Sygn. akt: KIO 1309/23

WYROK

z dnia 24 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **w dniu 19 maja 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 maja 2023 r.** przez wykonawcę **Z. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUMAR Z. G., ul. Pinokia 8, 83110 Tczew** w postępowaniu prowadzonym przez: **Poczta Polska S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Golden Line Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża **Z. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUMAR Z. G., ul. Pinokia 8, 83110 Tczew** i:

2.1zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Z. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZUMAR Z. G., ul. Pinokia 8, 83110 Tczew** tytułem wpisu od odwołania.

2.2zasądza od wykonawcy **Z. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZUMAR Z. G., ul. Pinokia 8, 83110 Tczew** na rzecz **Poczta Polska S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszaw**kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. 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:

……

Sygn. akt: KIO 1309/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek (podział na 10 części).”,* Numer referencyjny: CZ.26.762.2022.DTZ, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.12.2022 r. pod nr 2022/S 243-697136 przez: Poczta Polska S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00940 Warszawadalej: *„Zamawiającym”*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwana dalej: *„NPzp*” albo *„PZP”* albo *„pzp”*.

W dniu 27.04.2023 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej SmartPZP https://portal.smartpzp.pl/poczta-polska) Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 2, 4, 5, 6, 7 i 10 - Golden Line Sp. z o. o . z siedzibą w Rzeszowie, ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów zwane dalej:*„Golden Line Sp. z o. o.”* albo *„Przystępującym”*, w zakresie części nr 3 i 9 - Lambda Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. gen. Stanisława Kopańskiego 16, 51-210 Wrocław zwana dalej: *„Lambda Sp. z o.o.”* przesłano w dniu 28.04.2023 r., a w zakresie części nr 8 - Golden Line Sp. z o. o.przesłano w dniu 05.05.2023 r. Jednocześnie w każdej ze wskazanych części poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 NPzp oferty Z. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUMAR Z. G., ul. Pinokia 8, 83110 Tczew zwanego dalej: *„ZUMAR Z. G.”* albo *„Odwołującym”*. Stwierdził:

„Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp, w zw. z art. 224 ust 6 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia tj. złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający odrzuca ofertę, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia tj. złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. W związku z tym, iż cena wykonania zamówienia wskazana w formularzu wyceny po aukcji jest niższa o co najmniej 30% od wartości

zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania w zakresie części: nr 8, a także o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 w zakresie części nr 8, przez co wydała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, Zamawiający dnia 14.02.2023 r. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w zakresie części nr 8. Zgodnie z treścią wezwania Wykonawca zobowiązany był wykazać, że zaoferowana cena brutto za całość przedmiotu zamówienia pozwala na pokrycie kosztów i osiągnięcie zysku, wskazać jakiej wysokości zysk jest zakładany, a także wyjaśnić czy skalkulowano wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia (tj. koszt przedmiotu zamówienia, wszelkie koszty związane z dostarczeniem wraz z odbiorem przedmiotu zamówienia do i z miejsc dostaw, zakładany zysk, należne podatki, koszt ubezpieczenia obowiązkowego, opakowania oraz inne, jeżeli występują) i czy zaoferowana cena pokrywa te koszty. Wykonawca do złożonych dnia 17.02.2023 r. wyjaśnień w zakresie części nr 8 przedstawił kalkulację cenową wskazującą przewidywany przez Wykonawcę zysk wraz z obiektywnymi czynnikami wpływającymi na jej wysokość. We wspomnianej kalkulacji Wykonawca wskazał czynniki wpływające na wartość, tj. a. Koszt produkcji i zakupu oferowanych produktów, należne podatki, koszt ubezpieczenia obowiązkowego; b. Koszt opakowania; c. Koszt logistyki w tym magazynowania; d. Koszty dostarczenia do siedziby Zamawiającego i odbioru; e. Koszty wniesienia oraz koszty rozładunku w miejscach wskazanych przez Zamawiającego; f. Koszty serwisu, naprawy lub wymiany urządzeń koszt gwarancji i rękojmi; g. Inne koszta: np. zatrudnienie (zawiera koszt pracy osób wykonujących przedmiotowe zamówienie). h. Prognozowany zysk. Kwota pozostała po zrealizowaniu zamówienia (zawiera „koszty pośrednie, na które składają się koszty ogólne, koszty zarządu i zysk Wykonawcy"). Zgodnie z przedstawioną kalkulacją koszty wskazane w poz. b., c., d., f. oraz g. w zakresie każdej z części znajdują się na tym samym poziomie, niezależnie od ilości zamawianego asortymentu i w tym zakresie rodzą wątpliwości Zamawiającego, co do przedstawionej kalkulacji. Każda część zamówienia dotyczy dostawy innej ilości materiałów eksploatacyjnych, tak więc wątpliwym jest ponoszenie takich samych kosztów w przypadku dostarczania np. 1 846 szt. materiałów eksploatacyjnych, jak w przypadku np. 8 655 szt. W związku z powyższym Wykonawca pismem z dnia 06.04.2023 r. został wezwany do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny na części nr 8 a mianowicie jakie czynniki wpływają na koszty wskazane w poz. b., c., d., f. oraz g. że są one identyczne w zakresie różnych części, gdzie każda część zamówienia dotyczy dostawy innej ilości materiałów eksploatacyjnych. Ponadto, Wykonawca w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień odnoszących się do przedmiotowych kosztów, został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie prognozowanego zysku wskazanego w kalkulacji z dnia 17.02.2023 r., który budzi wątpliwości Zamawiającego, albowiem w ocenie Zmawiającego założony zysk jest stosunkowo niski, a Wykonawca przewidział również możliwość dopłaty względem tego zysku do każdego z czynników wskazanych w kalkulacji. Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył dodatkowe wyjaśnienia, w których odniósł się do ww. kosztów i tak: 1. w zakresie kosztów opakowań Wykonawca wyjaśnił, iż opakowania jednostkowe wliczone są w cenę zakupu zarówno materiałów alternatywnych, jak i oryginalnych. Koszt opakowania, o którym mowa w złożonych wyjaśnieniach odnosi się do opakowań zewnętrznych, czyli kartonów zbiorczych i folii stretch. Wykonawca oświadczył również, iż aktualnie realizuje kilka innych dużych umów przetargowych, w związku z czym ma podpisane kontrakty na otrzymanie bardzo korzystnych cen na produkty magazynowe m.in. na duże kartony zbiorcze, nadające się do wysyłki oraz folie stretch. 2. w zakresie kosztów logistyki w tym magazynowania Wykonawca poinformował, iż posiada pomieszczenie do magazynowania, które jest infrastrukturą dla działalności niezależnie od realizacji niniejszego zadania, w związku z czym tylko niewielką część pochodzącą z realizacji zamówienia zamierza przeznaczyć na pokrycie kosztów magazynowania, pomieszczenie magazynowe nie zostanie wynajęte jedynie pod realizację zamówień przeznaczonych dla Poczty Polskiej S.A. Dodatkowo w związku z realizacją innych dostaw na terenie całej Polski pozwala to na obniżenie kosztów dostaw i tylko niewielką część pochodzącą z realizacji zamówienia zamierza przeznaczyć na pokrycie kosztów logistyki. 3. w zakresie kosztów dostarczenia do siedziby Zamawiającego i odbioru Wykonawca powołał się na korzystną umowę z firmą spedycyjną, która realizuje część dostaw i odbiorów materiałów od Zamawiających. Wykonawca poinformował, iż umowa z firmą spedycyjną wiąże się z comiesięcznym opłacaniem stałej kwoty abonamentowej – niezależnie od ilości wysyłanych/odbieranych produktów. 4. w zakresie kosztów serwisu, naprawy lub wymiany urządzeń koszt gwarancji i rękojmi Wykonawca wskazał, iż produkty oferowane zamawiającemu, są objęte gwarancją i rękojmią, w związku z czym w przypadku wystąpienia uznanej reklamacji firma ZUMAR nie poniesie dodatkowych kosztów. Podany koszt zawiera szacunek ewentualnego zdarzeniaw odniesieniu do produktów marki IC+, w tym ekspresowego serwisu i transportu, o ile taki wystąpi. Ustalona w kalkulacji cenowej kwota wiąże się z faktem, że zaoferowane Zamawiającemu produkty są materiałami sprawdzonymi i pewnymi oraz, że w innych realizowanych przetargach nie są reklamacyjne. Firma ZUMAR Z. G. posiada w swoich szeregach serwisanta, który będzie realizował serwis, ewentualne naprawy, bądź wymianę urządzeń 5. W zakresie innych kosztów: np. zatrudnienia Wykonawca wyjaśnił że nie zmierza przeznaczyć pełnego etatu na rzecz realizacji zamówień Zamawiającego, ewentualnych reklamacji i serwisów. Dodatkowo poinformował, że w ramach funkcjonowania firmy koszty pracy wynikające z umów o pracę nie zostają zwiększone. Wykonawca przeznaczy część czasu pracy osób zatrudnionych zgodnie z obowiązującym prawem otrzymujących nie mniej niż minimalne wynagrodzenie za prace ustalone zgodnie z prawem

polskim. Ta część wykonania pracy będzie wynagradzana finansami pochodzącymi z tytułu realizacji zamówienia. Pozostała część pracy wynagradzana jest w wyniku wypełniania innych stałych obowiązków osób zatrudnionych. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca powołał się jedynie na korzystne ceny na produkty magazynowe tj. kartony, folie strech, jednakże w sposób mierzalny nie odniósł się do faktycznie poniesionych kosztów w zakresie poszczególnych części i przewidywanego kosztu jaki poniesie w zakresie 1 materiału eksploatacyjnego, aby oszacować koszt w zakresie danej części, a także nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu. Zamawiający w wezwaniu podniósł, iż w jego ocenie wątpliwym jest ponoszenie takich samych kosztów w przypadku dostarczania np. 1 846 szt. materiałów eksploatacyjnych, jak w przypadku np. 8 655 szt., i ta wątpliwość nie została przez Wykonawcę rozwiana i wyjaśniona. Wykonawca nie wykazał tym samym faktycznie poniesionych kosztów z tego tytułu, co więcej nie określił co wpływa na fakt, iż koszty w zakresie zapakowania różnych ilości materiałów ponosi na tym samym poziomie. Wykonawca, w ramach wyjaśnień, powołał się także na korzystną umowę z firmą spedycyjną, jednakże na potwierdzenie tego nie przedstawił żadnego dowodu. W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że w każdym przypadku, w którym możliwe jest udowodnienie podanej w wyjaśnieniach okoliczności w inny sposób niż jedynie oświadczeniem wykonawcy, taki dowód powinien zostać przedłożony. Na powyższe wskazuje chociażby wyrok KIO z dnia 04.02.2020 r., sygn. akt. KIO 110/20: „To obowiązkiem Wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień, jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowe jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty". Na powyższą konieczność wskazuje również KIO w wyroku z dnia 16.03.2021 r., KIO 600/21, w którym KIO pisze: „…Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem postępowania", a także KIO w wyroku z dnia 24.10.2022 r., KIO 2625/22w którym to Izba wskazuje: „Przede wszystkim wyjaśnienia składane przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP powinny w sposób wyczerpujący i konkretny wykazywać możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy jest zobowiązany na tyle szczegółowo wyjaśnić względy, dla których był uprawniony zaoferować taką cenę, by Zamawiający nie miał już podstaw mieć w tej sprawie wątpliwości (tak: wyrok z dnia 27 stycznia 2022 r., KIO 113/22). Po drugie, wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego (tak: wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., KIO 115/22). Po trzecie, składane wyjaśnienia powinny być konkretne. Mnożenie ogólnikówo wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożenia niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Informacja taka może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne I wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności (tak: wyrok z dnia 25 lutego 2015 r., KIO 178/15)." Wykonawca, pomimo tego, że miał możliwość wyjaśnienia, a co za tym idzie rozwiania wątpliwości Zamawiającego, co do ponoszenia takich samych kosztów względem różnych części, nie wyjaśnił co wpływa na te koszty. Tym samym wątpliwości w zakresie prawidłowego skalkulowania kosztów pozostają, wobec czego nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić, że oferta nie zawiera znamion rażąco niskiej ceny. W uzasadnieniu wyroku z dnia 10.06.2021 r. (KIO 1311/21) Izba wskazała, że "Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przedłożone wyjaśnienia Wykonawcy nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach winien powołać się na czynniki jakie

wpływają na koszty zamówienia, a mianowicie co powoduje, że koszty są identyczne w zakresie różnych części, gdzie każda część zamówienia dotyczy dostawy innej ilości materiałów eksploatacyjnych. Wątpliwym jest więc ponoszenie takich samych kosztów w przypadku dostarczania np. 1 846 szt. materiałów eksploatacyjnych, jak w przypadku np. 8 655 szt. Złożone wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami, Wykonawca w sposób lakoniczny i powierzchowny odniósł się do kwestii kosztów jakie poniesie, nie uzasadniając tym samym, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca winien wskazać co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Na powyższe wskazuje KIO, w wyroku z dnia 13 października 2014 r. (KIO 2031/14), w którym uznało m.in.: "Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Izba uznała, że odwołujący nie sprostał powinności nałożonej przez przepisy ustawy, zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.". Co więcej KIO w wyroku 1287/13 wskazało, iż: "Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności." Podsumowując, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, który zachowuje aktualność również na gruncie nowej ustawy Pzp, złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Nie jest wystarczające zatem samo powołanie się na istnienie danego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15.07.2021 r. (KIO 1707/21) wskazała, że "celem udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wobec tego, aby wyjaśnienia spełniły swoją rolę, powinny być wyczerpujące, konkretne, rzeczowe i zawierać stosowne dowody, w zakresie okoliczności, na które wykonawca się powołuje. Mając na uwadze, że co do zasady takie wezwanie kierowane jest do wykonawcy jednokrotnie, wyjaśnienia powinny być udzielone w taki sposób, aby przekonać zamawiającego co do prawidłowości zaoferowanej ceny". Ponadto, Wykonawca w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień odnoszących się kosztów zamówienia został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie prognozowanego zysku wskazanego w kalkulacji z dnia 17.02.2023 r., który budzi wątpliwości Zamawiającego, albowiem w ocenie Zmawiającego założony zysk jest stosunkowo niski. Podkreślenia wymaga fakt, iż z wartości założonego zysku, który i tak jest znikomy Wykonawca przewidział również możliwość dopłaty do każdego z czynników wskazanych w kalkulacji, co powodować może, iż wykonanie zamówienia będzie wykonywane poniżej kosztów i nieopłacalne dla Wykonawcy gdzie zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO realizacja zamówienia poniżej kosztów świadczyć może o rażąco niskiej cenie. Co więcej powyższe może również rodzić obawy, co do realizacji zamówienia w sposób nienależyty. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż „(…) każdy z Wykonawców musi liczyć się z tym, że koszt zakupu zaoferowanych materiałów może wzrosnąć ale może się również obniżyć". W ocenie Zamawiającego powyższe stwierdzenie z uwagi na dużą ogólnikowość oraz zdawkowy charakter, a co więcej w żaden sposób nieuargumentowany, może nasuwać wnioski jak wyżej jak również prowadzić do uzasadnionych obaw, tym bardziej że, przeprowadzona przez Zamawiającego analiza w tym zakresie, wskazuje iż na przestrzeni ostatnich lat koszty związane z realizacją zamówienia wzrastają, a nie spadają. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający dokonał badania oferty pod kątem ceny, tj. zweryfikował ceny jednostkowe najbardziej kosztotwórczych materiałów eksploatacyjnych względem cen jednostkowych z aktualnie obowiązujących umów, a także z umów zawartych na lata 2021/2022. Przeprowadzona analiza wykazała, że globalnie ceny jednostkowe względem wszystkich części są o 22% niższe od cen z aktualnie zawartej umowy oraz o 5% niższe od cen z umowy zawartej na okres od 27.05.2021 r. do 26.05.2022 r. powiększonych o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2022 r. oraz w 2021. Mając na względzie aktualną sytuację na rynku spowodowaną wysoką inflacją, zaoferowane ceny jednostkowe są znacznie niższe od cen, które Zamawiający aktualnie ponosi z tytułu zakupu, czyli cen rynkowych. Izba w wyroku z dnia 05.03.2021 r. (KIO 451/21) wskazała, że: "za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej".".

Dnia 08.05.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 27.04.2023 r., 28.04.2023 r., 05.05.2023 r. złożył ZUMAR Z. G.. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na uznaniu, że oferty odwołującego Z. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUMAR Z. G., w zakresie części 2 do 10 zawierają rażąco niską

cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy prawidłowa i rzetelna ocena ofert prowadzić powinna do wyboru ofert odwołującego, wobec wykazania, iż przedstawione oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) art. 16 w zw. z art. 253 ust. 1 PZP poprzez ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jak również przejrzystości postępowania polegające na przyjęciu argumentów przedstawionych przez Golden Line Sp. z o.o. w odwołaniu wniesionym przez tę firmę w dniu 20.03.2023 r. i uznaniu ich za swoje, mimo, iż pierwotnie Zamawiający nie miał wątpliwości co do prawidłowości złożonych przez odwołującego ofert i dokonanych przez niego wyjaśnień w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, jak również ogólnikowego uzasadnienia odrzucenia ofert odwołującego, sprowadzającego się de facto do zacytowania kilku orzeczeń KIO dotyczących sposobu i zakresu składanych przez wykonawców wyjaśnień w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, bez merytorycznego odniesienia się do przedstawionych przez odwołującego wyjaśnień.

W zakresie wskazanych wyżej zarzutów stwierdził, iż:

1) Zamawiający wbrew dokonanym przez niego pierwotnie ustaleniom i uznaniu ofert złożonych przez odwołującego Z. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUMAR Z. G., za prawidłowe i nie budzące wątpliwości, wobec złożonego przez wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. odwołania z 20.03.2023 r. i jego uznaniu w części, przeprowadził ponowną analizę złożonych ofert, w tym wezwał ponownie odwołującego do złożenia wyjaśnień, co skutkowało odrzuceniem ofert złożonych przez odwołującego jako zawierających zdaniem Zamawiającego rażąco niską cenę.

2) Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia faktycznego w zakresie odrzucenia ofert odwołującego, przedstawiając jedynie uzasadnienie prawne polegające na zacytowaniu orzeczeń KIO dotyczących sposobu i zakresu składania przez wykonawców wyjaśnień w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 27.04.2023 r. polegającej na wyborze oferty Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek (podział na 10 części). Nr referencyjny: CZ.26.762.2022.DTZ" i odrzuceniu oferty Z. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUMAR Z. G., w zakresie części nr: 2, 4, 5, 6, 7 i 10,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 28.04.2023 r. polegającej na wyborze oferty Lambda Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek (podział na 10 części). Nr referencyjny: CZ.26.762.2022.DTZ" i odrzuceniu oferty Z. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUMAR Z. G., w zakresie części nr: 3 i 9,

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 05.05.2023 r. polegającej na wyborze oferty Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek (podział na 10 części). Nr referencyjny: CZ.26.762.2022.DTZ" odrzuceniu oferty Z. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUMAR Z. G., w zakresie części nr 8,

4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert w częściach 2 do 10 i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek (podział na 10 części). Nr referencyjny: CZ.26.762.2022.DTZ",

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed KIO, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na posiedzeniu.

Ponadto Odwołujący wnosił o:

1) przeprowadzenie dowodu z akt KIO sygn. akt: KIO 761/23, w szczególności odwołania z dnia 20.03.2023 r. oraz pisma w toku postępowania z 24.03.2023 r. złożonych przez wykonawcę Golden Line Sp. z o.o., na okoliczność podnoszonych przez tego wykonawcę zarzutów,

2) przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na okoliczności szczegółowo przedstawione w treści uzasadnienia,

3) ewentualnie Odwołujący, na podstawie art. 538 ust. 1 i art. 539 ust. 1 PZP, wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomiki przedsiębiorstw na okoliczność ustalenia możliwości wykonania zamówienia przez odwołującego za cenę przedstawioną w złożonych przez niego ofertach.

Ad. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP:

Zgodnie ze wskazanym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Aby zrozumieć nieprawidłowość działania Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego i wyboru ofert wykonawców Golden Line Sp. z o.o. oraz Lambda Sp. z o.o. , należy w pierwszej kolejności porównać kwoty, które Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia z wartościami ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia: Zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego zgodnie z ar 222 ust. 4 PZP, kwoty te wynoszą dla poszczególnych części:

1)nr 2 - 311.855,18 zł, 2) nr 3 - 303.456,67 zł, 3) nr 4 - 203.816,40 zł,
4)nr 5 - 193.355,80 zł, 5) nr 6 - 505.429,39 zł, 6) nr 7 - 242.450,91 zł,
7)nr 8 - 913.908,89 zł, 8) nr 9 - 223.460,37 zł, 9) nr 10 - 487.193,36 zł.

Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia w zakresie poszczególnych części za kwoty:

1)nr 2 - 425.398,35 zł, 2) nr 3 - 491.182,05 zł, 3) nr 4 - 296.528,40 zł,
4)nr 5 - 249.856,05 zł, 5) nr 6 - 683.615,55 zł 6) nr 7 - 395.998,50 zł,
7)nr 8 - 1.110.099,60 zł, 8) nr 9 - 367.757,70 zł, 9) nr 10 - 684.734,85 zł.

Oferty złożone przez wykonawców: P.W.MULTICOM A. P., Lambda Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz JMData Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie:

P.W.MULTICOM A. P.

1)nr 2 - 320.769,24 zł, 2) nr 3 - 410.610,90 zł, 3) nr 4 - 235.806,99 zł,
4)nr 5 - 189.444,60 zł, 5) nr 6 - 599.048,13 zł, 6) nr 7 - 317.292,03 zł,
7)nr 8 - 845.365,47 zł, 8) nr 9 - 306.468,03 zł, 9) nr 10 - 524.651,58 zł.

Lambda Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu:

1)nr 3 - 266.396,75 zł,
2)nr 9 - 197.753,45 zł.

JMData Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie:

1)nr 3 - 334.386,57 zł,
2)nr 8 - 703.913,01 zł,
3)nr 10 - 491.739,24 zł.

Jedynie dwóch wykonawców: Golden Line Sp. z o.o. oraz NETPRINT s.c. J. W., B. S., zaoferowali ceny zdecydowanie (nawet trzykrotnie) przewyższające kwoty wskazane przez Zamawiającego. Zatem tylko pobieżny rzut oka na przedstawiony wyżej zestawienia nasuwają oczywiste pytania: czy Zamawiający działał nierzetelnie dokonując szacowania wartości zamówienia, a jeśli tak, to czy dokonany wybór był podyktowany merytorycznymi przesłankami.

Odwołujący wskazał, iż dwukrotnie wyjaśniał zasadność takiej a nie innej kalkulacji złożonych ofert. Przede wszystkim wraz z pismem z 17.02.2023 r. Odwołujący złożył kalkulację cenową wskazującą na przewidywany zysk wraz z obiektywnymi czynnikami wpływającymi na jej wysokość. Na 22 stronach szczegółowo zostały wyjaśnione poszczególne składniki cenotwórcze, składające się na ceny ofertowe poszczególnych części zamówienia. Ponadto Odwołujący dołączył pismo PPHU InterCom_plus D. L., będącej stałym, wieloletnim partnerem handlowym odwołującego. Szerokie wyjaśnienia zyskały akceptację Zamawiającego, który uznał je za wystarczające i nie budzące wątpliwości co do tak zaoferowanych cen, jak i możliwości wykonania przez odwołującego zamówienia. Stąd też ponowne wezwanie skierowane przez Zamawiającego pismem z d17.02.2023 r. nie mogło prowadzić do dalej idących wyjaśnień, skoro wyjaśnienia złożone na wcześniejszym etapie były szerokie i wyczerpujące. Nie może zatem być mowy o zbagatelizowaniu przez odwołującego kierowanych przez Zamawiającego wezwań, złożeniu wyjaśnień lakonicznych, zdawkowych czy niezawierających koniecznych dowodów (jak wskazuje KIO w wyroku z 28.07.2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1903/21). Oczywistym przy tym jest, iż nie w każdym przypadku możliwe jest przedłożenie dowodu z dokumentów, które miałyby potwierdzać daną okoliczność, na którą powołuje się wykonawca.

Podniósł, iż zaoferowane ceny są realne i rynkowe. Świadczy o tym zarówno pismo PPHU InterCom_plus D. L. z 15.02.2023 r., będące załącznikiem do wyjaśnień odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny jak i przedstawione wyżej oferty innych wykonawców, których ceny były w wielu przypadkach znacznie niższe, niż te, które zaoferował Odwołujący. Nie ma racji Zamawiający wskazując, że koszty związane z realizacją zamówienia wzrastają a nie spadają. Przede wszystkim wskazał, iż zauważalną tendencją jest utrzymujący się spadek wartości dolara w stosunku do złotego. Praktycznie od października 2022 r., kiedy to cena 1 USD osiągała około 5 PLN, widoczny jest wyraźny i utrzymujący się spadek jego kursu. Na dzień dzisiejszy dolar kosztuje 4,14 złotego. Wydaje się, iż tendencja ta jeszcze się utrzyma i w najbliższych miesiącach nastąpi powrót do wartości dolara sprzed 2022 roku, kiedy to dolar kosztował w granicach 3,70 PLN. Również koszty transportu z Chin, który jest producentem towarów objętych zamówieniem, notują znaczną tendencję spadkową.

Zamawiający wskazuje ponadto, iż budzi wątpliwości założony przez odwołującego zysk, który jest stosunkowo niski. Nie wchodząc w tym zakresie w polemikę (każdy przedsiębiorca inaczej postrzega godziwość zysku - widocznie

Zamawiający ma w tym zakresie daleko większe wymagania niż Odwołujący), należy jedynie wskazać, że jeżeli Zamawiający byłby przekonany o nieprawidłowości działania odwołującego, który jego zdaniem dokonał kalkulacji wysokości cen ofertowych bez zysku, a nawet przy zastosowaniu cen dumpingowych, to działanie takie powinno być ocenione jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji, zgodnie z cytowaną wyżej definicją zawartą w art. 3 ust. 1 tej ustawy, jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zatem Zamawiający uznałby działanie odwołującego jako naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który dotyczy utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. Należy mieć bowiem na względzie, iż orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że kwestia odrzucenia oferty wobec zastosowania rażąco niskiej części składowej ceny lub kosztu objęta może zostać dyspozycją normy art. 226 ust. 1 pkt 7 (wyrok KIO z 12.12.2022 r. sygn. akt: KIO 3152/22). Jak wskazała KIO w przywołanym wyżej wyroku z 12.12.2022 r., dla skutecznego uznania spełnienia przesłanki odrzucenia określonej w art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP konieczne jest wykazanie, że działanie wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen.

Zastanawiające jednakże przy tym jest, iż Zamawiający, dokonując ponownej oceny i wyboru ofert w zakresie części nr 3 i 9, dokonał wybory ofert złożonych przez firmę Lambda Sp. z o.o., która zaoferowała ceny znacznie niższe niż Odwołujący.

W kontekście przedstawionych przez Zamawiającego zarzutów w stosunku do wyjaśnień złożonych przez odwołującego, zastanawiające jest zatem czym kierował się Zamawiający dokonując oszacowania wartości zamówienia i przeznaczając tak niewielkie (a zarazem niewystarczające) środki na jego sfinansowanie.

Ad. zarzut naruszenia art. 16 w związku z art. 253 ust. 1 PZP:

Zgodnie z przepisem art. 16 pkt 1 i 2 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości proporcjonalności. Z kolei przepis art. 253 ust. 1 PZP nakazuje Zamawiającemu podać uzasadnienie faktyczne i prawne informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informacji i ofertach, które zostały odrzucone.

Uzasadnienia odrzucenia ofert Odwołującego przedstawione przez Zamawiającego, jakkolwiek dość obszerne co do ilości, de facto nie tłumaczą w sposób konkretny i jednoznaczny czym kierował się Zamawiający, dokonując takiego a nie innego rozstrzygnięcia. Jak wskazała KIO w wyroku z 12.10.2022 r. sygn. akt: KIO 2522/22 sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty jest obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego.

W okolicznościach niniejszej sprawy trudno przyjąć, że sporządzone uzasadnienie wypełnia wskazane wyżej przesłanki. Zamawiający podniósł bardzo ogólnikowe zarzuty, których nie uzasadnił poprzez przywołanie konkretnych danych lub wyliczeń. Wskazanie dla przykładu, iż koszty związane z realizacją zamówienia wzrastają, a nie spadają, jest o tyle kuriozalne, że nie tylko nie ma odzwierciedlenia w rzeczywistości, ale też ma się nijak do oszacowania wartości zamówienia dokonanego przez samego Zamawiającego. Wydaje się zatem, iż Zamawiający uległ sugestiom wyrażonym w poprzednim odwołaniu, złożonym przez Golden Line Sp. z o.o., która wychodząc z irracjonalnych przesłanek dotyczących m.in. lokalizacji siedziby działalności gospodarczej, próbowała przedstawić odwołującego jako podmiot, który nie jest w stanie wykonać zamówienie. Również wyliczenia przedstawione przez tę firmę w odwołaniu, mają się nijak do sposobu realizacji zamówienia przez ZUMAR Z. G.

Odwołujący wskazał, iż nie jest firmą „znikąd", jak próbuje ją przedstawiać Golden Line Sp. z o.o. Aktualnie ZUMAR Z. G. realizuje umowy, których zakres jest analogiczny do przedmiotu postępowania prowadzonego przez Pocztę Polską, na rzecz następujących kontrahentów: /w tym miejscu odwołania tabela kontrahentów/

Łączna wartość aktywnych umów to 3.726.670,58 złotych. Zaoferowane w niniejszym postępowaniu ceny są zbieżne z cenami produktów, których dostawy realizuje Odwołujący w ramach wskazanych wyżej umów.

Podsumowując niniejsze odwołanie, Odwołujący wskazał, iż odnosi wrażenie, że Zamawiający, dokonując ponownego wyboru ofert, nie kierował się przesłankami merytorycznymi, lecz preferencją wykonawcy, który już realizował na jego rzecz zamówienia. Co więcej dokonane wyboru wskazują na zupełny brak konsekwencji Zamawiającego przy dokonywaniu oceny i wyboru ofert najkorzystniejszych. Jeżeli bowiem wyjaśnienia odwołującego nie zostały uznane przez Zamawiającego za wiarygodne, to w jaki sposób możliwe do przyjęcia były znacznie niższe oferty Lambda Sp. z o.o. Takie działanie Zamawiającego nie tylko narusza wskazane w petitum przepisy PZP, ale też stanowi wyraz niegospodarności

spółki publicznej. Stanowi także wyraz dyskryminacji mikroprzedsiębiorców, których pozycja rynkowa jest z gruntu dużo trudniejsza w konkurencji z podmiotami dużymi (w szczególności dotyczy to postępowań w trybach, które obowiązują do zamówień powyżej progów unijnych).

Zamawiający w dniu 09.05.2023 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej SmartPZP https://portal.smartpzp.pl/poczta-polska) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11.05.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)Golden Line Sp. z o. o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o odrzucenie na posiedzeniu niejawnym odwołania na podstawie art. 528 pkt 5) Pzp w zakresie części 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Golden Line Sp. z o. o.W zakresie wniosku o odrzucenie wskazał:

Zgodnie z treścią art. 528 pkt 5) PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dodatkowo na podstawie art. 529 ust. 1 PZP Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Wyjaśnienia wymaga, iż w dniu 20.03.2023 r. Przystępujący złożył odwołanie do KIO od niezgodnych z przepisami PZP czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G. oraz wyborze oferty tego podmiotu jako najkorzystniejszej, podjętych w częściach 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek (podział na 10 części)", znak sprawy: CZ.26.762.2022.DTZ.

Przystępujący we wniesionym odwołaniu zarzucał naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) PZP, poprzez jego niezastosowanie przez Zamawiającego i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G. z tego powodu, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu podczas gdy prawidłowe zastosowanie wskazanego przepisu winno prowadzić do odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy bowiem na podstawie przedłożonych do oferty dokumentów nie sposób było uznać, że wskazana osoba spełnia wymagania zamawiającego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej gdyż przedłożyła ona nierzetelne referencje, nie posiada odpowiednich narzędzi do realizacji zamówienia oraz zamierza realizować zamówienie na podstawie podwykonawców pomimo, że zaprzeczyła tej okoliczności w treści oferty;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, poprzez jego niezastosowanie przez Zamawiającego i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G. z tego powodu, że zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas gdy prawidłowe zastosowanie wskazanego przepisu winno prowadzić do odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy bowiem na podstawie złożonego przez niego wyjaśnienia, które jest ogólnikowe i lakoniczne nie sposób stwierdzić, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust. 2 PZP, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie skutkujące wyborem jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G., która w świetle regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowień SWZ nie mogła zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców bowiem zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP oraz wymaganiami SWZ.

W związku z opisanymi naruszeniami Przystępujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 zamówienia;
2. dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G. w częściach 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz pkt 8) PZP;
3. powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert) w częściach 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert z pominięciem oferty Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G., która to oferta winna zostać odrzucona;
4. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10.

Pismem z 29.03.2023 r. Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie Przystępującego w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych. W dniu 30 marca 2023 roku Przystępujący cofnął odwołanie w części w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) pzp (zarzut nr 1 odwołania) oraz w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1) pzp oraz art. 17 ust. 2 pzp (zarzut nr 3 odwołania). Co znamienne Z. G. przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G.

pomimo przystąpienia po stronie Zamawiającego do uprzednio toczącego się postępowania odwoławczego nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wskazał, iż postępowanie odwoławcze o którym mowa powyżej prowadzone było przez KIO pod sygn. akt KIO 761/23.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Przystępującego odwołanie w niniejszej sprawie winno podlegać odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 528 pkt 5) PZP bowiem odwołanie w zakresie części 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek (podział na 10 części)", znak sprawy: CZ.26.762.2022.DTZ dotyczy czynności, które Zamawiający wykonał zgodniez żądaniem zawartym w odwołaniu w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 761/23.

Podkreślił, iż w niniejszym postępowaniu Odwołujący zarzuca naruszenie art 226 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na uznaniu, że oferty odwołującego Z. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUMAR Z. G., w zakresie części 2 do 10 zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy prawidłowa i rzetelna ocena ofert prowadzić powinna do wyboru ofert odwołującego, wobec wykazania, iż przedstawione oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem w uprzednio prowadzonym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uznał zarzut Golden Line Sp. z o.o. dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, poprzez jego niezastosowanie przez Zamawiającego i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G. z tego powodu, że zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia to Pan Z. G. winien w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 761/23 skorzystać z uprawnienia do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i w tym trybie bronić stanowiska, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W tej sytuacji, skoro Zamawiający w sprawie prowadzonej pod sygn. akt: KIO 761/23 uznał zarzut Przystępującego (Golden Line Sp. z o.o.) dotyczący rażąco niskiej cenyw ofercie Odwołującego (Z. G.) i następnie podjął czynności wymienione we wnioskach tamtego odwołania skutkujące odrzuceniem oferty Pana Z. G. to w konsekwencji odwołanie w niniejszej sprawie winno zostać odrzucone.

Stanowisko Przystępującego w powyższym zakresie potwierdza postanowienie KIOz dnia 15.02.2021 roku wydane w sprawie o sygn. akt KIO 317/21, w którym Izba wskazała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 PZP, jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zgodnie z art. 527 ww. ustawy, na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej. Normy przywołanych wyżej przepisów obejmują czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym. Jeżeli kwestionowana czynność zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, wykonawca wezwany do wzięcia udziału w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Artykuł 528 pkt 5 i art. 527 ww. ustawy stanowią urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie.

Podobna teza wynika z wyroku KIO z 07.12.2020 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2917/20, w którym Izba wskazała, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przesłanka powyższa aktualizuje się w sytuacji, gdy zamawiający wykonał nakazane czynności zgodnie z zapadłym wyrokiem, bądź postąpił zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu w przypadku jego uwzględnienia. Hipoteza normy art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym, a w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości i umorzenia postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu ze strony uczestnika postępowania odwoławczego, odpowiadających żądaniu zawartemu w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu. Tym samym, jeżeli czynność zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, wykonawca nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Przesłanka ta dotyczy również uczestników postępowania odwoławczego we wcześniejszej sprawie oraz rozciąga się na podmioty, które zostały wezwane we wcześniejszej sprawie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, lecz z prawa tego nie skorzystały, bądź nie stały się uczestnikami postępowania odwoławczego. W zakresie wniosku o oddalenie wskazał:

Wyjaśnił, iż w celu udowodnienia, że oferty Odwołującego nie zawierają rażąco niskich cen Odwołujący dokonuje porównania cen ofert złożonych przez wszystkich oferentów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a także kwot jakie Zamawiający planował wydać na realizację poszczególnych części zamówienia.

Wskazał, iż Odwołujący w swoich porównaniach cen ofert odniósł się do cen tych ofert sprzed aukcji elektronicznej, gdy ceny tych ofert były wyższe. Odwołujący całkowicie pominął fakt, iż zaprezentowane przez niego ceny nie są obowiązujące bowiem związanie ofertą dotyczy cen po aukcji elektronicznej gdzie ceny ofert Odwołującego kształtują się następująco: /w tym miejscu przystąpienia zestawienie cen ofert Odwołującego przed i po aukcji/

Jak obrazuje powyższa tabela ceny ofert Odwołującego po aukcji są znacząco niższe od kwot jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację poszczególnych części zamówienia, wobec czego uznać należy, iż ceny ofert Odwołującego nie są cenami rynkowymi i są rażąco niskie. Podkreślił, iż zgodnie z treścią art. 555 PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Powyższe oznacza, że Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów postawionych w odwołaniu. Nie może orzekać ponad te zarzuty. Wszystkie zarzuty powinny być skonkretyzowane w odwołaniu. Nie jest dopuszczalne rozszerzanie zarzutów odwołania podczas rozprawy, a Izba w takim przypadku nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Na zarzut składają się podstawa prawna jak i okoliczności faktyczne, uzasadniające naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów. Przy tym Izba nie jest związana kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych powoływanych w odwołaniu. Również postępowanie dowodowe może być prowadzone wyłącznie w zakresie wykazania stanowiska odwołującego opartego na okolicznościach faktycznych określonych w odwołaniu.

Powyższe potwierdza wyrok KIO z 08.09.2022 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2217/22, w którym Izba wskazała, że zgodnie z art. 555 PZP Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane Zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Skoro zatem w odwołaniu Odwołujący udowadnia, że jego oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny powołując się na ceny sprzed aukcji elektronicznej to na dalszym etapie postępowania Odwołujący nie może zmienić swojego stanowiska i twierdzić, że ceny te należy odnosić do cen ofert po aukcji, gdyż postępowanie tego typu prowadzić będzie do nieuprawnionego rozszerzenia zarzutu przez Odwołującego. W ocenie Przystępującego, jeżeli na skutek niniejszych zarzutów Odwołujący zmieni podstawę faktyczną odwołania poprzez powołanie się na ceny ofert po aukcji w zakresie dowodzenia, że ceny jego ofert nie są rażąco niskie to tego typu zachowanie stanowić będzie de facto sporządzenie nowego odwołania w sprawie, wniesionego już po upływie terminu na dokonanie tego typu czynności.

Zauważył, że w pierwotnej treści odwołania nie ma żadnej wzmianki o cenach ofert Odwołującego skalkulowanych w toku aukcji w związku z czym Odwołujący wszystkie swoje zarzuty zawarte w odwołaniu oparł tylko i wyłącznie na cenach ofert sprzed aukcji, które to ceny obecnie są niewiążące dla Odwołującego jak i dla Zamawiającego.

Wobec powyższego stwierdził, że Odwołujący pomimo ciążącego na nim obowiązku nie sprostał ciężarowi udowodnienia, że ceny jego ofert nie są rażąco niskie bowiem Odwołujący broni swoich twierdzeń odnosząc się do cen swoich ofert sprzed aukcji elektronicznej, które to ceny nie są obowiązujące bowiem zobowiązanie poszczególnych oferentów w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnosić należy tylko i wyłącznie do cen ofert oszacowanych po aukcji. W tej sytuacji w ocenie Przystępującego odwołanie w niniejszej sprawie winno podlegać odrzuceniu w całości.

W dniu 17.05.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o wnosząc o odrzucenie odwołania w całości, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie wniosku o odrzucenie wskazał: Powyższe stanowisko Zamawiającego jest uzasadnione tym, iż w dniu 20.03.2023 r. Golden Line sp. z o.o. która w tym postepowaniu odwoławczym jest Przystępującym, złożyła odwołanie do KIO od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G. oraz wyborze oferty tego podmiotu jako najkorzystniejszej, podjętych w częściach 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek (podział na 10 części). Golden Line sp. z o.o., która jest Przystępującym w niniejszym postępowaniu odwoławczym, we wniesionym odwołaniu zarzucała naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) PZP, poprzez j ego niezastosowanie przez Zamawiającego i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G. z tego powodu, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy prawidłowe zastosowanie wskazanego przepisu winno prowadzić do odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy bowiem na

podstawie przedłożonych do oferty dokumentów nie sposób było uznać, że wskazana osoba spełnia wymagania zamawiającego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej gdyż przedłożyła ona nierzetelne referencje, nie posiada odpowiednich narzędzi do realizacji zamówienia oraz zamierza realizować zamówienie na podstawie podwykonawców pomimo, że zaprzeczyła tej okoliczności w treści oferty;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, poprzez jego niezastosowanie przez Zamawiającego i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G. z tego powodu, że zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas gdy prawidłowe zastosowanie wskazanego przepisu winno prowadzić do odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy bowiem na podstawie złożonego przez niego wyjaśnienia, które jest ogólnikowe i lakoniczne nie sposób stwierdzić, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust. 2 PZP, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie skutkujące wyborem jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G., która w świetle regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowień SWZ nie mogła zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców bowiem zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz wymaganiami SWZ.

W związku ze wskazanymi powyżej naruszeniami, Golden Line sp. z o.o. wnosiłao uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 zamówienia;
2. dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G. w częściach 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz pkt 8) PZP;
3. powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert) w częściach 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert z pominięciem oferty Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G., która to oferta winna zostać odrzucona;
4. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10.
Pismem z 29.03.2023 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie złożone przez Przystępującegow części, tj. w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP. Następnie w dniu 30.03.2023 r. Przystępujący cofnął odwołanie w części tj. w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) Pzp (zarzut nr 1 odwołania) oraz w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1) Pzp oraz art. 17 ust. 2 PZP (zarzut nr 3 odwołania). Istotna w przedmiotowej sprawie jest fakt, iż Pan Z. G. przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G., pomimo przystąpienia po stronie Zamawiającego do toczącego się wówczas postępowania odwoławczego, nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący Pan Z. G., zarzuca Zamawiającemu naruszenie art 226 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na uznaniu, że oferty Odwołującego Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUMAR Z. G., w zakresie części 2 do 10 zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy prawidłowa i rzetelna ocena ofert prowadzić powinna do wyboru ofert Odwołującego, wobec wykazania, iż przedstawione oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem w uprzednio prowadzonym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uznał zarzut Golden Line Sp. z o.o. dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, poprzez jego niezastosowanie przez Zamawiającego i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Z. G. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G. z tego powodu, że zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, to Pan Z. G. winien w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 761/23 skorzystać z uprawnienia do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i w tym trybie bronić stanowiska, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wobec powyższego mając na uwadze, że w myśl przepisu art. 528 pkt 5) PZP Izba odrzuca odwołanie (...) w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, Odwołanie złożone w niniejszej sprawie przez Pana Z. G. przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ZUMAR Z. G., winno podlegać odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 528 pkt 5) PZP, w szczególności w zakresie części 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 bowiem dotyczy czynności (uwzględnienia zarzutów), które Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu złożonym dnia 20 marca 2023 roku przez Golden Line sp. z o.o.- sprawa prowadzona pod sygn. akt KIO 761/23. Powyższe twierdzenia znajdują dodatkowo potwierdzenie w stanowisku KIO z 04.02.2022 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 121/22. W zakresie wniosku o oddalenie wskazał:

Odnośnie pierwszego zarzutu:

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na uznaniu, że oferty odwołującego Z. G., przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUMAR Z. G., w zakresie części 2 do 10 zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy prawidłowa i rzetelna ocena ofert prowadzić powinna do wyboru ofert

odwołującego, wobec wykazania, iż przedstawione oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazuje ceny zaoferowane przez Niego za wykonanie zamówienia w zakresie części nr 2-10, które to ceny są następujące:

-nr 2 - 425.398,35 zł, - nr 3 - 491.182,05 zł, - nr 4 - 296.528,40 zł,

-nr 5 - 249.856,05 zł, - nr 6 - 683.615,55 zł - nr 7 - 395.998,50 zł,

-nr 8 - 1.110.099,60 zł, - nr 9 - 367.757,70 zł, - nr 10 - 684.734,85 zł.

W tym miejscu Zamawiający wskazał i podkreślił, że powyższe wartości zaoferowane zostały przez Odwołującego w złożonej ofercie, jednakże Zamawiający na mocy art. 227 PZP przewidział wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

Wobec powyższego mając na uwadze, że w odwołaniu Odwołujący udowadnia, że jego oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny powołując się na ceny sprzed aukcji elektronicznej to na dalszym etapie postępowania Odwołujący nie może zmienić swojego stanowiska i twierdzić, że ceny te należy odnosić do cen ofert po aukcji, gdyż postępowanie tego typu prowadzić będzie do nieuprawnionego rozszerzenia zarzutu przez Odwołującego.

Zgodnie bowiem z treścią art. 555 PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Powyższe oznacza, że Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 15.04.2022 r. sygn. akt: KIO 835/22 i 846/22 wskazała, że Izba nie może - stosownie do treści art. 555 p.z.p. - orzekać co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. (...). W konsekwencji więc, jeżeli zarzutem odwołania nie jest wadliwość ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, Krajowa Izba Odwoławcza nie może podjąć badania prawidłowości jej ustalenia w celu stwierdzenia dopuszczalności odwołania.

W wyroku z 11.04.2013 r., KIO 589/13, KIO zwróciła uwagę, że „zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia".

Z kolei w wyroku z 13.03.2020 r., sygn. akt: KIO 431/20, Izba orzekła, że poza treścią samego odwołania brak jest możliwości doprecyzowywania zarzutów. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 PZP, brane przez KIO pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu". Nie jest natomiast częścią zarzutu uzasadnienie oceny odwołującego wskazujące, czemu formułuje on tezę, iż przepis prawa został naruszony. Uzasadnienie to może, ale nie musi być wyczerpująco ujęte w odwołaniu, aby Izba mogła wziąć je pod uwagę, gdy zostanie przedstawione już po złożeniu odwołania. Również postępowanie dowodowe może być prowadzone wyłącznie w zakresie wykazania stanowiska odwołującego opartego na okolicznościach faktycznych określonych w odwołaniu.

Jak słusznie wskazał Przystępujący - Golden Line sp. z o.o. w piśmie z 11.05.2023 r. zawierającym przystąpienie do odwołania, jeżeli na skutek niniejszych zarzutów Odwołujący zmieni podstawę faktyczną odwołania poprzez powołanie się na ceny ofert po aukcji w zakresie dowodzenia, że ceny jego ofert nie są rażąco niskie to tego typu zachowanie stanowić będzie de facto sporządzenie nowego odwołania w sprawie, wniesionego już po upływie terminu na dokonanie tego typu czynności. Zauważyć należy bowiem, że w pierwotnej treści odwołania nie ma żadnej wzmianki o cenach ofert Odwołującego skalkulowanych w toku aukcji, w związku z czym Odwołujący wszystkie swoje zarzuty zawarte w odwołaniu oparł tylko i wyłącznie na cenach ofert sprzed aukcji, które to ceny obecnie są niewiążące dla Odwołującego jak i dla Zamawiającego. Wobec powyższego stwierdził, że Izba już z tych względów powinna oddalić odwołanie w całości.

Odnosząc się do kwestii aukcji elektronicznych, Zamawiający wskazuje, że zostały one przeprowadzone w dniu 01.02.2023 r. i w wyniku tych aukcji Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę:

nr2: 175 000,00 zł, nr 3: 226 300,00 zł, nr 4: 152 630,00 zł,

nr5: 118 000,00 zł, nr 6: 374 410,00 zł, nr 7: 168 890,00 zł.

nr8: 440 000,00 zł, nr 9: 163 110,00 zł. nr 10: 280 000,00 zł.

Odwołujący dnia 07.02.2023 r. potwierdził wskazane powyżej ceny, składając Formularze wycen po aukcjach. Zamawiający podnosi, że wskazane w Odwołaniu przez Pana Z. G. ceny ofertowe pozostałych Wykonawców tj.: P.W.

Multikom A. P., a także JMData Sp. z o.o. Sp. K. również nie są cenami po aukcjach elektronicznych. Jedynie w przypadku cen Wykonawcy LAMBDA Sp. z o.o. wskazano ceny prawidłowe, gdyż Wykonawca ten nie złożył postąpień podczas aukcji elektronicznych.

Poniżej Zamawiający przedstawia zestawienia ofert prezentujące ceny ofertowe oraz ceny zaoferowane po aukcji wskazane w formularzach wycen po aukcjach: /w tym miejscu odpowiedzi znajduje się stosowne zestawienie dla każdej z zaskarżonych części/.

Wobec powyższego, nie sposób się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, iż: oferty innych wykonawców, (...) były w wielu przypadkach znacznie niższe, niż te, które zaoferował odwołujący, albowiem to właśnie ceny Odwołującego wskazane w toku aukcji elektronicznej były najniższe, co potwierdza powyższe zestawienie, z którego wynika, iż oferta Odwołującego w części nr 2-9 zawiera najniższą cenę, a także znacznie odbiega cenowo od większości złożonych ofert. W związku z powyższym Zamawiający podczas badania i oceny ofert dokonał analizy m.in. oferty złożonej przez Odwołującego pod kątem domniemania występowania rażąco niskiej ceny. /W tym miejscu odpowiedzi na odwołanie stosowna analiza w formie tabelarycznej/.

Jak wynika z przedstawionej powyżej analizy, cena wykonania zamówienia wskazana przez Odwołującego, w formularzu wyceny po aukcji jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania w zakresie części: nr 2, nr 5, nr 7, nr 8 oraz nr 10, a także o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10) ustawy Pzp w zakresie części nr 2-10. Ponadto Zamawiający wskazał, że chybione są twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający, dokonując ponownej oceny i wyboru ofert w zakresie części nr 3 i 9, dokonał wybory ofert złożonych przez firmę Lambda Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, która zaoferowała ceny znacznie niższe niż odwołujący. Jak wynika z powyższych zestawień cena zaoferowana przez Wykonawcę Lambda Sp. z o.o. jest wyższa:
- o 18% w zakresie części nr 3,
- o 21% w zakresie części nr 9, od ceny zaoferowanej po aukcji przez Odwołującego.

Reasumując powyższe wskazał, że kwota wskazana przez Odwołującego w toku aukcji elektronicznej, jest niższa o 24,92% - 51,56% od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Wobec powyższego, skierowanie do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny, było uzasadnione. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający pismem z dnia 14.02.2023 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w zakresie części nr 2-10.

Zgodnie z treścią wezwania, Pan Z. G. zobowiązany był wykazać, że zaoferowana przez niego w ofertach cena brutto za całość przedmiotu zamówienia, pozwala na pokrycie kosztów i osiągnięcie zysku. Ponadto zobowiązany został do wskazania w jakiej wysokości założył zysk, a także wyjaśnienia czy skalkulowano wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia (tj. koszt przedmiotu zamówienia, wszelkie koszty związane z dostarczeniem wraz z odbiorem przedmiotu zamówienia do i z miejsc dostaw, zakładany zysk, należne podatki, koszt ubezpieczenia obowiązkowego, opakowania oraz inne, jeżeli występują) i czy zaoferowana cena pokrywa te koszty.

Odwołujący do złożonych dnia 17.02.2023 r. wyjaśnień w zakresie części nr 2-10 przedstawił kalkulację cenową wskazującą przewidywany przez Odwołującego zysk wraz z obiektywnymi czynnikami wpływającymi na jej wysokość. We wspomnianej kalkulacji Wykonawca wskazał czynniki wpływające na wartość tj.
a.Koszt produkcji i zakupu oferowanych produktów, należne podatki, koszt ubezpieczenia obowiązkowego;
b.Koszt opakowania;
c.Koszt logistyki w tym magazynowania;
d.Koszty dostarczenia do siedziby Zamawiającego i odbioru;
e.Koszty wniesienia oraz koszty rozładunku w miejscach wskazanych przez Zamawiającego;
f.Koszty serwisu, naprawy lub wymiany urządzeń koszt gwarancji i rękojmi;
g.Inne koszta: np. zatrudnienie (zawiera koszt pracy osób wykonujących przedmiotowe zamówienie);
h.Prognozowany zysk. Kwota pozostała po zrealizowaniu zamówienia (zawiera „koszty pośrednie<inne koszty przyjmującego zamówienie>, na które składają się koszty ogólne, koszty zarządu i zysk Wykonawcy").

Zgodnie z przedstawioną kalkulacją, w ocenie Zamawiającego, koszty wskazanew poz. b., c., d., f. oraz g. w zakresie każdej z części znajdują się na tym samym poziomie, niezależnie od ilości zamawianego asortymentu i w tym zakresie powstały wątpliwości Zamawiającego co do przedstawionej kalkulacji. Każda część zamówienia dotyczy bowiem dostawy innej ilości materiałów eksploatacyjnych, tak więc wątpliwym jest ponoszenie takich samych kosztów w przypadku dostarczania np. 1 846 szt. materiałów eksploatacyjnych (część nr 5), jak w przypadku np. 8 655 szt. (część nr 8).

W związku z powzięciem dalszych wątpliwości dotyczących ceny wskazanej przez Odwołującego w toku aukcji elektronicznej, pismem z dnia 06.04.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w zakresie części nr 2-10.
Wyjaśnienia miały w szczególności dotyczyć:
a.Kosztów opakowania;

b.Kosztów logistyki w tym magazynowania;
c.Kosztów dostarczenia do siedziby Zamawiającego i odbioru;
d.Kosztów serwisu, naprawy lub wymiany urządzeń koszt gwarancji i rękojmi;
e.Innych kosztów: np. zatrudnienie (zawiera koszt pracy osób wykonujących przedmiotowe zamówienie); a mianowicie jakie czynniki wpływają na te koszty, że są one identyczne w zakresie różnych części, gdzie każda część zamówienia dotyczy dostawy innej ilości materiałów eksploatacyjnych, tak więc wątpliwym jest ponoszenie takich samych kosztów w przypadku dostarczania np. 1 846 szt. materiałów eksploatacyjnych (część nr 5), jak w przypadku np. 8 655 szt. (część nr 8). Ponadto, Odwołujący w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień odnoszących się do przedmiotowych kosztów, został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie prognozowanego zysku wskazanego w kalkulacji z 17.02.2023 r., który budził wątpliwości Zamawiającego, albowiem w ocenie Zmawiającego założony zysk był stosunkowo niski, a Odwołujący przewidział również możliwość dopłaty względem tego zysku do każdego z czynników wskazanych w kalkulacji.

Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył dodatkowe wyjaśnienia, w których odniósł się do ww. kosztów i tak:
1. w zakresie kosztów opakowań wyjaśnił, iż opakowania jednostkowe wliczone są w cenę zakupu zarówno materiałów alternatywnych, jak i oryginalnych. Koszt opakowania, o którym mowa w złożonych wyjaśnieniach odnosi się do opakowań zewnętrznych, czyli kartonów zbiorczych i folii stretch. Odwołujący oświadczył również, iż aktualnie realizuje kilka innych dużych umów przetargowych, w związku z czym ma podpisane kontrakty na otrzymanie bardzo korzystnych cen na produkty magazynowe m.in. na duże kartony zbiorcze, nadające się do wysyłki oraz folie stretch.
2. w zakresie kosztów logistyki w tym magazynowania poinformował, iż posiada pomieszczenie do magazynowania, które jest infrastrukturą dla działalności niezależnie od realizacji niniejszego zadania, w związku z czym tylko niewielką część pochodzącą z realizacji zamówienia zamierza przeznaczyć na pokrycie kosztów magazynowania, pomieszczenie magazynowe nie zostanie wynajęte jedynie pod realizację zamówień przeznaczonych dla Poczty Polskiej S.A. Dodatkowo w związku z realizacją innych dostaw na terenie całej Polski pozwala to na obniżenie kosztów dostaw i tylko niewielką część pochodzącą z realizacji zamówienia zamierza przeznaczyć na pokrycie kosztów logistyki.
3. w zakresie kosztów dostarczenia do siedziby Zamawiającego i odbioru Odwołujący powołał się na korzystną umowę z firmą spedycyjną, która realizuje część dostaw i odbiorów materiałów od Zamawiających. Odwołujący poinformował, iż umowa z firmą spedycyjną wiąże się z comiesięcznym opłacaniem stałej kwoty abonamentowej - niezależnie od ilości wysyłanych/odbieranych produktów.
4. w zakresie kosztów serwisu, naprawy lub wymiany urządzeń koszt gwarancji i rękojmi Odwołujący wskazał, iż produkty oferowane Zamawiającemu, są objęte gwarancją i rękojmią producenta, w związku z czym w przypadku wystąpienia uznanej reklamacji firma ZUMAR nie poniesie dodatkowych kosztów. Podany koszt zawiera szacunek ewentualnego zdarzenia w odniesieniu do produktów marki IC+, w tym ekspresowego serwisu i transportu, o ile taki wystąpi. Ustalona w kalkulacji cenowej kwota wiąże się z faktem, że zaoferowane Zamawiającemu produkty są materiałami sprawdzonymi i pewnymi oraz że w innych realizowanych przetargach nie są reklamacyjne. Firma ZUMAR Z. G. posiada w swoich szeregach serwisanta, który będzie realizował serwis, ewentualne naprawy, bądź wymianę urządzeń
5. W zakresie innych kosztów: np. zatrudnienia, Odwołujący wyjaśnił, że nie zmierza przeznaczyć pełnego etatu na rzecz realizacji zamówień Zamawiającego, ewentualnych reklamacji i serwisów. Dodatkowo poinformował, że w ramach funkcjonowania firmy koszty pracy wynikające z umów o pracę nie zostają zwiększone. Odwołujący przeznaczy część czasu pracy osób zatrudnionych zgodnie z obowiązującym prawem otrzymujących nie mniej niż minimalne wynagrodzenie za prace ustalone zgodnie z prawem polskim. Ta część wykonania pracy będzie wynagradzana finansami pochodzącymi z tytułu realizacji zamówienia. Pozostała część pracy wynagradzana jest w wyniku wypełniania innych stałych obowiązków osób zatrudnionych.

Analiza złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, przeprowadzona przez Zamawiającego, doprowadziła go do wniosków, iż w złożonych wyjaśnieniach, Odwołujący powołał się jedynie na korzystne ceny na produkty magazynowe tj. kartony, folie strech, jednakże w sposób mierzalny nie odniósł się do faktycznie poniesionych kosztów w zakresie poszczególnych części i przewidywanego kosztu jaki poniesie w zakresie 1 materiału eksploatacyjnego, aby oszacować koszt w zakresie danej części, a także nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu. Zamawiający w skierowanym do Odwołującego wezwaniu podniósł, iż w jego ocenie wątpliwym jest ponoszenie takich samych kosztów w przypadku dostarczania np. 1 846 szt. materiałów eksploatacyjnych (część nr 5), jak w przypadku np. 8 655 szt. (część nr 8), i ta wątpliwość nie została przez Odwołującego rozwiana i wyjaśniona. Odwołujący nie wykazał tym samym faktycznie poniesionych kosztów z tego tytułu, co więcej nie określił co wpływa na fakt, iż koszty w zakresie zapakowania różnych ilości materiałów ponosi na tym samym poziomie. Odwołujący w ramach złożonych wyjaśnień, powołał się także na korzystną umowę z firmą spedycyjną, jednakże na potwierdzenie tego nie przedstawił żadnego dowodu. Ponadto złożone wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami, Odwołujący w sposób lakoniczny i powierzchowny odniósł się do kwestii kosztów jakie poniesie, nie uzasadniając tym samym, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący winien był wskazać co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż „(...) każdy z Wykonawców musi liczyć się z tym, że koszt

zakupu zaoferowanych materiałów może wzrosnąć, ale może się również obniżyć". W ocenie Zamawiającego powyższe stwierdzenie z uwagi na dużą ogólnikowość oraz zdawkowy charakter, a co więcej w żaden sposób nieuargumentowany, może nasuwać wnioski jak wyżej jak również prowadzić do uzasadnionych obaw, tym bardziej że, przeprowadzona przez Zamawiającego analiza w tym zakresie, wskazuje, iż na przestrzeni ostatnich lat koszty związane z realizacja zamówienia wzrastają, a nie spadają.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający dokonał badania oferty pod kątem ceny, tj. zweryfikował ceny jednostkowe najbardziej kosztotwórczych materiałów eksploatacyjnych względem cen jednostkowych z aktualnie obowiązujących umów, a także z umów zawartych na lata 2021/2022. Przeprowadzona analiza wykazała, że globalnie ceny jednostkowe względem wszystkich części są o 22% niższe od cen z aktualnie zawartej umowy oraz o 2% niższe od cen z umowy zawartej na okres od 27.05.2021 r. do 26.05.2022 r. powiększonych o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2022 r. oraz w 2021. Mając na względzie aktualną sytuację na rynku spowodowaną wysoką inflacją, zaoferowane ceny jednostkowe są znacznie niższe od cen, które Zamawiający aktualnie ponosi z tytułu zakupu, czyli cen rynkowych. Podsumowując powyższe wskazał, że Odwołujący, w złożonych wyjaśnieniach nie wyjaśnił, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Względem drugiego zarzutu:

Odwołujący w odwołaniu wskazał dodatkowe elementy wpływające na jego cenę, które nie zostały przekazane Zamawiającemu w złożonych wyjaśnieniach. Odwołujący odniósł się do spadku dolara oraz do spadku kosztów transportu z Chin, który jest producentem towarów objętych zamówieniem (zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego producentem jest firma IC Plus D. L., więc koszty transportu z Chin ponosi Pan L.). W przekazanym Odwołującemu piśmie Zamawiający wskazał zarówno podstawę prawną, jak i szczegółową podstawę faktyczną wraz z kazusami. Co więcej w sposób szczegółowy i wyczerpujący odniósł się do złożonych przez Odwołującego dokumentów i wskazał w jakich obszarach Odwołujący nie uzasadnił, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nie można również zgodzić się z twierdzeniem, iż Zamawiający nie przedstawił na potwierdzenie swych racji konkretnych danych lub wyliczeń, albowiem na podstawie swojego doświadczenia z lat ubiegłych wskazał jak kształtował się rynek względem złożonych ofert i zawartych umów i to dla Zamawiającego jest wyznacznikiem, nie zaś kurs dolara, na który powołuję się Odwołujący, co dodatkowo w opinii Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia z tego chociażby względu, że producentem zaoferowanego przez Wykonawcę ZUMAR Z. G. produktu, jest podmiot IC PLUS. Co więcej w przekazanych przez Odwołującego wyjaśnieniach, jak również w piśmie PPHIInterCom_plus D. L. ten element cenotwórczy nie został podniesiony jako argument przemawiający za tym, iż oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo Odwołujący zarzuca: iż Zamawiający uległ sugestiom wyrażonymw poprzednim odwołaniu, złożonym przez Golden Line Sp. z o.o., która wychodząc z irracjonalnych przesłanek dotyczących m.in. lokalizacji siedziby działalności gospodarczej, próbowała przedstawić odwołującego jako podmiot, który nie jest w stanie wykonać zamówienie. Również wyliczenia przedstawione przez tę firmę w odwołaniu, mają się nijak do sposobu realizacji zamówienia przez ZUMAR Z. G. Odwołujący pragnie wskazać, iż nie jest firmą „znikąd", jak próbuje ją przedstawiać Golden Line Sp. z o.o.Zarzut ten, podobnie jak drugi zarzut postawiony w niniejszym postepowaniu przez Odwołującego nie jest zasadny, gdyż Zamawiający odpowiadając na odwołanie (sygn. akt: KIO 761/23) nie zgodził się z Golden Line Sp. z o.o. i w tym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że Zamawiający nie jest stronniczy nie kieruje się preferencjami wskazanymi przez wykonawców, a powyższe zarzuty pod kątem Zamawiającego można uznać za pomówienie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymiponiżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta została odrzucona w wypadku potwierdzenie się zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w całości, czy też tylko w zakresie części 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 (zmodyfikowany na posiedzeniu przez Zamawiającego, sformułowany przez Przystępującego w przystąpieniu) na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp. Po pierwsze, nie jest możliwe odrzucenie całego odwołania, gdyż poprzednie odwołanie o sygn. akt: KIO 761/23 nie dotyczyło części 3 i 9. Po drugie,unieważniając wcześniejszy wybór nie dokonał czynności zgodnie z uwzględnieniem wynikającym z poprzedniej procedury odwoławczej /protokół nr 15 Komisji Przetargowej/. Jego aktualna ocena, której dokonał była oparta na nowej czynności, którą szczegółowo opisuje w swojej informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w częściach 2-10.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, tak do odwołania o sygn. akt: KIO 761/23, jak i KIO 1218/23,w szczególności ofertę Odwołującego dla wszystkich objętych odwołaniem części, czyli ceny przed aukcja, jak i po aukcji elektronicznej. Dodatkowo, pierwsze wezwanie do wyjaśnień z 14.02.2023 r., pierwsze wyjaśnienia z 17.02.202 r. wraz z Kalkulacją cenową wskazującą na przewidywany przez Wykonawcę zysk wraz z obiektywnymi czynnikami wpływającymi na jej wysokość objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, Oświadczeniem firmy Intercom Plus i

Certyfikatem ISO 9001, 14001 dla Intercom Plus. Nadto, pismo Przystępującego z 22.02.2023 r. z załącznikami oraz protokół nr 12 Komisji Przetargowej, jak i odwołanie z 20.03.2023 r. i pismo w toku postępowania z 24.03.2023 r. Podobnie, protokół nr 15 Komisji Przetargowej, drugie wezwanie do wyjaśnień z 06.04.2023 r., drugie wyjaśnienia z 12.04. 2023 r., protokół nr 18 Komisji Przetargowej oraz informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w spornych częściach i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba oddala wniosek Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomiki przedsiębiorstw na okoliczność ustalenia możliwości wykonania zamówienia przez Odwołującego za cenę przedstawioną w złożonych przez niego ofertach, uznając, że jest on powołany dla zwłoki i prowadzi do przewlekłości postępowania. Odwołujący podczas rozprawy ograniczył się jedynie do jego podtrzymania i nie przestawił w tym zakresie żadnego pogłębionego stanowiska. W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła również złożone na rozprawie przez Odwołującego:

1) dodatkowe wyjaśnienia (oświadczenie) firmy IC+, pismo z 18.05.2023 r. na okoliczność spadku ceny frachtu z Chin, jak i ciągłej obniżki wartości dolara,
2) list referencyjny z 29.03.2023 Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach na okoliczność rzetelności realizacji innych umów.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła również złożone na rozprawie przez Przystępującego:

1) kopie 10 faktur na okoliczność wykazania kosztów serwisu w latach ubiegłych u Zamawiającego,
2) zestawienie ceny produktów objętych postępowaniem od chińskich dostawców wraz z załączoną korespondencję emaliową, na okoliczność tego, iż koszt zakupu materiałów eksploatacyjnych u dostawców chińskich jest w większości wypadków wyższy niż u Odwołującego,
3) zestawienie różnicy procentowej ceny ofertowej po aukcji w stosunku do wartości sprzed aukcji na okoliczność zmian wartości ceny ofertowej przed i po aukcji.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentacje wynikającą z odwołania, zgłoszonego przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

1) art 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na uznaniu, że oferty odwołującego Z. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZUMAR Z. G., w zakresie części 2 do 10 zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy prawidłowa i rzetelna ocena ofert prowadzić powinna do wyboru ofert odwołującego, wobec wykazania, iż przedstawione oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2) art. 16 w zw. z art. 253 ust. 1 PZP poprzez ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jak również przejrzystości postępowania polegające na przyjęciu argumentów przedstawionych przez Golden Line Sp. z o.o. w odwołaniu wniesionym przez tę firmę w dniu 20.03.2023 r. i uznaniu ich za swoje, mimo, iż pierwotnie Zamawiający nie miał wątpliwości co do prawidłowości złożonych przez odwołującego ofert i dokonanych przez niego wyjaśnień w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, jak również ogólnikowego uzasadnienia odrzucenia ofert odwołującego, sprowadzającego się de facto do zacytowania kilku orzeczeń KIO dotyczących sposobu i zakresu składanych przez wykonawców wyjaśnień w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, bez merytorycznego odniesienia się do przedstawionych przez odwołującego wyjaśnień.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odrzucenia, odwołania, zgłoszonego przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie. W dalszej kolejności z uwagi na objecie tajemnicą przedsiębiorstwa 22 str. kalkulacji do pierwszych wyjaśnień z 17.02.2023 r., jak i samych wyjaśnień (ale nie pierwszego oświadczenia IC+ oraz certyfikatu). Izba przytacza drugie wezwanie z 06.04.2023 r.: *„(…) Wykonawca pismem z dnia 14.02.2023 r. został wezwany do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w zakresie części nr 2-10. Zgodnie z treścią wezwania Wykonawca zobowiązany był wykazać, że zaoferowana cena brutto za całość przedmiotu zamówienia pozwala na pokrycie kosztów i osiągnięcie zysku, wskazać jakiej wysokości zysk jest zakładany, a także wyjaśnić czy skalkulowano wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia (tj. koszt przedmiotu zamówienia, wszelkie koszty związane z dostarczeniem wraz z odbiorem przedmiotu zamówienia do i z miejsc dostaw, zakładany zysk, należne podatki, koszt ubezpieczenia obowiązkowego, opakowania oraz inne, jeżeli występują) i czy zaoferowana cena pokrywa te koszty. Wykonawca do złożonych dnia 17.02.2023 r. wyjaśnień w zakresie części nr 2-10 przedstawił kalkulację cenową wskazującą przewidywany przez Wykonawcę zysk wraz z obiektywnymi czynnikami wpływającymi na jej wysokość. We wspomnianej kalkulacji Wykonawca wskazał czynniki wpływające na wartość, tj. a. Koszt produkcji i zakupu oferowanych produktów, należne podatki, koszt ubezpieczenia obowiązkowego; b. Koszt opakowania; c. Koszt logistyki w tym magazynowania; d. Koszty*

dostarczenia do siedziby Zamawiającego i odbioru; e. Koszty wniesienia oraz koszty rozładunku w miejscach wskazanych przez Zamawiającego; f. Koszty serwisu, naprawy lub wymiany urządzeń koszt gwarancji i rękojmi; g. Inne koszta: np. zatrudnienie (zawiera koszt pracy osób wykonujących przedmiotowe zamówienie). h. Prognozowany zysk. Kwota pozostała po zrealizowaniu zamówienia (zawiera „koszty pośrednie, na które składają się koszty ogólne, koszty zarządu i zysk Wykonawcy"). Zgodnie z przedstawioną kalkulacją koszty wskazane w poz. b., c., d., f. oraz g. w zakresie każdej z części znajdują się na tym samym poziomie, niezależnie od ilości zamawianego asortymentu i w tym zakresie rodzą wątpliwości Zamawiającego co do przedstawionej kalkulacji. Każda część zamówienia dotyczy dostawy innej ilości materiałów eksploatacyjnych, tak więc wątpliwym jest ponoszenie takich samych kosztów w przypadku dostarczania np. 1 846 szt. materiałów eksploatacyjnych (część nr 5), jak w przypadku np. 8 655 szt. (część nr 8). W związku z powyższym, Zamawiający zwraca się o złożenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie ww. kosztów, a mianowicie jakie czynniki wpływają na te koszty, że są identyczne w zakresie różnych części. Ponadto, wątpliwość Zamawiającego wzbudza prognozowany zysk wskazany w kalkulacji, gdyż założony zysk jest niski, a dodatkowo zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi w kalkulacji w koszcie tym Wykonawca przewidział możliwość dopłaty do każdego z czynników wskazanych w poz. a. do g. Zamawiający wyjaśnia, iż Wykonawca nie może zmieniać pierwotnie złożonych wyjaśnień. Zamawiający przypomina, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca musi pamiętać, że jego wyjaśnienia nie mogą zmienić treści złożonej oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający informuje, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. art. 224 ust 6 ustawy Pzp (…)".
Nadto, drugie wyjaśnienia, które nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa: *„(…) W związku z powyższym udzielam szczegółowych wyjaśnień dotyczących udzielonych już wyjaśnień rażąco niskiej ceny (z dnia 17.02.2023 r.) w poz. b., c., d., f., oraz g. Wyjaśnienia dotyczą wspomnianej kalkulacji, a dokładnie czynników wpływających na jej wartość tj: B – Koszt opakowania. Zgodnie z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny z dnia 17.02.2023 r. informuję, że firma ZUMAR Z. G. kupuje materiały równoważne po bardzo korzystnych cenach od jednego z kluczowych producentów zamienników – firmy Intercom Plus. Zamienniki te sprzedawane są w kartonach oznaczonych nazwą producenta, symbolem, kompatybilnością itd. Opakowania jednostkowe wliczone są w cenę zakupu zarówno materiałów alternatywnych, jak i oryginalnych. Koszt opakowania zawarty w punkcie „b" kalkulacji cenowej odnosi się do opakowań zewnętrznych czyli kartonów zbiorczych i folii stretch. Firma ZUMAR Z. G. aktualnie realizuje kilka innych dużych umów przetargowych, w związku z czym ma podpisane kontrakty na otrzymanie bardzo korzystnych cen na produkty magazynowe m.in. na duże kartony zbiorcze, nadające się do wysyłki oraz folie stretch. C - Koszt logistyki w tym magazynowania. Firma ZUMAR Z. G. obecnie realizuje kilka dużych umów przetargowych. Ich realizacja opiewa na kilka lat. Posiadam pomieszczenie do magazynowania, które jest infrastrukturą dla mojej działalności niezależnie od realizacji niniejszego zadania, w związku z czym tylko niewielką część pochodzącą z realizacji zamówienia zamierzam przeznaczyć na pokrycie kosztów magazynowania. W związku z czym pomieszczenie magazynowe nie zostanie wynajęte jedynie pod realizację zamówień przeznaczonych dla Poczty Polskiej S.A. Dodatkowo w związku z realizacją innych dostaw na terenie całej Polski pozwala mi to na obniżenie kosztów dostaw i tylko niewielką część pochodzącą z realizacji zamówienia zamierzam przeznaczyć na pokrycie kosztów logistyki. D - Koszty dostarczenia do siedziby Zamawiającego i odbioru. W związku z faktem, że firma ZUMAR Z. G. ma ustabilizowaną pozycję na rynku, pozwoliło to na wypracowanie korzystnej umowy z firmą spedycyjną, która realizuje część dostaw i odbiorów materiałów od Zamawiających. Zamawiający nie wymagał, aby realizacja zamówień wykonana została osobiście przez Wykonawcę, w związku z czym zamierzam skorzystać z dostaw kurierskich. Umowa z firmą spedycyjną wiąże się z comiesięcznym opłacaniem stałej kwoty abonamentowej – niezależnie od ilości wysyłanych/odbieranych produktów. W związku powyższym wątpliwości Zamawiającego odnośnie ponoszenia takich samych kosztów w przypadku dostarczania np. 1 846 szt. materiałów eksploatacyjnych (część nr 5), jak w przypadku np. 8 655 szt. (część nr 8) są bezzasadne, ponieważ niezależnie od częstotliwości korzystania z usług firmy spedycyjnej, musi zostać opłacona comiesięczna faktura. F - Koszty serwisu, naprawy lub wymiany urządzeń koszt gwarancji i rękojmi. Produkty oferowane zamawiającemu, są objęte gwarancją i rękojmią, w związku z czym w przypadku wystąpienia uznanej reklamacji firma ZUMAR nie poniesie dodatkowych kosztów. Podany koszt zawiera szacunek ewentualnego zdarzenia w odniesieniu do produktów marki IC+, w tym ekspresowego serwisu i transportu, o ile taki wystąpi. Ustalona w kalkulacji cenowej kwota wiąże się z faktem, że zaoferowane Zamawiającemu produkty są materiałami sprawdzonymi i pewnymi oraz, że w innych realizowanych przetargach nie są reklamacyjne. Firma ZUMAR Z. G. posiada w swoich szeregach serwisanta, który będzie realizował serwis, ewentualne naprawy, bądź wymianę urządzeń. G - Inne koszta: np. zatrudnienie (zawiera koszt pracy osób wykonujących przedmiotowe zamówienie). Zamawiający w udostępnionej dokumentacji przetargowej nie warunkował wykonania zamówienia koniecznością zatrudnienia osób przeznaczonych wyłącznie do realizacji umowy. W związku z tym nie zmierzam przeznaczyć pełnego etatu na rzecz realizacji zamówień Zamawiającego, ewentualnych reklamacji i serwisów. Dodatkowo informuję, że w ramach funkcjonowania firmy koszty pracy wynikające z umów o pracę nie zostają zwiększone. Firma ZUMAR Z. G. przeznaczy część czasu pracy osób zatrudnionych zgodnie z obowiązującym prawem otrzymujących nie mniej niż minimalne wynagrodzenie za prace ustalone zgodnie z prawem polskim. Ta część wykonania pracy będzie*

wynagradzana finansami pochodzącymi z tytułu realizacji zamówienia. Pozostała część pracy wynagradzana jest w wyniku wypełniania innych stałych obowiązków osób zatrudnionych. Oszczędności w postaci bardzo korzystnej umowy z firmą spedycyjną realizującą zamówienia oraz realizacji większej ilości umów przetargowych na terenie całej Polski pozwalają na rozłożenie kosztów opakowania, dostarczenia i odbioru materiałów, logistyki w tym magazynowania, serwisu, naprawy lub wymiany urządzeń, gwarancji i rękojmi oraz innych kosztów, w tym np. zatrudnienia (zawiera koszt pracy osób wykonujących przedmiotowe zamówienie). Pozwala to na zaoferowanie identycznych cen w zakresie różnych części, niezależnie od ich wielkości. Powyższe oszczędności zawarte w punktach b, c, d, f oraz g pozwalają rozłożyć koszt produktów oraz usług niezbędnych do realizacji umowy i zaoferować Zamawiającemu bardzo atrakcyjną ofertę, niezawierającą w sobie rażąco niskiej ceny. Niski w ocenie Zamawiającego zysk jest spowodowany wzięciem udziału w aukcji elektronicznej oraz wygraniem większości części zadań. Podchodząc do licytacji każda z części została szczegółowo skalkulowana i została ustalona minimalna cena, poniżej której realizacja umowy przestanie być „opłacalna". Wysokość zysku jest sprawą subiektywną i tam gdzie dla kogoś będzie on niski, dla innego będzie wystarczająco wysoki. Zgodnie z punktem „a" kalkulacji cenowej „Średni koszt wyliczony na podstawie kosztów zakupu wraz z należnymi podatkami. Ze względu na niestabilną sytuację walut obcych na rynku koszt ten może ulec zwiększeniu lub obniżeniu.". Decydując się na wzięcie udziału w przetargu i późniejsze podpisanie umowy każdy z Wykonawców musi liczyć się z tym, że koszt zakupu zaoferowanych materiałów może wzrosnąć ale może się również obniżyć. Jestem świadomy ewentualnych dopłat do materiałów, lecz wieloletnie doświadczenie w branży zamówień publicznych nauczyło mnie narzucać odpowiednio wysoką marżę na produkty, dzięki czemu podczas realizacji zamówień nie dopłacam do nich. Świadczy o tym bardzo dobra kondycja finansowa firmy oraz zwiększana z roku na rok liczba realizowanych umów przetargowych. Dodatkowo duża część producentów i dystrybutorów materiałów równoważnych oraz oryginalnych utrzymuje zaoferowane ceny pod konkretny przetarg, stąd nie muszę obawiać się drastycznych wzrostów cen zamawianych produktów. (…)".

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust. 1 NPzp), oceniając wiarygodność i mc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na nowe okoliczności, które pojawiły się w toku postępowania odwoławczego i nie były poruszane przez Odwołującego tak w pierwszych, jak i drugich wyjaśnieniach w zakresie ceny rażąco niskiej. Takim przykładem jest kwestia konfekcjonowania, która pojawiła się właśnie na etapie postępowania odwoławczego i w dodatkowym oświadczeniu IC + złożonym na rozprawie przez Odwołującego. Nadto, także dopiero z tego złożonego stanowiska wynika, że IC + będzie sprowadzało asortyment dla Odwołującego, czyli w konsekwencji dla Zamawiającego z zagranicy, tj. Chin. Kwestia ta nie była poruszana w złożonych wyjaśnieniach. Nową okolicznością jest także to, że Odwołujący jako mikroprzedsiębiorca bazuje na umowach ustnych. Jednakże, w ocenie Izby Wykonawca mógł przedłożyć owych kilka dużych umów przetargowych, na które powołuje się w drugich wyjaśnieniach. Nadto, mógł sprecyzować jaką niewielką część kosztów przeznacza na magazynowanie, jak podnosił w drugich wyjaśnieniach. Kwestia spedycji jest okolicznością, która została odmiennie przedstawiona w pierwszych i drugich wyjaśnieniach. W pierwszych taką umową miał legitymować się IC + (zgodnie z pierwszym oświadczeniem), a w drugich Odwołujący. W zakresie serwisanta, abstrahując od argumentacji Przystępującego z rozprawy, należy podkreślić, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zatrudnia serwisanta nie przedstawił zanimizowanej umowy o pracę, co jest częstym przypadkiem w podobnych sytuacjach. W zakresie pierwszych wyjaśnień bazowanie na wielościach „około", jak wskazywał na rozprawie Odwołujący jest działaniem nieprecyzyjnym i czyni przedstawione wyliczenia niedokładnymi i mało miarodajnymi. Jednocześnie, należy zauważyć, że Przystępujący przedstawił zestawienie cen dostawców chińskich operując na konkretnych wartościach, a Odwołujący złożył pierwsze oświadczenie IC + powołujące się na specjalną ofertę, ale jest one gołosłowne, gdyż taka specjalna oferta nie została przedstawiona. Nie wiadomo więc nawet o jakiej skali ewentualnych rabatów lub upustów jest mowa. Wynika w konsekwencji z powyższych rozważań, że Odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodowemu, który na nim spoczywał. Należy to odnieść tak do rozprawy, jak i drugich wyjaśnień – brak dowodów. Niewątpliwie mógł też złożyć dowody z faktur za transport i odbiór towarów, a na rozprawie zawnioskować o powołanie dowodu z zeznań świadków. Pierwszeństwo ma zasada bezpośredniości dowodu. Kwestia kosztów utylizacji nie była przedmiotem wyjaśnień tak pierwszych i drugich, a niewątpliwie jej koszt winien być ujęty.

Nadto, stanowisko Odwołującego odnośnie zysku było na tyle niejasne, że Zamawiający miało prawo wobec takiej, a nie innej deklaracji o dopłacaniu z zysku do poszczególnych czynników (jak podnosił na rozprawie także Odwołujący), dopytać a następnie wobec jeszcze bardziej nieprecyzyjnych wyjaśnień odnoszących się do wygrania większości części oraz tego, że jest określone ryzyko, które założył przy wycenie, uznać iż stanowisko Odwołującego jest co najmniej nieprecyzyjne, jeśli nie niewiarygodne. Nie wiadomo, czy dopłata będzie miała miejsce za każdym razem do jakiejś części, czy tylko do 1 materiału eksploatacyjnego.

Izba podkreśla, ze stałość kosztów w każdej części bez względu na ilość poszczególnych materiałów

eksploatacyjnych czyniło udzielone pierwsze wyjaśnienia wysoce wątpliwymi, a drugie wyjaśnienia nie przedstawiały wiarygodnego wyjaśnienia w tym zakresie. Przykładowo faktyczna ilość opakowań (kartonów) różny koszt przewozu dla poszczególnych części. Powyższe jest widoczne w szczególności w zakresie kosztów serwisu. Niezależnie bowiem od tego, że jakoby są to koszty znikome, Izba oświadczenie Odwołującegoo niezawodności uznaje za gołosłowne, to nie mogą to być takie same koszty serwisu. Sam Odwołujący bowiem przyznał na rozprawie, że inna jest cena za 100 sztuk, a inna za kilka tysięcy. De facto więc potwierdził, że cena serwisu nie może mieć charakteru stałego.

Odnośnie owych ostatnich miesięcy, w których nastąpił spadek ceny dolara i frachtu (drugie oświadczenie IC+), nie ma tego tematu, tzn. nie było powyższego w pierwszych wyjaśnieniach, w konsekwencji trudno jest uznać za wiarygodne, że Odwołujący wziął tą okoliczność pod uwagę przy wycenie, skoro oferty były składane kilka miesięcy temu (oferta z 18.01.2023 r., aukcja elektroniczna 01.02.2023 r.).

Generalnie odwołanie referuje do cen z sprzed aukcji i w konsekwencji argumentacja z tym związana nie został wzięta pod uwagę. Jednakże Odwołujący odnosił się także do złożonych wyjaśnień, które dotyczyły w obu wypadkach cen po aukcji elektronicznej, z tej przyczyny Izba nie oddaliła odwołania z przyczyn formalnych, tj. „sformułowania nowego zarzutu na rozprawie", lecz z uwagi na okoliczności merytoryczne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego było wyczerpujące i nie opierało się jedynie na podstawie prawnej i faktycznej oraz przywołanych orzeczeniach. Wprost bowiem wskazywało, że Odwołujący nie wykazał powodów stałych kosztów przyjętych dla każdej części mimo różnych ich wielkości. Odniósł się także Zamawiający do różnic w cenach Odwołującego względem cen w poprzednich kontraktach, co poparł przytoczona analizą, na co wskazywał w swojej odpowiedzi na odwołanie. Wyjaśnił także, że czynnikiem na którym oparł odrzucenie był brak przedłożenia dowodów do drugich wyjaśnień, w tym w szczególności umowy spedycyjnej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego nakazując Odwołującemu dokonanie zwrotu Zamawiającemu kwoty 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnik na podstawie przedłożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww 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 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

……