

**WYROK**

**z dnia 13 listopada 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez **PHU Samfix-Papier G. Badtke, D. Badtkeova Spółka jawna z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Izbę Administracji Skarbowej w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

**2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz zwrot kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.**

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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**.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Izba Administracji Skarbowej w Łodzi dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Dostawa papieru do drukarek i kopiarek na rzecz wszystkich izb administracji skarbowej, Krajowej Informacji Skarbowej i Krajowej Szkoły Skarbowości. Części 1-6*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 142-454059.

W dniu 23 października 2023 r. wykonawca PHU Samfix-Papier G. Badtke, D. Badtkeova Spółka jawna z siedzibą w Gdańsku, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, dalej „Partner”, w sytuacji gdy oferta zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,

2.art. 239 ust 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności

wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert i w jej ramach odrzucenia oferty Partner.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca Partner Kleks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 7 listopada 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty i wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych i wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 listopada 2023 r. wraz z przedłożonymi przez Odwołującego dowodami.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Przystępującego dowodu z pisma Zamawiającego w przedmiocie rozeznania rynku oraz sprawozdania finansowego Przystępującego za 2022 r. Izba uznała, że dowody te nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dotyczy danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Przystępującego dowodu ze sprawozdania Europe Summary z września 2023 roku dotyczącego spadku popytu na papier, bowiem zostało złożone w języku angielskim. Zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. Jak stanowi art. 506 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Przystępującego dowodu z korespondencji mailowej z papiernią w przedmiocie korekty cenowej oferty. Przystępujący nie powinien przedstawiać nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości przedłożonej Zamawiającemu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznaną Zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania informację. Zatem, przedłożone na rozprawie dowody winny zostać załączone do wyjaśnień. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), Partner winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności poszczególnych cen zobowiązany jest dołączyć dowody. Niewątpliwie działaniem błędnym jest kompletowanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego, a nie przesłanie ich w terminie wskazanym w wezwaniu do wyjaśnień. Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

#### Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa papieru do drukarek, kopiarek na rzecz wszystkich izb administracji skarbowej wraz z jednostkami podległymi, Krajowej Informacji Skarbowej wraz z podległymi delegaturami oraz Krajowej Szkoły Skarbowości wraz z podległymi filiami. Zamówienie podzielono na 6 części.

Zgodnie z Rozdziałem XV pkt 1-9 specyfikacji warunków zamówienia:

- 1.Cena oferty to cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2023 r. poz. 168).*
- 2.Wykonawca wskaże cenę oferty dla poszczególnych części zamówienia, na które składa ofertę, w Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ.*
- 3.Wartość poszczególnych części zamówienia Wykonawca określi na podstawie cen jednostkowych wskazanych w Formularzu cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 4 do SWZ.*
- 4.Ceny jednostkowe brutto wskazane przez Wykonawcę w Formularzu cenowym stanowią integralną część oferty. Ceny jednostkowe, będą stanowiąły załącznik do Umowy i będą podstawą do rozliczeń między Zamawiającym na rzecz którego*

*prowadzone jest postępowanie, a Wykonawcą.*

*5. Cena brutto i wartości cenowe muszą być wyrażone w złotych polskich (PLN), niezależnie od wchodzących w jej skład elementów, z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku, przy zachowaniu matematycznej zasady zaokrąglania liczb.*

*6. Cena podana w formularzu ofertowym powinna obejmować wszystkie koszty i składniki jakie trzeba będzie zapłacić za przedmiot zamówienia.*

*7. Cena podana na formularzu ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją zamówienia.*

*8. Opłata za opakowanie i dostawę powinna być wliczona w cenę towaru. Cena powinna obejmować: koszty transportu krajowego i zagranicznego, rozładunku, załadunku, koszty ubezpieczenia w kraju i za granicą, opłaty celne i zagraniczne, wszelkie rabaty, upusty, podatki oraz wszelkie inne koszty niewymienione a konieczne do wykonania zamówienia, w tym koszty wniesienia do miejsc wskazanych w Załączniku nr 2 do SWZ.*

*9. W cenach uwzględnia się wszystkie koszty niezbędne do wykonania i poniesienia przez Wykonawcę, a konieczne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia (w tym podatek VAT).*

Izba ustaliła, że oferta Odwołującego opiewała na kwotę:

1. CZĘŚĆ 1 zamówienia 3 169 120,90 zł brutto,
2. CZĘŚĆ 2 zamówienia 2 349 172,24 zł brutto,
3. CZĘŚĆ 3 zamówienia 4 028 356,48 zł brutto,
4. CZĘŚĆ 4 zamówienia 2 431 379,24 zł brutto,
5. CZĘŚĆ 5 zamówienia 2 792 846,24 zł brutto,
6. CZĘŚĆ 6 zamówienia 156 538,32 zł brutto.

Oferta Przystępującego opiewała na kwotę:

1. CZĘŚĆ 1 zamówienia 3 049 478,10 zł brutto,
2. CZĘŚĆ 2 zamówienia 2 259 859,71 zł brutto,
3. CZĘŚĆ 3 zamówienia 3 875 203,02 zł brutto,
4. CZĘŚĆ 4 zamówienia 2 338 977,81 zł brutto,
5. CZĘŚĆ 5 zamówienia 2 686 693,26 zł brutto,
6. CZĘŚĆ 6 zamówienia 150 586,38 zł brutto.

Zamawiający wskazał, iż przeznaczy na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę 22 695 716,00 zł brutto, z czego:

1. CZĘŚĆ 1 zamówienia 4 825 670,00 zł brutto,
2. CZĘŚĆ 2 zamówienia 3 570 247,00 zł brutto,
3. CZĘŚĆ 3 zamówienia 6 122 254,00 zł brutto,
4. CZĘŚĆ 4 zamówienia 3 695 137,00 zł brutto,
5. CZĘŚĆ 5 zamówienia 4 244 502,00 zł brutto,
6. CZĘŚĆ 6 zamówienia 237 906,00 zł brutto.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny – dotyczących w szczególności:

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw,
- 2) oryginalności dostaw oferowanych przez Wykonawcę,

3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,

4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,

5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,

6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Zamawiający poinformował, że wezwanie jest związane z tym, że cena oferty Przystępującego jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący pismem z dnia 5 września 2023 r. przedłożył wyjaśnienia, w których skupił się na porównaniu jego ceny do cen z ofert innych wykonawców oraz do kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ponadto, Przystępujący wskazywał, że zaoferował papier producenta MM Board&Paper. Wyliczał, że odbiór własnym transportem to jeden z kluczowych aspektów wpływających na możliwość obniżenia ceny oferty. Złożył zapewnienie odnośnie posiadanej floty pojazdów, którą ma zamiar odbierać papier z papierni producenta. Kolejnym istotnym dla Partner uzasadnieniem dla obniżenia cen był fakt posiadania własnego magazynu. Oświadczył, że przewiduje w grudniu 2024 zmagazynowanie papieru, zabezpieczając realizację postępowania na rok 2025, przy zagwarantowanej cenie od producenta na poziomie 9,82 zł za ryżę. Zadeklarował też zamiar realizacji zamówienia w całości siłami własnymi. Przy okazji powoływał się na posiadanie umów z innymi podmiotami.

Zamawiający w dniu 13 października 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którymi zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odwołujący podnosił, że złożone przez Partner wyjaśnienia wskazują na nieskuteczną próbę dostosowania wyjaśnień do zaoferowanych cen. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia ceny, jakie złożył wykonawca Partner, mają charakter ogólnikowy i lakoniczny, a przede wszystkim całkowicie pomijają informacje, które były konieczne do oceny realności wyceny dla przyjętego dla potrzeb wyceny oferty schematu samodzielnego wykonania zamówienia bez podwykonawców. Najistotniejszą kwestią jest bezzasadne oparcie wyceny na kilku czynnikach optymalizujących, o których wspomniał Przystępujący.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem należy się zgodzić. Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. Przystępujący pismem z 5 września 2023 r. udzielił odpowiedzi, ograniczając się do wskazania, że posiada doświadczenie w zakresie realizacji dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia, rozbudowaną sieć klientów, własny magazyn, własną flotę. Natomiast Zamawiający jasno wskazał, że oczekuje dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Rację należy przyznać Odwołującemu, że przywołane okoliczności w żaden sposób nie wyjaśniają czy Przystępujący jest w stanie wykonać zamówienie za wskazaną cenę.

Przepisy ustawy Pzp wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub

deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.

W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca winien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe, koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo przepisy ustawy Pzp wymagają, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji i zakładany zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

Należy również wskazać, że profesjonalista jakim niewątpliwie jest Przystępujący, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę, co wpłynęło bezpośrednio na wycenę, a co w konsekwencji miało wpływ na ostateczną cenę ofertową. W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący już po otwarciu ofert mógł stwierdzić, że jego cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, a co za tym idzie przewidzieć, że Zamawiający wystosuje wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Przystępujący poprzestał w wyjaśnieniach na ogólnych oświadczeniach. Całe wyjaśnienia sprowadzają się jedynie do zapewnień, są niewiarygodne, nierzetelne, wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Jak słusznie zauważył Odwołujący sama okoliczność, że cena sprzedaży ryzy papieru w ofercie Partner nie jest ceną poniżej kosztów zakupu w żaden sposób nie przesądza o realności wyceny całego świadczenia jakim są dostawy obejmujące cały proces logistyczny aż do odbiorcy końcowego z fizycznym wniesieniem papieru do wskazanych miejsc.

Dodatkowo, argument dotyczący odbioru własnym transportem, nie został w żaden sposób udowodniony. Ogólnikowe zapewnienie odnośnie posiadanej floty pojazdów, którą wykonawca ma zamiar odbierać papier z papierni producenta to za mało. Przystępujący pominął w wyjaśnieniach całkowicie liczbę pojazdów posiadanej własnej floty oraz liczbę kierowców. Przystępujący podnosił, że dostawy będzie realizował transportem własnym, niemniej nie wskazał konkretnej kwoty, o jaką z tego powodu udało mu się obniżyć cenę. Równocześnie, co istotne, stanowisko Przystępującego ewaluowało, bowiem wpieryw podkreślał osiągnięcie oszczędności z powodu odbioru własnego, a następnie w piśmie procesowym wskazywał na dostawę Direct Delivery od producenta, co stanowi nieuprawnione działanie na tym etapie postępowania.

W dalszej kolejności Przystępujący wskazywał na posiadanie własnego magazynu, co przełożyło się na obniżenie ceny. Niemniej złożone wyjaśnienia nie wskazują jego lokalizacji, nie zawierają żadnego opisu i dostępnej na potrzeby wykonania zamówienia pojemności. Rację należy przyznać Odwołującemu, że wbrew twierdzeniom wykonawcy, nie jest tak, że sam fakt posiadania własnego magazynu powoduje, że koszt jego utrzymania przez okres 2 lat jest zerowy. Wykonawca ponosi przecież przykładowo koszty mediów, koszt zatrudnienia personelu obsługi magazynu, koszt ubezpieczenia, podatku od nieruchomości, ochrony i monitoringu, konserwacji. W związku z powyższym twierdzenie o całkowitym braku kosztów funkcjonowania magazynu centralnego wykonawcy jest nieuprawnione. Izba zwraca uwagę, że w złożonym piśmie procesowym Przystępujący podał, że zgodnie z treścią złożonych wyjaśnień wskazał koszty magazynowania papieru. Tymczasem na stronie 10 wyjaśnień w tabeli 2 przy koszcie magazynu wpisano „nie dotyczy. Realizacja z własnego magazynu”.

Kolejnym istotnym, w ocenie Przystępującego, czynnikiem pozwalającym na obniżenie cen papieru ma być zakup papieru na koniec 2024 r. całej ilości przewidzianej na 2025 r. w celu uniknięcia podwyżki cen producenta — wg oferty na poziomie 10%. Tymczasem, zgodnie z przedłożonym przez Odwołującego dowodem - korespondencją prowadzoną między Euro-Papier a MM Kwidzyń oferta nie zakłada możliwości odbioru całego wolumenu zaplanowanego na 2025 w grudniu 2024. Powyższe obrazuje model współpracy z papiernią, co istotne argument dotyczący 10% zakupów w piśmie procesowym Przystępującego już się nie pojawił. Rację należy przyznać Przystępującemu, że przedłożony dowód

dotyczy oferty MMK dla Euro-Papier, a nie dla Przystępującego, która to oferta dla Przystępującego była odmienna, zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika. Natomiast nie znalazła się ona ani w wyjaśnieniach, ani też nie została przedłożona na rozprawie. Zatem, bierność dowodowa obciąża w tym zakresie Przystępującego.

Ponadto, wyjaśnienia Partner pomijają jakiegokolwiek wyliczenia odnośnie sposobu kalkulacji kosztów dostaw do odbiorców końcowych, a nawet założenia kosztowe. Natomiast jak wyjaśnił Odwołujący, logistyka procesu dostaw do odbiorców końcowych jest dla przedmiotowego zamówienia kluczowa i to właśnie ona decyduje o specyfice i trudności realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego o istnieniu jedynie formalnego, a nie rzeczywistego, przekroczenia progu 30%, o którym mowa w art. 224 ust.2 ustawy Pzp, Izba uznała, że powyższa argumentacja została przygotowana jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zamawiający nie wykazał, iż w prowadzonym postępowaniu zaszły przesłanki umożliwiające mu odstąpienie od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Sam za to przyznał, że nie posiadał wystarczających dowodów, aby rzetelnie i wyczerpująco wyjaśnić okoliczności odstąpienia od wyjaśnień. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp różnice cenowe i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień, a w niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający nie wykazał, że takie okoliczności zaistniały. Oczywiście okoliczności umożliwiające odstąpienie od wezwania do udzielenia wyjaśnień można odnosić bowiem jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji. W niniejszej sprawie przesłanka zwalniająca z obowiązku badania ceny niewątpliwie nie wystąpiła, skoro Zamawiający wyjaśnił, że informacje dotyczące dynamiki cen papieru w okresie czerwiec – sierpień 2023 r. nie były upubliczniane, a Zamawiający nie jest specjalistą w branży i nie posiadał dostępu do aktualnych informacji dotyczących sektora papierniczego.

Równocześnie należy podkreślić, że Przystępujący w znacznej części odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień oraz piśmie procesowym kwestionuje zasadność wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wykonawca nie wykazał jednak, by wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Stanowisko Przystępującego należy zatem ocenić wyłącznie jako jego dezaprobatę wobec konieczności składania wezwań, niewywołującą żadnych skutków w sferze jego obowiązków związanych z faktem wzięcia przez niego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (vide: wyrok KIO z dnia 17 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1246/23).

W związku z powyższym Zamawiający winien uznać, że oferta Przystępującego winna zostać odrzucona. Po stronie wezwanego do wyjaśnień wykonawcy aktualizował się obowiązek wyczerpującego udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nakładały więc na wykonawcę konkretne obowiązki, którym nie sprostał. Okoliczność, że wyjaśnienia te były niepełne czyni je nierzetelnymi. W tej sytuacji, istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez Zamawiającego, z uwagi na niewykazanie przez Przystępującego, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji potwierdził się zarzut dokonania wyboru wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:.....**