Sygn. akt: KIO 2836/21

WYROK

z dnia 20 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2021 r. przez odwołującego: Inforsys S.A. z siedzibą w Radzyminie (Al. Jana Pawła II 24, 05-250 Radzymin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie (ul. 8 Marca 6, 35-959 Rzeszów),

przy udziale wykonawcy: EDC Expert Direct Communication sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (ul. Belzacka 176/178, 97-300 Piotrków Trybunalski) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie:

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: Inforsys S.A. z siedzibą w Radzyminie (Al. Jana Pawła II 24, 05-250 Radzymin) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od

odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie (ul. 8 Marca 6, 35-959 Rzeszów) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2836/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 27 września 2021 r. przez wykonawcę Inforsys S.A. z siedzibą w Radzyminie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz.

1129 ze zm.) [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Usługę drukowania, nadawania i dostarczania do Klientów faktur i innej korespondencji PGE Obrót S.A." Numer referencyjny: POST/OBR/OBR/BI/00022/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 lipca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 129-343919. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty EDC, której treść w zakresie pozycji 25 formularza cenowego jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. wykonawca zaoferował sposób realizacji zamówienia inny niż wymagany w SWZ oraz nie uwzględnił w cenie oferty wymaganych w dokumentach zamówienia elementów cenotwórczych w tym obowiązującej opłaty na rzecz operatora wyznaczonego z tytułu nadania przesyłki rejestrowanej, co skutkowało wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP - poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty EDC, która w pozycji 25 formularza cenowego zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na nieuwzględnieniu wymaganych w dokumentach zamówienia elementów cenotwórczych w tym obowiązującej opłaty na rzecz operatora wyznaczonego z tytułu nadania przesyłki rejestrowanej, co skutkowało wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu;

- w przypadku nieuwzględnienia zarzutów postawionych w pkt 1) i 2) powyżej:

3) art. 224 ust. 1 Pzp - poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania EDC do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji 25 formularza cenowego, która w odniesieniu do obowiązującego cennika operatora wyznaczonego wydaje się być rażąco niska lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania; 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Części 1 Postępowania; 3) odrzucenie oferty EDC na postawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp - w przypadku uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 PZP (zarzuty z pkt 1-2); 4) nakazanie Zamawiającemu wezwania EDC na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do wyjaśnień rażąco niskiej ceny co do pkt 25 formularza cenowego w szczególności w zakresie skalkulowanych kosztów w tym obowiązującej opłaty z tytułu nadania przesyłki rejestrowanej za pośrednictwem operatora wyznaczonego oraz skalkulowanego zysku w przypadku uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp (zarzut z pkt 3). Także wniósł o 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że (...) W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EDC pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności odrzucenia oferty EDC, oferta Odwołującego, jako jedyna niepodlegająca odrzuceniu, uzyskałaby najwyższą liczbę punktów spośród wszystkich ofert i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w Części 1 Postępowania. Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia również w wyniku dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem obligatoryjnego wezwania EDC na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji 25 formularza cenowego. Gdyby bowiem EDC w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 PZP wyjaśnień nie złożyło lub złożone wyjaśnienia potwierdziłyby, że cena jest rażąco niska, EDC zostałaby odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W takiej sytuacji Odwołujący analogicznie uzyskałby najwyższą liczbę punktów spośród wszystkich ofert i powinien zostać wybrany jako najkorzystniejszy w Części 1 Postępowania. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie Odwołującego potencjalnego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi szkodę".

W uzasadnienie odnośnie zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp podał: Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest usługa drukowania, nadawania i dostarczania do klientów faktur i innej korespondencji PGE Obrót S.A. z podziałem na 4 części. Odwołujący oraz EDC złożyli ofertę dla Części 1 Postępowania, której szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku do SWZ: „Załącznik nr 1A - Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia - dotyczy Części 1 postępowania", dalej: „Załącznik nr 1A".

Wykonawcy składający ofertę dla Części 1 Postępowania zobowiązani byli do złożenia oferty

na formularzu zgodnym ze wzorem stanowiącym załącznik do SWZ: „Załącznik nr 4A - Formularz oferty - Oświadczenie Wykonawcy - WZÓR - dotyczy Części 1 postępowania", dalej: „Załącznik nr 4A". W ramach Załącznika nr 4A wykonawcy musieli wypełnić formularz cenowy dla 28 pozycji składających się na zakres przedmiotowy zamówienia w ramach Części 1 Postępowania podając ceny jednostkowe oraz wartości całkowite poszczególnych pozycji. W Rozdz. 21.2. SWZ Zamawiający podał z kolei w jaki sposób ma zostać określona cena: „Cena Oferty uwzględnia wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszystkie koszty związane z realizacją Zamówienia, transport. ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Podana cena nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) Zamówienia, z zastrzeżeniem warunków wynikających z Umów w sprawie zamówienia, których projekty stanowią Załącznik nr ZA, 2B, 2C, 2D do SWZ." (podkreślenia: K. K.).

W ramach pozycji 25 Załącznika nr 4A Zamawiający wymagał zaoferowania i skalkulowania usługi: „Nadawanie, w tym opłacenie, przesyłek rejestrowanych w imieniu Wysyłającego Zapytanie za pośrednictwem Operatora Wyznaczonego". Z treści pozycji 25 Załącznika nr 4A wynika tym samym jednoznacznie, że Zamawiający skonkretyzował jaka opłata ma zostać uwzględniona w cenie oferty, a zatem wykonawcy, zgodnie z dokumentami zamówienia, , zobligowani byli do skalkulowania w ramach tej pozycji między innymi opłaty z tytułu nadawania przysyłek rejestrowanych, za pośrednictwem Operatora Wyznaczonego - Poczta Polska S.A., dalej: „PP S.A.". Mówiąc inaczej, wykonawcy w ramach tej pozycji musieli uwzględnić opłatę za przesyłkę poleconą ekonomiczną. która dla Formatu S do 500 g wnosi 5.90 zł według obowiązującego od 1 września 2020 r. Cennika usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym Poczty Polskiej S.A., dalej: „Cennika PP S.A."I (Część I Rozdz. II poz. 3). Dowód: Cennik usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym Poczty Polskiej S.A. obowiązujący od 1 września 2020 roku

W ramach pozycji 25 EDC określił natomiast wartość jednej przesyłki na kwotę 4,848 zł, a zatem o prawie 1,05 zł mniej niż opłata wynikająca z Cennika PP S.A., którą wykonawca, zgodnie z dokumentami zamówienia, musiał skalkulować dla tej usługi. Z powyższego wynika więc jednoznacznie, że EDC nie skalkulował właściwej opłaty na rzecz PP S.A. oraz innych wymaganych elementów cenotwórczych w związku z czym nie jest w stanie wykonać zamówienia w ramach tej pozycji za zaoferowaną cenę.

Wskazał, że jeszcze na etapie zapytania z dnia 7 stycznia 2021 r. Wysyłający Zapytanie (Zamawiający) udzielał wyjaśnień dotyczących pozycji 25 Załącznika nr 4A doprecyzowując jakie elementy cenotwórcze mają zostać uwzględnione w cenie oferty w ramach tej pozycji.

W dokumencie z dnia 21 stycznia 2021 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

Pytanie 31 - dot. Załącznik A - Warunki cenowe Pkt 29

„Na czym konkretnie polegało będzie opisane „Nadawanie, w tym opłacenie, przesyłek rejestrowanych w imieniu Wysyłającego Zapytanie za pośrednictwem Operatora Wyznaczonego'. Jakie są składowe tej usługi? Na jakim cenniku nadań opiera się ta usługa?"

Odpowiedź: „Wysyłający Zapytanie udzielił odpowiedzi w pytaniu 30. Ponadto. usługa powinna opierać się na cenniku Operatora Wyznaczonego. " (podkreślenie: K. K.). Odpowiedź na pytanie 30: „Wysyłający Zapytanie przewiduje potrzebę wyselekcjonowania przez Oferenta przesyłek przeznaczonych dla Operatora Wyznaczonego na podstawie, np. typu dokumentu przekazanego przez Wysyłającego Zapytanie. Ponadto usługa powinna obejmować nadanie tych przesyłek u Operatora Wyznaczonego, dla przesyłek rejestrowanych, sporządzenie odpowiednich książek nadawczych, przekazanie informacji o nadawanych przesyłkach do rejestru Operatora Wyznaczonego i zwrotne przekazanie do Wysyłającego Zapytanie informacji potwierdzających nadanie. "

Dowód: Odpowiedzi na pytania zadane do RFI „Zakup usługi drukowania, kopertowania i

nadawania do Klientów PGE Obrót S.A. faktur oraz innej korespondencji" z dnia 21 stycznia 2021 r.

Mając na uwadze powyższe oraz ceny wynikające z Cennika PP S.A. oczywistym jest. że EDC nie skalkulował prawidłowo wszystkich wymaganych elementów cenotwórczych w szczególności opłaty na rzecz PP S.A. Z punktu widzenia kalkulacji ceny dla pozycji 25 Załącznika nr 4A i weryfikacji zgodności oferowanego sposobu realizacji zamówienia z

wymaganiami SWZ kluczowa jest kwestia ustalenia nadawcy korespondencji, co Zamawiający doprecyzował w wyjaśnieniach do SWZ opublikowanych dnia 2 sierpnia 2021 r. w dokumencie pn.: „Odpowiedź - pytania 4 30_07_v.pdf':

Pytanie nr 2

„Czy Zamawiający dopuszcza sytuację w której przesyłka zostanie nadana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego, w wyniku czego Nadawcą przesyłki nie będzie PGE Obrót S.A., a podmiot działający w imieniu i na rzecz PGE Obrót S.A".

Odpowiedź: „Nadawcą przesyłek może być wyłącznie PGE Obrót S.A. " (podkreślenie: K. Kaleta)

Z powyższego wynika więc, że nadawcą przesyłki może być wyłącznie PGE Obrót S.A., a nie wykonawca działający „w imieniu i na rzecz" PGE Obrót S.A. Zamawiający tym samym wymagał określonego sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę. Dla Zamawiającego wiąże się to przede wszystkim z tym, że nadawcą jest PGE Obrót S.A., a nie wykonawca, a co za tym idzie na kopercie znajduje się wyłącznie oznaczenie PGE Obrót S.A. jako nadawcy. Zamawiający tym samym wykluczył możliwość realizacji zamówienia w formule „w imieniu i na rzecz", czyli gdy nadawcą jest wykonawca, a na kopercie znajduje się oznaczenie wykonawcy jako nadawcy z adnotacją, że działa on w imieniu i na rzecz PGE Obrót S.A.

Jest to o tyle istotne, że w formule realizacji zamówienia wymaganej przez Zamawiającego wykonawcy nie mogą powoływać się na upusty wynikającego z umów wiążących ich z PP

S.A., ponieważ umowy takie można zawrzeć jedynie nadając przesyłki klientów w formule „w imieniu i na rzecz".

Zgodnie z § 46 ust. 1 obowiązującego od dnia 22 grudnia 2020 r. Regulaminu świadczenia usług powszechnych PP S.A. : „Nadawcy, który nada określoną liczbą przesyłek pocztowych w ustalonym z Pocztą Polską okresie lub który wykona uzgodnione z Pocztą Polską dodatkowe czynności związane z przygotowaniem lub opracowaniem przesyłek pocztowych, skutkujące obniżką kosztów ich realizacji, przysługuje opust". Z kolei z ust. 7 tego paragrafu wynika: „Opusty na dany rodzaj przesyłki pocztowej stosuje się i rozlicza na podstawie pisemnej umowy z wykonawcą" (podkreślenia: K. K.). Dowód: Regulamin świadczenia usług powszechnych PP S.A. obowiązujący od dnia 22 grudnia 2020 r.

Zastosowanie w przypadku niniejszego Postępowania rabatów wynikających z obowiązującego od dnia 1 sierpnia 2018 r. Regulaminu świadczenia usługi pocztowej niepowszechnej przesyłka firmowa w obrocie krajowym , wyklucza natomiast już sama definicja nadawcy wynikająca z 52 pkt 3) tego regulaminu: „nadawca - podmiot niebędący konsumentem w rozumieniu art. 221 Kodeksu cywilnego, który zawarł z Pocztq Polskq umowę o świadczenie usługi" (podkreślenie: K. K.). Dowód: Regulamin PP SA. świadczenia usługi pocztowej niepowszechnej przesyłka firmowa w obrocie krajowym obowiązujący od dnia 1 sierpnia 2018 r.

Z powyższego zatem jednoznacznie wynika, że ewentualne upusty względem opłat wynikających z Cennika PP S.A. mogą przysługiwać wyłącznie nadawcy na podstawie umowy z PP S.A. W przypadku tego Postępowania nie ma tym samym możliwości zastosowania przez wykonawcę jakiegokolwiek upustu. W dokumentach zamówienia nie ma mowy o umowie wiążącej PGE Obrót S.A. (nadawcy) z PP S.A. uprawniającej wykonawców do skalkulowania niższej opłaty na rzecz PP S.A. Upusty wynikające z umów zawartych przez EDC z PP S.A. nie będą miały natomiast zastosowania ponieważ EDC nie jest nadawcą (nie może działać w imieniu i na rzecz PGE Obrót S.A. zgodnie z wymaganiami SWZ). Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego EDC zobligowany był do zaoferowania w ramach pozycji 25 Załącznika Nr 4A, nadawania przesyłek PGE Obrót S.A. (jako nadawcy), a nie nadawania przesyłek w imieniu i na rzecz PGE Obrót S.A. EDC powinien skalkulować tym samym opłaty wynikające z obowiązującego Cennika PP S.A. bez upustów oraz inne elementy cenotwórcze. Mając to na uwadze Zamawiający powinien odrzucić ofertę EDC na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp w związku z tym, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które pozostaje aktualne w obowiązującym stanie prawnym: „Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p,z.p. nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia,

w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią

SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego "4. Krajowa Izba

Odwoławcza stwierdziła ponadto, że: „Cena oferty, w tym sposób jej budowania, jest „treścią

oferty", nie jedynie tzw. formalną, ale tzw. merytoryczną, której dotyczy dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustany z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Tym samym niezgodność wyceny oferty ze sposobem wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje konsekwencje wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 2 usta Prawo zamówień publicznych, czyli konieczność odrzucenia tak sporządzonej oferty.. [...] Poza tym już sama niezgodność wyceny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powoduje, że ocena oferty w zakresie wyceny może być nieadekwatna, ponieważ, jak wskazuje sam art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, cena i jej części składowe odnoszą się do przedmiotu zamówienia i innych wymagań zamawiającego - zatem w pierwszej kolejności musi zostać spełniony zakres przedmiotowy świadczenia. "5 (podkreślenia: K. K.).

W odniesieniu do błędu w obliczeniu ceny Krajowa Izba Odwoławcza potwierdza, że: „Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena ofer0' została obliczona w sposób

niezgodny: ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub gdy w cenie oferty przykładowo uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Błędem będzie także zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić”6. Ponadto Kraj owa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „ Ustawa Pzp nie definiuje co przez błąd w obliczeniu ceny należy rozumieć, jednak jak wskazuje się w orzecznictwie błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia. jak przykładowo zastosowanie niewłaściwą' stawki podatku VAT. przyjęcie niewłaściwych danych. nieuwzględnienie w cenie wszystkich wymaganych elementów7 ” (podkreślenia: K. K.).

Odwołujący ponadto wskazał, że zgodnie ze wzorem umowy dla Części 1 stanowiącym załącznik do SWZ: „Załącznik Nr 2A - Projektowane postanowienia umowy - WZÓR - dotyczy Części 1 postępowania”, dalej: „Wzór umowy' wysokość wynagrodzenia wykonawcy ustalana będzie na podstawie wolumenu prawidłowo zrealizowanych usług i cen jednostkowych określonych w ofercie. EDC nie ma tym samym możliwości powoływania się na to, że niedoszacowanie pozycji 25 Załącznika Nr 4A zostało skalkulowane w innych pozycjach.

Wskazał również, że Wzór umowy nie zawiera klauzul dających możliwość waloryzowania ceny oferty w związku ze zmianą opłat PP S.A. co zostało również potwierdzone w wyjaśnieniach SWZ Zamawiającego opublikowanych dnia 11 sierpnia 2021 r. w dokumencie pn.: „Część VI_ Pytania z 30.07.2021 08.22_odpowiedzi_modyfikacje.pdf:

..Pytanie nr 33F:

Pkt 25 Nadawanie, w tym opłacenie, przesyłek rejestrowanych w imieniu za pośrednictwem Operatora Wyznaczonego. W momencie składania oferty Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć jak kształtowały się będą opłaty za dystrybucję tej korespondencji (cennik usług powszechnych Poczty Polskiej.) w okresie świadczenia usługi dla Zamawiającego. Czy Zamawiający dopuszcza możliwość Waloryzacji ceny przez Wykonawcę w przypadku wprowadzenia zmiany po stronie Operatora Wyznaczonego? (podkreślenie: K. K.)

Odpowiedź: „Zamawiający nie dopuszcza możliwości waloryzacji cen”. (podkreślenie: K. .)

Wykonawcy zobligowani byli tym samym do uwzględnienia w ofercie ryzyka ewentualnej podwyżki opłaty na rzecz PP S.A zwłaszcza, że umowa ma być realizowana przez okres 24 miesięcy.

W uzasadnieniu dotyczącym naruszenia art. 224 ust 1 Pzp podał:

Odwołujący z daleko idącej ostrożności stawia ewentualny zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp. Nawet, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że pozostałe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie to cena oferty w zakresie pozycji 25 Załącznika Nr 4A powinna budzić wątpliwości zamawiającego z takich samych przyczyn faktycznych jakie zostały wskazane w uzasadnieniu dot. pozostałych zarzutów, w szczególności odnoszących się do znacznej dysproporcji pomiędzy opłatą wynikającą z Cennika PP S.A. oraz ceną zaoferowaną przez EDC, zwłaszcza, że Zamawiający przewidział ustalenie wysokości wynagrodzenia na podstawie zleconych i prawidłowo zrealizowanych ilości. Powołując się na utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „Jednocześnie jednak należy również uznać za prawidłowe dotychczasowe stanowisko, iż w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy poszczególnych cen jednostkowych co

też elementów, które służyć będą do ustalenia ceny, jeżeli jest to uzasadnione określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert. specyfiką przedmiotu zamówienia czy też ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że pojęcie ceny, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp należy odnosić do okoliczności danego przypadku. Przykładowo, w świetle art. 536 KC cenę można określić poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Taki charakter ma również np. każda oferta posługująca się obmiarowym ustalaniem ceny, gdzie mamy do czynienia z szacowaną ilością jednostek i proponowaną przez wykonawcę ceną za 1 jednostkę. Konkretyzacja ceny następuje dopiero po ustaleniu faktycznie zrealizowanej liczby jednostek. "8.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 18/10/21) wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

(...)

Wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał

wyboru wykonawcy EDC Expert Direct Communication sp z o. o. (EDC).

Na wstępie zaznaczyć należy, iż zdaniem Zamawiającego Odwołujący błędnie

zinterpretował odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego na pytanie 2 (wyjaśnienia z dnia 2

sierpnia 2021 roku — dokument „Odpowiedź — pytania 4 30 07_v.pdf). Z treści zadanego pytania wynika bowiem jednoznacznie intencja pytającego, zmierzająca do tego, czy dopuszczalne jest takie wykonywanie zamówienia, w którym to PGE Obrót S.A.

(Zamawiający) nie będzie nadawcą przesyłki, a będzie nią inny podmiot. Taką możliwość w odpowiedzi Zamawiający wykluczył. Jednocześnie wskazać należy, iż w ocenie Zamawiającego dopuszczalne jest na gruncie dokumentacji zamówienia, w tym wzorca umowy, wykonywanie tej usługi w imieniu i na rzecz PGE Obrót S.A. z zachowaniem statusu Nadawcy przez PGE Obrót S.A. Zamawiający podnosi również, iż pozycja nr 25 formularza cenowego jednoznacznie wskazuje na nadawanie przesyłek w imieniu Zamawiającego i w tym zakresie SWZ nie ulegała zmianie. Zamawiający podkreśla, iż Odwołujący nie zadał w tym zakresie żadnych pytań, co mógł uczynić w ramach należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku IV CSK 626/13) Zachowując więc systematykę odwołania wskazać należy co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp

W przedmiotowym postępowaniu nie można mówić o naruszeniu wyżej wskazanych

przepisów, gdyż oferta przedłożona przez EDC nie jest sprzeczna z warunkami zamówienia,

jak również nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. W kwestionowanej przez Odwołującego pozycji EDC wskazał na skalkulowaną przez siebie cenę jednostkową, która, co też jest warte podkreślenia, jest identyczna z ceną obowiązująca w obecnie wykonywanej umowie. (dowód: Kopia oferty EDC z dnia 24.03.2020 roku, złożona w postępowaniu nr POST/OBR/OBR/BI/00002/2020).

W uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący powołuje się na cennik usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym Poczty Polskiej, wskazując jakoby taki winien mieć zastosowanie w przedmiotowym wypadku. Tymczasem z żadnego dokumentu w

postępowaniu nie wynika, by Zamawiający wskazywał na jakikolwiek cennik do kalkulacji ceny oferty i by takie wskazanie było wiążące dla wykonawcy. Takie nawiązanie było jedynie w procesie RFI i dotyczyły cennika Operatora Wyznaczonego, a nie ściśle cennika usług powszechnych, który jest jednym z cenników stosowanych przez tego Operatora, a na który wskazuje Odwołujący. Odwołujący na potwierdzenie swojego zarzutu de facto podnosi wyłącznie ten argument (nieprawidłowej ceny jednostkowej), nie wskazując, by w ofercie EDC były inne sprzeczności z dokumentacją zamówienia, bądź występowały inne błędy w obliczeniu ceny. Podkreślenia wymaga fakt, iż ze wzoru umowy, co zresztą Odwołujący przytacza w uzasadnieniu odwołania, wynika jednoznacznie, że wysokość wynagrodzenia wykonawcy ustalane będzie na podstawie wolumenu prawidłowo zrealizowanych usług i cen jednostkowych (podkr. własne) określonych w ofercie. Brak jest tu jakichkolwiek przesłanek do przyjęcia, iż mamy do czynienia z jakimkolwiek nieprawidłowym obliczeniem w zakresie tej pozycji cennika wykonawcy.

2. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp

W odniesieniu do tego zarzutu w pierwszej kolejności, obok wywodów poczynionych wyżej, które w ocenie Zamawiającego przesądzają już o bezzasadności tego zarzutu, odnieść się należy do treści normy prawnej. Której naruszenie przez Zamawiającego Odwołujący podnosi. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, tudzież nie wskazują żadnych kryteriów wartościujących, umożliwiających ocenę, że cena zaoferowana przez konkretnego wykonawcę posiada taki przymiot. Należy się tutaj więc odwołać do potocznego rozumienia tego pojęcia. Cena zatem "rażąco niska" to taka, która jest nierealistyczna, w sposób znacząco odbiegająca od cen rynkowych stosowanych w określonej branży, a ponadto uniemożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia. Zatem należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne (por. wyrok KIO 2373/17).

W ocenie Zamawiającego nie zostały spełnione żadne przesłanki wskazane w ustawie Pzp do badania, czy oferta EDC zawiera rażąco niską cenę, gdyż cena tej oferty wynosząca 13 212 845,96 zł jest wyższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego wynoszącej 12 556 413,25 zł, jak również nie jest rażąco niższa w stosunku do oferty Odwołującego wynoszącej 14 521 082,34 zł. W zakresie natomiast istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia,

które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym) Niewątpliwie przesyłek wskazanych w punkcie 25 nie można traktować jako istotne, gdyż stanowią one jedynie 0,0269% wolumenu wszystkich przesyłek objętych postępowaniem, a więc ich znaczenie jest marginalne. Wskazywanie przez Odwołującego na utrwalone orzecznictwo KIO z przywołaniem tezy wyroku z dnia 19 lutego 2014 roku KIO jest o tyle chybione, iż przedmiotowy wyrok dotyczył całkiem innego stanu faktycznego, w którym cena jednostkowa była przedmiotem oceny w ramach kryterium i bezpośrednio wpływała na wybór wykonawcy. W przedmiotowej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia, a oceniana, w ramach kryterium ceny, jest cena brutto obejmująca wszystkie elementy cennika oraz cały wskazany w SWZ wolumen i podana w punkcie III Formularza oferty. Brak jest więc podstaw do uznania, iż zamawiający zobligowany byt do przeprowadzenia procedury badania czy oferta zawiera rażącą niską cenę, gdyż brak było obligatoryjnych przesłanek jego przeprowadzenia, jak również zamawiający nie ma wątpliwości w zakresie możliwości prawidłowego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę jednostkową, gdyż jest ona taka sama jak w obecnie wykonywanej umowie, co do której prawidłowości wykonania Zamawiający nie ma żadnych zastrzeżeń.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca EDC Expert Direct Communications p. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 15/10/2021

wskazał: (...)

W pierwszej kolejności Przystępujący podnosi, że niesłusznie Odwołujący zarzuca brak uwzględnienia w cenie wskazanej w pozycji 25 Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 4A wszystkich czynników cenotwórczych. Jak słusznie wskazuje Odwołujący, zgodnie z pkt. 21.2 SWZ cena oferty powinna uwzględniać wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, transport, ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Dalej zgodnie w przywołanym postanowieniem podana cena nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) Zamówienia, z zastrzeżeniem warunków wynikających z Umów w sprawie zamówienia. Przystępujący w pozycji 25 Formularza Cenowego stanowiącego załącznik nr 4A zaoferował cenę, która uwzględnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy. Przystępującego wiąże z operatorem wyznaczonym umowa umożliwiająca realizację zamówienia w sposób przewidziany w SWZ, która przewiduje rozliczenie po stawkach przewidzianych w cenniku sporządzonym dla Przystępującego, który przewiduje opłaty inne niż wskazane w Cenniku usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym Poczty Polskiej SA. Stwierdził, że „Całość argumentacji Odwołującego opiera się de facto na mylnej

interpretacji odpowiedzi na pytanie nr 2 (odpowiedzi z dnia 2 sierpnia 2021 r).

Na pytanie „Czy Zamawiający dopuszcza sytuację, w której przesyłka zostanie nadana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego, w wyniku czego Nadawcą przesyłki nie będzie PGE Obrót S.A. a podmiot działający w imieniu i na rzecz PGE Obrót S.A.?" Zamawiający odpowiedział: „Nadawcą przesyłek może być wyłącznie PGE Obrót S.A.". Pytanie zawiera tezę, że nadanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego oznacza automatycznie, że to nie Zamawiający jest nadawcą przesyłki. Zamawiający natomiast w ogólnie nie odniósł się do kwestii czy nadanie w imieniu i na rzecz oznacza zmianę nadawcy z Zamawiającego na Wykonawcę, a jedynie odpowiedział, że nadawcą przesyłki ma być Zamawiający. Interpretacja Zamawiającego, co do tego czy i w jakich okolicznościach wykonawca staje się nadawcą była bowiem zbędna dla przygotowania i złożenia oferty. Jednocześnie Zamawiający nie dokonał jakiejkolwiek zmiany SWZ w zakresie wymagań dotyczących przesyłek rejestrowanych. Zgodnie z pkt. 25 Formularza cenowego, Wykonawca miał podać cenę następującej czynności: „Nadawanie, w tym opłacanie, przesyłek rejestrowanych w imieniu Wysyłającego Zapytanie za pośrednictwem Operatora Wyznaczonego." W zakresie opisania czynności zleconych Wykonawcy Zamawiający wskazał, że ma ona polegać na nadawaniu przesyłek „w imieniu" Zamawiającego (Wysyłającego Zapytanie). Na taki charakter wykonania usługi wskazują również przepisy projektu umowy, jaka ma łączyć strony po wyborze oferty najkorzystniejszej, stanowiącej załącznik nr 2A do SWZ. § 1 ust. 1 stanowi: „Zamawiający zleca do wykonania, a Wykonawca przyjmuje do realizacji na rzecz Zamawiającego usługi [..]", wskazuje, że dochodzi między stronami do zawarcia umowy charakterystycznej dla stosunku zlecenia. Art. 734 § 2 k.c., znajdujący zastosowanie do Umowy przez wzgląd co najmniej na § 17 ust. 9 Umowy w zw. z art. 750 k.c., wskazuje, że w braku odmiennej umowy zlecenie obejmuje umocowanie do wykonania czynności w imieniu dającego zlecenie. Zarówno ustawodawca, jak i przedstawiciele doktryny, odróżniają od siebie działanie w imieniu i na rzecz, jako dwie formy działania. Brzmienie przywołanych postanowień Umowy oraz opisu czynności w formularzu cenowym wskazuje na przyjęcie konstrukcji prawnej dot. zastępcy bezpośredniego dającego zlecenie, co oznacza, że wykonawca (zastępca bezpośredni) działa w imieniu dającego zlecenie, a skutek jego działania w postaci nabycia praw i obowiązków powstaje także bezpośrednio po stronie dającego zlecenie. (por. „Kodeks cywilny. Komentarz", red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski; wyd. 2021). Ustawodawca bezpośrednio wskazał w art. 734 § 2 k.c., że o ile nie postanowiono odmiennie w umowie, przyjmujący zlecenie działa w imieniu i na rzecz dającego zlecenie. Zatem Zamawiający wskazując w pkt. 25, że nadawanie ma się odbywać w „imieniu" wskazał, że ma odbywać się w imieniu i na rzecz Zamawiającego. Przyjęcie

takiej konstrukcji potwierdza również orzecznictwo sądów powszechnych: „W przypadku zlecenia o typie pełnomocnictwa, skutki czynności prawnej dokonanej przez przyjmującego zlecenie powstają bezpośrednio po stronie dającego zlecenie. To on staje się podmiotem praw i obowiązków wynikających z czynności prawnej dokonanej przez zleceniobiorcę. Takie zlecenie jest w świetle art. 734 § 2 KC zasadą, gdyż w braku odmiennej umowy zlecenie obejmuje umocowanie do wykonania czynność w imieniu dającego zlecenie. Oznacza to, że wywołanie odmiennego skutku, a więc objęcie umową zlecenia działania zleceniobiorcy w charakterze zastępcy pośredniego, wymaga zastrzeżenia w umowie." Wyrok Sądu

Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 maja 2015 r., sygn. akt VI ACa 852/14

Powyższe, w sposób jednoznaczny świadczy o prawidłowości działania Przystępującego w zakresie sposobu wyliczenia ceny. Przystępujący oparł się na cenniku Operatora Wyznaczonego. Zamawiający jednoznacznie dopuścił możliwość działania w

imieniu i na rzecz w ramach realizacji pozycji opisanej w pkt 25 Formularza Cenowego.

Podkreślenia wymaga, że stosunek zlecenia do działania w imieniu i na rzecz, oznacza, że nadawcą będzie zawsze podmiot, na rzecz którego, i w imieniu którego, dana czynność jest wykonywana. Wynika to z przedstawionej konstrukcji prawnej. Aby nadawcą nie był Zamawiający, w realizacji powinno być wskazane, że działa się we własnym imieniu, ale na rzecz Zamawiającego. Działanie w imieniu Zamawiającego, zawsze oznacza, że to Zamawiający jest nadawcą przesyłki. Na takim stanowisku stoi także Krajowa Izba Odwoławcza: „Jak już stwierdzono powyżej, dopuszczalne było w tym przypadku wykonanie części przedmiotu zamówienia dotyczącego przesyłek specjalnych przez świadczenie usługi polegającej na odebraniu przesyłek Zamawiającego przez wykonawcę i nadawaniu ich w imieniu Zamawiającego w placówce operatora wyznaczonego. W takim przypadku stronami usługi pocztowej w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, są Zamawiający i operator wyznaczony. Przy czym Poczta Polska nie jest żadnym podwykonawcą części przedmiotu zamówienia, który zakontraktują Zamawiający i InPost, a których łączył będzie w tym przypadku inny stosunek umowny dotyczący usług polegających na zanoszeniu przesyłek Zamawiającego na pocztę, nadawaniu ich i opłacaniu." (wyrok KIO 2601/14)".

Odnośnie naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazał:

„W postępowaniu nie zaszły żadne przesłanki uzasadniające podjęcie przez Zamawiającego

czynności zmierzających do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający pismem z dnia 23.07.2021 r., działając w oparciu o art. 222 ust. 5 ustawy Pzp poinformował wykonawców,

jaką kwotę zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta dla części 1

zamówienia wyniosła: 12 556 413,25 zł brutto. Cena oferty ECD wyniosła 13 212 845,96 zł brutto, zaś cena Odwołującego jest jeszcze wyższa (14 521 082,34 zł brutto). Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r.; Informacja z otwarcia ofert (w aktach sprawy).

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że EDC brało udział już we wcześniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia i tak wyceniana pozycja nigdy nie była kwestionowana, tym bardziej, że Zamawiający dopuszcza wkalkulowanie w zaproponowaną cenę upustów. Mając na uwadze współpracę ECD i Zamawiającego, Zamawiający posiadał wiedzę o tym, że Wykonawca ma zawartą z Pocztą Polską umowę, z której wynika inna cena za nadawanie przesyłek niż określona w cenniku świadczenia usług przez Pocztę Polską.

W jednym z poprzednio prowadzonych postępowań (nr POST/OBR/OBR/BI/00002/2020) EDC zostało wezwane do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w zakresie innej pozycji formularza cenowego. EDC składając wyjaśnienia przedstawiło Zamawiającemu wyliczenie i informację dla każdej pozycji z formularza, w tym dla pozycji kwestionowanej, gdzie wskazało, że posiada umowę z Pocztą Polską w tym zakresie. Nadmienić należy, że tak wskazany sposób realizacji nie został wówczas zakwestionowany”.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wnoszący odwołanie wykonawca Inforsys S.A. uzasadnił zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy EDC Expert Direct Communications p. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (wykonawca EDC).. Zdaniem Odwołującego treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem wykonawca EDC zaoferował w zakresie części 1 zamówienia w punkcie 25 Formularza cenowego sposób jego realizacji inny niż wymagany w SWZ oraz nie uwzględnił w cenie oferty wymaganych elementów cenotwórczych w tym obowiązującej opłaty na rzecz operatora wyznaczonego z tytułu nadania przesyłki rejestrowanej.

Z kolei zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp (także z powodu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy EDC), uzasadniał błędem w obliczeniu ceny w pozycji 25 Formularza cenowego w tej ofercie polegającego na nieuwzględnieniu - podobnie jak pierwszego zarzutu - wymaganych elementów cenotwórczych w tym obowiązującej opłaty na rzecz operatora wyznaczonego z tytułu nadania przesyłki rejestrowanej.

Niezastosowanie wobec oferty wykonawcy EDC wskazanych przepisów skutkowało - według twierdzeń Odwołującego - wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Izba uznała, że wskazywane zarzuty Odwołujący oparł na interpretacji wymagania w zakresie punktu 25 Formularza cenowego (w części 1 zamówienia) w związku ze wskazaną w odwołaniu odpowiedzią nr 2 z dnia 2 sierpnia 2021 r., która to interpretacja nie wynika z udzielonej odpowiedzi ani z opisu w SWZ.

Zgodnie z pkt. 25 Formularza, wykonawca miał podać cenę, tym cenę jednostkową za następujące czynności: „Nadawanie, w tym opłacanie, przesyłek rejestrowanych w imieniu Wysyłającego Zapytanie za pośrednictwem Operatora Wyznaczonego.”

W tym przypadku Izba zgodziła się z argumentacją Zamawiającego i przystępującego po jego stronie wykonawcą EDC, że w odpowiedzi na wskazane pytanie [„Czy Zamawiający dopuszcza sytuację, w której przesyłka zostanie nadana przez inny podmiot na rzecz i w imieniu Zamawiającego, w wyniku czego Nadawcą przesyłki nie będzie PGE Obrót S.A. a podmiot działający w imieniu i na rzecz PGE Obrót S.A.?”] Zamawiający odpowiadając na

pytanie, które zawierało w jego treści tezę [„nadanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego oznacza automatycznie, że to nie Zamawiający jest nadawcą przesyłki”] nie odniósł się do kwestii czy nadanie w imieniu i na rzecz oznacza zmianę nadawcy z Zamawiającego na Wykonawcę. Tak jak podał w tej odpowiedzi: „Nadawcą przesyłek może być wyłącznie PGE Obrót S.A.”.

Zatem w zakresie spornej czynności Zamawiający udzielając odpowiedzi wskazał, że ma ona polegać na nadawaniu przesyłek „w imieniu” Zamawiającego (Wysyłającego Zapytanie). Tak jak słusznie podnosił Przystępujący EDC taki charakter zlecanej usługi wynika również z postanowienia projektu umowy (załącznik nr 2A do SWZ), w tym jej § 1 ust. 1 [„Zamawiający zleca do wykonania, a Wykonawca przyjmuje do realizacji na rzecz Zamawiającego usługi [..]”, który wskazuje, że dochodzi między stronami do zawarcia umowy charakterystycznej dla stosunku zlecenia. Tym samym w tej sprawie znajdzie zastosowanie art. 734 § 2 k.c w związku z postanowieniami § 17 ust. 9 Umowy, który w sprawach nieuregulowanych niniejszą Umową odsyła do „przepisów Kodeksu Cywilnego i Ustawy Prawo zamówień”. Tym samym Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że w przypadku usługi z pkt 25 Formularza - na gruncie dokumentacji zamówienia, w tym wzorca umowy - dopuszczalne jest wykonywanie tej usługi w imieniu i na rzecz PGE Obrót S.A. z zachowaniem statusu Nadawcy przez PGE Obrót S.A. I tak jak twierdził Zamawiający pozycja nr 25 formularza cenowego jednoznacznie wskazuje na nadawanie przesyłek w

imieniu Zamawiającego i w tym zakresie SWZ - skutkiem odpowiedzi z dnia 2 sierpnia 2021 r. na pytanie 2 - nie ulegała zmianie.

Także zarzut nie uwzględnienia przez wykonawcę EDC w cenie wskazanej w pozycji 25 Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 4A wszystkich czynników cenotwórczych jest wynikiem odmiennej przez Odwołującego interpretacji wymagania z punktu 25 Formularza cenowego. Zgodnie z pkt. 21.2 SWZ cena oferty powinna uwzględniać wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, transport, ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Ponadto - zgodnie z postanowieniem - podana cena nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) Zamówienia, z zastrzeżeniem warunków wynikających z Umów w sprawie zamówienia. W tym przypadku Odwołujący stwierdził, że ewentualne upusty względem opłat wynikających z Cennika PP S.A. mogą przysługiwać wyłącznie nadawcy na podstawie umowy z PP S.A. i w przypadku tego Postępowania wykonawca EDC nie ma możliwości zastosowania jakiegokolwiek upustu. Odwołujący, tak jak wskazywał Zamawiający, w uzasadnieniu tego zarzutu powołuje się na cennik usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym Poczty Polskiej, wskazując jakoby taki powinien mieć w tej sprawie zastosowanie. Odwołujący także na rozprawie wskazywał na Aneks nr 3 jaki wykonawca Inforsys zawarł z Pocztą Polską. Tymczasem z żadnego dokumentu w postępowaniu nie wynika, by Zamawiający wskazywał na jakikolwiek cennik do kalkulacji ceny oferty i aby takie wskazanie było wiążące dla wykonawcy. Takie nawiązanie - jak wskazywał Zamawiający - było jedynie w procesie RFI i dotyczyło cennika Operatora Wyznaczonego, a nie ściśle cennika usług powszechnych, który jest jednym z cenników stosowanych przez tego Operatora, a na który wskazał Odwołujący. Odwołujący na potwierdzenie zarzutu nieprawidłowej ceny jednostkowej powołuje się na powyższą argumentację nie wskazując, aby w ofercie EDC były inne sprzeczności z dokumentacją zamówienia, bądź występowały inne błędy w obliczeniu ceny. Niewątpliwie ze wzoru umowy, co Odwołujący przytacza w uzasadnieniu odwołania, wynika jednoznacznie, że wysokość wynagrodzenia wykonawcy ustalane będzie na podstawie wolumenu prawidłowo zrealizowanych usług i cen jednostkowych określonych w ofercie. Brak jest zatem wykazania przez Odwołującego przesłanek potwierdzających nieprawidłowe obliczenia w zakresie tej pozycji. Ponadto Przystępujący EDC także powołał się na umowę jak wiąże wykonawcę EDC z operatorem wyznaczonym, która umożliwia realizację zamówienia w sposób przewidziany w SWZ, a „która przewiduje rozliczenie po stawkach przewidzianych w cenniku sporządzonym dla Przystępującego, który przewiduje opłaty inne niż wskazane w Cenniku usług powszechnych w obrocie krajowym i zagranicznym Poczty Polskiej SA.”. Przedłożył również na rozprawie takie cenniki, dotyczące roku 2022/2023 i 2024, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe argumenty świadczą tym samym, że Odwołujący nie wykazał nieprawidłowości co do sposobu wyliczenia ceny w pozycji 25 Formularza przez wykonawcę EDC.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Izba zgodziła się z Zamawiającym i przystępującym wykonawcą EDC, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaszły przesłanki uzasadniające podjęcie czynności zmierzających do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Tak jak wskazał Zamawiający cena oferty wykonawcy EDC wynosząca 13 212 845,96 zł jest wyższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego wynoszącej 12 556 413,25 zł, jak również nie jest rażąco niższa w stosunku do oferty Odwołującego wynoszącej 14 521 082,34 zł. Niewątpliwie przesyłek wskazanych w punkcie 25 nie można traktować jako istotnych, gdyż stanowią one jedynie 0,0269% wolumenu wszystkich przesyłek objętych postępowaniem, a więc ich znaczenie nie jest obiektywnie istotne.

Ponadto cena jednostkowa nie była przedmiotem oceny w ramach kryterium i bezpośrednio nie wpływała na wybór wykonawcy. W przedmiotowej sprawie w ramach kryterium ceny, oceniana jest cena brutto obejmująca wszystkie elementy cennika oraz cały wskazany w SWZ wolumen i podana w punkcie III Formularza oferty. Zamawiający wobec tych ustaleń nie był zobowiązany do przeprowadzenia procedury badania czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Również Odwołujący nie wykazał obiektywnie, że Zamawiający powinien mieć wątpliwości w zakresie możliwości prawidłowego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę jednostkową, w sytuacji gdy oferowana cena jest taka sama jak w obecnie wykonywanej umowie, co do której prawidłowości wykonania Zamawiający nie miał zastrzeżeń.

Co do braku interesu Odwołującego w podnoszeniu tego zarzutu Izba uznała, że argumentacja Zamawiającego nie zasługiwała na uwzględnienie, albowiem nie wykazywał, że okoliczność nie zwiększenia kwoty planowanych środków do ceny oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy - w przypadku wyboru tej oferty - była okolicznością znaną Odwołującemu w dniu 27 września 2021r. w której to dacie wnosił odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.