zamówienia za kwotę 6 578 040,00 zł brutto, a więc niemal dwukrotnie niższą, niż ustalona przez zamawiającego, przed wszczęciem postępowania wartość szacunkowa, powiększona o wartość podatku od towarów i usług, tj. 12 599 999,87 zł. Kwota ta odbiega także rażąco nie tylko od średniej arytmetycznej pozostałych ofert, lecz przede wszystkim od ceny każdej z tych ofert z osobna - od oferty TTcomm S.A. aż o 2 434 095,30 zł, od oferty odwołującego o 3 963 096,90 zł, natomiast od oferty PZL „Warszawa-Okęcie” S.A. o 5 078 208,66 zł. Przy czym w ocenie odwołującego zaznaczyć należy, iż wykonawca TTcomm S.A., który zaoferował cenę najniższą zaraz po wykonawcy GISS Sp. z o.o., posiada doświadczenie i kontakty na rynku sprzętu objętego przedmiotowym zamówieniem nieporównywalnie większe, niż wykonawca GISS Sp. z o. o. (co ma bezpośredni związek z możliwością otrzymania rabatów od poddostawców, a w konsekwencji ich udzielenia zamawiającemu), a mimo to nie zdołał zaoferować ceny takiej, aby móc w ogóle konkurować z wykonawcą GISS Sp. z o. o. W ocenie odwołującego dzieje się tak pomimo, iż wykonawca GISS Sp. z o. o. zaoferował znacznie dłuższy okres gwarancji (52 miesiące), niż wykonawca TTcomm S. A. (36 miesięcy), który to czynnik potencjalnie powinien wpłynąć na znaczne zwiększenie ceny GISS Sp. z o. o., w stosunku do oferty konkurenta.

W ocenie odwołującego tego typu przypadek winien być zbadany przez zamawiającego ze szczególną uwagą, natomiast wykonawca GISS Sp. z o. o. powinien dołożyć szczególnej staranności przy wyjaśnianiu, czy zaoferowana cena nie była rażąco niska. W najnowszym orzecznictwie Izby akcentuje się bowiem potrzebę przyjęcia szczególnej optyki przy ocenie wyjaśnień wykonawcy, którego cena jest zdecydowanie najniższa i znacznie odbiega od cen pozostałych ofert. Wykonawcy tacy winni składając wyjaśnienia dołożyć staranności zdecydowanie wyższej, niż pozostali wykonawcy, którzy choć zostali wezwani do złożenia wyjaśnień, to zaoferowali dużo wyższą cenę (tak: ustne motywy rozstrzygnięcia wyroku KIO z dnia 11 września 2018 r., wydanego w sprawie o sygn. KIO 1709/18, niepubl.). Tymczasem analizując treść jawnej części wyjaśnień złożonych przez GISS Sp. z o.o., według odwołującego, trudno nie odnieść wrażenia, iż dużo większą uwagę wykonawca ten poświęca uzasadnieniu zastrzeżenia treści wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa (aż 5 stron), niż merytorycznemu uzasadnieniu wysokości zaoferowanej ceny (zaledwie 3 strony), już na podstawie tej okoliczności w pełni uprawniony jest wniosek, iż zaoferowana cena w rzeczywistości jest rażąco niska, natomiast wykonawca GISS Sp. z o. o. stara się uczynić wszystko, by uniknąć zrecenzowania swoich wyjaśnień przez zorientowaną na rynku konkurencję. Treść merytoryczna części jawnej zawiera się w ośmiu punktach (od II.1 do II.4 oraz od III.1 do III.4).

Według odwołującego punkt II.1 zawiera głośne zapewnienie o tym, iż cena nie jest rażąco niska, przy czym wykonawca wyraźnie wskazuje, iż pomimo tak niskiej wyceny zakłada osiągnięcie zysku. Stanowi więc czystą beletrystykę, standardowo praktykowaną w tego typu wyjaśnieniach, a nie wnoszącą niczego istotnego. Zaś w punkcie II.2 wykonawca zaakcentował ponownie konieczność wyceny z uwzględnieniem zysku, oraz wskazał liczne sygnatury orzeczeń KIO (przy czym najnowsze spośród nich są datowane na 2009 rok), pomijając konieczność wskazania na ich związek z treścią złożonych przez siebie wyjaśnień.

W punkcie III.3, w ocenie odwołującego, następuje ciąg polemik z ustawodawcą - wykonawca w istocie kwestionuje zasadność kierowania wezwań do wyjaśnienia ceny w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Wykonawca powołuje się także na okoliczność, iż jest krajowym integratorem i producentem terminali satelitarnych, co pozwala mu obniżyć pewne koszty, oraz związane z tą okolicznością dysponowanie ogólnie opisaną infrastrukturą oraz stosowanie ogólnie opisanych środków organizacyjnych. Zdaniem odwołującego okoliczność ta miałaby zapewne znaczenie, gdyby wykonawca GISS Sp. z o. o. był rzeczywiście producentem kluczowych podzespołów sprzętu, który oferuje. Tymczasem, w ocenie odwołującego, wykonawca GISS Sp. z o. o. jedynie kompletuje terminal z podzespołów innych producentów, co wynika zarówno z treści samej oferty jak i zamieszczonych na stronie internetowej wykonawcy kart katalogowych. Odwołujący podniósł również, że w treści oferty wykonawca GISS Sp. z o.o. potwierdził (załącznik nr 3A do formularza ofertowego), iż w rzeczywistości ani jeden z podzespołów oferowanego terminala nie jest produkowany przez GISS Sp. z o. o. - przykładowo, producentem anteny satelitarnej wraz z konstrukcją nośną jest firma Sat-Lite Technologies, natomiast producentem wzmacniacza mocy w. cz. i konwertera nadawczego BUC jest firma ACTOX Corporation. Powyższe pokazuje, iż wykonawca GISS Sp. z o. o. - wbrew swoim zapewnieniom - musi ponosić koszty zakupu wszystkich podzespołów od dostawców (a więc ponieść pośrednio koszty ich wykonania zagranicą, w tym koszty pracy, a także koszty transportu, celno - administracyjne i marże).

Zatem, w opinii odwołującego, zasadne jest założenie, iż w przypadku wykonawcy GISS Sp. z o. o. koszty takiego rodzaju działalności mogą przewyższać koszt zakupu gotowego terminala, bezpośrednio od jego producenta. Wobec powyższego, krajowa infrastruktura i organizacja działalności wykonawcy GISS Sp. z o. o. pozostaje bez znaczenia dla możliwości zaoferowania w tym wypadku niższej ceny, natomiast zanegowanie konieczności uwzględnienia w cenie oferty kosztów transportu, celno - administracyjnych oraz ryzyka kursowego stanowi jednoznaczną przesłankę do uznania, iż złożone wyjaśnienia same w sobie stanowią dowód przemawiający za uznaniem zaoferowanej ceny za rażąco niską, a ich treść implikuje konieczność odrzucenia oferty, zgodnie z dyrektywą zawartą w art. 90 ust. 3 p.z.p. Powołane w tym punkcie wyjaśnień

okoliczności z pewnością nie mogą być brane pod uwagę jako przemawiające za możliwością zaoferowania przez GISS Sp. z o. o. ceny niższej, niż konkurencja.

W zakresie punktu II.4 wyjaśnien odwołujący stwierdził, że są one gołosłowne. Zaś w punkcie III.1, według odwołującego, wykonawca GISS Sp. z o. o. wskazuje własną produkcję, jako czynnik uzasadniający niższe koszty producenta, kiedy bezzasadność tego typu twierdzeń, w stosunku do sprzętu będącego przedmiotem tej konkretnej oferty, wykazano w jednym z poprzednich akapitów. Szczególnie rażące w tym kontekście jest twierdzenie wykonawcy, iż koszty integracji komponentów przekładają się na uzyskiwaną przez wykonawcę cenę zakupu oraz niższe koszty pracy, bowiem według odwołującego, w tym konkretnym przypadku, koszty integracji komponentów nie stanowią głównego elementu cenotwórczego (stanowią je natomiast koszty wykonania zagranicą wszystkich elementów oferowanego terminala, w tym koszty pracy, a także koszty transportu, celno - administracyjne i marże), natomiast cena ich zakupu stanowiąca sumę ww. czynników ma się nijak do kosztów ponoszonych przez wykonawcę związanych z integracją i koszty pracy (stawkę godzinową pracownika i ilość roboczogodzin). W ocenie odwołującego za nieprawdziwe uznać należy także twierdzenie, iż wykonawca GISS Sp. z o. o. nie ponosi w przypadku oferowanego sprzętu ryzyka kursowego, albowiem wszystkie elementy terminala (które wykonawca tylko „integruje”) są sprowadzane od zagranicznych poddostawców, co znajduje potwierdzenie w treści załącznika nr 3A do formularza ofertowego.

Co do punktu III.2 wyjaśnien odwołujący wskazał, że jego zdaniem wykonawca GISS Sp. z o.o. zanegował znaczenie okoliczności kluczowej z punktu widzenia możliwości zaoferowania tak niskiej ceny - koszty transportu (frachtu) wszystkich elementów terminala od ich producentów do integratora, jakim jest GISS Sp. z o. o., oraz koszty ubezpieczenia tych transportów. Wykonawca wskazał, iż niższą cenę w przypadku jego oferty uzasadnia m.in. brak konieczności poniesienia kosztów związanych z transportem gotowego terminala, tymczasem koszty związane z transportem poszczególnych elementów terminala, które niewątpliwie integrator musi w tym wypadku ponieść, przewyższają te koszty, stanowiąc jeden z najważniejszych czynników kosztotwórczych, które musi uwzględnić wykonawca uzasadniając wycenę oferty.

Natomiast w punkcie III.3 wyjaśnien, w opinii odwołującego, wykonawca GISS Sp. z o.o. wskazuje na niebagatelne znaczenie niższych od konkurencji kosztów pracy, w tym kontekście niezwykle istotna dla odwołującego jest okoliczność, że koszty pracy nie stanowią kluczowego czynnika cenotwórczego w przypadku, gdy wykonawca jest jedynie integratorem i do jego zadań należy wyłącznie skompletowanie terminala z części zagranicznych producentów. W takim trybie produkcji terminala jedynym kosztem pracy po stronie wykonawcy jest montaż terminala z kilku gotowych elementów, który sam w sobie nie

jest ani skomplikowaną ani czasochłonną czynnością. Ponadto zważyć należy, iż integratorami są również pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu i mają siedzibę w tym samym kraju, stąd koszty pracy u każdego z tych wykonawców kształtują identyczne okoliczności. Nie uzasadnia to więc w tym przypadku różnicy w cenie pomiędzy GISS Sp. z o. o. z pozostałymi wykonawcami, na poziomie aż kilku milionów złotych, w szczególności zważywszy, iż przedmiot zamówienia stanowi dostawa zaledwie 14 sztuk terminali.

Odwołujący podniósł również, że ostatni z punktów merytorycznych w części jawnej wyjaśnień - pkt III.4, wskazuje, iż niezbędna wiedza i doświadczenie wykonawcy GISS Sp. z o.o. pozwala temu wykonawcy na zaoferowanie ceny o kilka milionów niższej, niż konkurencja oraz niemal dwukrotnie niższej, od ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia. W ocenie odwołującego deklaracje GISS Sp. z o.o. o niezbędnej wiedzy i doświadczeniu są gołosłowne. Według odwołującego na uwagę w tym kontekście zasługuje w szczególności okoliczność, iż wykonawca ten nie był w stanie samodzielnie wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tj. wykonania choćby jednego zamówienia, polegającego na dostawie kompletnych funkcjonalnie terminali VSAT i musiał się w tym zakresie posługiwać potencjałem podmiotu trzeciego, przy jednoczesnej próbie ukrycia nazwy podmiotu, na rzecz którego zamówienie zostało zrealizowane. Zamawiający nie wymagał przy tym, aby dostawa spełniała również wymóg minimalnej wartości. Skoro więc wykonawca GISS Sp. z o. o. nie wykonał dotychczas ani jednej dostawy terminali VSAT (niezależnie od jej wartości) to nie posiada żadnego doświadczenia, nie może się więc powoływać na tę okoliczność jako uzasadniającą tak znaczną różnicę w zaoferowanej cenie, ani też nie może powoływać się na kapitał relacji zewnętrznych, który pozwalałby mu na zaoferowanie ceny niższej niż konkurencja. W tym miejscu zdaniem odwołującego należy również podkreślić, iż pozostali wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu posiadają doświadczenie w dostawie terminali nieporównywalnie większe, niż GISS Sp. z o. o., a mimo to nie byli w stanie zaoferować tak niskiej ceny, często pomimo zaoferowania znacznie krótszego okresu gwarancji.

Z uwagi na powyższe odwołujący stwierdził, że stoi na stanowisku, iż analiza jawnej treści wyjaśnień złożonych przez GISS Sp. z o. o. w zakresie rażąco niskiej ceny, dawała zamawiającemu podstawę do uznania, iż wykonawca ten w treści swoich wyjaśnień potwierdził w istocie zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Wykonawca bowiem wprost zanegował bowiem konieczność uwzględnienia w cenie oferty tak kluczowych w przypadku integratora czynników cenotwórczych, jakimi są koszty dostawy (transportu i ubezpieczenia) gotowych elementów terminala od dostawców zagranicznych (Japonia, USA i inne kraje) do ich integratora, marże poddostawców, oraz ryzyko kursowe. Zamiast tego wykonawca próbuje powoływać się na okoliczności zupełnie nieistotne lub o znikomym znaczeniu,

z punktu widzenia realizacji przedmiotowego zamówienia, co powinno stać się podstawą do odrzucenia oferty GISS Sp. z o. o. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.

Odwołujący wskazał następnie, że treść niejawną wyjaśnień wykonawcy potwierdza, iż wykonawca GISS Sp. z o. o. nie sprostął wymogowi obalenia domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, stosowanie do wymogów p.z.p. Wezwanie zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2018 r. wskazywało konkretne elementy, dla których wykonawca GISS Sp. z o. o. zobowiązany był wskazać ceny jednostkowe. W ocenie odwołującego nie oznacza to jednak, iż wyjaśnienia GISS Sp. z o. o., składane w odpowiedzi na ww. wezwanie, powinny ograniczyć się do wypełnienia wskazanej w wezwaniu tabeli oraz złożenia dowodów potwierdzających wycenę zawartą w poszczególnych pozycjach. Zamawiający wskazał już w treści wezwania, iż wykonawca winien wskazać „również inne cenniki, które uzasadniają zaoferowaną cenę za wykonanie zamówienia”, a także wskazać, „w jaki sposób i w jakim stopniu ich istnienie przekłada się na obniżenie kosztów zamówienia”. Ponadto zamawiający wprost wskazał, iż oczekuje wykazania zysku oraz uwzględnienia w cenie wszystkich okoliczności wskazanych w SIWZ.

Mając na uwadze zarówno powyższe, jak i argumentację podniesioną przez odwołującego co do jawnej treści wyjaśnień, w ocenie odwołującego wykonawca GISS Sp. z o.o. nie sprostął wymogom wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jeżeli kalkulacja cenowa nie obejmuje co najmniej poniższych kwestii, nieuwzględnionych we wzorze kalkulacji, lub do kwestii tych wykonawca nie odnosi się szczegółowo w treści wyjaśnień:

- 1) Wysokość zysku – na którego potrzebę uwzględnienia w jawnej części wyjaśnień wskazuje sam wykonawca, a ponadto na taką potrzebę wprost wskazał zamawiający w treści wezwania. Odwołujący podniósł, iż wykazanie zysku stanowi konieczny warunek dla uznania, że cena nie była rażąco niska, stąd jego istnienie i wysokość nie może być domniemywane, a powinno zostać wyraźnie wyodrębnione w treści wyjaśnień. Odrzucić należy ewentualne twierdzenia wykonawcy GISS Sp. z o. o., iż zysk mógłby zawierać się którejkolwiek innej pozycji kalkulacji, w szczególności w pozycji „inne”, o ile nie zostało to wyraźnie wskazane w opisie kosztu (czego wymagał zamawiający w odniesieniu do części kalkulacji zatytułowanej „inne”).
- 2) Koszt realizacji obsługi gwarancyjnej w okresie wskazanym w treści oferty (52 miesiące) - okres realizacji obsługi gwarancyjnej zgodnie z postanowieniami wzoru umowy stanowił jedno z kryteriów oceny ofert. Wykonawca GISS Sp. z o. o. zaoferował najdłuższy okres gwarancji spośród wszystkich złożonych ofert (m.in. aż o 16 miesięcy dłuższy, niż wykonawca TTcomm SA - drugi w rankingu cenowym), oferując jednocześnie zdecydowanie najniższą cenę. Odwołujący stoi na stanowisku, iż nie jest możliwe świadczenie gwarancji w tak długim okresie, przy jednoczesnym zaoferowaniu tak niskiej ceny. Zważyć bowiem należy, iż gwarancja

ma być realizowana w miejscu eksploatacji sprzętu, jak i również obejmuje ewentualną konieczność wymiany sprzętu o znacznej wartości na nowy (§ 8 ust. 7 i 14 umowy). Wymagany czas reakcji na zgłoszenie jest przy tym niezwykle krótki - jest to kolejny dzień roboczy po dniu zgłoszenia wady (§ 8 ust. 8 umowy), natomiast ewentualna wymiana sprzętu na nowy musi nastąpić w czasie nie dłuższym, niż zaledwie 5 dni roboczych (§ 8 ust. 14 umowy).

- 3) Koszt dostawy sprzętu od integratora do siedziby zamawiającego (§ 1 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy – załącznik nr 9 do SIWZ).
- 4) Koszt przeprowadzenia testów weryfikacyjnych dostarczonego sprzętu (§ 1 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy).
- 5) Koszt opakowania i zabezpieczenia przesyłki (§ 3 ust. 7 wzoru umowy).
- 6) Koszt zabezpieczenia dostawy, w tym ewentualnego ubezpieczenia dostawy sprzętu o znacznej wartości (§ 3 ust. 9 wzoru umowy).
- 7) Koszt udzielenia przez poddostawców licencji do korzystania oprogramowania wymaganego do działania sprzętu (§ 6 ust. 2 wzoru umowy).
- 8) Koszt zapewnienia dostępności części zamiennych przez okres minimum 3 lat od momentu zakończenia okresu gwarancyjnego (§ 8 ust. 19 wzoru umowy), a więc przez okres aż 7 lat i 4 miesiące od daty dostawy, przy czym nie chodzi o cenę części i ich dostawę (dodatkowo płatne), a samo zapewnienie ich dostępności, rozumiane jako ich przechowywanie oraz bieżącą konserwację.
- 9) Koszt ustanowienia i utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w kwocie odpowiadającej 5% ceny oferty (§ 12 ust. 1 wzoru umowy).
- 10) Koszt nabycia i dostarczenia do integratora 14 szt. urządzeń UPS (model: SRT3000XLW-IEC, producent: APC), wraz z uwzględnieniem ryzyka kursowego, które to urządzenie zostało zaoferowane w poz. 11 załącznika nr 3A do oferty (szczegółowa specyfikacja oferowanego sprzętu).
- 11) Koszt nabycia i dostarczenia do integratora 14 szt. inklinometrów z kompasem (model: TANDEM 360PC/360R DG, producent: SUUNTO), wraz z uwzględnieniem ryzyka kursowego, które to urządzenie zostało zaoferowane w poz. 15 załącznika nr 3A do oferty (szczegółowa specyfikacja oferowanego sprzętu).
- 12) Koszt nabycia i dostarczenia do integratora 14 zestawów narzędzi niezbędnych do obsługi złączy śrubowych oraz regulacji mechanicznych terminala wraz z uwzględnieniem ryzyka kursowego, które zostały zaoferowane w poz. 17 zał. 3A do oferty (szczegółowa specyfikacja oferowanego sprzętu).
- 13) Koszt dostawy, z uwzględnieniem ubezpieczenia, wszystkich części składowych oferowanego terminala od zagranicznych dostawców;
- 14) Ryzyko kursowe związane z nabyciem wszystkich części składowych oferowanego

terminala od zagranicznych dostawców.

Ponadto odwołujący wskazał, że brak omówienia i dokonania wyceny któregokolwiek z wyżej wymienionych elementów w treści wyjaśnień, a także brak w tym przedmiocie dowodów, winien skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., nadto skoro wykonawca GISS Sp. z o. o. kontestuje w jawnej części wyjaśnień zasadność uwzględnienia kosztów dostawy elementów terminala od ich zagranicznych producentów do integratora, a także ryzyko kursowe, elementów tych najprawdopodobniej w ogóle nie uwzględniono w kalkulacji ceny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., podniesiony w pkt 3 *petitum* odwołania, jako zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o., wobec faktu, iż złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, tj. oferowany sprzęt nie spełnia wymogu określonego w pkt IV ppkt 2 lit. d) załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) - nie jest możliwe dokończenie oferowanego terminala satelitarnego w modem Skywan IDU 5000 oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., sformułowany w pkt 4 *petitum* odwołania, jako zaniechanie wykluczenia wykonawcy GISS Sp. z o. o. wobec faktu, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił, w treści wyjaśnień z dnia 10 września 2018 r., nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania, odwołujący uzasadnił jak niżej.

W punkcie IV ppkt 2 lit. d) załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający zawarł wymaganie, aby zaoferowany terminal dysponował zaślepionym miejscem na modem SKYWAN IDU 5000, „z uwagi na planowane przez zamawiającego dokończenie terminala satelitarnego będącego przedmiotem postępowania w modem SKYWAN IDU 5000”.

Z powyższego dla odwołującego wynika, że miejsce na modem ma służyć korzystaniu z tego konkretnego modemu wraz z oferowanym terminalem. Nie jest zatem wystarczające spełnienie przez oferowany terminal wyłącznie wymogów określonych w ww. punkcie tiret 1 - 3. Terminal ten musi przede wszystkim współpracować we wskazanym modemem, albowiem wyłącznie wtedy będzie możliwe jego „dokończenie” w ten konkretny modem. Ponadto oznaczenie w SIWZ modemu jako SKYWAN IDU 5000 nie jest oznaczeniem typu czy kategorii urządzeń, a oznaczeniem konkretnego modelu modemu, oferowanego przez konkretnego producenta - firmę ND SatCom GmbH.

W ocenie odwołującego modem SKYWAN IDU 5000 produkcji ND SatCom GmbH nie współpracuje z zaoferowanym przez GISS Sp. z o. o. wzmacniaczem LNB typu NJR2841SN produkcji New Japan Radio Co. Ltd., który stanowi integralną część oferowanego terminala. Nie jest więc możliwe „dokończenie” oferowanego terminala w modem wskazany przez zamawiającego. Modem ten nie będzie działał poprawnie w takiej konfiguracji. Firma ND SatCom - producent modemu, stanowczo odradza jego używanie wraz z oferowanym przez GISS Sp. z o. o. wzmacniaczem LNB. Według odwołującego

w podręcznikach do IDU 5000 wyraźnie wskazano, że wzmacniacz LNB musi być wyposażony w zewnętrzny sygnał referencyjny 10 MHz, pochodzący z IDU 5000. Użycie LNB z wewnętrznym sygnałem referencyjnym, w który to sygnał wyposażony jest zaferowany wzmacniacz LNB, powoduje niestabilność łącza i utratę połączenia (dowód: 1. opinia firmy ND SatCom (jedyne go producenta modemu SKYWAN IDU 5000) z dnia 21 września 2018 r. - w załączeniu, wraz z tłumaczeniem na język polski, 2. karta katalogowa wzmacniacza NjR2841SN). Zatem zdaniem odwołującego złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, gdyż jej przedmiot nie spełnia wymogu określonego w punkcie IV ppkt 2 lit. d) załącznika nr 1 do SIWZ, co implikuje obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p.

Następnie odwołujący stwierdził, że wykonawca GISS Sp. z o. o., w treści złożonych w powyższym zakresie wyjaśnień (pismo z dnia 10 września 2018 r. - znak W/736/09/2018) zapewnił zamawiającego, iż oferowane terminale umożliwiają bezpośrednio (bez żadnych dodatkowych urządzeń niż te uwzględnione w ofercie wykonawcy) wykorzystanie modemu SKYWAN IDU 5000, zależnie od jego ukończenia i konfiguracji, która to informacja najprawdopodobniej przesądziła o zaniechaniu odrzucenia oferty GISS Sp. z o. o., przez co miała niezwykle istotny wpływ na wynik postępowania. Z faktu, iż zamawiający nie określił ukończenia i konfiguracji modemu SKYWAN IDU 5000 nie można wyprowadzać wniosku, iż wykonawcy mogli całkowicie zignorować wyrażony w SIWZ wymóg umożliwienia dokończenia tego modemu, oferując dowolny sprzęt i przerzucając na zamawiającego ciężar dostosowania do niego posiadanego przez niego modemu. Taka interpretacja byłaby nie do pogodzenia z celem wprowadzenia powyższego wymogu do SIWZ, którym było zapewnienie przez wykonawcę możliwości wykorzystania tego modemu z oferowanym terminalem. Jeżeli wykonawca miałby wątpliwości co do możliwości zapewnienia takiej współpracy właśnie z uwagi na możliwość różnego skonfigurowania i ukończenia modemu, winien zwrócić się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w toku postępowania. Dodatkowo, według odwołującego, ze wskazanego faktu można wyprowadzić natomiast wniosek, iż skoro nie określono ani konfiguracji ani ukończenia modemu SKYWAN IDU 5000 i żaden z wykonawców nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienia w tej kwestii, wykonawcy musieli przyjąć standardowe ukończenie i konfigurację modemu (bez szczególnych dodatków, modyfikacji czy wersji).

W kontekście powyższego odwołujący wskazał również, iż kompatybilność w wyżej wymienionym zakresie (wewnętrzny/zewnętrzny sygnał referencyjny) zapewnia funkcjonalność oferowanego wzmacniacza LNB, a nie konfiguracja modemu. Firma New Japan Radio Co. Ltd. oferuje różne typy wzmacniacza LNB, z których niektóre wyposażone są w zewnętrzny sygnał referencyjny (np. seria NRJ2841E).

W taki sygnał, zdaniem odwołującego, nie jest wyposażony zaferowany przez

wykonawcę GISS Sp. z o. o. wzmacniacz LNB serii NRJ2841S (model NRJ2841SN), który to wzmacniacz posiada sygnał referencyjny wewnętrzny. Ponadto, w ocenie odwołującego, wykonawca GISS Sp. z o. o. wprowadził w tym zakresie w błąd zamawiającego, odsyłając w treści oferty do karty katalogowej zamieszczonej na stronie internetowej www.giss.pl, na której zamieścił kartę katalogową wzmacniacza LNB innego, niż wskazanego w treści oferty tj. z serii NRJ2841E. (https://giss.pl/images/FTP/VSAT_082018/KuPLLLNB2LO_Ext_NJR2841E_42E_43E_rev_05.pdf - dostęp dnia 24.09.2018 r.), co miało wywołać u zamawiającego błędne przeświadczenie, iż zaoferowany sprzęt spełnia wymogi SIWZ (dowód: zrzut ekranu – w załączeniu).

Odwołujący argumentował również, że informacja GISS Sp. z o. o., przekazana w treści wyjaśnień z dnia 10 września 2018 r., o możliwości współpracy modemu SKYWAN IDU 5000 z oferowanym przez tego wykonawcę terminalem oraz informacja zawarta w karcie katalogowej zamieszczonej na stronie www.giss.pl są informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd, co do spełnienia przez oferowany terminal wymogów SIWZ, które to informacje miały jednocześnie istotny wpływ na kluczową decyzję zamawiającego, jaką jest wybór najkorzystniejszej oferty. Gdyby nie wprowadzenie zamawiającego w błąd, oferta GISS Sp. z o. o. musiałaby być odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Stanowi to wynik co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy GISS Sp. z o. o., który od momentu otrzymania wezwania do złożenia w tej kwestii wyjaśnień musiał być świadom istotności przedmiotowego zagadnienia, a mimo to w wyjaśnieniach ograniczył się do prostego zapewnienia o spełnieniu wymogu (poświadczając jednocześnie nieprawdę), ignorując wprost cel jego wprowadzenia do SIWZ. Niezależnie więc od obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o., zdaniem odwołującego, zamawiający miał obowiązek również wykluczyć tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

W zakresie uzasadnienia naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o.o. wobec faktu, iż złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, tj. oferowany sprzęt nie spełnia wymogu określonego w pkt IV ppkt 1 lit. b tiret 6 załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) – moc wzmacniacza nie została dobrana w taki sposób, aby zapewnić możliwość osiągnięcia przepływności użytkowej w torze nadawczym 4096 kbit/s w trybie SCPC (modulacja QPSK, FEC 3/4, satelita Eutelsat E21B) w relacji pomiędzy dwoma terminalami VSAT będącymi przedmiotem postępowania, a także zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GISS Sp. z o.o. wobec faktu, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy ten przedstawił w treści wyjaśnień z dnia 10 września 2018 r. nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania, z pkt 5 i 6 *petitum* wniesionego środka zaskarżenia, odwołujący podniósł co następuje.

W punkcie IV ppkt 1 lit. b) tiret 6 załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający zawarł

wymaganie, aby „moc wzmacniacza była dobrana w taki sposób, aby zapewnić możliwość osiągnięcia przepływności użytkowej w torze nadawczym 4096 kbit/s w trybie SC PC (modulacja QPSK, FEC 3/4, satelita Eutelsat E21B) w relacji pomiędzy dwoma terminalami VSAT będącymi przedmiotem postępowania”. Treść przedmiotowego wymagania została ostatecznie ustalona w wyjaśnieniach zamawiającego z dnia 24 lipca 2018 r. (odpowiedź na pytanie nr 1). Wykonawca GISS Sp. z o. o. zaoferował terminal wyposażony we wzmacniacz BUC typu ABE25SKX produkcji firmy ACTOX Corporation. Zgodnie z kartą katalogową dostępną na stronie internetowej https://giss.pl/images/FTP/VSAT_082018ZABE25SKX.pdf (dostęp dnia 20.09.2018 r.) moc oferowanego wzmacniacza wynosi 25W, co dodatkowo wykonawca potwierdził w treści wyjaśnień z dnia 10 września 2018 r. Moc wyjściowa liniowa oferowanego wzmacniacza wynosi natomiast 13W (dowód: karta katalogowa wzmacniacza ABE25SKX produkcji firmy ACTOX Corporation - w załączeniu, wraz z tłumaczeniem na język polski). Zgodnie z budżet linkiem, dostarczonym przez Eutelsat, do zamknięcia wymaganego linku 4096 kbps przez zaoferowaną antenę Agilis wymagane jest liniowo co najmniej 14,3 W, natomiast minimalna moc wzmacniacza powinna wynosić 28,52 W (dowód: budżet link satelity Eutelsat E21B - w załączeniu, wraz z tłumaczeniem na język polski). Moc oferowanego wzmacniacza (25W), czy też moc liniowa (13 W) nie zapewnia więc możliwości osiągnięcia przepływności użytkowej w torze nadawczym 4096 kbit/s w trybie SCPC (modulacja QPSK, FEC satelita Eutelsat E21B) w relacji pomiędzy dwoma terminalami VSAT będącymi przedmiotem postępowania.

Mając na uwadze powyższe według odwołującego złożona przez wykonawcę GISS Sp. z o.o. oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem jej przedmiot nie spełnia wymogu określonego w punkcie IV ppkt 1 lit. b) tiret 6 załącznika nr 1 do SIWZ, co implikuje obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Ponadto w ocenie odwołującego stwierdzić należy, iż wykonawca ten w treści złożonych w powyższym zakresie wyjaśnień (pismo wykonawcy z dnia 10 września 2018 r. - znak W/736/09/2018) zapewnił zamawiającego, iż „zapropozowany wzmacniacz o mocy 25 W zapewnia uzyskanie wymaganych przez zamawiającego parametrów użytkowych łącza określonych w SIWZ dla satelity E21B”, która to informacja najprawdopodobniej przesądziła o zaniechaniu odrzucenia oferty GISS Sp. z o. o., przez co miała niezwykle istotny wpływ na wynik postępowania. A jak wykazano powyżej, była to informacja nieprawdziwa i wprowadzająca zamawiającego w błąd. Gdyby nie wprowadzenie zamawiającego w błąd, oferta GISS Sp. z o. o. musiałaby być odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Powyższe, w ocenie odwołującego, stanowi wynik co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy GISS Sp. z o. o., który od momentu otrzymania wezwania do złożenia w tej kwestii wyjaśnień musiał być świadom istotności przedmiotowego zagadnienia, a mimo to w wyjaśnieniach ograniczył się do prostego zapewnienia o spełnieniu wymogu

(poświadczając jednocześnie nieprawdę). Niezależnie więc od obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o., zamawiający miał obowiązek również wykluczyć tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa zamawiającego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W toku postępowania odwoławczego, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p., dopuszczono do udziału w sprawie - po stronie zamawiającego – wykonawcę GISS Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Kościuszkowców 63, 04 – 545 Warszawa, zwanego dalej jako „przystępujący”. Przystępujący przedłożył stanowisko procesowe w postaci pisemnej, na posiedzeniu.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (*vide* wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby, jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z 17.02.2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15 i m.in. Sąd Okręgowy w Gdańsku z 25.05.2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią siwz,

złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący podtrzymał stanowisko złożone pisemnie, zamawiający przedstawił ustną odpowiedź na odwołanie, zaś przystępujący poparł twierdzenia zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony oraz dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. i art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący jest on zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego i złożył ofertę w postępowaniu, która nie została odrzucona przez zamawiającego oraz sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu punktowym - za ofertą przystępującego. Na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, polegających na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy GISS Sp. z o. o. z postępowania, a także wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza. W wyniku wskazanych bezprawnych działań, doprowadzono do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o., a odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i zysku związanego z jego realizacją, co stanowi szkodę.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby została wypełniona hipoteza art. 179 ust. 1 p.z.p., zatem odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadziły spór rozpoznawanego odwołania do:

- weryfikacji terminu doręczenia do zamawiającego wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty przystępującego, a następnie do badania czy przystępujący wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- weryfikacji czy zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że oferta przystępującego jest zgodna z treścią dokumentacji postępowania i dokonał prawidłowego wyboru oferty

najkorzystniejszej w postępowaniu, natomiast w dalszej kolejności do oceny czy zamawiający został wprowadzony przez przystępującego w błąd, co winno skutkować wykluczeniem przystępującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, iż w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione. Przeciwnie, całość zebranego materiału dowodowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, gdyż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem w ocenie składu orzekającego odwołanie należało oddalić.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o. wobec faktu, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (złożył wyjaśnienia po terminie), a także poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o., wobec faktu, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wobec faktu, iż wyjaśnienia złożone po terminie potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazane w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania.

Zachowując wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. i przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p. zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie unormowano wezwanie do złożenia wyjaśnień, określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi

wymaganiami, a także w art. 90 ust. 1a p.z.p., gdzie w pkt 1 ustawodawca określił przesłankę *ex lege* do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p., kwantyfikowaną procentową różnicą pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia z doliczonym podatkiem od towarów i usług lub średnią arytmetyczną złożonych w postępowaniu ofert, chyba, że zamawiający uzna, iż rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych i różnica co najmniej 30% pomiędzy ww. wartościami nie wymaga wyjaśnienia.

Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, a wyznaczenie terminu, w przypadku kierowania do danego wykonawcy wezwania, jest obowiązkiem zamawiającego, nałożonym na niego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p. Ustawodawca nie przewidział przy tym szczególnej regulacji dotyczącej wezwania, w zakresie możliwości wyznaczenia terminu na dokonanie czynności oraz rygoru jego bezskutecznego upływu – w tym zakresie polegając na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, tj. art. 110 k.c., który stanowi, że „Jeżeli (...) czynność prawna oznacza termin nie określając sposobu jego obliczania, stosuje się przepisy poniższe” oraz art. 116 § 1 k.c., który stanowi, że „Jeżeli skutki czynności prawnej mają powstać w oznaczonym terminie, stosuje się odpowiednio przepisy o warunku zawieszającym.”, co należy powiązać z art. 89 k.c. stanowiącym, iż „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunek).”, a także art. 90 k.c., który stanowi, że „Ziszczenie się warunku nie ma mocy wstecznej, chyba że inaczej zastrzeżono.”.

Powyższe oznacza, że zastrzeżenie terminu na złożenie wyjaśnień odnosi co do zasady ten skutek, że dokonanie czynności po terminie nie wywołuje skutków jakie ustawa wiąże z jej dokonaniem – tak więc czynność po terminie uznawana jest za niedokonaną. Skoro zatem zamawiający może – w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy prawa – skutecznie wyznaczyć termin na złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, to naturalną konsekwencją przekroczenia tego terminu jest uznanie tych wyjaśnień za niebyłe. Poza przypadkami określonymi przez czynność prawną (tu: SIWZ) oraz ustawę, nie jest możliwe uchylenie się od powyższego skutku, stąd też - na zasadzie wyjątku, ustawodawca często gwarantuje stronom rozmaitych postępowań dostęp do instrumentu jakim jest przywrócenie terminu. Instrumentu takiego ustawa p.z.p. jednakże nie zawiera.

Mając powyższe na względzie, w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego oraz art. 90 ust. 3 p.z.p., stwierdzenie przez zamawiającego faktu niezłożenia wyjaśnień może być w pierwszej kolejności konsekwencją stwierdzenia niezłożenia takich wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, zaś w drugiej kolejności konsekwencją złożenia co

prawda „wyjaśnień” w terminie, jednak takich, które wyjaśnieniami w sensie materialnym w rzeczywistości nie są – czy z uwagi na nieadekwatną treść, błędny zakres, ich ogólną niezgodność z przedmiotem, który ma być wyjaśniony (nieprzydatność) lub wręcz brak związku z celem, któremu ma służyć, tj. ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską. Zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku niezbędnym dla ustalenia właściwego złożenia wyjaśnień jest odniesienie się do terminu, w jakim wyjaśnienia te miały zostać złożone, jeśli zamawiający taki termin zastrzegł (*vide* wyrok KIO z 10.10.2014, KIO 2003/14).

Natomiast, konkludując powyższe, złożenie wyjaśnień z uchybieniem skutecznie zastrzeżonego terminu wyznaczonego przez zamawiającego jest tożsame w skutkach z ich brakiem i stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 p.z.p. oraz art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 110 w zw. z art. 116 § 1 w zw. z art. 89 i art. 90 k.c.

Ponadto, wezwanie do złożenia wyjaśnień, w oparciu o art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p. wiąże się z obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. - ”obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.” - którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż z uwagi na treść art. 90 ust. 1 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. - który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” - w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty (*vide* wyrok Izby z 31.05.2017 r. sygn. akt KIO 1001/17). Tym niemniej ocena ta zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską (por. wyrok Izby z 28.03.2017 r. sygn. akt KIO 466/17).

Zaznaczyć również należy, że ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny, bowiem nie budzi wątpliwości fakt, że przepisy p.z.p. ani wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i dlatego w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu potrzeba, należy tę kwestię badać *ad casum* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15). Zatem skoro samo pojęcie rażąco niskiej ceny każdorazowo wymaga w indywidualnej, ustalonej sytuacji konkretyzacji, zaś ustawa p.z.p. nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny, każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji, wartość zamówienia oraz uwarunkowania danego rynku, należy rozpatrywać indywidualnie (por. postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt

II Ca 2194/05). Skład orzekający w niniejszej sprawie powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Izba ustaliła, w oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia:

I. Zamawiający pismem nr 4864/18 z 9 sierpnia 2018 r. wezwał przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie sposobu kalkulacji ceny jego oferty.

Wezwanie obejmuje nakaz wyjaśnienia elementów składowych w nim zawartych (tabela) oraz dopuszczenie wskazania innych czynników, które uzasadniają zaoferowaną cenę za wykonanie zamówienia. Zamawiający podkreślił też, że żąda dowodów na poparcie sposobu kalkulacji ceny. Zgodnie z treścią wezwania „wyjaśnienie należy przesłać do dnia 16.08.2018 r. na Portal Zamówień Publicznych (wskazano link – dop. Izba) wybierając postępowanie pn. Dostawa terminali satelitarnych VSAT i formularz korespondencji. Wyjaśnienia można również przesłać pocztą elektroniczną (adres e - mail – dop. Izba)”

II. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący pismem z dnia 16 sierpnia 2018 r. przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia wraz z załącznikami, które w części szczegółowej zostały objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na pierwszej stronie części jawnej wyjaśnień widnieje prezentata zamawiającego z datą 17 sierpnia 2018 r.

Pierwszy z zarzutów, dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. odwołujący oparł na argumentacji, iż prezentata wpływu na dokumencie jawnej części wyjaśnień (*vide* pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) z datą 17.08.2018 r. wskazuje, że wyjaśnienia te zostały złożone z uchybieniem terminu wyznaczonego przez zamawiającego.

Izba zaznacza, że zamawiający dokonał wyboru środków komunikacji, których będzie używał w postępowaniu i w rozdziale 8 SIWZ wskazano sposób porozumiewania się z wykonawcami oraz sposób przekazywania oświadczeń lub dokumentów. To samo wynika również wprost z treści wezwania do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny - dopuszczono przesłanie wyjaśnień poprzez portal zamówień zamawiającego lub poprzez wskazany adres korespondencji elektronicznej.

Na dowód doręczenia wyjaśnień w dniu 16.08.2018 r. o godz. 14:03 przystępujący złożył wydruk potwierdzający wpływ wyjaśnień do zamawiającego, w formie elektronicznej. Wydruk jednoznacznie identyfikuje, że dotyczy doręczenia wyjaśnień, będących odpowiedzią na wezwanie nr 4864/18 z 9.08.2018 r. w postępowaniu, którego dotyczy spór. Data i godzina doręczenia wyjaśnień została dodatkowo potwierdzona dowodem złożonym przez

zamawiającego, w postaci wydruku z portalu zamówień publicznych. Z obu dowodów wynika również ten sam adres poczty elektronicznej osoby wysyłającej wyjaśnienia i ten sam załącznik.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, na podstawie przedłożonego przez przystępującego dowodu, którego odwołujący nie podważał, iż wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny zostały zamawiającemu doręczone dnia 16.08.2018 r. o godz. 14:03, czyli w terminie określonym przez zamawiającego.

U podstaw powyższego legła ocena Izby, iż zgodnie z art. 14 p.z.p., na kanwie art. 61 § 2 k.c. w brzmieniu: „oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.”, dla skuteczności oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej miarodajna jest chwila, w której wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej, jakim jest portal zamówień i kiedy wiadomość trafiła na serwer odbiorcy (16.08.18 r., godz. 14:03).

Warto przy tym zauważyć, że nawet jeżeli oświadczenie zostało złożone kilkakrotnie, w kilku formach, co oczywiste – dociera, zgodnie z art. 61 § 1 k.c., do odbiorcy z chwilą, gdy doszło do niego w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią – a więc chwilą kluczową dla ustalenia momentu odbioru jest chwila, w której oświadczenie to, w którejkolwiek z form, dotarło do odbiorcy po raz pierwszy. Dalsze doręczenia, na przykład w innej formie, tutaj wpływ wyjaśnień zgodnie z prezentatą (17.09.18 r.), pozostaje z punktu widzenia dyspozycji art. 61 k.c. irrelevantne dla ustalenia daty złożenia oświadczenia woli. W wyroku z dnia 10.12.2003 r., sygn. akt V CZ 127/2003 Sąd Najwyższy uznał, że oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane on-line zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych. Podobnie orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16.05.2003 r., sygn. akt. I CKN 384/01. Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie poglądy te podziela.

Skład orzekający ponadto pobocznie wskazuje, że zgodnie z utrwaloną od wielu lat linią orzecniczą, pieczęć „prezentaty” dokumentująca wpływ dokumentu, ustanawia jedynie domniemanie, że dokument został odebrany lub doręczony w tej dacie – domniemanie to, oparte w istocie na dokumentowanym pieczęcią datownika (wraz z ewentualną parafką) przez konkretnego pracownika oświadczeniu, że przesyłkę odebrał bądź wydał, jak każde domniemanie faktyczne, może zostać obalone (por. wyrok WSA w Szczecinie z 16.06.2016 r., sygn. akt II SA/Sz 1383/15 czy postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 30.05.2016 r. w sprawie sygn. akt III AUz 47/16). Pieczęć „prezentaty” nie ma zatem żadnej szczególnej mocy dowodowej, wykraczającej poza oświadczenie, które dokumentuje – może ona, ale nie zawsze będzie – jak na przykład w niniejszej sprawie –

podstawą ustalenia kiedy konkretny dokument wpłynął do osoby, która go zarejestrowała (tu: ponieważ wyjaśnienia wpłynęły drogą elektroniczną dzień wcześniej).

W konsekwencji powyższego Izba oddaliła zarzut sformułowany w pkt 1 *petitum* odwołania, gdyż nie wykazano, aby wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny zostały złożone z przekroczeniem terminu wyznaczonego przez zamawiającego.

Izba oddaliła również zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego wobec faktu, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że wyjaśnienia potwierdzają cenę przystępującego o charakterze rażąco niskim, postawiony w pkt 2 *petitum* odwołania.

Skład orzekający dokonał weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, co do prawidłowego wyliczenia ceny oferty, w korelacji z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta przystępującego winna zostać odrzucona.

Dokonana przez Izbę kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez przystępującego wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Izba stwierdziła, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że przystępujący rzetelnie skalkulował cenę, w oparciu o szczególne, indywidualne uwarunkowania, które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi.

Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny połączone z przedłożonymi dowodami, które przez przystępującego zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa jednoznacznie wskazują na kompleksową i prawidłową wycenę ceny ofertowej, zgodnie z zasadami kalkulacji kosztów przyjętym w profesjonalnym obrocie, także co do poszczególnych składników cenowych. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia wykazują, że przystępujący rzetelnie skalkulował nie tylko globalną cenę ofertową, ale również poszczególne składniki cenowe, co zostało poparte kilkunastoma dowodami (m.in. w postaci ofert od kontrahentów).

Warto przy tym zauważyć, że celem zakwestionowania prawidłowości dokonanej kalkulacji odwołujący ograniczył się do podważania okoliczności, które przystępujący wskazał, jako mające wpływ na kalkulację ceny. Przy czym argumentacja odwołującego sprowadzała się do polemiki z treścią wyjaśnień, a nie do wskazywania, dlaczego cena przystępującego jest ceną rażąco niską. W istocie zatem, odwołujący w miejsce wskazania jak w jego ocenie, mając na uwadze regulacje SIWZ oraz warunki tego konkretnego zamówienia, należało skalkulować cenę – chociażby na bardzo ogólnym, przybliżonym

poziomie – pozostał przy stwierdzeniu, że cena przystępującego jest w jego ocenie nieudowodniona, nierealna do uzyskania i jako taka rażąco niska. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przedłożył również jeden dowód – wydruk ze strony internetowej z wyceną kosztu frachtu, jednakże nie był on przydatny do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem takiego charakteru sam odwołujący wydrukowi nie nadał.

Z drugiej strony, przystępujący dostarczył kompleksowe wyjaśnienia, które bezpośrednio odnosiły się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu, a także do całości przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, które mają bezpośrednie odzwierciedlenie w złożonych dowodach, Izba uznała za wiarygodne i wyczerpujące, a w konsekwencji zarzuty odwołującego w tym zakresie nie znalazły potwierdzenia i nie mogły doprowadzić do przyjęcia zaistnienia po stronie zamawiającego, dokonującego oceny tych wyjaśnień, naruszenia prawa, ponieważ zamawiający miał uzasadnione podstawy do stwierdzenia, iż cena zaoferowana przez przystępującego nie ma charakteru rażąco niskiej - zgodnie z wyjaśnieniami, zawierającymi wszystkie wymagane elementy, popartymi dowodami co do poszczególnych pozycji składników ceny.

Niewątpliwie podnoszenie okoliczności faktycznych przez odwołującego jest istotnie utrudnione w odniesieniu do wyjaśnień, które zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co jednak nie powstrzymuje odwołującego od przedstawienia prawidłowego – przynajmniej w jego ocenie – przybliżonego modelu kalkulacji, jaki należało zastosować. Choć takie sformułowanie zarzutu mogłoby jednak w niniejszej sprawie doprowadzić co najwyżej do większej szczegółowości w zakresie wyjaśnienia różnicy w cenie, pomiędzy ofertą przystępującego, a średnią arytmetyczną - a zatem nie ma zasadniczego znaczenia w świetle dowodów przedstawionych przez przystępującego, w tej konkretnej sprawie - o tyle mogłoby doprowadzić do szerszego ujawnienia co konkretnie wzbudziło wątpliwości odwołującego i pozwoliłoby na ich szczegółowe omówienie.

O ile zatem nie znajduje uzasadnienia obarczenie odwołującego obowiązkiem konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku do utajnionych wyjaśnień, których treść nie jest mu znana, o tyle ogólnie należy wskazać, że zarzut nieprawidłowej oceny przez zamawiającego i zaniechania odrzucenia oferty, nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska i powinien być powiązany ze wskazaniem prawidłowego, przynajmniej w ocenie odwołującego, modelu kalkulacji, który doprowadził go do podniesienia zawartych w odwołaniu zarzutów.

Jak już wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach, wykonawcy, składającemu ofertę w postępowaniu, w którym sam musiał skalkulować cenę, nie powinno nastroczać trudności zidentyfikowanie potencjalnych obszarów, gdzie kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody na jej poparcie niewystarczające (por. wyrok Izby z 31.10.16 r. sygn. akt KIO 1901/16, 1903/16, 1904/16).

Odwołujący zaś w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, ma charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie danej pozycji kosztów tak, jak gdyby nie była ona wcześniej wyjaśniana. Zarzut postawiony w zakresie rażąco niskiej ceny winien, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 p.z.p., wskazywać konkretną czynność zamawiającego, mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa przy określeniu sposobu naruszenia normy, poprzez wyraźne wskazanie przedstawione w formie opisu, wyliczeń bądź zestawień, wskazujących, że czynność zamawiającego w zakresie oceny oferty wykonawcy jest, lub choćby może być, nieprawidłowa. Zatem, pomimo, że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień co do sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów (tak Izba w wyroku z 30.03.2017 r., sygn. akt KIO 476/17).

Nawet przy formułowaniu elementów, których przystępujący, w ocenie odwołującego, nie uwzględnił w cenie czy je zaniżył – co nie znalazło potwierdzenia w złożonych wyjaśnieniach i dowodach – odwołujący pozostawił je w sferze ogólnych rozważań, bez próby konkretyzacji możliwych kosztów czy wykazania, ile takie koszty mogłyby potencjalnie wynosić, chociażby w dalekim przybliżeniu.

Tym niemniej Izba zweryfikowała czy kalkulacja cenowa zawiera poszczególne składniki, których brak wyceny odwołujący zarzucił ofercie przystępującego. Zgodnie z treścią wyjaśnień - w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa - Izba stwierdziła co następuje:

1. wysokość zysku – został zawarty w poz. 25 kalkulacji,
2. koszt realizacji obsługi gwarancyjnej w okresie 52 miesięcy - poz. 22 kalkulacji,
3. koszt dostawy sprzętu do siedziby zamawiającego - poz. 20 kalkulacji,
4. koszt przeprowadzenia testów weryfikacyjnych - poz. 17 kalkulacji,
5. koszt opakowania i zabezpieczenia przesyłki i koszt zabezpieczenia dostawy - poz. 20 kalkulacji,
6. koszt udzielenia licencji przez poddostawców - poz. 5 kalkulacji,
7. koszt dostępności części zamiennych - poz. 22 kalkulacji,
8. koszt ustanowienia i utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy - poz. 23 kalkulacji,
9. koszt nabycia i dostawy 14 szt. urządzeń UPS - poz. 10,
10. koszt nabycia i dostawy 14 szt. inklinometrów z kompasem - poz. 9,
11. koszt nabycia i dostawy 14 szt. zestawów narzędzi - poz. 15,
12. koszt dostawy, wraz z ubezpieczeniem, wszystkich części składowych terminala - poz. 14,

13. ryzyko kursowe - uwzględnione w poz. 14 (ponadto, wskazano odrębnie w wyjaśnieniach przyjęte przy kalkulacji kursy walut).

Wszystkie pozycje zakwestionowane przez odwołującego znalazły się w kalkulacji odwołującego, zatem tak postawione zarzuty nie mogły odnieść pozytywnego skutku i doprowadzić do przyjęcia zaistnienia po stronie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień naruszenia prawa, ponieważ nawet sam odwołujący nie był w stanie sprecyzować na czym takie naruszenie mogłoby polegać, a przy tym należy mieć na uwadze, że przesłanki odrzucenia oferty należy interpretować w sposób ścisły i zastosowanie odrzucenia oferty na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską.

W konsekwencji powyższych wywodów Izba stanęła na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone prawidłowo, wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdziły konkurencyjny i realny charakter ceny, zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w pkt 3 i 5 *petitum* odwołania, co do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o., wobec faktu, iż złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, tj. oferowany sprzęt nie spełnia wymogu określonego w pkt IV ppkt 2 lit. d załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) – nie jest możliwe dokompletowanie oferowanego terminala satelitarnego w modem Skywan IDU 5000 oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISS Sp. z o. o., wobec faktu, iż złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, tj. oferowany sprzęt nie spełnia wymogu określonego w pkt IV ppkt 1 lit. b tiret 6 załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) – moc wzmacniacza nie została dobrana w taki sposób, aby zapewnić możliwość osiągnięcia przepływności użytkowej w torze nadawczym 4096 kbit/s w trybie SCPC (modulacja QPSK, FEC 3/4, satelita Eutelsat E21B) w relacji pomiędzy dwoma terminalami VSAT będącymi przedmiotem postępowania.

Wypełniając wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. i przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, Izba wskazuje, że art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Krajowej Izby

Odwoławczej. Podsumowując zawarte tam interpretacje normy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Rieczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę - należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami zamawiającego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10.11.2011 r. sygn. akt XIX Ga 477/11, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 22.05.2017 r. sygn. akt III Ca 452/17).

Mając powyższe na uwadze można przyjąć, iż niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie przez zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu, lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (por. wyrok Izby z 23.09.15 r., sygn. akt KIO 1974/17).

Punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu. Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podzielając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 28.05.2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on zobowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania

i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić.

Natomiast treść dokumentacji postępowania winna być interpretowana w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania, tak aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących uznaniowością przy ocenie ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba stwierdziła co następuje. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę terminali satelitarnych VSAT, zgodnie z opisem określonym w załączniku nr 1 do SIWZ (dalej zwanym jako „OPZ”). W punkcie IV OPZ zamawiający określił opis technicznych elementów składowych terminala.

Odwołujący zarzucił, że oferta przystępującego nie spełnia wymogu zamawiającego określonego w pkt IV ppkt 2 lit. d OPZ, w brzmieniu: d) Zaślepienie miejsce na modem Skywan IDU 5000. Z uwagi na planowane przez zamawiającego dokończenie terminala satelitarnego będącego przedmiotem postępowania, w modem Skywan IDU 5000, wykonawca w proponowanym rozwiązaniu technicznym uwzględni dodatkowo: miejsce przewidziane na modem TDMA Skywan IDU 5000 niebędący przedmiotem postępowania (wielkość 3U), zaślepiając je panelem odpowiedniego rozmiaru; możliwość podłączenia modemu IDU 5000 do toru pośredniej częstotliwości L-band poprzez zastosowanie odpowiedniej dystrybucji sygnałów RX i TX wewnątrz IDU (modem posiada złącza RFw standardzie SMA); możliwość zasilania powyższego modemu z systemu zasilania IDU bez potrzeby ingerencji w okablowanie zasilania.

Odwołujący podnosił, iż urządzenie przystępującego – z wzmacniaczem LNB typu NJR2841SN produkcji New Japan Radio Co. Ltd. (wskazanym w l.p. 3 z wypełnionego załącznika nr 3a do SIWZ, złożonego wraz z ofertą przystępującego, pn. wzmacniacz i konwerter odbiorczy LNB, którego zamawiający wymagał na podstawie pkt 11.1.2 SIWZ) nie współpracuje z modemem Skywan IDU 5000, zatem nie jest możliwe „dokończenie” oferowanego terminala w modem wskazany przez zamawiającego, gdyż modem nie będzie działał poprawnie w takiej konfiguracji, w tym wzmacniacz LNB winien być wyposażony w zewnętrzny sygnał referencyjny 10 MHz. Swoje twierdzenia odwołujący oparł na dowodzie - oświadczeniu ND SatCom GmbH w powiązaniu z kartą katalogową wzmacniacza NjR2841SN.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że w treści dokumentacji postępowania zamawiający nie określił, że wymaga wzmacniacza LNB wyposażonego w wewnętrzny czy

w zewnętrzny sygnał referencyjny, pozostawiając swobodę w tym zakresie wykonawcom, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Następnie w ocenie Izby fakt, że wzmacniacz LNB New Japan Radio Co. Ltd, model NJR2841SN, posiada wewnętrzny sygnał referencyjny wynika z karty katalogowej urządzenia i nie był sporny pomiędzy stronami i przystępującym.

Izba stwierdziła, że w treści przedłożonego dowodu w postaci oświadczenia, podmiot ND SatCom GmbH - w oparciu o podręczniki do modemu IDU 5000 - wskazuje, że użycie innego sygnału niż zewnętrzny sygnał referencyjny 10 MHz powoduje niestabilności i stratę łącza, zatem nie zaleca używania modemu z wzmacniaczem LNB NJR2841SN.

Po pierwsze oświadczenie to ma charakter zaleceń podmiotu ND SatCom GmbH co do sygnału referencyjnego i trudno zgodzić się z odwołującym, który wyciągnął z oświadczenia stanowcze i jednoznaczne wnioski, skoro z treści oświadczenia wynika, że są to rekomendacje działu sprzedaży ND SatCom. Dalej Izba stwierdziła, że w trakcie postępowania odwoławczego przystępujący podniósł, iż podręcznik do modemu IDU 5000, na którym oparto oświadczenie może nie być aktualny. Mając na uwadze, że zgodnie z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego podręczniki zawierają wiedzę aktualną na moment ich wypuszczenia - którym w przypadku urządzeń technologicznych jest moment wprowadzenia ich do użytkowania - należało stwierdzić, że bardzo prawdopodobne jest, że podręcznik, na którym wedle twierdzeń odwołującego oparto zalecenia ND SatCom GmbH, nie zawiera najbardziej aktualnej wiedzy i odwołujący nie wykazał, aby było inaczej. W związku z tym, uwzględniając kwestię, że dowód źródłowy w postaci podręcznika nie został przez odwołującego przedstawiony Izbie w toku postępowania odwoławczego, należy stwierdzić, że rację ma przystępujący poddając w wątpliwość nie tylko prawdziwość tych informacji, ale ich aktualność i możliwość ich zaaplikowania w obecnym stanie wiedzy technicznej. Odwołujący, powołując się na wskazania dokumentu, którego nie przedstawił, nie sprostął ciężarowi wykazania, że podnoszone przez niego twierdzenia mają oparcie w faktach.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła również opinię, w postaci dokumentu prywatnego, opracowanego na zlecenie przystępującego – opinię eksperta w zakresie terminali satelitarnych VSAT dr. inż. G.D. oraz oświadczenie trenera systemów Skywan mgr inż. M.C. wraz z certyfikatami. Izba uznała za wiarygodne wnioski wynikające z opinii eksperta G.D., dlatego że osoba ją sporządzająca wskazała w treści opinii zarówno na fakty, jak i swoje oceny, przedstawiając przy tym sposób dotarcia do tych ocen, co umożliwiło zweryfikowanie jej wniosków, przy czym proces dotarcia do wniosków opinii został przez Izbę oceniony jako logiczny, spójny i zbieżny z ocenami wyrażonymi przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym z dokumentacją postępowania. Co do oświadczenia pana M.C. Izba uznała, że jest ono wiarygodne

wyłącznie w zakresie, w którym jest zbieżne z innymi dowodami zgromadzonymi w postępowaniu, gdyż zostało złożone przez pełnomocnika przystępującego, a więc osobę, która jest zainteresowana rozstrzygnięciem.

Całokształt materiału dowodowego - w szczególności stanowisko zamawiającego, który obecnie używa modemu Skywan IDU 5000, przy wykorzystaniu wewnętrznego sygnału referencyjnego wzmacniacza, a także dokumenty złożone przez przystępującego - w sposób spójny i wiarygodny wskazują, że w aktualnym stanie wiedzy technologicznej nie ma podstaw aby przyjąć, że terminal wyposażony w wzmacniacz LNB typu NJR2841SN, produkcji New Japan Radio Co. Ltd. o wewnętrznym sygnale referencyjnym, nie spełnia wymogów zamawiającego, określonych w pkt IV ppkt 2 lit. d OPZ. Izba stwierdziła, że wymóg określonego sygnału referencyjnego – podawanego z LNB do modemu (sygnał ze źródła zewnętrznego) nie został również zawarty w treści SIWZ, gdzie zamawiający nie zróżnicował tych technologii. W związku z tym jedynym dowodem, który potencjalnie zaprzeczałby tym okolicznościom były oświadczenia złożone przez odwołującego, jednakże, co szczegółowo uzasadniono powyżej, w ocenie Izby oświadczenie to nie mogło podważyć całej pozostałej zgromadzonej części materiału procesowego, która spójnie i w przekonujący sposób wskazywała na fakt, że brak zróżnicowania sygnałów przez zamawiającego wynikał z zastosowania aktualnej wiedzy technologicznej przy konstruowaniu wymogów SIWZ, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Zatem zarzut ten należało oddalić jako nieuzasadniony.

Odwołujący zarzucił również, że oferta przystępującego nie spełnia wymogu zamawiającego określonego w pkt IV ppkt 1 lit. b tiret 6 OPZ, dotyczącego wzmacniacza mocy w. cz. i konwertera nadawczego BUC, w brzmieniu: moc wzmacniacza powinna być dobrana w taki sposób, aby zapewnić możliwość osiągnięcia przepływności użytkowej w torze nadawczym 4096 kbit/s w trybie SCPC (modulacja QPSK, FEC 3/4, satelita Eutelsat E21B) w relacji pomiędzy dwoma terminalami VSAT będącymi przedmiotem postępowania.

Skład orzekający wskazuje, że w treści dokumentacji postępowania zamawiający nie określił szczegółowo parametru mocy wzmacniacza, pozostawiając swobodę w tym zakresie wykonawcom, w korelacji z wymogiem, aby moc ta była dobrana w sposób zapewniający możliwość osiągnięcia przepływności w torze, trybie i relacji wskazanym przez zamawiającego.

Odwołujący podnosił, iż urządzenie przystępującego – z wzmacniaczem ABE25SKX produkcji firmy ACTOX Corporation (wskazanym w l.p. 2.2 z wypełnionego załącznika nr 3a do SIWZ, złożonego wraz z ofertą przystępującego, pn. wzmacniacz wysokiej częstotliwości (w.cz)), nie spełnia wymogu zamawiającego, ponieważ zaoferowane przez przystępującego urządzenie posiada moc wzmacniacza 25 W i moc wyjściową liniową

13 W, co nie zapewni możliwości osiągnięcia przepływności użytkowej, wskazanej w pkt pkt IV ppkt 1 lit. b tiret 6 OPZ.

Według odwołującego, na podstawie dowodu w postaci budget linku Eutelsat, dla osiągnięcia właściwej przedmiotowej przepływności użytkowej wymagane jest co najmniej 14,3 W dla mocy liniowej i 28,52 W dla mocy wzmacniacza.

Po pierwsze należy zaznaczyć, że przedłożony przez odwołującego budget link został przetłumaczony wyłącznie w 2 pozycjach parametrów (wyliczona moc użytkowa HPA i wyliczona moc szczytowa HPA), co na kanwie § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) powoduje wadliwość formalną tego dokumentu i brak możliwości oparcia na nim istotnych dla sprawy ustaleń. Zgodnie ze wskazaną normą ustawodawca określił, iż wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona lub uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia tłumaczenie na język polski. Zatem skoro tłumaczenie dowodu zawiera 95 pozycji, z czego przetłumaczono jedynie 2, to w ocenie składu orzekającego powoduje to, że nie można uznać go za faktycznie przetłumaczony, a dodatkowo budzi to poważne wątpliwość co do wiarygodności tego dowodu.

Po drugie dowód ten, zgodnie z jego treścią zawiera wyliczenie mocy użytkowej HPA czyste niebo (moc liniowa 14,3 W) oraz wyliczenie mocy szczytowej HPA (moc wzmacniacza 28,52 W), zatem wskazane jednostki mocy są wynikiem działań matematycznych – zostały przez Eutelsat wyliczone, co nie było również okolicznością sporną pomiędzy stronami.

Przed przystąpieniem do oceny dowodu należy wskazać, że obliczenia matematyczne, tak jak prawa natury czy stan rzeczywistości, należą do sfery faktów notoryjnych – zasadniczo niezaprzeczalnych. Aby skutecznie powołać się na wynik obliczenia konieczne jest wskazanie zmiennych, źródła ich pochodzenia, przyjętego działania, a dopiero później uzyskanego wyniku. Arytmetyka jest obiektywnie weryfikowalna i każdy człowiek przeprowadzając dane działanie z danymi zmiennymi w sposób prawidłowy uzyska ten sam wynik. Kwestią ewentualnego dowodu mogą być zatem przyjęte zmienne, nie zaś fakt, że te zmienne podstawione do działania dadzą konkretny wynik. Stronę, która powołuje się na wynik działań matematycznych obciążą ciężar wywiedzenia, że ustaliła prawidłowe zmienne. W ocenie składu orzekającego temu ciężarowi odwołujący w sprawie nie sprostał, natomiast przystępujący skutecznie zakwestionował przyjęte przez dowód odwołującego założenia przy dokonanych wyliczeniach, co ma wpływ na wynik wadliwie wyliczonych parametrów mocy, na których oparto zarzut odwołania.

Przystępujący podniósł, że dowód zawiera nieproporcjonalne i nieuzasadnione zawyżenie parametru „Post PA losses (dB) (feed loss + HPA backoff)”, który zgodnie z budget link Eutelsat wynosi 3,5 db, kiedy przy zamontowaniu wzmacniacza ABE25SKX,

wartości te nie przekroczyć - 0,1 db. W konsekwencji powoduje to przyjęcie ponad dwukrotnie większego wymagania na moc, zatem wadliwe założenie kalkulacyjne powoduje oparcie wniosków na nierzeczywistym dla spornego parametru w budżet link wyniku. Izba podzieliła twierdzenia przystępującego w tym zakresie, które oparto na dowodzie w postaci oświadczenia producenta anteny, objętej przedmiotem zamówienia Sat-Lite Technologies. Ponadto Izba podzieliła twierdzenia przystępującego o braku wykazania przez przystępującego typu nadajnika, który został przyjęty do obliczeń, co również prowadzi do ich wadliwości obliczeń i uzyskanego wyniku.

Powyższe okoliczności wynikają z opinii eksperta G.D., której słuszne wnioski Izba podzieliła również i w tym zakresie. Jedynie dodatkowo należy zaznaczyć, że wadliwe przyjęcie parametrów i wynik wartości wymaganej mocy w budżet link odwołującego wynika również z budżet link sporządzonego przez przedsiębiorstwo Airbus z oferty PZL „Warszawa – Okęcie” S.A., gdzie wartość mocy wyliczono na poziomie 4, 4846 W, zatem jest to znacząca różnica do wyniku odwołującego.

Następnie, na podstawie wiarygodnego i niezakwestionowanego oświadczenia producenta wzmacniacza - przedsiębiorcy ACTOX Corporation, które zostało przedłożone przez przystępującego, Izba ustaliła, że urządzenie o modelu ABE25SKX, w konfiguracji zaoferowanej przez GISS Sp. z o. o. spełnia również wymóg 14,3 W liniowej mocy wyjściowej. Zatem rzeczywistą cechą produktu, jaką jest faktyczna moc wyjściowa została wykazana dokumentem pochodzącym bezpośrednio od producenta. W tym przystępujący oświadczył, że właśnie to urządzenie zostanie przedstawione zamawiającemu do testów. Dowodu tego odwołujący nie zakwestionował, a Izba nie znalazła podstaw, aby nie dać mu wiary. W istocie informacja od producenta, złożona bezpośrednio kontrahentowi i mogąca stanowić ewentualną podstawę do przyszłych roszczeń, jest dowodem znacznie bardziej wiarygodnymi, niż karty katalogowe pochodzące z internetu.

Jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia i wykazania tezy, na którą został powołany, Izba uznała dowód w postaci opinii dr. inż. B.B. przedłożony przez odwołującego. Zgodnie z treścią opinii, podstawą stanowiska autora jest wprost przyjęcie parametrów mocy z budżet link Eutelsat i omówienie negatywnych konsekwencji ich nieuzyskania. Zatem dowód ten ma charakter wtórny do dowodu z budżet link operatru Eutelsat, któremu Izba odmówiła wiarygodności i przydatności dla ustalenia spornych okoliczności sprawy. Nadto odwołujący nie wykazał, aby opinię prywatną sporządziła osoba posiadającą specjalistyczną wiedzę w tym zakresie.

W ocenie Izby należy również zaznaczyć, że skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z *zasadą ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat*, wyrażoną w art. 6 k.c. w zw. z art.

14 p.z.p. oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., z którego wynika wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, a także usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Natomiast, mając na uwadze powyższy wywód, skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови dowodowemu i okoliczności faktyczne, z których wywodził niezgodność ofert konkurencji z treścią SIWZ, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., pozostały nieudowodnione, co szczegółowo omówiono we wcześniejszej części uzasadnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzuty sformułowane w pkt 4 i 6 *petitum* odwołania, jako naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GISS Sp. z o. o., wobec faktu, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił w treści wyjaśnień z dnia 10.09.2018 r. nieprawdziwą informację (zapewnienie): 1) o możliwości dokończenia oferowanego terminala satelitarnego w modem Skywan IDU 5000 oraz 2) wobec faktu, iż na stronie internetowej www.giss.pl zamieszczono wprowadzającą w błąd kartę katalogową oferowanego wzmacniacza LNB oraz 3) o doborze mocy wzmacniacza w taki sposób, aby zapewnić możliwość osiągnięcia przepływności użytkowych w torze nadawczym 4096 kbit/s w trybie SCPC (modulacja QPSK, FEC 3/4, satelita Eutelsat E21B) w relacji pomiędzy dwoma terminalami VSAT będącymi przedmiotem postępowania, co przesądziło o przyjęciu przez zamawiającego zgodności zaoferowanego sprzętu z treścią SIWZ, a w konsekwencji o decyzji w przedmiocie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W ocenie Izby oba zarzuty nie posiadają uzasadnionych podstaw i wobec braku wykazania ich zasadności przez odwołującego, zarzuty zostały przez Izbę oddalone.

Zgodnie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający wskazuje, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Pierwszą przesłanką stwierdzenia, że zastosowanie znajdzie sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, które polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

Przenosząc powyższe na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należy zaznaczyć, że odwołujący powiązał zarzuty wprowadzenia zamawiającego w błąd z pozostałymi zarzutami odwołania, dotyczącymi rzekomej niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ. Jednakże wobec braku wykazania, że oferta wykonawcy GISS Sp. z o.o. winna być, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., odrzucona z postępowania, gdyż zarzuty odwołującego nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym – uniwersalną, i przez to *a priori* eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania wykonawcy poprzez art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. obroną jest stwierdzenie, że podane przez przystępującego informacje są prawdziwe, a zatem, że stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać.

W ocenie składu orzekającego zamawiający w sposób prawidłowy uznał, że oferta wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego, jest zgodna z treścią SIWZ, nie doszło również do wprowadzenia zamawiającego w błąd – szczegółowa ocena materii dotyczącej odpowiednich parametrów zaoferowanego terminala, w zakresie spełnienia wymogów pkt IV ppkt 1 lit. b i ppkt 2 lit. d OPZ, znajduje się we wcześniejszej części uzasadnienia. Wobec powyższego nie doszło również do braku profesjonalnej weryfikacji oferowanych urządzeń i złożenia wadliwych oświadczeń, że zaoferowane terminale spełniają wymagania zamawiającego, jak sugerował to odwołujący. Wprost przeciwnie, oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ i nie została udowodniona przez odwołującego okoliczność przeciwna.

Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego, który po przyjęciu, że wzmacniacz LNB winien być rzekomo wyposażony w zewnętrzny sygnał referencyjny – co nie zostało potwierdzone w toku postępowania odwoławczego – podnosił, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd, poprzez odesłanie w treści oferty do karty katalogowej zamieszczonej na stronie internetowej przystępującego – karty katalogowej wzmacniacza LNB NJR2841E, co miało rzekomo wywołać błędne przeświadczenie zamawiającego, że urządzenie zaoferowane przez przystępującego spełnia wymagania SIWZ.

Izba oddaliła zarzut dotyczący niezgodności terminala przystępującego z treścią SIWZ i stwierdziła, że wzmacniacz LNB typu NJR2841SN, produkcji New Japan Radio Co. Ltd. o wewnętrznym sygnale referencyjnym, spełnia wymogi zamawiającego zawarte w dokumentacji postępowania, zatem nie została spełniona pierwsza przesłanka art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. – odwołujący nie wykazał, aby zamawiający został wprowadzony w błąd.

Tym niemniej należy zaznaczyć, że odwołujący nie wykazał, aby dowód przez niego złożony, w postaci karty katalogowej dla wzmacniacza typu NJR2841E, w ogóle mógł spowodować wprowadzenie zamawiającego w błąd, gdyż zgodnie z instrukcją zawartą w treści samej karty katalogowej, wynika z niej, że zaoferowany przez przystępującego w ofercie wzmacniacz typu NJR2841SN posiada sygnał wewnętrzny.

Izba podzieliła trafną argumentację przystępującego, iż na obu kartach katalogowych, niezależnie od typu, widnieje taka sama informacja „oznaczenia modelu”, która wyjaśnia jak producent dokonuje numerowania serii wzmacniacza i różnica pomiędzy urządzeniami oznaczonymi jako NJR2841E oraz NJR2841S jest jednoznaczna do odczytania: literką „E” oznacza się urządzenia charakteryzujące się zewnętrznym sygnałem referencyjnym – zewnętrzne odniesienie, zaś literkę „S” dodaje się do urządzeń z wewnętrznym sygnałem referencyjnym – wewnętrzne odniesienie, przy czym literka „N” to typ złącza – złącze żeńskie. Oznacza to, że niezależnie od tego, jaka nazwa modelu (NJR2841 i niezależnie czy E czy S) jest wskazany w tytule karty katalogowej, zamawiający mógł jednoznacznie odczytać charakterystykę wzmacniacza, który został zaoferowany przez przystępującego w ofercie - w l.p. 3 wypełnionego załącznika nr 3a do SIWZ - wzmacniacz LNB typu NJR2841SN. Zatem odwołujący nie wykazał, aby na podstawie przedłożonej karty katalogowej zamawiający mógł zostać wprowadzony w błąd. Dodać również należy, że nie wykazano aby na tej podstawie zamawiający dokonywał jakichkolwiek ustaleń, co do treści oferty przystępującego, w szczególności mających wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko odwołującego w tym zakresie pozostało w sferze hipotetycznych założeń strony.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzuty z pkt 4 i 6 *petitum* odwołania, w zakresie wprowadzenia zamawiającego w błąd, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., gdyż zarzuty te nie posiadają uzasadnionych podstaw.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego kosztami wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....