sygn. akt: KIO 766/19

WYROK

z dnia 20 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Członkowie:

Beata KonikEmil Kuriata

Piotr Kozłowski

Adam Skowroński

Protokolant:

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., UTI POLAND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., UTI POLAND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., UTI POLAND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) 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: .....

sygn. akt: KIO 766/19

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia (dalej „zamawiający"), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego, mające na celu zawarcie umowy ramowej na „Świadczenie usług celno-spedycyjnych na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia i wskazanych jednostek wojskowych".

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 maja 2017 r., pod numerem 2017/S 091-181081.

Dnia 15 kwietnia 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 25 kwietnia 2019 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., UTI POl_AND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o. (dalej „Odwołując^' lub „konsorcjum DSV") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego z powodu uznania, że rzekomo:

oferta odwołującego zawiera rażąco niskie stawki, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a złożone przez odwołującego wyjaśnienia z 10 lipca 2018 r. powyższe potwierdzają,

złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz w związku z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK") - tj. czyn manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji,

co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 794 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez bezzasadne uznanie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niskie stawki w odniesieniu do wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania pozycji i że powyższa okoliczność stanowi wystarczającą podstawę do odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na to, że zawiera ona rzekomo rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy złożona przez odwołującego oferta została skalkulowana prawidłowo, zapewnia odwołującemu zysk, a kwestionowanie przez zamawiającego swobody odwołującego w kształtowaniu poszczególnych (wyodrębnionych z całości) stawek dla czynności realizowanych dla zamawiającego nie znajduje żadnego uzasadnienia ani w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa, ani w postanowieniach s.i.w.z.,

2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne uznanie, że wyjaśnienia odwołującego wraz ze złożonymi zamawiającemu dowodami nie potwierdziły, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy złożone przez odwołującego wyjaśnienia były wyczerpujące, poparte dowodami i jednoznacznie potwierdziły fakt zaoferowania w pełni rynkowych (obejmujących zysk) stawek za poszczególne czynności realizowane dla zamawiającego, co w konsekwencji powinno prowadzić do przyjęcia, że oferta odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 UZNK w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 794 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez bezzasadne uznanie, że złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony przez zamawiającego mianem czynu manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, rzekomo w oderwaniu od realiów rynkowych i wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji w odniesieniu do okoliczności wskazanych w treści uzasadnienia odwołania, podczas gdy złożona przez tego wykonawcę oferta została należycie skalkulowana z poszanowaniem wytycznych zamawiającego zawartych w s.i.w.z. (w szczególności zgodnie ze treścią cennika stanowiącego Załącznik nr 2 do s.i.w.z. oraz z poszanowaniem ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert), realiów rynkowych oraz doświadczenia odwołującego przy realizacji dotychczasowych umów dla

zamawiającego, a tym samym nie mogło w tym przypadku dojść do jakiegokolwiek czynu sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, który mógłby naruszać czyjkolwiek interes, a już z całą pewnością zamawiający tej okoliczności w żaden sposób nie wykazał,

4) art. 38 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust 1 w zw. z art. 15 UZNK poprzez faktyczną zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („s.i.w.z.") po upływie terminu składania ofert poprzez doprecyzowanie zakresu poszczególnych pozycji cennika obowiązującego w postępowaniu dopiero na etapie oceny ofert wyłącznie po to, aby uzasadnić decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, podczas gdy odwołujący działając z należytą starannością wycenił poszczególne pozycje swojego cennika (szczegółowo opisane w treści uzasadnienia odwołania) z poszanowaniem wyraźnych wytycznych zamawiającego zawartych w s.i.w.z.,

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia:

5) art. 93 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że nie złożono w nim żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, podczas gdy to oferta odwołującego, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z., powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a jej odrzucenie było niezasadne.

Na wypadek gdyby (co zdaniem odwołującego nie powinno mieć miejsca w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym) Izba uznała, że wyjaśnienia odwołującego z 10 lipca 2018 r. mogły skutkować zaistnieniem u zamawiającego dalszych wątpliwości w zakresie prawidłowości dokonanej przez odwołującego kalkulacji poszczególnych stawek jak i całej oferty, to odwołujący zarzucił czynności zamawiającego naruszenie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ponownego wezwania odwołującego do przedstawienia dalszych, bardziej szczegółowych wyjaśnień odnoszących się do zaoferowanych stawek.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") odwołania i jego uwzględnienie w całości,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, jak również dowodów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania, a także tych, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,

3. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności

odrzucenia oferty odwołującego,

4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w petitum odwołania. Gdyby zamawiający dokonał czynności oceny oferty odwołującego (oraz złożonych przez niego wyjaśnień z 10 lipca 2018 r.) w sposób prawidłowy, wówczas (na podstawie ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert) oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione faktem, że jedynie oferta odwołującego była przedmiotem badania w toku postępowania, a zatem jedynie oferta odwołującego mogłaby (w razie uwzględnienia odwołania) zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż pierwsza z omawianych pozycji (§4 ust. 2 pkt 2) została zawarta w części II cennika (usługi wykonawcy), zawierającej koszty czynności celno-spedycyjnych na terytorium Polski. Pozycja ta (a w zasadzie podpozycja) zawiera się w innej pozycji opisanej jako Koszty opracowania dokumentów wysyłkowych (w wywozie) i odnosi się (jak sama nazwa wskazuje) wyłącznie do kosztów związanych z opracowaniem danego dokumentu. W przypadku pozycji z §4 ust. 2 pkt 2 cennika chodzi konkretnie o dokument deklaracji towaru niebezpiecznego (DGR). Dokument ten jest dokumentem dodatkowym

(tj. niewymaganym dla wszystkich wysyłanych towarów) wystawianym dla towarów, które z uwagi na ich wielkość oraz zawartość są uznawane za niebezpieczne i (dodatkowo) wymagają takiej deklaracji. Omawiany dokument wystawiany jest bardzo rzadko w praktyce realizacji usług tego typu. Dość wspomnieć, że w Aktualnej Umowie w okresie od 1 czerwca 2016 r. do 31 lipca 2018 r. na 357 przesyłek lotniczych eksportowych zaledwie 11 zawierało towary niebezpieczne, a tylko dla 7 (z tych 11) wymagane było wystawienie deklaracji dla towarów niebezpiecznych (DGR), co stanowi 1,96% wszystkich zleceń eksportowych (nie dla każdej bowiem przesyłki stanowiącej towar niebezpieczny wymagana jest deklaracja DGR).

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego zawartego w decyzji o odrzuceniu odwołujący wskazał, że literalna treść omawianej pozycji cennika nie pozostawiała żadnych wątpliwości odnośnie do sposobu jej wyceny. Chodziło o wskazanie wartości przygotowania jedynie samego dokumentu deklaracji dla towarów niebezpiecznych (DGR), a nie o wszelkie czynności z tym związane (jak twierdzi obecnie zamawiający). Wskazuje na to zresztą uwaga z litery (b) zamieszczona pod §4 Załącznika nr 2 do SIWZ (wzór cennika do wypełnienia przez wykonawców), zgodnie z którą przez odbiór/nadanie przesyłki rozumie się wszelkie czynności i operacje wykonywane przez spedytora - za wyjątkiem czynności opisanych w ust 1 i 2. Jako że czynność wystawienia deklaracji dla towarów niebezpiecznych (DGR) została objęta ust. 2, należy przyjąć, że została ona intencjonalnie „wydzielona" z całego zbioru wszystkich możliwych czynności nawet pośrednio związanych z tym dokumentem. O tym, że w ramach pozycji §4 ust. 2 pkt 2 odwołujący był rzekomo zobowiązany wycenić jeszcze inne czynności, niewskazane w SIWZ (np. oględziny opakowania przesyłki i jego zewnętrznego oznakowania, wszelkie inne czynności wynikające z przywołanych dopiero w decyzji o odrzuceniu przepisów IATA), odwołujący dowiedział się dopiero z chwilą odrzucenia jego oferty. Tym samym, brak precyzji na etapie przygotowania SIWZ, zamawiający de facto uzupełnił obecnie niekorzystną dla odwołującego interpretacją zapisów specyfikacji. Takie uzupełnienie dokonane już po terminie wskazanym w art 38 ust. 4 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że przepisy IATA, na które powołuje się zamawiający, (w szczególności sekcja 8 tych przepisów) przewidują szereg wyłączeń, na podstawie których nie jest wymagane przedstawienie deklaracji DGR, nawet jeżeli mamy do czynienia z towarem niebezpiecznym, a zatem powyższe generuje zupełnie pomijalne koszty (np. towary niebezpiecznie w ilościach wyłączonych, ogniwa lub baterie litowo-jonowe lub litowo-metalowe spełniające wymogi art. II Instrukcji pakowania 965-970). Do tej kwestii zamawiający jednak już w żaden sposób się nie odniósł. Samo wystawienie deklaracji DGR (czyli przygotowanie samego dokumentu) jest jedynie końcowym elementem usługi polegającej na przygotowaniu towaru niebezpiecznego do przesyłki. Ten końcowy element nie wymaga takich nakładów pracy, jakie są wymagane na wcześniejszym etapie (tj. całościowego przygotowania przesyłki). W praktyce na samo przygotowanie deklaracji DGR potrzeba kilkunastu minut, co w odniesieniu do całego procesu przygotowania przesyłki wydaje się zupełnie marginalne. Nie można jednak nie zauważyć, że cały proces przygotowania przesyłki niebezpiecznej (z uwzględnieniem ewentualnej czynności wystawienia omawianej deklaracji) wymaga bardzo starannego podejścia. Z uwagi na powyższe odwołujący standardowo (także w Aktualnej Umowie) powierza ją całościowo podmiotowi zewnętrznemu specjalizujące mu się w tego typu zleceniach - Safe Cargo. Dalszym potwierdzeniem stanowiska odwołującego pozostaje pozyskane od SafeCargo oświadczenie, z którego treści wprost wynika, że samo przygotowanie deklaracji dla przesyłki niebezpiecznej (DGR) jest jedynie końcowym elementem całej usługi. Gdyby jednak (niejako na siłę, jak oczekuje tego zamawiający) wyodrębnić tę pozycję, jako oddzielny element od całej pozostałej części, to wówczas byłaby ona zupełnie nieproporcjonalna kosztowo względem pozostałej części wykonanej usługi.

Jednocześnie stanowisko zamawiającego zarzucające odwołującemu zaniechanie pozyskania oświadczenia SafeCargo o bezpłatnym wystawieniu deklaracji DGR lub o uzyskaniu od tego podwykonawcy precyzyjnych kosztów wystawienia wycenianego dokumentu jest zupełnie bez podstawy prawnej. Dość wspomnieć, że uprawnienia do żądania takich dokumentów nie przewidują znajdujące zastosowanie przepisy ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował (poza bezpodstawnym zarzutem zaniechania przedstawienia dodatkowych informacji) koncepcji współpracy odwołującego z podwykonawcą. Nawet jednak jeżeli intencją zamawiającego było pozyskanie tych dodatkowych informacji (dowodów) od odwołującego, to należało ponowić wezwanie dotyczące przedłożonych wyjaśnień co do ceny i zażądać bardziej sprecyzowanych informacji w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący na marginesie wspomniał, że koszt opracowania deklaracji dla towarów niebezpiecznych (DGR) z oferty odwołującego pozostaje dokładnie taki sam jak w Aktualnej Umowie z Zamawiającym (tj. 0 PLN).

W świetle powyższego pozycja §4 ust. 2 pkt 2 cennika odwołującego, zawierająca stawkę w wysokości 0 PLN za samo opracowanie deklaracji dla towarów niebezpiecznych (DGR),

jest ekonomicznie uzasadniona i nie można w tym przypadku mówić o jej zaniżeniu lub o jakimkolwiek „przerzucaniu kosztów" do innych pozycji cennika.

Następnie odwołujący odniósł się do drugiej z pozycji zakwestionowanych przez zamawiającego w cenniku odwołującego z uwagi na rażącą niską stawkę dotyczącą §4 ust.

3.

Odwołujący odnosząc się do stanowiska zamawiającego ponownie zwrócił uwagę na brak jego precyzji w ustalaniu treści cennika. Powyższe skutkowało odmiennymi możliwościami interpretacji jego treści (swoboda wykonawców w kształtowaniu swoich stawek). Uwagi znajdujące się pod §4 cennika przewidywały zasadę, zgodnie z którą w pierwszej kolejności należy podać stawki za czynności objęte §4 ust. 1 oraz §4 ust. 2, a dopiero w dalszej kolejności (w razie nieuwzględnienia danego kosztu w przywołanych pozycjach) uwzględnić go w §4 ust. 3. Tak też zrozumiał budowę cennika w §4 odwołujący i przyjął, że w §4 ust. 3 cennika należy uwzględnić koszty, których z różnych powodów nie uwzględnił w pozycjach §4 ust. 1 oraz §4 ust. 2. W przypadku zatem wyceny usługi przedstawienia papierowych certyfikatów do zawieszania cła od importowanego sprzętu wojskowego odwołujący wycenił ją akurat nie w ramach pozycji §4 ust. 3 cennika, ale w pozycji §4 ust. 1 pkt 1 cennika. Pozycja ta wiązała się bowiem z kosztami opracowania dokumentów celnych (w wywozie lub przywozie), w tym z opracowaniem elektronicznego zgłoszenia celnego, ale też ewentualnego dokumentu równoważnego. W celu wyjaśnienia tego, dlaczego odwołujący uwzględnił koszt przedstawienia certyfikatów służących do zawieszania cła od importowanego sprzętu wojskowego właśnie w pozycji §4 ust. 1 pkt 1 cennika (a nie jak żąda tego obecnie zamawiający w pozycji §4 ust. 3), odwołujący zwrócił uwagę, że problematykę tę reguluje szczegółowo rozporządzenie Rady (WE) nr 150/2003 z dnia 21 stycznia 2003 r. zawieszające należności celne przywozowe na niektóre rodzaje broni i sprzętu wojskowego .

Wskazany akt prawny przewiduje szczególną procedurę dotyczącą pobierania należności celnych przez właściwe organa Państw Członkowskich, które nabywają najbardziej zaawansowane technologicznie rodzaje broni i sprzętu wojskowego dla swoich sił zbrojnych. W tego typu przypadkach (zob. motyw 5 wskazanego rozporządzenia) certyfikat zawieszający cło od takiego importowanego sprzętu stanowi zgłoszenie celne, co zresztą wprost potwierdza art 3 ust. 1 rozporządzenia, zgodnie z którym certyfikat określony w załączniku III (chodzi o certyfikat dla sprzętu wojskowego służący do zawieszania cła) składa się organom celnym Państwa Członkowskiego przywozu wraz z towarami, których dotyczy. Może on zastępować zgłoszenie celne wymagane zgodnie z art. 59-76 rozporządzenia (EWG) nr 2913/92.

Niezależnie od wszystkiego co wskazano powyżej, odwołujący wskazał na jeszcze jedną istotną okoliczność potwierdzającą ostatecznie pomijalność kosztów, których brak wyceny zamawiający zarzuca odwołującemu (przedstawienie papierowych certyfikatów służących do zawieszania cła). Jedyny bowiem koszt z tym związany występujący po stronie wykonawcy dotyczyłby konieczności ich fizycznego dostarczenia do Urzędu Celnego. Tymczasem to zamawiający jest zobowiązany na mocy umowy ramowej do przekazania omawianych dokumentów do wykonawcy, co bezpośrednio potwierdza podrozdział 8.1 ust. 6 umowy ramowej, zgodnie z którym: Zleceniodawca zobowiązuje się do przekazywania Wykonawcy wszelkich informacji i posiadanych dokumentów, niezbędnych do dokonywania odpraw celnych i przewozu przesyłek. Dokumenty będą przekazywane w oryginalnej wersji językowej, a jeśli okaże się to konieczne, także w tłumaczeniu na język polski lub angielski. W szczególności Zleceniodawca zobowiązuje się do dostarczania Wykonawcy następujących dokumentów: 1) każdorazowo, wraz ze zleceniem spedycyjnym: a) faktur dostawców/nadawców, zgodnych z wymogami Urzędu Celnego, wraz z tłumaczeniem na język polski, w tym w zakresie nazewnictwa technicznego; b) innych dokumentów wymaganych przez prawo, a niezbędnych do dokonania odprawy celnej.

Z powyżej przywołanego zapisu umowy ramowej jednoznacznie wynika następująca sekwencja zdarzeń: (i) zamawiający dostarcza do wykonawcy wspominane powyżej certyfikaty (ponieważ stanowią one inne dokumenty wymagane przez prawo, a niezbędne do dokonania odprawy celnej), a następnie (ii) wykonawca przedkłada je w Urzędzie Celnym. W konsekwencji ewentualny koszt przedstawienia tych dokumentów (którego brak uwzględnienia w pozycji §4 ust. 3 cennika zarzuca zamawiający) wiąże się wyłącznie z kosztem pracownika, który odbierze je w biurze odwołującego i zaniesie je do Urzędu Celnego. Całość tej operacji zabiera w praktyce maksymalnie do kilku (dosłownie) minut z uwagi na odległość biura lidera konsorcjum odwołującego od Urzędu Celnego. W praktyce wygląda to bowiem w ten sposób, że pracownik musi przebyć odległość z biura oddziału lidera konsorcjum odwołującego (DSV Air & Sea Sp. z o.o.) do Urzędu Celnego znajdującego się w tym samym budynku przy ul. Wirażowej 35 w Warszawie. Informacja o tym, że biuro lidera konsorcjum Odwołującego mieści się w tej samej lokalizacji co Urząd Celny jest wiedzą powszechną, bo wynika także z informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców, w posiadaniu której był zamawiający. Jeżeli wycena

stawki wskazanej w §4 ust, 3 cennika budziła wątpliwości wyłącznie w zakresie kosztów przedstawienia w Urzędzie Celnym papierowych certyfikatów wystawianych w celu zawieszenia należności celnych od broni i sprzętu wojskowego, to zamawiający powinien o tę kwestię wprost zapytać w treści ponownego wezwania skierowanego do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe jest tym bardziej uzasadnione, że pierwotne wezwanie skierowane do odwołującego w dniu 4 lipca 2018 r. miało charakter lakoniczny i de facto sprowadzało się do zapytania dlaczego odwołujący zaoferował stawkę 0 PLN w pozycji §4 ust. 3 cennika. Odwołujący wyjaśnił tę kwestię rzeczywiście powołując się na możliwość przesyłania dokumentów drogą elektroniczną, a także fakt, że w dotychczas realizowanych umowach stawka ta nigdy nie budziła wątpliwości zamawiającego. Zarzut braku wyjaśnienia kosztów związanych z przedstawieniem certyfikatów w formie papierowej pojawił się dopiero w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a tym samym dopiero teraz odwołujący ma możliwość ustosunkowania się do stanowiska zamawiającego. Gdyby jednak zamawiający zapytał wprost o tę kwestię w kolejnym wezwaniu skierowanym do odwołującego to stanowisko wykonawcy nie uległoby zmianie, ponieważ koszty te są jak najbardziej pomijalne, o czym zamawiający powinien doskonale wiedzieć.

W odniesieniu do zarzutu zamawiającego jakoby odwołujący nie uwzględnił w ramach wyceny pozycji §4 ust. 3 cennika także stałego kosztu dostępu do celnego systemu informatycznego (za pomocą którego zgłaszane są elektronicznie przesyłki do oddziału celnego) należy wskazać, że SIWZ (tak samo zresztą jak w przypadku omawianych powyżej certyfikatów) w ogóle nie zawierał wytycznych w tym zakresie. Tym samym, wymóg uwzględnienia tych kosztów akurat w pozycji §4 ust. 3 cennika pojawił się dopiero na etapie decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, co jawi się jako zmiana treści SIWZ po terminie na dokonywanie takich czynności (zob. art. 38 ust. 4 ustawy Pzp).

Niezależnie od powyższego odwołujący oświadczył, że oczywiście uwzględnił stały koszt dostępu do celnego systemu informatycznego, jednakże nie w pozycji §4 ust. 3 (jak w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego wskazał zamawiający), a ponownie w pozycji §4 ust. 1 pkt 1. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że to właśnie ta pozycja zawierała w sobie koszty opracowania dokumentów celnych. Tym samym istniały wyraźne podstawy do uwzględnienia stałych kosztów związanych z wystawieniem elektronicznego zgłoszenia celnego (jako elementu składającego się na koszty opracowania dokumentów celnych) w pozycji §4 ust. i pkt 1 cennika. Z szacunków odwołującego wynika, że wszelkie koszty stałe ponoszone przez lidera konsorcjum odwołującego na wszelkie oprogramowanie wykorzystywane do obsługi przesyłek, w tym też zapewniające dostęp do elektronicznego systemu informatycznego (a zatem jeden z jego elementów), za pomocą którego zgłasza się elektronicznie przesyłki do oddziału celnego wynosi miesięcznie ok. 1.400 PLN. Biorąc jednak pod uwagę, że wykonawca wykorzystuje to oprogramowanie nie tylko do obsługi zleceń dla zamawiającego, przybliżony miesięczny koszt takiego oprogramowania w przeliczeniu na liczbę realizowanych zleceń (z wyłączeniem zleceń realizowanych dla zamawiającego) wynosi, co najwyżej, kilkadziesiąt groszy. Stanowisko zamawiającego jest dla odwołującego tym bardziej niezrozumiałe biorąc pod uwagę fakt, że w obecnie obowiązującej umowie wiążącej konsorcjanta odwołującego (UTI) pozycja §4 ust. 3 cennika jest także wyceniona na kwotę 0 PLN.

Pierwsza z pozycji cennika odwołującego, zakwestionowanych w oparciu o czyn nieuczciwej konkurencji, dotyczy §4 ust. 4 i zgodnie z literalnym opisem tej pozycji zawartym w Załączniku nr 2 do SIWZ (formularz cennika) dotyczyła czynności wykonawcy związanych z rewizją celną lub wstępną przesyłki, dokonywaną w magazynie czasowego składowania wykonawcy. Pozycja ta zawierała w sobie 5 podpozycji w zależności od wagi towaru (tj. do 100 kg włącznie, od 100 kg do 300 kg włącznie, powyżej 300 kg do 600 kg włącznie, powyżej 600 kg do 1500 kg włącznie oraz powyżej 1500 kg).

Zdaniem odwołującego, twierdzenie jakoby odwołujący z naruszeniem jakichkolwiek dobrych obyczajów przerzucał koszty pomiędzy poszczególnymi pozycjami cennika nie znajduje jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia w ofercie odwołującego ani dokumentacji postępowania. Zgodnie bowiem z literalną treścią pozycji §4 ust. 4 cennika chodziło w niej przecież o wycenę usługi w magazynie czasowego składowania należącym do wykonawcy. Skoro bowiem odwołujący zdecydował się skorzystać w powyższym zakresie z usług swojego podwykonawcy, to nic nie stało na przeszkodzie, aby w przypadku pozycji oznaczonej jako czynności wykonawcy związane z rewizją celną lub wstępną przesyłki, dokonywaną w magazynie czasowego składowania wykonawcy przyjąć, że w praktyce pozycja ta nie będzie generowała jakichkolwiek kosztów. Wszelkie ewentualne rewizje celne lub wstępne przesyłki (jeżeli w ogóle zaistnieją) będą bowiem dokonywane w magazynie czasowego składowania agenta handlingowego, tj. LS AIRPORT SERVICES, a nie w magazynie czasowego składowania odwołującego.

Powyższe potwierdza zresztą treść uwagi zawartej w Załączniku nr 2 do SIWZ (wzór

cennika), gdzie zamawiający na str. 5 pod punktem (i) wprost wskazał, że koszt rewizji w magazynie czasowego składowania obsługiwanym przez operatora portu lotniczego (w tym przypadku zamawiającemu chodziło właśnie o LS AIRPORT SERVICES, co wynika także z innych miejsc formularza) będzie innym kosztem niż ten objęty pozycją §4 ust. 4 cennika. Innymi słowy, zamawiający zażądał dokonania przez wykonawcą wyceny w ramach pozycji z §4 ust. 4 cennika innych kosztów niż te generowane na magazynie czasowego składowania LS AIRPORT SERVICES. Jeżeli zatem to właśnie magazyn czasowego składowania należący do LS AIRPORT SERVICES będzie tym, w którym będą dokonywane rewizje celne lub wstępne przesyłki wtoku wykonywania umowy (i żaden inny magazyn nie będzie w tym celu przez odwołującego wykorzystywany), to pozostaje otwartym pytanie dlaczego miałby on wskazywać dodatkowe koszty z tym związane w pozycji §4 ust. 4 cennika?

Odwołujący wskazał, że w związku z faktem, iż zamawiający nie zawarł obowiązku wykorzystania własnego magazynu czasowego składowania, to jak najbardziej dopuszczalnym było przyjęcie przez odwołującego założenia o możliwości skorzystania z magazynu podwykonawcy (tj. LS AIRPORT SERVICES). W konsekwencji uprawnionym było przyjęcie, że ewentualne czynności wykonywane w powyższym zakresie (w szczególności związane z rewizją celną lub wstępną przesyłki) we własnym magazynie czasowego składowania nie będą (co do zasady) miały miejsca, a zatem nie będą one generowały jakichkolwiek kosztów. Stanowisko odwołującego znajduje dodatkowe potwierdzenie w treści załącznika nr 6 do wyjaśnień odwołującego z 10 lipca 2018 r. Dokument ten stanowi bowiem cennik LS AIRPORT SERViCES. Jako taki nie przewiduje on oddzielnych stawek za samą rewizję celną lub wstępną przesyłki, a jednocześnie agent handlingowy (w tym przypadku LS AIRPORT SERVICES) i tak jest zobowiązany do dokonania wstępnych oględzin przesyłki. Skoro zatem LS AIRPORT SERVICES nie będzie tymi opłatami obciążać odwołującego, to także odwołujący nie ma żadnych podstaw, aby generować jakiekolwiek koszty w tym zakresie po stronie zamawiającego.

Jednocześnie, w ocenie odwołującego, nie sposób zgodzić się z zamawiającym jakoby doszło w tym zakresie do jakiegokolwiek przerzucenia kosztów przez odwołującego do pozycji §5 ust 5. Wprawdzie odwołujący w punkcie 2.14 udzielanych wyjaśnień wskazał na potencjalną możliwość zastosowania tej pozycji (tj. §5 ust. 5 swojego cennika) do wykonania rewizji celnej lub wstępnej przesyłki (tj. §4 ust. 4 swojego cennika) w wyjątkowej sytuacji wykorzystania innego magazynu czasowego składowania niż ten należący do LS AIRPORT SERVICES, ale w tych samych wyjaśnieniach wprost wskazał (punkt 2.23), że pozycja ta (§5 ust. 5 cennika odwołującego, gdzie w ocenie zamawiającego miały być przerzucone koszty związane z rewizją celną lub wstępną przesyłki dokonywaną w magazynie czasowego składowania Wykonawcy) w żadnym przypadku nie znajdzie zastosowania. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że dotyczy ona (zgodnie z jej literalną treścią) usługi po odprawie celnej przesyłek, a zatem przesyłki, która powinna opuścić magazyn czasowego składowania czy wykonawcy czy podwykonawcy. Niezależnie od powyższego, także ta pozycja (§5 ust. 5 cennika) nie dotyczy czynności wykonywanych w magazynie czasowego składowania należącym do LS AIRPORT SERVICES. Tym samym w żadnym wypadku odwołujący nie będzie miał wyraźnej podstawy do obciążenia zamawiającego jakimikolwiek kosztami czynności dokonywanych w magazynie czasowego składowania należącym do LS AIRPORT SERVICES (także w zakresie rewizji celnej lub wstępnej przesyłki).

Pozycja §5 ust 2 - stawka za przewóz/handling przesyłek między magazynem czasowego składowania LS AIRPORT SERVICES a magazynem czasowego składowania należącym do wykonawcy. Zgodnie z literalnym opisem tej pozycji zawartym w Załączniku nr 2 do SIWZ (formularz cennika) dotyczyła ona stawki za przewóz/handling przesyłek dokonywany pomiędzy magazynem czasowego składowania należącym do Portu Lotniczego w Warszawie (chodzi o magazyn należący do LS AIRPORT SERVICES) a magazynem czasowego składowania należącym do wykonawcy, znajdującym się w Warszawie lub w obrębie do 30 km od granic administracyjnych Warszawy, za 1 kg brutto przesyłki.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego dotyczącego pozycji §5 ust 2 cennika odwołujący wskazał, że żaden zapis umowy ramowej nie daje ani zamawiającemu, ani podmiotom w imieniu których on działa (zleceniodawcy), prawa do żądania przemieszczenia przesyłki z magazynu czasowego składowania należącego do LS AIRPORT SERVICES do jakiegokolwiek innego magazynu. Ewentualne żądanie przez danego zleceniodawcę, aby wykonawca przemieścił przesyłkę do innego konkretnie wskazanego magazynu czasowego składowania byłoby zbyt daleko posuniętą ingerencją w istotę zlecenia spedycyjnego, które zapewnia podmiotowi je wykonującemu szeroką swobodę przy realizacji swoich usług. Jednocześnie zastosowanie przez odwołującego magazynu czasowego składowania należącego do LS AIRPORT SERVICES ma przypadku stawki z §5 ust. 2 cennika potrójną korzyść. Po pierwsze, ogranicza zbędne koszty przemieszczania przesyłki z magazynu czasowego składowania LS AIRPORT SERVICES do innego magazynu czasowego składowania, którym dysponuje wykonawca, co uzasadnia w konsekwencji stawkę zerową z cennika odwołującego. Po drugie, ogranicza ewentualne ryzyko nieuzyskania zgody

wymaganej art. 148 ust. 5 UKC na przemieszczenie towarów z jednego magazynu czasowego składowania do innego. Po trzecie, ogranicza wspomniane powyżej koszty związane z utrzymywaniem własnego magazynu czasowego składowania przez wykonawcę.

Odwołujący, odnosząc powyższe do sposobu wypełnienia cennika przez odwołującego w zakresie pozycji §5 ust. 2 cennika zauważył, że z uwagi na fakt, iż w ofercie odwołującego magazyn czasowego składowania należący do Portu Lotniczego w Warszawie (pozycja §5 ust. 2 cennika ab initio) pozostaje tym samym magazynem co magazyn czasowego składowania należący do wykonawcy (pozycja §5 ust. 2 cennika in fine), to w praktyce nigdy nie zajdzie konieczność dokonania przewozu (przemieszczenia towarów) pomiędzy tymi magazynami. W związku z powyższym w pełni logicznym i racjonalnym pozostaje wycena dokonana przez odwołującego za wskazaną pozycję na poziomie 0 PLN.

Powyższe pośrednio potwierdza sam zapis załącznika nr 2 do SIWZ, który w uwagach zawartych na str. 5 (słowniczek pojęć) wprost wskazuje, że pod pojęciem „operacji przemieszczania przesyłki" rozumie się załadunek, wyładunek i inne przemieszczenia przesyłki dokonywane bezpośrednio przez pracowników Wykonawcy na terenie jego biura lub jego własnego magazynu. obok czynności biurowych. Natomiast nie należy tego rozumieć ani jako (i) „terminal handling", dokonywany przez podmiot obsługujący port lotniczy lub morski (jak np. obsługa dokonywana przez operatora LS Airport Services Sp. z o.o. (tj. LS AIRPORT SERVICES) w terminalu Cargo portu lotniczego na Okęciu w Warszawie.

W świetle powyższego, zdaniem odwołującego, aby w ogóle wycenić w ramach cennika jakiekolwiek koszty związane z operacją przemieszczenia przesyłki, należałoby dokonać tej czynności (i) przy użyciu własnych pracowników (w koncepcji odwołującego będą to pracownicy podwykonawcy), (ii) na terenie własnego magazynu czasowego składowania (taki nie będzie wykorzystamy przez odwołującego). Co więcej, SIWZ wprost wyłącza spod omawianej definicji czynności dokonywane przez LS AIRPORT SERVICES. Ponadto, samo przemieszczanie przesyłek z jednego magazynu (LS AIRPORT SERVICES) do drugiego (magazynu wykonawcy) pozostaje w pewnym stopniu sprzeczne z twierdzeniami zamawiającego prezentowanymi przez niego na wcześniejszym etapie postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie jednego z wykonawców od treści ogłoszenia o zamówieniu (sprawa zarejestrowana pod sygn. KIO 1023/17) zamawiający twierdził (str. 4 tego pisma), że mniejsza odległość między magazynem LS na lotnisku a magazynem czasowego składowania Wykonawcy oznacza krótszą drogę i czas przewozu między ww. magazynami. W konsekwencji wpływa to na większe bezpieczeństwo przewozu sprzętu o charakterze wciskowym, będącego często materiałem wrażliwym. Nie bez znaczenia dla Zamawiającego są również koszty przewozu z lotniskowego magazynu LS w Warszawie (...) do magazynu Wykonawcy (...) - koszt jest związany z odległością pomiędzy magazynami. Jednym z kryteriów, które ma duże znaczenie dla Zamawiającego jest również czas przewozu. Dodatkowo, w przypadku dalszej odległości do magazynu rośnie możliwość obciążania przez Wykonawców wysokimi kosztami dowozu (poza ofertowymi) towarów z lotniska Okęcie do magazynu czasowego składowania Wykonawcy. Ponadto w przypadku dalszej odległości do magazynu czasowego składowania wzrasta możliwość obciążania Zamawiającego przez Wykonawcę kosztami dostawy oryginałów dokumentów niezbędnych do odprawy celnej z siedziby Zamawiającego do siedziby Wykonawcy; w celu przekazania ich do Urzędu Celnego właściwego terytorialnie dla magazynu czasowego składowania.

W świetle powyższego, uzasadnienie dla zastosowania stawki zerowej w pozycji §5 ust. 2 cennika odwołującego w powiązaniu z wykorzystaniem na potrzeby realizacji umowy dla zamawiającego magazynu czasowego składowania LS AIRPORT SERVICES było jak najbardziej uzasadnione i jako takie nie było przedmiotem jakiejkolwiek manipulacji czy inżynierii cenowej.

Pozycja §5 ust 4 - stawki za tzw. składowe w magazynie czasowego składowania należącym do Wykonawcy

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego dotyczącego pozycji §5 ust. 4 cennika odwołujący w całości przywołał swoje stanowisko wskazane powyżej w odniesieniu do pozycji §5 ust. 2 cennika. Skoro bowiem omawiana pozycja dotyczyła czynności składowania w magazynie czasowego składowania należącego do wykonawcy, a odwołujący zamierzał wykorzystać w tym zakresie magazyn LS AIRPORT SERVICES, to prawidłowo wskazał w niej stawki zerowe. Skoro przesyłka ze wskazanego powyżej magazynu czasowego składowania (tj. magazynu należącego do LS AIRPORT SERVICES) nie opuści go tylko po to, aby być przewiezioną do innego magazynu czasowego składowania, to także nie znajdzie w praktyce w pełni zastosowania pozycja §5 ust. 4, która przewiduje opłatę składową w magazynie czasowego składowania należącym do wykonawcy po okresie przez niego wskazanym, licząc od następnego dnia po przywiezieniu przesyłki z magazynu portu lotniczego (czyli magazynu czasowego składowania należącego do LS AIRPORT

SERVICES). Zważywszy bowiem, że w koncepcji odwołującego przesyłka ta nie będzie opuszczała tego magazynu, to obciążanie zamawiającego opłatami związanymi ze składowaniem towarów w magazynie, który nie będzie w praktyce wykorzystywany (chodzi o inny magazyn odwołującego), byłoby zupełnie nieracjonalne. Tym samym odwołujący wprost wskazał poprzez §5 ust. 4 cennika, że żadnych opłat składowych na magazynie innym niż magazyn niżący do LS AIRPORT SERVICES nie zamierza ponosić.

Odwołujący podniósł, iż w przypadku opłaty za składowe dochodzi jeszcze jeden istotny argument uzasadniający wskazanie stawki zerowej i potwierdzający brak jakiegokolwiek przerzucania kosztów przez odwołującego. Chodzi w tym przypadku o koncepcję zorganizowania procesu obsługi przesyłek przez odwołującego. Według koncepcji odwołującego przesyłki, których składowanie wymagałoby wykorzystania magazynu czasowego składowania, trafiałyby w pierwszej kolejności do magazynu posiadanego przez LS AIRPORT SERVICES, czyli spółki pełniącej także funkcję agenta handlingowego w Porcie Lotniczym Okęcie. Przez pierwsze 3 dni przesyłka taka byłaby wolna od opłat (zgodnie z punktem 1.2 ust. cennika LS AIRPORT SERVICES). W tym zakresie ani odwołujący, ani tym bardziej zamawiający nie ponosiliby jakichkolwiek kosztów. Przez kolejne 7 dni (a nawet dłużej, jeżeli zaszłaby taka potrzeba) przesyłka taka nie byłaby przewożona do innego magazynu czasowego składowania (w szczególności do magazynu czasowego składowania odwołującego), a wciąż pozostawałaby w magazynie należącym do LS AIRPORT SERVICES. W ten sposób odwołujący, ponosząc wprawdzie koszty składowania przesyłki na terenie tego magazynu, uniknąłby jednocześnie niepotrzebnych kosztów utrzymywania własnego magazynu czasowego składowania, a także zbędnych kosztów przewozu pomiędzy jednym a drugim magazynem. Koszty te bowiem oznaczałyby w praktyce konieczność ich przerzucenia (a w zasadzie uwzględnienia w poszczególnych stawkach cennika) na zamawiającego (mowa jest o kwocie rzędu tylko 50.000 PLN miesięcznie za sam wynajem hali na potrzeby magazynu czasowego składowania, nie mówiąc o pozostałych kosztach). Co więcej, w świetle postanowień umowy ramowej (w szczególności podrozdziału 8.5-terminy wykonywanych czynności) wiążące odwołującego terminy wykonania odpraw celnych (czyli czynności do wykonania których przesyłka znajduje się na terenie magazynu czasowego składowania) są na tyle krótkie, że w praktyce ewentualne koszty odwołującego, które będą tylko jego obciążały (i nie będą jako takie w żaden sposób refakturowane na zamawiającego), nie będą duże i w żaden sposób nie zaburzą ustalonej koncepcji realizacji usługi przewidującej dla odwołującego określony zysk. §5 ust. 4 cennika odwołującego znalazłaby potencjalnie zastosowanie dopiero, jeżeli przesyłka przebywałaby na magazynie czasowego składowania powyżej 10 dni, a dotychczasowe doświadczenia konsorcjanta odwołującego (UTI) pokazują, że w okresie od 1 czerwca 2016 r. do 31 lipca 2018 r., zaledwie 15 przesyłek (na 2622 przesyłek w imporcie) znajdowało się na magazynie czasowego składowania powyżej 3 dni. Tym samym sprawna obsługa przesyłek przez odwołującego (zakładająca także wykorzystanie magazynu należącego do LS AIRPORT SERVICES) czyni koszty związane z opłatami z tytułu składowego zupełnie pomijalnymi.

W świetle powyższego, uzasadnienie dla zastosowania stawek zerowych w pozycjach §5 ust. 4 cennika odwołującego w powiązaniu opisaną powyżej koncepcją realizacji umowy dla zamawiającego było jak najbardziej uzasadnione i jako takie nie było przedmiotem jakiejkolwiek manipulacji czy inżynierii cenowej.

Pozycja §5 ust 5 - stawka za załadunek/rozładunek przesyłek o wadze wskazanej przez wykonawcę, po odprawie celnej, w celu ekspedycji przesyłki.

Odwołujący podniósł, iż w istocie, całe stanowisko zamawiającego dotyczące rzekomej inżynierii cenowej oferty odwołującego opiera się właśnie na omawianej pozycji i ma na celu wykazanie zaoferowania przez odwołującego rażąco wysokiej stawki za usługę z pozycji §5 ust. 5 cennika.

Po pierwsze, jak wskazywano powyżej, w praktyce omawiana stawka pozostanie martwa i nie znajdzie zastosowania do rozliczeń pomiędzy zamawiającym a odwołującym. Stawka ta nie dotyczy bowiem czynności wykonywanych na terenie magazynu czasowego składowania LS AIRPORT SERVICES S.A., a to przecież ten magazyn będzie wykorzystywany przez odwołującego do realizacji zamówienia dla zamawiającego. Uzasadnieniem powyższego pozostaje całościowa interpretacja cennika stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ.

Odwołujący ponownie wskazał, że czynności załadunku i rozładunku (o których wprost mówi §5 ust. 5 cennika) zostały zdefiniowane przez zamawiającego w słowniczku pojęć na str. 5 Załącznika nr 2 do SIWZ (wzór cennika), gdzie wprost wskazano, że pod pojęciem „operacji przemieszczania przesyłki" rozumie się załadunek, wyładunek i inne przemieszczenia przesyłki, dokonywane bezpośrednio przez pracowników wykonawcy na terenie jego biura lub jego własnego magazynu, obok czynności biurowych. Natomiast nie należy tego rozumieć ani jako (i) „terminal handling", dokonywany przez podmiot obsługujący port lotniczy lub morski (jak np. obsługa dokonywana przez operatora LS Airport Services

Sp. z o.o. (tj. LS AIRPORT SERVICES) w terminalu Cargo portu lotniczego na Okęciu w Warszawie. Kierując się zatem treścią tej uwagi, odwołujący przyjął, że wskazana przez niego stawka będzie dotyczyła sytuacji, w której przesyłka będzie przemieszczana z magazynu czasowego składowania odwołującego, co w praktyce nigdy nie wystąpi. Przesyłki obsługiwane przez odwołującego będą bowiem dostarczane wyłącznie do magazynu czasowego składowania LS AIRPORT SERVICES.

Zaoferowana przez odwołującego stawka w wysokości 246 PLN brutto miała zatem stanowić poniekąd czynnik zniechęcający dla zamawiającego do tego, aby nie dążył niejako na siłę (bo przecież brak jest stosownych mechanizmów umownych uprawniających go do tego), aby przesyłki były obsługiwane nie na magazynie czasowego składowania LS AIRPORT SERVICES, tylko w magazynie czasowego składowania odwołującego, co generowałoby tylko niepotrzebne koszty.

Niezależnie od powyższego, na co odwołujący zwracał już uwagę w swoich wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 r., stawka z §5 ust. 5 cennika i tak dotyczy przesyłki już po odprawie celnej (kiedy przesyłka opuszcza już magazyn czasowego składowania), a cały §5 cennika zawiera opłaty dotyczące usług na magazynie czasowego składowania (a nie po jego opuszczeniu przez przesyłkę). Rozbieżność ta, w ocenie odwołującego, także potwierdza „martwy" charakter stawki z §5 ust. 5 cennika odwołującego. Nawet jednak jeżeli by przyjąć (z czym odwołujący się w żadnym stopniu nie zgadza), że (i) omawiana stawka dotyczy także czynności na terenie magazynu czasowego składowania LS AIRPORT SERVICES S.A. (co byłoby sprzeczne z wyraźnym zapisem SIWZ), (ii) może stanowić podstawę do obciążania zamawiającego, to nawet w takiej sytuacji zamawiający mógłby, co najwyżej, twierdzić, że jest ona zbyt wygórowana. Twierdzenie takie nie dawałoby jednak podstawy do odrzucenia oferty odwołującego, ponieważ przepisy ustawy Pzp nie przewidują sytuacji, w której oferta mogłaby być odrzucona ze względu na zbyt wysoką stawkę.

Odwołujący podniósł, iż w opisanej powyżej sytuacji obronę dla zamawiającego przed zawarciem potencjalnie niekorzystnej ekonomicznie umowy stanowi kwota, jaką ten zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i powiązana z nią możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie trudno zgodzić się z zamawiającym, że stawka z §5 ust. 5 cennika miała jakikolwiek istotny charakter dla zamawiającego, skoro spośród 100 możliwych do uzyskania punktów, zamawiający postanowił przyznać oceniając oferty wykonawców jedynie 1 punkt.

W świetle powyżej przedstawionej argumentacji nie sposób nie zauważyć, że czynności zamawiającego w dwóch przypadkach mają charakter zmiany SIWZ dokonanej dopiero na etapie oceny oferty odwołującego. Pierwszy z tych przypadków dotyczy doprecyzowania niektórych pozycji cennika, tj. §4 ust. 2 pkt 2 oraz §4 ust. 3 cennika. W tym sensie dopiero na etapie oceny ofert zamawiający wskazał, jakie konkretne elementy wykonawca powinien w danej pozycji uwzględnić. Drugi z tych przypadków wiąże się z wyciąganiem wobec odwołującego konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty z powodu tego, że zdecydował się on wykorzystać na potrzeby wyceny swojej oferty LS AIRPORT SERVICES, tj. podwykonawcę. Dopiero bowiem na etapie oceny oferty odwołującego okazało się, że koncepcja realizacji zamówienia oczekiwana przez zamawiającego nie obejmuje sytuacji, w której podwykonawcą podmiotu wybranego w toku postępowania byłby agent handlingowy - LS AIRPORT SERVICES. Zdaniem odwołującego. można by wręcz twierdzić, że tylko z powodu uwzględnienia przez odwołującego (na potrzeby wyceny swojej oferty) tego podmiotu w swojej strukturze kosztowej (i pominięcia w niej własnego magazynu czasowego składowania), jego oferta została odrzucona. Tymczasem, jeżeli intencją zamawiającego było, aby wykonawcy składający ofertę w postępowaniu wykorzystali na potrzeby wyceny dokładnie ten sam magazyn czasowego składowania (i żaden inny, w szczególności magazyn czasowego składowania należący do LS AIRPORT SERVICES), który został podany na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to powinien on zawrzeć stosowny zapis w dokumentacji SIWZ. Wobec braku takiego zapisu nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący, zachowując swój magazyn czasowego składowania, wycenił dla zamawiającego usługę uwzględniającą wykorzystanie innego magazynu - w tym przypadku, magazynu należącego do jego podwykonawcy. W obydwu przypadkach wyciąganie jakichkolwiek konsekwencji wobec odwołującego stanowi naruszenie art 38 ust. 4 ustawy Pzp, zabraniającego jakichkolwiek zmian w treści SIWZ po upływie terminu składania ofert.

Na wypadek gdyby (co zdaniem odwołującego nie powinno mieć miejsca w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym) Izba uznała, że wyjaśnienia odwołującego z 10 lipca 2018 r. mogły skutkować zaistnieniem u zamawiającego dalszych, bardziej szczegółowych wątpliwości, to odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedstawienia dalszych wyjaśnień. Omawiany zarzut dotyczy treści wyjaśnień odwołującego z 10 lipca 2018 r. Odwołujący nie może bowiem w pełni wykluczyć (choć oczywiście się z tym nie zgadza, co zostało wykazane na wcześniejszym etapie niniejszego pisma), że zamawiający mógł powziąć

pewne dalsze wątpliwości związane z treścią wyjaśnień odwołującego (co pośrednio potwierdza treść decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego). Koncepcja przyjęta przez odwołującego opierała się na wykorzystaniu przy realizacji zamówienia zasobów (tj. magazynu czasowego składowania) jego podwykonawcy - LS AIRPORT SERVICES. Uwzględnienie takiej możliwości skutkowało (samo z siebie), z uwagi na taką a nie inną treść cennika obowiązującego w postępowaniu, faktem wpisania przez odwołującego w kilku jego pozycjach stawki 0 PLN, z wyraźnym zastrzeżeniem o tym, że żadne koszty nie zostały „sztucznie" przerzucone do innej pozycji niż wynikałoby to z literalnej treści SIWZ.

Zasadą realizacji zamówienia w przyjętej przez odwołującego koncepcji miało być wykorzystanie magazynu czasowego składowania należącego do LS AIRPORT SERVICES.

Odwołujący wskazał (wprost stwierdzając to w treści swoich wyjaśnień w punkcie 2.14), że jeżeli wyjątkowo zamawiający (abstrahując od tego czy w ogóle zamawiający lub zleceniodawcy mogli w tym zakresie wydawać jakiekolwiek wiążące polecenia wykonawcy) podejmie decyzję o tym, że zlecona czynność (w przypadku omawianych wyjaśnień chodziło wprost o czynność przewidzianą pozycją §4 ust, 4 cennika, tj. czynności wykonawcy związane z rewizją celną lub wstępną przesyłki, dokonywaną w magazynie czasowego składowania wykonawcy) ma być dokonana nie w magazynie, który odwołujący planuje wykorzystać do realizacji zamówienia (tj. w magazynie czasowego składowania należącym do LS AIRPORT SERVICES), a w innym magazynie (np. w innym magazynie, którym dysponuje odwołujący), wówczas do wyceny takiej usługi może znaleźć zastosowanie pozycja §5 ust. 5 cennika. W dalszej części tych wyjaśnień odwołujący jednak wprost wskazał (punkt 2.23), że faktycznie nawet w takiej sytuacji stawka z pozycji §5 ust. S cennika nie znajdzie zastosowania, ponieważ zgodnie z literalną treścią tej pozycji dotyczy ona przesyłek po odprawie celnej a zatem przesyłek, które są już gotowe do wysyłki do finalnego odbiorcy i nie powinny jako takie trafić na magazyn czasowego składowania. Tym samym nawet w takim przypadku odwołujący nie będzie miał wyraźnej podstawy do obciążenia zamawiającego jakimikolwiek kosztami w tym zakresie. Co więcej, stawka z pozycji §5 ust. 5 cennika nigdy nie będzie mogła być w praktyce wykorzystana także z tego powodu, że na potrzeby jej „uruchomienia" odwołujący zmuszony byłby odejść od założeń wycenionej oferty (czyli zrezygnować z magazynu czasowego składowania należącego do LS AIRPORT SERVICES), co musiałoby skutkować konsekwentnie zmianą stawek w ofercie, a zatem i całościową zmianą oferty.

W świetle powyższego arbitralne przyjęcie przez zamawiającego, że w cenniku odwołującego doszło do jakiegokolwiek przerzucania kosztów z jakichkolwiek pozycji do §5 ust. 5 cennika nie jest uzasadnione. Powyższe potwierdza tylko fakt, że zamawiający mógł nie zrozumieć rzeczywistej intencji odwołującego w zakresie wyjaśniania powiązań pomiędzy poszczególnymi pozycjami cennika. Jeżeli tak było, to zamawiający powinien wezwać odwołującego do przedstawienia dalszych wyjaśnień w tym zakresie a nie przyjmować (nie mając ku temu pewności), że oferta odwołującego powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niskie stawki lub której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jeżeli tak było (tzn. zamawiający nie zrozumiał w pełni intencji odwołującego), to należy uznać, że czynność zamawiającego była przedwczesna, ponieważ powinna była zostać poprzedzona wezwaniem z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, skierowanym do odwołującego o przedstawienie dalszych wyjaśnień.

Odwołujący do odwołania powołał następujące dowody: załącznik nr 4 do SIWZ - kryteria oceny ofert, załącznik nr 2 do SIWZ - wzór cennika do wypełnienia przez wykonawców, Informacja o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z 12 kwietnia 2019 r., wyjaśnienia odwołującego z 10 lipca 2018 r., decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego z 15 kwietnia 2019 r., opinia prawna w sprawie odpłatności umowy spedycji oraz zasad ustalania wynagrodzenia spedytora sporządzona przez r. pr. B. J., oświadczenie

SafeCargo na temat kosztów przygotowania deklaracji dla towarów niebezpiecznych DGR z 23 sierpnia 2018 r., które Izba w całości przyjęła w poczet materiału dowodowego w sprawie.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenia odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, iż nie neguje prawa wykonawcy do optymalizacji kosztów i własnej kalkulacji, opartej na dotychczasowym doświadczeniu. Nie sposób się nie zgodzić ze stwierdzeniem, iż wewnętrzna kalkulacja poszczególnych elementów cennika pozostaje suwerenną decyzją wykonawcy i tak długo, jak nie narusza ona innych znajdujących zastosowanie przepisów prawa, pozostaje zgodna z przepisami pzp. Jednak nie mogą to być stawki zaniżone, nie pokrywające faktycznych kosztów odwołującego i wskazujące na sztuczne zawyżanie lub zaniżanie cen jednostkowych. W przedmiotowym zamówieniu, poszczególne elementy cennika mają jednak duże znaczenie w zakresie możliwości uzyskania większej ilości punktów oceny ofert, a zarazem zaproponowania oferty droższej

dla zamawiającego. Zdaniem zamawiającego, odwołujący dzięki nieuzasadnionemu zaniżaniu części stawek za usługi, dążył do uzyskania wyższej oceny punktowej oferty. Zamawiający, oceniając oferty, nie badał, jak sugeruje odwołujący, jedynie stawek będących wycinkowymi elementami całkowitej ceny, lecz wziął pod uwagę charakter usług celno-spedycyjnych. Zamawiający dokonał analizy cenowej najczęściej realizowanych usług celno-spedycyjnych (realizowanych na zasadzie na zasadzie „od drzwi do drzwi", zlecanych przez zamawiającego i zleceniodawców) na podstawie Cenników stanowiących ofertę wykonawców i porównał, jak kształtują się koszty, które będzie ponosił zamawiający.

Zamawiający podniósł, że to na nim ciąży ustawowy obowiązek badania każdej oferty pod kątem zaistnienia przesłanek odrzucenia. Ponadto przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego nie pozbawia zamawiającego możliwości analizy elementów składających się na cenę oferty. W konsekwencji wątpliwości w zakresie sposobu kalkulowania poszczególnych stawek Cennika, zamawiający dokonał symulacji kosztowej. Na uzasadnienie swojego stanowiska zamawiający przedstawił 3 zestawienia typowych i najczęściej występujących zleceń spedycyjnych rozumianych jako usługa „od-do":

1. Symulacja przywozu do Polski przesyłki skonsolidowanej o łącznej wadze 1050 kg - załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie,

2. Symulacja przywozu do Polski przesyłek o łącznej wadze 70 kg - załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie,

3. Symulacja wywozu z Polski przesyłki pojedynczej, o wadze 20 kg - załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie.

Z przedmiotowych załączników jasno wynika, zdaniem zamawiającego, iż oferta odwołującego stanowi końcowo ofertę droższą od oferty również odrzuconego wykonawcy. Ponadto w ocenie zamawiającego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ad. 1 koszt przywozu z USA do Polski jednej przesyłki skonsolidowanej, o łącznej wadze 1050 kg:

- DSV 252 079,08 zł

  Figths On Logistics 5 303,67 zł

Ad . 2 koszt przywozu z USA do Polski przesyłek, o łącznej wadze 70 kg:

- DSV 20 953,12 zł

  Figths On Logistics 1 778,19 zł

Ad. 3 koszt wywozu z Polski do USA przesyłki pojedynczej, o wadze 20 kg:

- DSV 5 499,16 zł

  Figths On Logistics 251,44 zł

Zamawiający podkreślił, że jest dysponentem środków publicznych i musi je wydatkować zgodnie z ustawą o finansach publicznych (art. 44 art. 3). Ponadto zwrócił uwagę, iż naruszenie prawa konkurencji w zamówieniach publicznych rozpatrywać należy w dwóch aspektach. Po pierwsze, ocenie poddać można zachowanie zamawiającego względem wykonawców biorących udział w procedurze udzielania zamówień publicznych. Po drugie zaś, konkurencyjność w zamówieniach publicznych może być rozpatrywana poprzez analizę zachowania wykonawców (w tym również wobec zamawiającego).

Zamawiający, odnosząc się do szeregu zarzutów odwołującego, w zakresie wysokości zerowych stawek cenowych określonych w obecnie realizowanej umowie celno-spedycyjnej przez jednego z konsorcjantów, tj. wykonawcę UTI Poland Sp. z o.o., zauważył, iż jest to umowa zawarta w trybie niekonkurencyjnym, więc Cennik był elementem negocjacji. W konsekwencji przenoszenie kosztów z jednej pozycji do innej Cennika stanowiło element negocjacji i zamawiający miał możliwość wpływu na kształtowanie się kosztów kompleksowej usługi celno-spedycyjnej. Cennik stanowiący załącznik do ofert w postępowaniu, który jest przedmiotem odwołania, ma inną strukturę kosztową i trudno wprost odnosić go do Cennika z obecnie realizowanej umowy. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie można go uznać, co do zasady, za „lustrzaną" kopię Cennika obecnie realizowanej umowy. Niemniej jednak, nawiązując do przedstawionego przez odwołującego argumentu (tabelka w ppkt 3.12 na str. 14 odwołania) w zakresie porównania obu Cenników, odwołujący, niezgodnie z Cennikiem oferowanym w obecnym postępowaniu, przedstawił symulowane koszty obsługi przesyłki nr SMD10010722 (zlecenie spedycyjne nr 327/18). W symulacji tej odwołujący nie uwzględnił oferowanej stawki za załadunek/rozładunek przesyłki o wadze powyżej 1 kg (tj. 14 kg x

200,00 zł/kg 2.800,00 zł netto). W faktycznym rozliczeniu załadunek/rozładunek był naliczany dla przesyłek o wadze brutto dopiero powyżej 100 kg, zgodnie z zapisami obowiązującego Cennika.

Zamawiający w załączeniu (jako dowody w sprawie) przedłożył dokumenty stanowiące podstawę rozliczenia powyższego zlecenia spedycyjnego oraz przedstawił dodatkowe dwa przykłady zrealizowanych zleceń spedycyjnych, które pokazują końcowy koszt rzeczywistego zlecenia oraz symulacje kosztów wg oferowanego Cennika. Przykłady te wprost pokazują, iż obecnie proponowany Cennik nie jest cennikiem „lustrzanym" do obecnie obowiązującego, a łączne koszty usługi w ramach oferowanego cennika są znacząco wyższe.

Zamawiający podniósł, iż posiedzenie przed Krajową Izba Odwoławczą nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji czynności zmierzających do zmiany dotychczasowych wyjaśnień ocenionych przez zamawiającego. Stanowi ona ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zaś, w znacznej części swojego odwołania zmierza do złożenia dalszych nowych wyjaśnień a nie dowodów na poparcie złożonych wcześniej wyjaśnień. Odwołujący dokonał wielu założeń, które stoją niekiedy w sprzeczności z uzyskanymi wcześniej wyjaśnieniami z dnia 10 lipca 2018 r. jak również z treścią ogłoszenia i SIWZ. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, iż pomimo wskazania danej pozycji cenowej w Cenniku przez zamawiającego, np. rewizja celna lub wstępna przesyłki, z uwagi na jej incydentalne występowanie, można ją pominąć i określić na poziomie 0,00 zł, jako nie mającą znaczenia. A jednocześnie wskazywać, iż koszt ten znajduje się w kosztach pozycji 5 ust. 5 Cennika, która dotyczy całkiem innego etapu realizacji zlecenia spedycyjnego (m.in. pkt 2.14 wyjaśnień). Następnie wskazywać, iż w rzeczywistości stawka zawarta w pozycji 5 ust. 5 Cennika jest, z jednej strony, stawką zapewniającą wykonawcy stosowne wynagrodzenie, zaś z drugiej - stawką martwą, która nie powinna znaleźć zastosowania. Ponadto wskazywać (w ppkt 5.89 uzasadnienia odwołania), że zaproponowana stawka w wysokości 246 zł brutto za 1 kg przesyłki ma stanowić poniekąd czynnik zniechęcający zamawiającego do zlecania obsługi przesyłek w magazynie czasowego składowania wykonawcy innym, niż magazyn LS AIRPORT SERVICES S.A., gdyż generowałoby tylko niepotrzebne koszty. Takie wyjaśnienia są, w ocenie zamawiającego, potwierdzeniem nieuczciwych praktyk w zakresie kalkulowania kosztów ceny zlecenia spedycyjnego. Ponadto kwestionowana stawka z pozycji w §5 ust. 5 oferowanego cennika będzie miała zastosowanie każdorazowo po dokonaniu odprawy celnej przy załadunku/rozładunku przesyłki z/do magazynu czasowego składowania zarówno wykonawcy, jak i agenta handlingowego.

Zamawiający wskazał, że właściwie ocenił, iż stawki wskazane w informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty stanowią istotne części składowe oferty, nie jedynie ze względu na udział wartościowy lecz na ich charakter w kształtowaniu punktacji ofert i możliwość niezasadnego przerzucenia ich w koszty poza cennikowe. W aktualnym stanie prawnym, z uwagi na treść art. 90 ust. 1 pzp, dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty. Ponadto, odnosząc się do ppkt 3.14 odwołania, w którym odwołujący stwierdza niewielką skalę zarzucanych mu nieprawidłowości (15,55 pkt w stosunku do maksymalnej punktacji oceny oferty 100 pkt) zamawiający stwierdził, że nie uważa, aby 15,55% było ilością nieznaczną, oraz stwierdził, że w przepisach pzp nie jest określony próg, poniżej którego jest dopuszczalna inżynieria cenowa. Zamówienie dotyczy umowy ramowej, która służy określeniu warunków zawarcia przyszłych umów wykonawczych, a jej zawarcie jest uzasadnione trudnościami w określeniu w dłuższej perspektywie czasowej zapotrzebowania ilościowego przez zamawiającego. W konsekwencji w odniesieniu do zarzutu odwołującego w zakresie zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi, iż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niezasadna. Z uwagi na charakter umowy ramowej nie ma podstaw do wskazania całkowitej ceny oferty, lecz jedynie wartość kosztów lub ich istotnych części składowych.

Zamawiający podniósł, iż na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny i podejrzenia działań mogących stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie takimi okolicznościami było podejrzenie, iż złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi stawkami w Cenniku w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą dla zamawiającego. Ponadto wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny składane przez profesjonalny podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia

publicznego, winny być jasne, konkretne, szczegółowe, odnoszące się m.in. do wymienionych w art. 90 ust. 1 pzp okoliczności dotyczących ceny lub kosztu oraz winny być poparte dowodami. Wyjaśnienia składane przez specjalizujący się w danej branży podmiot nie mogą bowiem opierać się na ogólnych deklaracjach i zapewnieniach, mających na celu jedynie wywrzeć na zamawiającym wrażenie, jakoby cena oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych była rzetelna.

Zamawiający, odnosząc się do ppkt 3.4 uzasadnienia odwołania, w którym odwołujący wyraża zaskoczenie doprecyzowaniem zamawiającego, że każda poz. Cennika powinna być obliczona w sposób realny i rynkowy - zamawiający uważa, że oczywistym powinno być dla doświadczonego wykonawcy, że stawki przedstawione w cenniku stanowiącym załącznik do oferty w postępowaniu konkurencyjnym muszą zawierać realne koszty i zysk oferenta. Odnosząc się do ppkt 3.5 uzasadnienia odwołania, w którym odwołujący wskazuje na złożony charakter usługi spedycyjnej i wynikające z tego ostateczne wynagrodzenie wykonawcy zamawiający uważa, że w przypadku umów ramowych na usługi o zróżnicowanej strukturze, zastosowanie cennika ma umożliwić późniejszą wycenę ustandaryzowanych, powtarzających się elementów składowych tych usług. Ze względu na z góry nieznany zakres i specyfikacje przyszłych zamówień (zleceń spedycyjnych) nie ma możliwości ustalenia ich konkretnych cen „od-do", tak jak to sugeruje odwołujący. Dlatego zastosowanie ma cennik. Pozycje cennika, wbrew twierdzeniu odwołującego, nie mogą być kształtowane zupełnie swobodnie. Muszą uwzględniać faktycznie ponoszone koszty. Mogą natomiast dawać swobodę oferentowi na ustalanie jego zysku. Zgodnie z ppkt 2.4 wyjaśnień odwołującego z dnia 10 lipca 2018 r. oraz ppkt 4.10+4.11 uzasadnienia odwołania, obsługa przesyłek DGR będzie realizowana przez firmę zewnętrzną, która będzie obciążać wykonawcę za całościowe przygotowanie przesyłki towaru niebezpiecznego i nie będzie obciążać wykonawcy odrębnie za wystawienia dokumentu wysyłkowego dla przesyłek DGR. Konsorcjum DSV wyszło z założenia, iż czynność nie jest odrębnie wyceniana i pozostaje elementem składowym całej kompleksowej usługi firmy zewnętrznej tj. przygotowanie przesyłki niebezpiecznej do transportu. Koszt ten byłby zatem kosztem poza cennikowym, objętym marżą, o której mowa w §9 Cennika. W odwołaniu konsorcjum DSV powołało się na literalne brzmienie treści wskazanej pozycji Cennika. W konsekwencji zamawiający nie uznał powyższych wyjaśnień za zasadne. Wskazują one na nieuzasadnioną możliwość przenoszenia kosztów z tych pozycji Cennika, które podlegają ocenie punktowej, do kategorii usług nieujętych w Cenniku. W tym zakresie rodzi to przede wszystkim obawy o wysokość ponoszonych kosztów związanych z realizacją przedmiotowej usługi. Zgodnie z wiedzą zamawiającego niniejszy koszt powinien obejmować czynności, wynikające z rozdz. przepisów IATA: Dangerous Goods Regulations, bezpośrednio związane z wystawianiem deklaracji DGR, w tym oględziny prawidłowości opakowania przesyłki i jego zewnętrznego oznakowania. Jest to zatem czynność cenotwórcza, gdyż wiąże się ze świadczeniem pracy.

Nawiązując do ppkt 4.20-4.21 uzasadnienia odwołania, sugerujących rynkowo uzasadnioną stawkę zerową za wystawienie deklaracji DGR, zamawiający zauważył, że zerowa stawka występuje w obecnie realizowanej umowie, zawartej w trybie niekonkurencyjnym, natomiast w ostatnio realizowanej umowie zawartej z wykonawcą UTI Poland w trybie konkurencyjnym w 2013 r., stawka za wystawienie deklaracji DGR wynosiła 150,00 zł netto.

Nawiązując do ppkt 4.12-4.14 i 4.17 uzasadnienia odwołania, dotyczących kosztu opracowania DGR i kosztu przygotowania przesyłki niebezpiecznej, w świetle przepisów IATA - zamawiający uważa, że profesjonalny spedytor, jakim jest odwołujący, powinien wiedzieć, że jest niemożliwe wystawienie dokumentu DGR (lub innej analogicznej deklaracji nadawcy towaru niebezpiecznego), zarówno bez weryfikacji otrzymanych od nadawcy dokumentów przewozowych, jak również bez dokonania naocznych oględzin przesyłki, w tym przynajmniej ilości i zewnętrznego stanu zewnętrznych opakowań transportowych, ich oznakowania i kompletności i stanu przymocowania wymaganych nalepek, zgodnie z rekomendowanymi przez IATA czynnościami, wymienionymi na liście sprawdzającej przy akceptacji do przewozu materiałów niebezpiecznych (zob. Dangerous Goods Checlist for a Non-Radioactive Shipment), znajdującej się na końcu przepisów IATA Dangerous Goods Regulations, o których mowa w ppkt 4.12 uzasadnienia w odwołaniu z dn. 25.04.2019 r.

Nawiązując do podniesionego w ppkt 4.18 uzasadnienia odwołania, zarzutu odwołującego: zaniechanie pozyskania oświadczenia SafeCargo o bezpłatnym wystawieniu deklaracji DGR lub o uzyskaniu od tego podwykonawcy precyzyjnych kosztów wystawienia wycenianego dokumentu (Ad 1.1 lit. b „Informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum DSV") - zamawiający stwierdził, że nie żądał pozyskania oświadczenia od firmy SafeCargo, a wzywał, na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, do przedstawienia jakichkolwiek wyjaśnień, wraz z dowodami, dotyczących zerowego kosztu omawianej usługi.

Odnośnie kosztu przedstawienia do odprawy celnej i odbiór/nadanie przesyłki w imieniu klienta §4 ust. 3 Cennika (ppkt 4.22-4.47 uzasadnienia odwołania), zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia odwołującego w zakresie tej pozycji Cennika, uzasadniające stawkę zerową,

przedstawione w odwołaniu do KIO różnią się argumentacją od odpowiedzi wykonawcy z dnia 10 lipca 2018 r. W ppkt 2.7 odpowiedzi z dnia 10 lipca 2018 r. konsorcjum DSV stwierdziło, że będzie przesyłać dokumenty drogą elektroniczną i nie poniesie z tego tytułu żadnych kosztów, a na potrzeby przedstawienia do odprawy celnej i odbioru/ nadania przesyłek w imieniu klienta w miejscu odprawy będzie wykorzystywać zgłoszenia elektroniczne, co wiąże się z brakiem konieczności fizycznego przedstawiania ww. dokumentu w Urzędzie Celnym.

Odnośnie do pkt 4.27 uzasadnienia odwołania, zamawiający wskazał, iż faktem jest, że konsorcjum DSV będzie wykorzystywać zgłoszenia elektroniczne i takie zgłoszenie będzie mogło być składane elektroniczne, ale nie zmienia to faktu, iż zakończenie odprawy celnej będzie wymagać fizycznego przedstawiania w Urzędzie Celnym w oryginale innych papierowych dokumentów, jak następuje: (1) w przypadku większości odpraw celnych importowych sprzętu wojskowego (SpW) - certyfikatów wystawianych w celu zawieszenia należności celnych od broni i sprzętu wojskowego, importowanych dla Sił Zbrojnych RP, na podstawie rozporządzenia Rady WE nr 150/2003 z dnia 21 stycznia 2003 r.; (2) w przypadku wywozu ostatecznego - zezwoleń indywidualnych na wywóz uzbrojenia, wydawane przez Ministra Przedsiębiorczości i Technologii.

Odnośnie do ppkt 4.34 uzasadnienia odwołania, zamawiający podniósł, iż omawiany certyfikat, wystawiany w celu zawieszania należności celnych, może być zastosowany także, jako zgłoszenie celne, ale w przypadku większości dostaw importowych zamawiającego i zleceniodawców nie pełni on tej funkcji. Warto też zaznaczyć, że w funkcji zgłoszenia celnego byłby składany on także w oryginale, a więc nie w formie elektronicznej. Złożenie dokumentu, nawet przesyłanego wyłącznie w formie elektronicznej, nie jest automatyczne, gdyż wymaga nakładu pracy. Poprzez złożenie oferty wraz z cennikiem, wykonawca zaakceptował treść uwagi dotyczącej §4 ust. 3 Cennika, w tym także to, że ta pozycja cennika ma obejmować m.in. przyjęcie od zleceniodawcy i przesłanie władzom celnym dokumentów dostarczonych przez zleceniodawcę, np.: certyfikatów zawieszających cło, zezwoleń indywidualnych Ministra Rozwoju na wywóz uzbrojenia, świadectw pochodzenia towaru, itp. W wyjaśnieniach zawartych w odwołaniu do KIO konsorcjum DSV zaprzeczyło powyższemu, stwierdzając, że miało pełne prawo (ppkt.4.32 odwołania) przyjąć, że koszt przedstawienia certyfikatów służących do zawieszania cła od importowanego sprzętu wojskowego jako dokumentów równoważnych do zgłoszenia celnego należy wycenić nie w pozycji w §4 ust. 3, a w pozycji w §4 ust. 1 pkt 1 Cennika.

Zamawiający podkreślił, że §4 ust. 1 pkt 1 Cennika wyraźnie określa, że dotyczy kosztu opracowania elektronicznego zgłoszenia celnego, za pierwszą pozycję taryfową (lub za pierwszą stronę dokumentu równoważnego, np. dokumentu SAD lub odprawę celną na Formularzu 302, wraz z deklaracją wartości celnej, DWC), a certyfikat wystawiany w celu zawieszenia należności celnych od broni i sprzętu wojskowego, importowanego dla Sił Zbrojnych RP będzie dokumentem wystawianym przez zleceniodawców, a nie przez konsorcjum DSV.

W ppkt. 4.35-4.38 odwołania konsorcjum DSV potwierdziło, że samo przedstawienie szczególnego rodzaju dokumentów, tj. certyfikatów służących do zawieszania cła od importowanego sprzętu wojskowego lub indywidualnych zezwoleń wywozowych, odwołujący wycenił w pozycji §4 ust. 3 Cennika, tylko, że za nieadekwatną stawkę 0 zł. Należy tu zauważyć, że w poprzedniej umowie ramowej, zawartej z wykonawcą UTI Poland Sp. z o.o., w trybie konkurencyjnym pzp, przedmiotowa stawka Cennika wynosiła 20 zł netto.

Zamawiający - odnosząc się do kosztów czynności odwołującego związanych z rewizją celną lub wstępną przesyłki, dokonywaną w magazynie czasowego składowania, w §4 ust. 4 Cennika (ppkt 5.28-5.44 uzasadnienia odwołania), stawki za przewóz/handling przesyłek w §5 ust. 2 Cennika (ppkt 5.45+5.63 uzasadnienia odwołania), składowego za każdy dzień objęty opłatami, w §5 ust. 4 Cennika (ppkt 5.64+5.78 uzasadnienia odwołania), załadunku/rozładunku przesyłek o wadze rzeczywistej powyżej 1,00 kg po odprawie celnej w celu ekspedycji przesyłki, w §5 ust. 5 Cennika (ppkt 5.79+5.93 uzasadnienia odwołania) wskazał, iż wyjaśnienia konsorcjum DSV w zakresie ww. pozycji Cennika wskazują, iż przyjęło ono założenie, że rewizje w magazynie czasowego składowania wykonawcy zdarzają się sporadycznie i w jego ocenie, nie przewiduje ono, aby ten element Cennika miał istotne znaczenie w realizacji umowy. W konsekwencji Konsorcjum DSV przyjęło dla wszystkich pozycji §4 ust. 4 Cennika stawki w wysokości 0 zł. Zdaniem zamawiającego podkreślenia wymaga, iż rewizja celna lub wstępna (wykonywana na żądanie zleceniodawcy) przesyłki odbywa się w obecności przedstawiciela spedytora, co powoduje koszty osobowe i jest elementem cenotwórczym. To, że nie ma takiej pozycji w cenniku LS Airport Services S.A. nie znaczy, iż kosztem przedmiotowej czynność nie zostanie obciążany Zleceniodawca, m.in. w kosztach §5 ust 5 Cennika lub w kosztach poza cennikowych.

W tym zakresie odwołujący planuje, zgodnie z pkt 2.13 (i ppkt 2.20) wyjaśnień z dnia 10 lipca 2018 r., aby „w pierwszej kolejności korzystać z magazynu czasowego składowania

agenta handlingowego LS Airport Services S.A. Jednak, jeżeli wyjątkowo zamawiający podejmie decyzję o dokonaniu omawianych czynności w magazynie czasowego składowania odwołującego, wówczas zastosowanie może znaleźć pozycja §5 ust 5 Cennika, która zapewni odwołującemu wynagrodzenie obejmujące także niniejszą pozycję - tj. 246,00 brutto/kg". Natomiast w odwołaniu wykonawca zmienia dotychczasowe wyjaśnienia i wskazuje, iż w pierwszej kolejności będzie korzystać z magazynu czasowego składowania LS Airport Services S.A., jako swojego podwykonawcy. Zamawiający zwrócił uwagę na rolę jaką odgrywa LS Airport Services S.A., jako agent handlingowy (pomimo, iż to jest ta sama firma), który jest urzędowym podmiotem, uprawnionym do działania na lotnisku Okęcie, od LS Airport Services S.A. działającym na zasadach komercyjnego magazynu czasowego składowania. Ponadto, sprzecznie z uzasadnieniem zamawiającego, z informacji o odrzuceniu oferty odwołujący, aby zmienić dotychczasowe wyjaśnienia w tym zakresie, wskazuje, iż zamawiający nie uznaje możliwości posłużenia się podwykonawcą w postaci magazynu czasowego składowania LS Airport Services S.A. Zdaniem zamawiającego, jest to błędy zarzut. Zgodnie z powszechnie dostępnym cennikiem agenta handlingowego LS Airport Services S.A. wolne od opłat składowego są pierwsze 3 dni przechowywania w magazynie. Po tym terminie opłaty zostały określone na poziomie 0,49 zł/kg za dzień - minimum 81 zł (oficjalny cennik LS Airport Services S.A., na który powołuje się odwołujący, który jest cennikiem ogólnodostępnym dla wszystkich korzystających lub zamierzających korzystać z agenta handlingowego LS Airport Services S.A.). Zatem trudno dać wiarę wyjaśnieniom odwołującemu, jako podmiotowi od lat biorącemu udział w profesjonalnej obsłudze celno-spedycyjnej, iż odwołujący przyjmując 0 zł za składowanie w magazynie czasowego składowania, nie będzie przerzucał tych kosztów na zamawiającego, w szczególności, iż są to znaczne koszty 0,49 zł/kg za dzień - minimum 81 zł. Wyjaśnienia w odwołaniu jednak potwierdzają jedynie uzasadnione wątpliwości w zakresie manipulowania stawkami cennika, w celu uzyskania większej ilość punktów. A takie działania nie mogą zostać uznane za uzasadnioną optymalizację kosztów. Magazyn czasowego składowania LS Airport Services S.A. może pełnić rolę magazynu czasowego składowania odwołującego. Zamawiający nie wyklucza takiej możliwości, bez względu na formę współpracy LS Airport Services S.A. a wykonawcą. Niemniej jednak podkreślenia wymaga, iż nadal nie jest to uzasadnienie, aby koszty składowego wynosiły 0 zł. Inny będzie koszt składowania u agenta handlingowego (bezpłatne składowanie przez okres 3 dni) a inny tej samej firmy po upływie 3 dni składowania towarów (zgodny z ogólnodostępnym cennikiem lotniskowego agenta handlingowego LS Airport Services S.A. z dn. 01.03.2018 r. - załącznik nr 8 do odpowiedzi na odwołanie). Stawka za składowanie w magazynie czasowego składowania odwołującego jest częścią Cennika o charakterze cenotwórczym i punktotwórczym dla całego zamówienia. Ponadto, zgodnie z §5 ust. 1 Cennika, zamawiający wyraźnie wskazał rozróżnienie między magazynem czasowego składowania należącym do Portu Lotniczego na terytorium Polski czyli portowego agenta handlingowego, a tym samym magazynem będącym magazynem wykonawcy.

Zamawiający zgodził się z koncepcją przedstawioną w odwołaniu (str. 36 pkt 5.76), że przez kolejne 7 dni, a nawet dłużej, przesyłka taka nie byłaby przewożona do innego magazynu czasowego składowania, a wciąż pozostawałaby w magazynie LS Airport Services S.A. Ale nie można się zgodzić z koncepcją, iż koszt tego składowania nie będzie znaczący. Odwołujący sam potwierdził, iż wprawdzie ponosiłby koszty składowania przesyłki na terenie tego magazynu, ale uniknąłby kosztów utrzymania własnego magazynu. Zatem w tych wyjaśnieniach zamawiający otrzymał po raz kolejny potwierdzenie manipulacji stawkami Cennika, aby uzyskać zamówienie w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Jednocześnie narażając zamawiającego na ukryte koszty, które mogą być na etapie wystawiania faktury rozliczane jako koszty poza cennikowe, wraz z dodatkową 9% marżą od wartości netto poniesionych przez wykonawcę kosztów - §9 ust. 2 Cennika.

Ponadto, zdaniem zamawiającego, za nieuprawnione należy uznać odwoływanie się do krótkich terminów odpraw celnych. W przypadku Inspektoratu Uzbrojenia z zasady nie korzysta się z zabezpieczenia wykonawcy na poczet należności celno-podatkowych oraz zawiesza się należności celne na podstawie certyfikatu zgodnego z rozporządzeniem UE nr 150/2003 - co przedłuża odprawę celną o około 4 dni. Jeżeli konsorcjum DSV, wybierze jako swojego podwykonawcę, LS Airport Services S.A. to zgodnie z Cennikiem złożonym wraz z ofertą, nie wyklucza to stosowania zapisów §5 ust. 1 Cennika (rozlicznie kosztów składowania jako kosztów poza cennikowych) i stawek §5 ust 5 (załadunku/rozładunku). W tym zakresie trudno opierać się jedynie na niepopartych Cennikiem oświadczeniach wykonawcy.

Zamawiający, odnośnie pkt 5.77 odwołania wskazał, iż znając specyfikę odpraw celnych sprzętu wojskowego, konstruując SIWZ, chciał mieć możliwość przemieszczania przesyłek z magazynu czasowego składowania agenta handlingowego do innego tańszego magazynu czasowego składowania. Leży to w szeroko pojętym interesie zamawiającego i zamawiający z doświadczenia wie, iż magazyn wykonawcy powinien być magazynem tańszym. Część zleceniodawców, działających w ramach planowanej umowy z wykonawcą będzie chciała, po obowiązkowym przejściu przesyłki przez magazyn czasowego składowania agenta

handlingowego LS Airport Services S.A. na lotnisku Okęcie, korzystać z magazynu czasowego składowania wykonawcy, a wybór magazynu będzie należał do danego zleceniodawcy, który, zlecając obsługę danej przesyłki, będzie się kierował rodzajem towaru, miejscem dostawy przesyłki w Polsce, odpowiednią do powyższego procedurą celną i bieżącymi przepisami lub wskazaniami polskiej administracji celnej, regulującymi właściwości poszczególnych oddziałów celnych miejsca, w których towar można będzie odprawiać, a także czasem realizacji obsługi celno-spedycyjnej przesyłki i kosztami tej obsługi.

Zamawiający odnosząc się do wyjaśnień w zakresie pozycji Cennika z §5 ust. 5, jak również pkt 5.85 i in. odwołania, w zakresie wielokrotnego (około 911 razy) zawyżenia przedmiotowej stawki Cennika, w stosunku do dotychczasowo stosowanych stawek, podkreślił, iż nie traktuje jej jako martwej stawki. Stawka ta określa zawsze występującą czynność załadunku/rozładunku przesyłek o wadze rzeczywistej (brutto) powyżej 1,00 kg po odprawie celnej, w celu ekspedycji przesyłki. Jest to czynność powszechna i dotyczy wszystkich przesyłek trafiających do magazynu czasowego składowania (import/eksport). Wszystkie przesyłki muszą po odprawie celnej opuścić magazyn czasowego składowania bez względu czy będzie to magazyn wykonawcy na lotnisku czy poza nim. Ponadto powołana przez odwołującego definicja „operacji przemieszczania przesyłki" jest definicją nie odnoszącą się do pojęcia „załadunek/rozładunek przesyłek po odprawie celnej, w celu ekspedycji przesyłki.". Ze sformułowań §5 ust. 5 cennika oferowanego przez odwołującego wyraźnie wynika, że stawka za załadunek/rozładunek przesyłek jest stawką za ww. czynność dokonaną po odprawie celnej, w celu ekspedycji przesyłki, i obowiązuje dla przesyłek o wadze powyżej 1 kg.

Przykładowo w imporcie więc jest to stawka cennikowa za załadunek na środek transportu, po opuszczeniu dowolnego magazynu czasowego składowania, po zakończeniu odprawy i wydaniu sprzętu z magazynu czasowego składowania i ma ona zastosowanie w przypadku każdej dostawy importowej towaru o określonej w cenniku wadze brutto (obecnie dla przesyłek o wadze ponad 1 kg), bez względu na to, czy jest to lotniskowy magazyn handlingowy, magazyn wykonawcy czy magazyn podwykonawcy.

Tym samym, w ocenie zamawiającego, nie jest prawdą, że jest to stawka martwa. Będzie to stawka obowiązująca bez względu na wybór magazynu, gdzie jest dokonywana odprawa celna. Dotychczasowa praktyka realizacji umów z wykonawcą UTI Poland Sp. z o.o. wskazuje, iż zarówno w przypadku umowy ramowej, zawartej w ramach pzp (z 25.09.2013 r.), jak i umów zawartych w 2017 i w 2018 (zawartych w trybie niekonkurencyjnym) stawka za załadunek/rozładunek w celu ekspedycji była oferowana i naliczana (przykłady nr 2 i 3 rozliczeń bieżących dostaw umowy), zgodnie z zapisami umów (wynosiła 0,22 PLN netto/ 0,27 PLN brutto i obowiązywała dla przesyłek powyżej 100 kg).

Czynność załadunku/rozładunku przesyłki po odprawie celnej, w celu jej ekspedycji, jest wyceniona w pozycji 4 cennika agenta handlingowego — LS Airport Sevices, gdzie stawki wynoszą:

- za kg 0,20 PLN netto,
- minimum (z użyciem wózka paletowego ręcznego) 10,00 PLN,
- minimum (z użyciem podnośnika elektrycznego) 61,00 PLN.

Zamawiający dodatkowo podał, iż wyjaśnienia konsorcjum DSV, w kwestii oferowanej stawki są sprzeczne, albowiem w ppkt 2.21-2.22 wyjaśnień z dn. 10.07.2018 r., konsorcjum DSV twierdziło, że stawka w §5 ust. 5 Cennika ma zrekompensować m.in. koszty składowego w magazynie czasowego składowania wykonawcy, a w odwołaniu konsorcjum DSV podkreśla wielokrotnie (w ppkt 1.12, 1.14, 5.82, 5.85, 5.90), że jest to stawka „martwa".

Podkreślenia wymaga, iż każda przesyła musi zostać załadowana/rozładowana z magazynu czasowego składowania, w celu realizacji ich dalszego przewozu. W konsekwencji będzie to każdorazowo używana pozycja Cennika - 246 zł za 1 kg przesyłki. Konsorcjum DSV, wbrew dotychczasowym założeniom, że będzie korzystało z magazynu czasowego składowania agenta handlingowego LS Airport Services S.A., tutaj wskazuje horrendalnie wysoką stawkę za załadunek/rozładunek przesyłki.

Dodatkowo zdumienie u zamawiającego budzi interpretacja konsorcjum DSV tej pozycji Cennika. Zapis jest bardzo czytelny. Pozycja Cennika §5 ust. 5 wprost odnosi się do czynności załadunku/rozładunku po odprawie celnej. Zatem przesyłka opuszcza trwale magazyn czasowego składowania, jako towar oclony i jest ekspediowana do odbiorcy w kolejnym ogniwie łańcucha spedycyjnego. Zatem ta pozycja w żadnym razie nie może odnosić się do czynności załadunku/rozładunku pomiędzy magazynami czasowego składowania bez względu na to czy jest to magazyn czasowego składowania LS Airport

Services S.A. czy inny magazyn czasowego składowania (na marginesie jest to pozycja §5 ust. 2 Cennika - powszechnie handling). Ponadto w całości dotyczy towaru po odprawie celnej, który nie może być po raz kolejny składowany w magazynie czasowego składowania. Odwołujący w dalszej części odwołania potwierdza tę procedurę (pkt 5.84 odwołania).

Zdaniem zamawiającego, pozycja §5 ust. 5 Cennika, w powiązaniu ze stawkami określonymi na poziomie mającym charakter stawek rażąco niskich, dała odwołującemu przewagę punktową. W ocenie zamawiającego, jak wykazywał powyżej, jest to przejaw niedopuszczalnej przez przepisy manipulacji cenami. Ponadto, jak ilustrują przedstawione załączniki, przy takim określeniu stawek Cennika, oferta odwołującego jest ofertą znacznie droższą, co godzi w interesy zamawiającego i przyszłych zleceniodawców. Tak skonfigurowana oferta również wpłynie znacznie na czas przyszłej umowy ramowej ze względu na bardzo szybkie wyczerpanie zaplanowanych środków.

Odnosząc się do pkt 5.93 odwołania, w zakresie rzekomo nieistotnego dla zamawiającego charakteru stawki w §5 ust. 5 Cennika, zamawiający wskazał, iż zastosowanie tej stawki Cennika większej o około 911 razy, przesądza o znacznym wzroście wynagrodzenia za usługi i w takiej sytuacji bez znaczenia jest waga punktowa danej pozycji. Za samą realizację usługi określonej w pozycji §5 ust. 5 Cennika - załadunku/rozładunku przesyłek o wadze rzeczywistej (brutto) powyżej 1,00 kg po odprawie celnej w celu ekspedycji przesyłki wykonawca żądałby 246 000 zł za każdą tonę towaru. Przy wolumenie realizowanych przesyłek na poziomie 300 ton rocznie (z czego znaczną część stanowią towary przesyłane przez magazyn czasowego składowania w Warszawie) środki przeznaczone na 5 letnią realizację umowy zostałyby wykorzystane w ciągu roku tylko na tą pozycję Cennika.

Odnosząc się do ppkt 5.28-5.44 uzasadnienia odwołania, dotyczących rewizji celnej (§4 ust. 4 Cennika), zamawiający wskazał, że:

(1) Przy wstępnej rewizji celnej, zlecanej przez zleceniodawcę, w której będzie brał udział przedstawiciel zleceniodawcy, jest wymagana obecność przedstawiciela wykonawcy, co generuje koszty;

(2) Na dzisiaj rewizja celna byłaby wykonywana w magazynie czasowego składowania portowego agenta handlingowego, ale ponieważ wykonawca ma prawo zmieniać taki magazyn w trakcie realizacji umowy, może się okazać w przyszłości, że rewizja celna będzie wykonywana w innym miejscu, gdzie obecne wyjaśnienia wykonawcy nie będą miały zastosowania.

(3) W czasie realizacji umowy ramowej z innym, wcześniejszym wykonawcą, rewizje wstępne przesyłek skonsolidowanych dotyczyły w pewnym okresie każdej przesyłki skonsolidowanej i trwały po kilka godzin.

(4) Ze względu na charakter umowy ze spedytorem, polegający na udzielaniu wykonawcy zleceń spedycyjnych, przez wielu zleceniodawców, w okresie 5 lat - każda określona w cenniku potencjalna czynność ma zostać określona w sposób zapewniający pokrycie jej kosztów.

Odnosząc się do ppkt 5.45-5.63 uzasadnienia odwołania, dotyczących przewozu/handlingu przesyłek między magazynami czasowego składowania (§5 ust. 2 Cennika), zamawiający stwierdził, że:

(1) W momencie składania oferty konsorcjum DSV wykazało posiadanie magazynu czasowego składowania w Ożarowie Mazowieckim k/Warszawy, w związku z czym zerowa stawka za przewóz byłaby nierealną.

(2) Obecnie odwołujący deklaruje, że będzie dysponował magazynem czasowego składowania portowego agenta handlingowego LS Airport Services.

(3) Wniosek - w trakcie realizacji umowy można się spodziewać dalszych zmian lokalizacji magazynu czasowego składowania odwołującego.

W ocenie zamawiającego konsorcjum DSV, poprzez określenie grupy stawek na rażąco niskim poziomie, co jednak pozwoliło uzyskać lepszą punktację, jednocześnie określiło stawkę nisko punktowaną - §5 ust. 5 Cennika, na bardzo wysokim, nieakceptowalnym poziomie. W ten sposób odwołujący dokonał manipulacji ceną, co w ocenie zamawiającego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut faktycznej zmiany SIWZ po terminie składania ofert jest w ocenie zamawiającego całkowicie bezzasadny. W zakresie pozycji Cennika §4 ust. 2 pkt 2 oraz §4 ust. 3 Cennika zamawiający nie dokonał żadnego doprecyzowania na etapie oceny ofert. Wymagania

w zakresie wskazanych pozycji Cennika wynikają z istoty tych usług i przepisów w zakresie usług celno-spedycyjnych. Są to informacje powszechnie znane w obrocie celno-spedycyjnym. Ponadto podstawą odrzucenia, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie było wskazanie LS Airport Services S.A., jako podwykonawcy. Przyczyny odrzucenia zostały obszernie wskazane w uzasadnieniu informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, iż zasadniczą podstawą odrzucenia oferty konsorcjum DSV było zniżenie opłat za poszczególne usługi w §4 ust. 4 i §5 ust. 2 i 4 Cennika i przeniesienie wszystkich kosztów świadczonych usług do jednej pozycji Cennika, tj. do opłat za dokonanie załadunku/rozładunku w §5 ust. 5 Cennika.

Zamawiający podniósł również, że nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy nie budzą one wątpliwości. Skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości oraz ponowienie wezwania nie może stanowić „ratowania" oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego

oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Zamawiający na poparcie swojego stanowiska powołał następujące dowody: cennik do umowy ramowej z UTi Poland Sp. z o.o., z dn. 25.09.2013 r., symulacja przywozu do Polski przesyłki skonsolidowanej o łącznej wadze 1050 kg, symulacja przywozu do Polski przesyłek o łącznej wadze 70 kg, symulacja wywozu z Polski przesyłki pojedynczej, o wadze 20 kg, zlecenie spedycyjne nr 327/2018 i faktura wykonawcy do tego zlecenia, zlecenie spedycyjne nr 384/2018 i faktura wykonawcy do tego zlecenia, zlecenie spedycyjne nr 130/2019 i faktura wykonawcy do tego zlecenia, cennik firmy LS Airport Services S.A. z dn. 01.03.2018 r., które Izba przyjęła i wprowadziła do postępowania odwoławczego.

Za nieskuteczne Izba uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - wykonawcy Fights On Logistics sp. z o.o., stwierdzając brak legitymacji czynnej przystępującego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, powołując się na okoliczność, iż zgłaszający przystąpienie mocą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej został skutecznie wykluczony z postępowania, od którego to wyroku zgłaszający przystąpienie nie wniósł skargi, a co za tym idzie oferta wykonawcy została skutecznie odrzucona z postępowania. Termin na wniesienie skargi upłynął 18 kwietnia 2019 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

(§4 ust. 2 pkt 2 Cennika odwołującego)

Zamawiający w treści załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiącego „Cennik usług świadczonych przez agencje celną (...)" w §4 ust. 2 pkt 2 żądał podania przez wykonawców stawki „Za wystawienie deklaracji towaru niebezpiecznego (DGR), dla każdej pozycji DGR.".

Odwołujący w swojej ofercie podał 0,00 zł. Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w omawianej pozycji.

Odwołujący wyjaśnił, że nie wycenił w cenniku samego opracowania tego dokumentu, ponieważ całość usługi (przygotowanie towaru niebezpiecznego do wysyłki, w tym także opracowanie wymaganej deklaracji) będzie realizowana przez podwykonawcę - tj. SafeCargo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („SafeCargo"), który będzie obciążać odwołującego za całościowe przygotowanie przesyłki towaru niebezpiecznego i nie będzie obciążać odwołującego odrębnie za wystawienie samego dokumentu wysyłkowego dla przesyłek DGR (tj. omawianej deklaracji). Na potwierdzenie powyższego odwołujący przedłożył zamawiającemu dowód w postaci przykładowej faktury wystawionej przez

SafeCargo, gdzie czynność wystawienia deklaracji dla przesyłki DGR nie została odrębnie wyceniona pozostając elementem składowym całej usługi kompleksowo świadczonej na rzecz odwołującego (tj. przygotowania przesyłki niebezpiecznej do transportu).

Zamawiający nie uznał wyjaśnień odwołującego. W jego ocenie odwołujący nie wykazał, że jego podwykonawca (tj. SafeCargo) wystawi deklaracją DGR bezpłatnie oraz że odwołujący nie uzyskał od tego podwykonawcy kosztów wystawienia wycenianego dokumentu. Ponadto zamawiający wskazał, że w tej konkretnej pozycji odwołujący był zobowiązany uwzględnić wszelkie koszty związane z czynnościami wynikającymi z rozdziału 8 przepisów IATA: Dangerous Goods Reguiations (zbiór przepisów regulujących sposób przewozu i dokumentowania przewozu lotniczych przesyłek niebezpiecznych w międzynarodowym transporcie lotniczym), które są bezpośrednio związane z wystawieniem deklaracji DGR, w tym także oględziny prawidłowości opakowania przesyłki i jego zewnętrznego oznakowania.

(§4 ust. 3 Cennika odwołującego)

Zamawiający w treści załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiącego „Cennik usług świadczonych przez agencje celną (...)" w §4 ust. 3 żądał podania przez wykonawców stawki „Za przedstawienie do odprawy celnej i odbiór/nadanie przesyłki w imieniu klienta w miejscu odprawy (tj. w oddziale celnym w Warszawie lub innym oddziale celnym na terytorium RP (...)."- w podziale na określone wagi przesyłek.

Odwołujący dla każdej podpozycji podał 0,00 zł.

Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny. Odwołujący, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie złożył wyjaśnienia.

W decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał, że oprócz dokumentów elektronicznych wystawianych przy czynnościach objętych omawianą pozycją zachodzi potrzeba przedstawienia pewnych dokumentów w wersji papierowej i został przywołany przykład certyfikatów służących do zawieszania cła od importowanego sprzętu wojskowego. Ponadto zamawiający wskazał, że w ramach tej pozycji powinny zostać uwzględnione także inne koszty m.in. stały koszt dostępu do celnego systemu informatycznego, za pomocą którego zgłaszane są elektronicznie przesyłki do Oddziału Celnego.

(§4 ust. 4 Cennika odwołującego)

Zamawiający w treści załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia

stanowiącego „Cennik usług świadczonych przez agencje celną (...)" w §4 ust. 4 żądał podania przez wykonawców stawki „Za czynności wykonawcy związane z rewizją celną lub wstępną przesyłki, dokonywaną w magazynie czasowego składowania wykonawcy (...) - z podziałem na 5 podpozycji wagowych.

Odwołujący przyjął dla wszystkich pozycji z §4 ust. 4 stawkę w wysokości 0 PLN. Powyższe wzbudziło wątpliwości zamawiającego, w wyniku czego zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia wyjaśnień. W wyjaśnieniach przedstawionych zamawiającemu w dniu 10 lipca 2018 r., odwołujący wprost wskazał na dwie okoliczności, uzasadniające przyjęcie stawki w wysokości 0 PLN.

W pierwszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że jak wynika z doświadczenia jego konsorcjanta (UTI) rewizje celne lub wstępne przesyłki w magazynie czasowego składowania wykonawcy zdarzają się niezmiernie rzadko (podając wprost przykład z 2018 r., gdzie do chwili przedstawiania wyjaśnień zamawiającemu nie dokonano jeszcze ani jednej rewizji wstępnej przy odprawie ostatecznej). Z drugiej strony odwołujący wskazał na wysokie koszty utrzymywania magazynu czasowego składowania przez wykonawcę (koszty utrzymania w praktyce niewykorzystywanego magazynu należącego do wykonawcy wynoszą ok. 50.000 PLN netto miesięcznie). W związku z powyższym odwołujący przyjął, że co do zasady nie przewiduje przeprowadzania rewizji celnych lub wstępnych w swoim magazynie czasowego składowania (zbyt duży koszt jego utrzymania w powiązaniu z bardzo niskim prawdopodobieństwem wystąpienia konieczności takiej czynności). W tym zakresie odwołujący wskazał, że w pierwszej kolejności będzie korzystać z magazynu czasowego składowania agenta handlingowego działającego na terenie Portu Lotniczego Okęcie, czyli

LS AIRPORT SERVICES, tj. swojego podwykonawcy.

Zamawiający nie uznał jednak wyjaśnień odwołującego odnoszących się do pozycji §4 ust 4. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający przyjął, że w ramach tej pozycji chodziło mu wprost o czynności dokonywane w magazynie czasowego składowania wykonawcy, a nie jego podwykonawcy. Ponadto zamawiający wywnioskował z treści wyjaśnień odwołującego, że w rzeczywistości koszty czynności z pozycji §4 ust. 4 (czyli rewizje celne lub wstępne przesyłki) mają być pokrywane przez środki uzyskane z pozycji §5 ust. 5 (czyli opłaty za załadunek/rozładunek po odprawie celnej, w celu ekspedycji).

(§5 ust. 2 Cennika odwołującego)

Zamawiający w treści załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiącego „Cennik usług świadczonych przez agencje celną (.)" w §5 ust. 2 żądał podania przez wykonawców stawki „Za przewóz/handling przesyłek, dokonywany między magazynem czasowego składowania należącym do Portu Lotniczego w Warszawie, a magazynem czasowego składowania należącym do Wykonawcy, znajdującym się w Warszawie lub w obrębie do 30 km od granic administracyjnych Warszawy, za 1 kg wagi brutto przesyłki.

Odwołujący przyjął dla tej pozycji stawkę w wysokości 0 PLN.

Powyższe wzbudziło wątpliwości zamawiającego, w wyniku czego zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia wyjaśnień.

W wyjaśnieniach przedstawionych zamawiającemu w dniu 10 lipca 2018 r., odwołujący wprost wskazał, że zaoferowana stawka wynika z wykorzystania przez niego (na potrzeby realizacji umowy z zamawiającym) magazynu czasowego składowania należącego do LS AIRPORT SERVICES. W ocenie odwołującego rozwiązanie to będzie generowało niższe koszty dla odwołującego, a w konsekwencji niższe koszty dla zamawiającego. Zamawiający nie uznał jednak wyjaśnień odwołującego odnoszących się do pozycji §5 ust. 2 i przyjął, że koszty odwołującego w tym zakresie będą pokrywane ze środków uzyskanych z innej pozycji, tj. §5 ust. 5 cennika. Ponadto zamawiający stwierdził, że w ramach planowanej umowy z wykonawcą część zleceniodawców, w imieniu których zamawiający zawiera umowę (tj. podmioty wskazane w rozdziale 5 umowy ramowej), po obowiązkowym przejściu przesyłki przez magazyn czasowego składowania agenta handlingowego LS na Okęciu (czyli LS AIRPORT SERVICES), będzie chciała korzystać z magazynu czasowego składowania wykonawcy oraz że wybór magazynu będzie należał do danego zleceniodawcy, który zlecając obsługę danej przesyłki, będzie się kierował rodzajem towaru, miejscem dostawy przesyłki w Polsce, odpowiednią do powyższego procedurą celną i bieżącymi przepisami lub wskazaniami polskiej administracji celnej, regulującymi właściwości poszczególnych oddziałów celnych miejsca, w których towar można będzie odprawiać, a także czasem realizacji obsługi celno-spedycyjnej przesyłki i kosztami tej obsług. Ponadto zamawiający wskazał, że liczy się z koniecznością korzystania przez Zleceniodawców świadczonych usług (jednostki wojskowe, w imieniu których zamawiający zawierać będzie umowę z wykonawcą wybranym w toku postępowania) w przyszłości z magazynu czasowego składowania innego niż magazyn należący do LS AIRPORT SERVICES.

W ocenie zamawiającego brak wykorzystania magazynu czasowego składowania należącego wprost do odwołującego (a wykorzystanie w tym zakresie zasobów LS AIRPORT SERVICES) byłby rzekomo niezgodny z interesem podmiotów obsługiwanych przez wykonawcę, a także niezgodny z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ.

(§5 ust. 4 Cennika odwołującego).

Zgodnie z opisem tej pozycji zawartym w Załączniku nr 2 do SIWZ (formularz cennika) dotyczyła ona stawki wykonawcy za składowanie przesyłki w magazynie czasowego składowania należącym do wykonawcy po upływie terminu, w którym od składowania tej przesyłki nie pobiera się żadnych opłat.

Zgodnie z treścią swojej oferty, odwołujący przez pierwsze 10 dni liczonych od dnia przywiezienia przesyłki nie będzie pobierał żadnej opłaty, a następnie opłata za składowe we wszystkich objętych pozycją §5 ust. 4 będzie wynosiła 0 PLN.

Powyższe wzbudziło wątpliwości zamawiającego, w wyniku czego zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia wyjaśnień.

W wyjaśnieniach przedstawionych zamawiającemu w dniu 10 lipca 2018 r. odwołujący wprost wskazał, że zaoferowane przez niego stawki za składowanie przesyłek po upływie 10 dni wolnych od składowego wynikają z wykorzystania przez niego (na potrzeby realizacji umowy z zamawiającym) magazynu czasowego składowania należącego do LS AIRPORT

SERVICES. W ocenie odwołującego rozwiązanie to będzie generowało niższe koszty dla odwołującego, a w konsekwencji niższe koszty dla zamawiającego.

Zamawiający nie uznał jednak wyjaśnień odwołującego odnoszących się do pozycji §5 ust. 4 i przyjął, że koszty odwołującego w tym zakresie będą pokrywane ze środków uzyskanych z innej pozycji, tj. §5 ust. 5 cennika. Argumentacja zamawiającego w tym zakresie pozostawała zbieżną z tą dotyczącą pozycji §5 ust. 2 cennika.

(§ 5 ust. 5 Cennika odwołującego).

Zamawiający w treści załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiącego „Cennik usług świadczonych przez agencje celną (...)" w §5 ust. 5 żądał podania przez wykonawców stawki „Za załadunek/rozładunek o wadze rzeczywistej powyżej

.....kg, po odprawie celnej, w celu ekspedycji przesyłki - nalicza się następujące stawki: ....

PLN netto/kg, ... brutto/kg.

Odwołujący przedstawiając zamawiającemu swój cennik, we wskazanej pozycji podał cenę „200 PLN netto/kg, 246 brutto/kg".

Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie omawianej pozycji Cennika.

W odpowiedzi na powyższe, konsorcjum DSV udzieliło wyjaśnień, w piśmie z dnia 10 lipca 2018 roku, odwołujący wskazał, iż „Gdyby jednak Zamawiający zdecydował się na magazynowanie przesyłek na magazynie czasowego składowania Wykonawcy, w §5 ust. 5 Cennika Wykonawca zaoferował cenę zapewniającą Wykonawcy stosowne wynagrodzenie z tego tytułu. Stąd też wynika różnica w stawce zaoferowanej przez Wykonawcę w stosunku do dotychczas oferowanych stawek i stanowi odpowiedź na zapytanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 PZP. Co jednak niezmiernie istotne, w praktyce stawka wskazana w §5 ust. 5 Cennika w ogóle nie powinna znaleźć zastosowania, ponieważ zgodnie z literalną treścią tej pozycji, dotyczy ona przesyłek po odprawie celnej a zatem przesyłek, które są już gotowe do wysyłki do finalnego odbiorcy i nie mogą trafić na magazyn czasowego składowania wykonawcy. Powyższe jeszcze tym bardziej uzasadnia wykonywanie tej czynności w ramach magazynu czasowego składowania agenta handlingowego LS i zastosowanie w tym zakresie stawek a także okresu wolnego od opłat wskazanych w cenniku agenta handlingowego lotniska LS. Na marginesie, pragnę wskazać, że podczas dotychczasowej współpracy Zamawiającego z konsorcjantem Wykonawcy, w przypadku przesyłek „general cargo", Zamawiający nigdy nie ponosił kosztów składowego w LS. Wykonawca planuje, aby utrzymać tę tendencję i dokonywać odprawy w terminie 3 dni wolnych od składowego. W ocenie Wykonawcy, powyższe wyjaśnienia w pełni potwierdzają rynkowość i realność poszczególnych elementów Cennika załączonego do oferty złożonej przez Wykonawcę w Postępowaniu.".

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego podniósł, iż tytułując §5 Cennika, jako: „Opłaty za składowanie i przeładunek przesyłek w magazynach czasowego składowania w Warszawie", oraz oznaczając i opisując poszczególne jego ustępy, formalnie przyjął, że czynności załadunku/rozładunku, wymienione w §5 ust. 5 Cennika, będą wykonywane zawsze, niezależnie od tego, który magazyn czasowego składowania będzie użyty. Zamawiający, umieszczając miejsca na wpisanie stawek w §5 ustępy 2, 4 i 5 Cennika, założył, że część Zleceniodawców, działających w ramach planowanej umowy z Wykonawcą, będzie chciała, po obowiązkowym przejściu przesyłki przez magazyn czasowego składowania agenta handlingowego LS na lotnisku Okęcie, korzystać z magazynu czasowego składowania Wykonawcy, a wybór magazynu będzie należał do danego Zleceniodawcy, który, zlecając obsługę danej przesyłki, będzie się kierował rodzajem towaru, miejscem dostawy przesyłki w Polsce, odpowiednią do powyższego procedurą celną i bieżącymi przepisami lub wskazaniami polskiej administracji celnej, regulującymi właściwości poszczególnych oddziałów celnych miejsca, w których towar można będzie odprawiać, a także czasem realizacji obsługi celno-spedycyjnej przesyłki i kosztami tej obsługi. Zamawiający wskazał, że liczy się z koniecznością korzystania przez Zleceniodawców w przyszłości z magazynu czasowego składowania, innego, niż magazyn lotniskowego agenta handlingowego; powodem tych obaw jest fakt, że administracja celna prowadziła kiedyś politykę terytorialnego przyporządkowania siedzib polskich importerów/eksporterów do danych oddziałów celnych, przy czym był okres, że oddziały celne, przyporządkowane do lotniska Okęcie, jako graniczne, bywały preferowane przez administrację celną, jako właściwe do przyjmowania raczej odpraw celnych tranzytowych, niż dokonywania odpraw ostatecznych, m.in. w przypadku stosowania procedur ostatecznego przeznaczenia. Zdaniem zamawiającego, wysokość omawianych stawek jest odwrotnie

proporcjonalna do liczby punktów, uzyskiwanych z tytułu wysokości oferowanych stawek, wyższa stawka w §5 ust. 5 Cennika DSV przekłada się na utratę mniejszej ilości punktów oceny, niż suma odpowiednio wyższych stawek w §4 ust. 4 i 5 ust. 2 i 4 Cennika DSV. W ten sposób Konsorcjum DSV dokonało sztucznego zaniżenia wartości usług, obejmujących: czynności Konsorcjum DSV związane z rewizją celną, przewóz/handling przesyłek między magazynami czasowego składowania i składowanie przesyłek w magazynie czasowego składowania Konsorcjum DSV, zawyżając jednocześnie wartość usług załadunku/rozładunku przesyłek, dokonywanego po odprawie celnej w celu ekspedycji przesyłek. Tym samym Konsorcjum DSV, przez sztuczne zaniżenie stawek dotyczących części zamówienia, dążyło do uzyskania wyższej oceny punktowej swojej oferty. Konsorcjum DSV, przypisując poszczególnym usługom inne wartości, niż rzeczywiste, które powinny być im przypisane, tak skonstruowało swoją ofertę, że działanie to dałoby mu możliwość zdobycia wyższej oceny, a w konsekwencji - uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Jednocześnie stawka wskazana przez Konsorcjum DSV w §5 ust. 5 Cennika DSV, jako nisko punktowana, została określona na niezwykle wysokim poziomie. Z jednej strony Konsorcjum DSV wyjaśnia, iż przedmiotowa stawka nie powinna znaleźć zastosowania i jest stawką martwą. Aby w innej części wyjaśnień z dn. 10.07.2018 r. wskazywać, iż w tej stawce mieszczą się inne znaczne koszty z innych pozycji Cennika DSV - odpowiednio pkt 2.22, 2.14 wyjaśnień z dn. 10.07.2018 r. Ponadto nadmienić należy, iż przedmiotowa stawka powoduje znaczne zwiększenie kosztów zleceń spedycyjnych, co w bardzo krótkim okresie obowiązywania umowy spowodowałoby wydatkowanie wszystkich środków przeznaczonych na to zadanie przez Zamawiającego. Wskutek pozbawienia znaczenia kryteriów oceny ofert powoduje, że Zamawiający zmuszony jest do wybierania, jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. Najdobitniejszym przykładem konsekwencji takiego działania jest przedstawienie skutków zastosowania stawki oferowanej w §5 ust 5 Cennika DSV. Za samą realizację usługi określonej w §5 ust 5 Cennika: „załadunek/rozładunek przesyłek o wadze rzeczywistej (brutto) powyżej 1,00 kg po odprawie celnej, w celu ekspedycji przesyłki'', Konsorcjum DSV żądałoby 246 000 zł za każdą tonę towaru. Przy wolumenie obsługiwanych przesyłek na poziomie 300 ton rocznie, w przypadku zastosowania tej stawki, środki przeznaczone na pięcioletnią realizację umowy zostałyby wykorzystane w ciągu roku tylko na tą jedną pozycję Cennika DSV. Objęta omawianą stawką czynność załadunku/rozładunku przesyłki jest, wg. Zamawiającego, powszechna, gdyż występuje przy każdej odprawie celnej i dotyczy wszystkich przesyłek trafiających do magazynu czasowego składowania (w imporcie i eksporcie). Wszystkie takie przesyłki muszą być, po odprawie celnej, przemieszczone z rampy magazynu i załadowane na samochód, w celu ich dalszego przewozu. W konsekwencji będzie to jedna z częściej używanych pozycji Cennika. Wg ppkt 2.23 zdanie pierwsze wyjaśnień z dn. 10.07.2018 r., stawka ujęta w §5 ust. 5 Cennika Wykonawcy miałaby zastosowanie wyłącznie dla przesyłek dla których byłby wykorzystywany magazyn czasowego składowania tego Wykonawcy i pokrywałby wysokie koszty tego magazynu, o których mowa w wyjaśnieniach z dn. 10.07.2018 r. ppkt 2.19, ppkt 2.20 i ppkt 2.21 ostatnie zdanie. Jednocześnie Konsorcjum DSV, uzasadniając w ppkt 2.19-2.21 wyjaśnień z dn. 10.07.2018 r., możliwość uniknięcia przez Zleceniodawców wysokich kosztów składowania przesyłek w magazynie czasowego składowania lotniskowego agenta handlingowego LS, stwierdziło, że Zleceniodawcy nie będą musieli ponosić tych kosztów, gdyż nic nie ogranicza Konsorcjum DSV, by uczynić magazyn LS, magazynem czasowego składowania Konsorcjum DSV. Jednak w takim przypadku, zgodnie z interpretacją Konsorcjum DSV, zawartą we wskazanych ppkt 2.19-2.21 wyjaśnień z dn. 10.07.2018 r., stawka 246,00 zł brutto za kg przesyłki stawałaby się znowu należna.

Zdaniem zamawiającego, wyżej opisane zachowanie za sprzeczne z dobrymi obyczajami kupieckimi i za przejaw manipulowana elementami cen przez Konsorcjum DSV, polegające na celowym przyjmowaniu rażących dysproporcji, w stosunku do faktycznych kosztów świadczonych usług. Prowadzenie przez Konsorcjum DSV tzw. "inżynierii cenowej" ma na celu zdobycie przewagi punktowej i prowadzi w konsekwencji do wyboru oferty Konsorcjum DSV, jako najkorzystniejszej, która jest jednocześnie ofertą niekorzystną dla Zamawiającego. Takie działanie zagraża również interesom innego Wykonawcy, który prawidłowo skalkulował ceny za poszczególne usługi - zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Niewątpliwym jest, że działanie Konsorcjum DSV utrudniłoby konkurentowi dostęp do rynku, mimo zaoferowania przez tego konkurenta wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ, po niższych kosztach. Działanie Konsorcjum DSV, polegające na zaniżeniu opłat za poszczególne usługi w §4 ust. 4 i §5 ust 2 i 4 Cennika DSV i przeniesieniu wszystkich kosztów świadczonych usług do jednej wartości opłaty za dokonanie załadunku/rozładunku w §5 ust. 5 Cennika DSV, wyczerpuje, w ocenie Zamawiającego, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i stanowi naruszenie art. 89 ust, 1 pkt 3 ustawy PZP, w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419) (dalej: „ustawy ZNK'). Ponadto w ocenie Zmawiającego działanie Konsorcjum DSV nosi również znamiona naruszenia z art. 15 ustawy ZNK. Przepis ten zawiera przykładowe wyliczenie czynów, które bez wątpienia ustawa uznaje za mające na celu utrudnienie przedsiębiorcom dostępu do rynku. Zamawiający podziela stanowisko, wyrażone w Uchwale z 16 kwietnia 2014 roku sygn. KIO/KD 30/14, zgodnie z którym: „okolicznością przesądzającą

o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 ustawy ZNK jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działalnie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ." W ocenie Zamawiającego działanie Konsorcjum DSV zmierzało do zaburzenia wyników oceny ofert i zapewnienia Konsorcjum DSV wyższej pozycji (ilości punktów) z naruszeniem zasad tzw. uczciwości kupieckiej, odwołujących się do rzetelnych zasad postępowania i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, w konsekwencji naruszając interes innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, jak i Zamawiającego, Zamawiający nie podziela poglądu prezentowanego przez Konsorcjum DSV, iż ww. działanie stanowiło jedynie wyraz zastosowanego przez niego optymalizacji kosztów. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której, ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów, Konsorcjum DSV uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. Ponadto opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest Zamawiający.

Ponadto odwołujący na rozprawie złożył, na potwierdzenie okoliczności podnoszonych w odwołaniu, następujące dowody:

- wyciąg z przepisów IATA dotyczący towarów niebezpiecznych,

- zestawienie informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z KRS dla DSV Air&Sea sp. z o.o.,

- przybliżony koszt wszelkiego oprogramowania wykorzystywanego do obsługi przesyłek, w tym też zapewniające dostęp do elektronicznego systemu informatycznego, za pomocą którego zgłasza się elektronicznie przesyłki do oddziału celnego,

- zestaw dokumentów dotyczących przykładowej przesyłki, co do której UTI wniosło zabezpieczenie dla należności celnych, dzięki czemu przesyłka opuściła magazyn czasowego składowania,

- faktura nr 31010279 wykazująca miesięczny koszt utrzymania własnego magazynu czasowego składowania,

które to dowody, Izba przyjęła do postępowania odwoławczego stwierdzając, że potwierdzają one okoliczności w nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko zamawiającego jest w pełni zasadne, a argumentacja zamawiającego zawarta w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego oraz ta przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie jest zupełna, dlatego też Izba podzielając stanowisko zamawiającego, uznaje je za własne.

(§4 ust. 2 pkt 2 Cennika odwołującego)

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Zdaniem Izby, zasadne jest stanowisko zamawiającego, iż wyjaśnienia odwołującego wskazują na nieuzasadnioną możliwość przenoszenia kosztów z tych pozycji Cennika, które podlegają ocenie punktowej, do kategorii usług nieujętych w Cenniku, w tym zakresie rodzi to przede wszystkim obawy o wysokość ponoszonych kosztów związanych z realizacją przedmiotowej usługi. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego niniejszy koszt powinien obejmować czynności, wynikające z rozdz. przepisów IATA: Dangerous Goods Regulations, bezpośrednio związane z wystawianiem deklaracji DGR, w tym oględziny prawidłowości opakowania przesyłki i jego zewnętrznego oznakowania. Jest to zatem czynność cenotwórcza, gdyż wiąże się ze świadczeniem pracy, profesjonalny spedytor, jakim jest Odwołujący, powinien wiedzieć, że jest niemożliwe wystawienie dokumentu DGR (lub innej analogicznej deklaracji nadawcy towaru niebezpiecznego), zarówno bez weryfikacji otrzymanych od nadawcy dokumentów przewozowych, jak również bez dokonania

naocznych oględzin przesyłki, w tym przynajmniej ilości i zewnętrznego stanu zewnętrznych opakowań transportowych, ich oznakowania i kompletności i stanu przymocowania wymaganych nalepek, zgodnie z rekomendowanymi przez IATA czynnościami, wymienionymi na liście sprawdzającej przy akceptacji do przewozu materiałów niebezpiecznych (zob. Dangerous Goods Checlist for a Non-Radioactive Shipment), znajdującej się na końcu przepisów IATA Dangerous Goods Regulations.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, prezentowanego na rozprawie, iż samo wystawie deklaracji DGR nie jest czynnością samą w sobie pracochłonną, wykonywaną elektronicznie, to jak to stwierdził odwołujący, aby wystawić taką deklarację (poz. 26 listy sprawdzającej IATA) należy wykonać wszystkie wcześniej opisane czynności (poz. 1 do 25 listy sprawdzającej IATA), co oznacza, że jednak jakiś nakład pracy trzeba wykonać. Okoliczność, iż odwołujący w fakturach otrzymywanych od swojego podwykonawcy nie wykazuje odrębnej pozycji dla tej czynności, nie może powodować uznania, że czynność ta nie jest wyceniana (bezkosztowa). Zdaniem Izby profesjonalista, jakim na pewno jest odwołujący, skoro posiada wiedzę w zakresie wszystkich czynności prowadzących do wystawienia spornej deklaracji, zdolny jest do samodzielnej wyceny takiej czynności, albo jest w stanie ustalić ze swoim podwykonawcą cenę za tego rodzaju czynność. Istotną w sprawie okolicznością jest fakt, iż wycena z §4 ust. 2 pkt 2 cennika, była elementem oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert. Tym samym była elementem decydującym (w swoim ograniczonym zakresie) dla uznania oferty za najkorzystniejszą. Dlatego też przeniesienie wartości tej pozycji do §9 cennika odwołującego uznać należało za bezzasadne, albowiem do tej pozycji cennika można by przenieść co najwyżej te elementy wyceny usługi, które nie stanowiły kryteriów oceny oferty.

Ponadto wskazać należy, iż odwołujący nie udowodnił, w omawianym zakresie, iż cena zaoferowana przez niego (0 zł), nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach odwołał się jedynie do kwestii, iż będzie korzystał z firmy zewnętrznej, która będzie obciążać odwołującego za całościowe przygotowanie przesyłki towaru niebezpiecznego i nie będzie obciążać odwołującego odrębnie za wystawienie dokumentu wysyłkowego dla przesyłek DGR. Z powyższego wynika zatem, iż jakiś konkretny koszt za usługę występuje, a jedynie odwołujący nie jest w stanie go wykazać. Takie wyjaśnienie, w kontekście tego, iż wskazana pozycja stanowi jeden z elementów oceny oferty, nie znajduje swojego racjonalnego uzasadnienia. Tak jak powyżej wskazywała Izba, odwołujący miał zatem możliwość ustalenia kosztu takiej usługi z firmą zewnętrzną, jednakże czynności takich zaniechał, co w konsekwencji musiało wywołać negatywny skutek w postaci uznania oferty odwołującego, jako zawierającą rażąco niską cenę.

(§4 ust. 3 Cennika odwołującego).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Wskazać bowiem należy, iż odwołujący w swoich wyjaśnieniach z 10 lipca 2018 roku, podał, że Na potrzeby przedstawienia do odprawy celnej i odbioru/nadania przesyłek w imieniu klienta w miejscu odprawy Wykonawca będzie wykorzystywał zgłoszenie elektroniczne, co wiąże się z brakiem konieczności fizycznego przedstawienia dokumentu w Urzędzie Celnym. Powyższa okoliczność czyni koszty związane z tą czynnością pomijalnymi.

Zdaniem Izby, na co słusznie zwrócił uwagę zamawiający Faktem jest, że Konsorcjum DSV będzie wykorzystywać zgłoszenia elektroniczne i takie zgłoszenie będzie mogło być składane elektroniczne, ale nie zmienia to faktu, iż zakończenie odprawy celnej będzie wymagać fizycznego przedstawiania w Urzędzie Celnym w oryginale innych papierowych dokumentów, jak następuje: (1) w przypadku większości odpraw celnych importowych sprzętu wojskowego (SpW) — certyfikatów wystawianych w celu zawieszenia należności celnych od broni i sprzętu wojskowego, importowanych dla Sił Zbrojnych RP, na podstawie Rozporządzenia Rady WE nr 150/2003 z dnia 21 stycznia 2003 r.; (2) w przypadku wywozu ostatecznego — zezwoleń indywidualnych na wywóz uzbrojenia, wydawane przez Ministra Przedsiębiorczości i Technologii. Tym samym omawiany certyfikat, wystawiany w celu zawieszania należności celnych, może być zastosowany także, jako zgłoszenie celne, ale w przypadku większości dostaw importowych Zamawiającego i Zleceniodawców nie pełni on tej funkcji. Warto też zaznaczyć, że w funkcji zgłoszenia celnego byłby składany on także w oryginale, a więc nie w formie elektronicznej.

Ponadto wskazać należy, że przekazywanie dokumentów do odprawy celnej za pomocą łącza elektronicznego (które również generuje koszty) nie odbywa się samoczynnie i jest każdorazowo związane z pracą osoby wykonującej tę czynność (koszty osobowe pracy zatrudnionej osoby). Dodatkowo za niezasadne uznać należy stanowisko odwołującego związane z możliwością „zaniesienia" dokumentów do Urzędu Celnego znajdującego się w tym samym budynku, w którym znajduje biuro lidera odwołującego. Po pierwsze nie obejmuje to sytuacji, w których dokumenty składane są w innym Urzędzie Celnym niż ten

z Warszawy (okoliczność, którą wskazał zamawiający również w §4 ust. 3 lit. (a) wzoru cennika poprzez sformułowanie „poza Warszawę"). Po drugie, co oczywiste, osobisty angaż pracownika do wykonania tej czynności również generuje koszty osobowe. Zgodnie z §4 ust. 3 lit. c) cennika, operacje „przemieszczania przesyłki" obejmują „załadunek, wyładunek i inne przemieszczenia przesyłki, dokonywane bezpośrednio przez pracowników wykonawcy na terenie jego biura lub jego własnego magazynu, obok czynności biurowych", co oznacza, że odwołujący w swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, w ogóle pominął elementy odnoszące się do kosztów, o których mowa w §4 ust. 3 lit. b) i c) cennika.

Tym samym zasadna była, w ocenie Izby, czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego, w omawianym zakresie, jako zawierającej rażąco niską cenę.

(§4 ust. 4, §5 ust. 2 i 4 Cennika odwołującego) oraz (§5 ust. 5 Cennika odwołującego).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Artykuł 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dalej znk, jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art. 3 ust. 2 oraz wskazany przez zamawiającego art. 15 ust. 1 znk, który stanowi katalog otwarty. Złożenie oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych w pełni aprobuje kwalifikację zachowań rodzajowo podobnych do działania odwołującego, do działań spełniających znamiona czynów nieuczciwej konkurencji. W orzeczeniu o sygn. akt UZP/ZO/0-3026/06 stwierdzono, iż czynem takim jest „złożenie oferty i zaproponowanie gwarancji na perforację nadwozia na okres 312 miesięcy (...), który jest okresem nierealnie długim, w praktyce niemożliwym do zrealizowania" w celu "matematycznego" wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty.". Podobnie w kontekście sztucznego manipulowania elementami oferty z myślą, tylko o ocenie punktowej wypowiedziała się Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1934/12 cyt.: „Odwołujący, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług nie może być, bowiem uznana jedynie za element kalkulacji, czego zresztą Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Tym samym w ocenie Izby zaistniały podstawy ku temu, aby przypisać Odwołującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.". Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów powszechnych cyt.: „w myśl art. 3 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania Odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc "manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ" (wyrok SO w Poznaniu sygn. IX Gc 19/07), tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322. Analogiczne stanowiska KIO zajmowała w sprawach sygn. akt: KIO 640/11 oraz sygn. akt: KIO 2787/11, czy sygn. akt: KIO 7/13, gdzie w szczególności w tej ostatniej negatywnie oceniła manipulowanie przez wykonawcę elementami oferty (w tym wypadku również cenami jednostkowymi).

W odniesieniu do zarzutów w zakresie bezpodstawnego odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji wskazać należy, iż zamawiający w sposób prawidłowy i pełny wykazał istnienie przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w związku z art. 3 ust. 1 znk, jak również uzupełniająco art. 15 znk, zamawiający jasno wskazał, iż czyn nieuczciwej konkurencji w niniejszej sprawie polega na celowym działaniu zmierzającym do zaburzenia

wyników oceny ofert i zapewnienia odwołującemu wyższej pozycji (ilości punktów) z naruszeniem zasad tzw. uczciwości kupieckiej, odwołujących się do rzetelnych zasad postępowania i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, w konsekwencji naruszając interes przede wszystkim zamawiającego. Izba nie podziela poglądu prezentowanego przez odwołującego, iż ww. działanie stanowiło jedynie wyraz zastosowanego przez niego optymalizacji kosztów.

Zdaniem Izby, takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której, ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów odwołujący uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. Ponadto opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest zamawiający, który zmuszony jest do wybrania, jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie.

Orzecznictwo Izby wskazuje, iż „działanie polegające na tzw. "manipulowaniu ceną" jest działaniem polegającym na "określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen” (M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W. 2018). Manipulacja cenowa sprowadza się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi. Celem takiej "optymalizacji” jest nic innego jak uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Wskazać należy, że jest to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców.

Zdaniem Izby, odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 10 lipca 2018 r., jednoznacznie wskazał (pkt 2.21- 2.23, 2.14), iż przedstawione stawki stanowią manipulację cenową. Na kanwie walki z tym zjawiskiem ukształtowała się obszerna i jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach której Izba wskazuje, że działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest:

a) sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V AC 71/07);

b) co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców (wykonawców), którzy kalkulując cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji. Działanie takie może również zagrażać interesom samego zamawiającego, który w następstwie tego typu manipulacji cenowej byłby zmuszony niejednokrotnie dokonać wyboru oferty sumarycznie droższej (zawierającej wyższą cenę całkowitą).

Tytułem przykładu należy odesłać w tym zakresie do tez Krajowej Izby Odwoławczej, zawartych chociażby w następujących orzeczeniach: wyrok z dnia 5 kwietnia 2011 r., KIO 640/11; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., KIO 7/13; wyrok z dnia 19 lutego 2014 r., KIO 216/14; wyrok KIO z dnia z dnia 17 września 2015 r., KIO 1945/15; wyrok z dnia 14 listopada 2016 r., KIO 2038/16; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r. KIO 1476/17; wyrok z dnia 28 marca 2017 r., KIO 473/17; wyrok z dnia 4 lipca 2018 r. KIO 1186/18; wyrok z dnia 16 sierpnia 2018 r. KIO 1578/18.

Podobnie jak w odniesieniu do §4 ust. 2 pkt 2 cennika odwołującego, przeniesienie stawek, za enumeratywnie wymienione przez zamawiającego ww. czynności do §5 ust. 5 cennika odwołującego, uznać należało za czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem wskazane pozycje cennika podlegały ocenie punktowej, w ramach kryteriów oceny ofert, a co za tym idzie niejako ukrycie wynagrodzenia za te usługi w wycenie innej usługi, która była niżej punktowana, przy jednoczesnym oświadczeniu odwołującego o właściwie iluzorycznej możliwości zastosowania do obciążania zamawiającego kosztami z §5 ust. 5 cennika odwołującego, ma znaczący wpływ na możliwość ustalenia - wybrania oferty najkorzystniejszej. Manewr odwołującego jest więc wewnętrznie sprzeczny, gdyż z jednej strony odwołujący twierdzi, że ww. pozycje cennika przeniesie (czy też uwzględnił) do §5 ust. 5 cennika, a z drugiej strony oświadcza, że tej pozycji w ogóle nie będzie stosował. Niemniej za niedopuszczalne, należy uznać działanie odwołującego, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny oferty odwołującego w każdej z pozycji wymaganej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie działanie ma bowiem wpływ na

zachwianie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak zatem zamawiający miałby porównać oferty, w szczególności dokonać oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert, w sytuacji, gdy jeden z wykonawców „ukrywa" koszty w innych pozycjach, nie dając szansy zamawiającemu na rzetelne ocenienie jego oferty w kontekście innych ofert złożonych w danym postępowaniu. Takie zachowanie wykonawcy (odwołującego) narusza zasadę przejrzystości postępowania, uniemożliwiając innym uczestnikom oraz zamawiającemu prawidłową i rzetelną ocenę oferty.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny, a tym samym zamawiający w sposób prawidłowy ocenił pozycję §5 ust. 5 cennika odwołującego uznając, iż odwołujący, w tym zakresie złożył ofertę, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z art. 3 ust. 1 oraz w związku z art. 15 znk, tj. czyn manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania wyższej punktacji w zakresie §4 ust. 4, §5 ust. 2 i 4 cennika odwołującego.

Tym samym, biorąc pod uwagę, iż działanie odwołującego nosiło znamiona nieuczciwej konkurencji, przez takie ukształtowanie treści oferty, które umożliwiało odwołującemu uzyskanie maksymalnej liczby punktów w kryteriach oceny ofert, najwyżej punktowanych z jednoczesną maksymalizacją wyceny jednego typu usługi (nisko punktowanej (1 pkt)), przez co odwołujący uzyskując przedmiotowe zamówienie (podpisując umowę ramową) za każdym razem obciążałby zamawiającego nierealnymi stawkami za załadunek/rozładunek przesyłek po odprawie celnej, co skutkowałoby niezasadnym wydatkowaniem środków publicznych. Takie zachowanie odwołującego, musi spotkać się ze zdecydowaną krytyką i musi podlegać negatywnej ocenie. Niemożliwe jest bowiem do zaakceptowania stanowisko odwołującego, że powyższa stawka (246 zł/kg) nie będzie miała zastosowania, albowiem jak to wynika wprost w treści s.i.w.z., będzie ona obligatoryjna zawsze, przy przesyłkach powyżej 1 kg i po odprawie celnej. Oświadczenia składane przez odwołującego na rozprawie, czy przy pismach procesowych nie mogą mieć i nie mają żadnego znaczenia wobec jasno ustalonej treści s.i.w.z. i wzoru umowy ramowej, wedle których zamawiający nie będzie miał podstaw prawnych do kwestionowania rachunków wystawianych przez odwołującego dla zamawiającego za świadczenie omawianej usługi.

Dlatego też Izba stwierdziła, że odwołujący dokonując manipulacji cenowej, mogącej być uznawaną za tzw. „inżynierię cenową" czy „kreatywną politykę cenową", dopuścił się naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp oraz ustawy znk.

Izba za niezasadny uznała zarzuty dotyczące naruszenia art. 38 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust 1 w zw. z art. 15 znk, stwierdzając, iż zamawiający nie dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po terminie składania ofert, albowiem zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty odwołującego wprost odniósł się do brzmienia zaakceptowanej przez odwołującego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogólnie obowiązujących przepisów dotyczących usług celno-spedycyjnych, które profesjonalnemu wykonawcy muszą być znane.

W konsekwencji powyższych ustaleń, Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 93 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, a w konsekwencji powyższej czynności, w postępowaniu nie pozostała żadna ważna oferta, co uzasadniało decyzję zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: .....

Członkowie: