Sygn. akt: KIO 1729/23

WYROK
z dnia 29 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2023 r. przez Odwołującego - **Zakład Doświadczalny Biskupiec sp. z o.o. (ul. Czynu Społecznego 8, 11-300 Biskupiec)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - 4 Regionalna Baza Logistyczna (ul. Pretficza 28, 50-984 Wrocław)**
przy udziale Wykonawcy **R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W.B. (ul. Cicha 14, 86-014 Osówiec)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1)umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z artykułem 20 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 7 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego braku skutecznego złożenia przez Wykonawcę R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W.B. wyjaśnień w wyznaczonym terminie (tj. złożenia wyjaśnień w niewłaściwej formie),

2)w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3)kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Zakład Doświadczalny Biskupiec sp. z o.o. (ul. Czynu Społecznego 8, 11-300 Biskupiec)** i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Zakład Doświadczalny Biskupiec sp. z o.o. (ul. Czynu Społecznego 8, 11-300 Biskupiec)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Skarb Państwa - 4 Regionalna Baza Logistyczna (ul. Pretficza 28, 50-984 Wrocław)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, kwotę zł 880 zł 90 gr (osiemset osiemdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów z tytułu dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę,

3.2. zasądza od Odwołującego **Zakład Doświadczalny Biskupiec sp. z o.o. (ul. Czynu Społecznego 8, 11-300 Biskupiec)** na rzecz Zamawiającego **Skarb Państwa - 4 Regionalna Baza Logistyczna (ul. Pretficza 28, 50-984 Wrocław)** kwotę 4480 zł 90 gr (słownie: cztery tysiące czterysta osiemdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt groszy) z tytułu wynagrodzenia oraz zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1729/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa - 4 Regionalna BazaLogistyczna we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: **„Dostawa - zakup sprzętu do indywidualnego i zbiorowego żywienia w warunkach polowych - menażki ze stali nierdzewnej."**

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zostało opublikowane 10 lutego 2023r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 030-086815.

Odwołujący Zakład Doświadczalny Biskupiec sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu (w ramach części 5 i części 6 zamówienia) naruszenie:

- art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i zasady uczciwej konkurencji ze względu na:

a.zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J.

b.wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,

- art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty R.J. pomimo tego, że

złożone wyjaśnienia i dowody w zakresie niskiej ceny / kosztu oferty nie uzasadniają podanej w ofercie ceny / kosztu pomimo, że złożone wyjaśnienia są niewiarygodne i niewystarczające,
- art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty R.J. pomimo, iż oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na wadliwy sposób obliczenia ceny,
- art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 i art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J. pomimo, iż oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk ze względu na wprowadzające w błąd informacje dotyczące ceny,
- art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty R.J. pomimo tego, że oferta zawiera rażąco niską / koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i jednocześnie złożenie oferty z ceną rażąco niską skutkuje uznaniem, iż oferta Wykonawcy R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz dokonania oceny oferty Wykonawcy R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J. pomimo tego, iż oferta ta powinna być odrzucona.
Z ostrożności Odwołujący wskazał na naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 20 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie przez Zamawiającego, iż wyjaśnienia Wykonawcy R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J. z dnia 31 maja 2023r. dotyczące ceny oferty zostały złożone skutecznie w wyznaczonym terminie pomimo niezachowania wymaganej formy pisemnej (lub elektronicznej). W trakcie posiedzenia z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że cofa ten zarzut.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Części 5 i Części 6 zamówienia o czym Zamawiający poinformował 6 czerwca 2023r., dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J. w Części 5, odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę w Części 6, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.
25 maja 2023r. Zamawiający wezwał Wykonawcę R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J. do złożenia szczegółowych wyjaśnień, przy czym wyjaśnienia miały zawierać kalkulację popartą dowodami. 31 maja 2023 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami.
Zamawiający podał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty uznając, że we wszystkich częściach zamówienia ofertę najkorzystniejszą złożył Wykonawca R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J..
Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia są powierzchowne i niekompletne, a tym samym domniemanie rażąco niskiej ceny nie zostało obalone. Wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i dlatego oferta Wykonawcy R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J. powinna być odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia zostały złożone bez rozbicia na poszczególne części zamówienia, co samo w sobie uzasadnia uznanie tych wyjaśnień za niewystarczające. Skoro złożono siedem ofert na siedem części zamówienia to wyjaśnienia muszą odnosić się do każdej z tych części.
Odwołujący wskazał, że dowodem na cenę zakupu jest faktura pro forma wystawiona przez chińskiego producenta. W ocenie Odwołującego ten rodzaj dokumentu nie jest wiarygodny, o ile można uznać, że jest to forma potwierdzenia zamówienia to kwota ostatecznej transakcji (nawet po zapłaceniu faktury pro forma) może ulec zmianie.
Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca wskazał jedynie marżę maksymalną; brak jest informacji, jakie są marże minimalne i nie ma przypisania marży do części zamówienia, co winno być uczynione, gdyż Zamawiający żądał podania marży oferty w każdej z części zamówienia a nie marży maksymalnej. Kara umowna jest liczona oddzielnie dla każdej części zamówienia i może ona wynieść 20% ceny, a zatem pochłonie w takim przypadku cały zysk.
W treści wyjaśnień zostało wskazane, że poszczególne pozycje są kalkulacją opartą na negocjacjach. Odwołujący zaś wskazał, że nie przedstawiono umów ostatecznych czy wstępnych potwierdzających stałość dokonanych ustaleń, a zatem jest to nie tyle kalkulacja co aproksymacja ceny i kosztów.
W treści wyjaśnień została wskazana przybliżona cena za transport kontenera, zaś Odwołujący wskazał, że nie podano, ile tych kontenerów będzie. E-mail od Pana M.J. z 17 maja 2023r. - a więc po złożeniu oferty, wskazuje, że kontenerów powinno być 6 lub (bezpiecznie) 7, a cena frachtu to około 10 tys. złotych za jeden kontener. Nie jest jasne, ile przyjęto kalkulacji i jakiej wielkości są to kontenery.
Zdaniem Odwołującego również transport nie został właściwie wyceniony. Wyceniono koszty dojazdu pracowników na

trasie Poznań - Nowogród Bobrzański, ale nie wyceniono powrotu. Przyjęto tzw. kilometrówkę, ale nie jest to równoznaczne z rzeczywistymi kosztami transportu. Również koszt obsługi prawnej winien być uwzględniony. Odwołujący wskazał także, że brak jest kosztów dla zamówień opcjonalnych - wyleczenia z pkt 18 nie są kompletne. np. brak kosztów obsługi prawnej co uwzględniono przy zamówieniu podstawowym.

Zgodnie z Rozdziałem 3 SWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa menażek, a jednocześnie:Pkt 3.2. SWZ: Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i wymagania do niego znajdują się w Projektowanych postanowieniach umowy (wraz załącznikami) stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ.Pkt 3.3. SWZ Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych w Załączniku nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy wraz z załącznikami.

Zdaniem Odwołującego, zgodnie z PPU w wycenie należało uwzględnić koszty, o których w ocenie Odwołującego Wykonawca w ogóle nie wspomniał w swych wyjaśnieniach: Koszty współpracy z współpracy z przedstawicielem Rejonowego Przedstawicielstwa Wojskowego - dalej *RPW* - i koszty zapewnieniu mu środków niezbędnych dla wykonania przez niego zadań - §4 ust. 2 PPU, Koszty odmowy przyjęcia dostawy - - §4 ust. 14 - 17 PPU i zał. 4 do PPU, Kosztów obsługi gwarancyjnej i kosztów rękojmi §5 PPU, Kosztów sporządzenia informacji o niezgodnością, skutkach i wpływie na użytkowanie wpływie - §5 ust. 15 PPU (ustalenie przyczyn wad i ustalenie wpływu na użytkowników jest procesem kosztownym i długim wymaga bowiem specjalistycznych badań), Koszty kar umownych, które łącznie mogą wynieść 20% ceny - §7 PPU, Koszty odpowiedzialności odszkodowawczej , która jest wprowadzona niezależnie od kar umownych - §7 PPU, Koszty wniesienia i obsługi zabezpieczenia należytego wykonania umowy §9 PPU, Koszty związane z dopuszczalną zmianą umowy - §10 PPU, Koszty związane z ochroną danych osobowych - §11 PPU i zał. 7 do PPU.

Odwołujący wskazał także, że cena jednostkowa zaproponowana przez Wykonawcę R.J. jest niższa niż ceny proponowane przez niego dla zamówień podstawowych w analogicznych postępowaniach w latach ubiegłych. Ponadto zaoferowanie ceny niższej niż w czerwcu i wrześniu ubiegłego roku na tożsamy produkt (menażki) i przy znacznej inflacji oraz rosnących kosztach prowadzenia przedsiębiorstwa (koszty pracownicze, koszty energii etc) winno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego skutkujące wezwaniem R.J. do wyjaśnień w zakresie ceny, czego Zamawiający nie uczynił.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. W piśmie procesowym wskazał na następujące okoliczności:

Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Ustawy wezwał wykonawcę Wild Bear R.J. do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji. Zgodnie z treścią przywołanego pisma ww. wykonawca zobowiązany jest: „*do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty, złożonej w Części 1,2,3,4,5,6,7 zamówienia w terminie do dnia 02.06.2023 r.” Jak wskazał Zamawiający w piśmie: „Zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Cena całkowita oferty, złożonej w Części 1,2,3,4,5,6 i 7 zamówienia przez Państwa Firmę jest niższa a co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT:*

(...)

Wobec powyższego proszę o przedstawienie szczegółowych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty popartej dowodami, w których posiadaniu Państwo jesteście tak, aby u Zamawiającego nie pozostawały wątpliwości co do prawidłowego jej skalkulowania. Zamawiający oczekuje w pierwszej kolejności wyjaśnień w zakresie kalkulacji istotnych elementów pozycji kosztowych składających się na cenę jednostkową przedmiotu ze wskazaniem marży (narzutu) potwierdzające, że kalkulując cenę przedmiotu nie poniesie straty a także nie zajdą przesłanki, aby domniemywać, że ustalona cena jest czynem nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 224 ust. 5 Ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy wobec czego Zamawiający oczekuje wyjaśnień szczegółowych, nielakonicznych oraz terminowo złożonych.”

Zamawiający wskazał, że Wykonawca R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J. złożył wyjaśnienia w wymaganym terminie. Złożył zarówno wyjaśnienia jak i kalkulacje oraz dowody istotnych elementów. Zamawiający przeprowadził badanie i analizę ww. wyjaśnień, kalkulacji i dowodów w wyniku, której ustalił, że:

Wykonawca Wild Bear R.J. wskazał wysokość marży, którą ujął w cenie jednostkowej przedmiotu zamówienia. Wykonawca ten oświadczył, że maksymalny zysk, który może osiągnąć na jednej menażce, którą sprzeda w wykonaniu kontraktu wyniesie 18,6% dla zamówienia podstawowego (bez opcji). Wykonawca ten wskazał, że poziom ww. marży uwzględnia niespodziewane wydatki, które mogą pojawić się w związku z wykonaniem umowy. Wykonawca oszacował, że wysokość ww. niespodziewanych wydatków może wynieść nawet 5%. Zamawiający ocenił, że wysokość ww. marży stanowi dla wykonawcy bufor pozwalający na pokrycie ewentualnych dodatkowych kosztów wykonania zamówienia spowodowanych wystąpieniem niespodziewanych okoliczności lub okoliczności wynikających ze zwykłych ryzyk charakterystycznych dla metody realizacji zamówienia wybranej przez tego wykonawcę.

Wykonawca w ramach wyjaśnień dotyczących marży przedstawił również wyliczenia przy uwzględnieniu zwiększenia zamówienia o opcję (zamówienie opcjonalne przewidziane w postępowaniu).
Wykonawca składając wyjaśnienia kalkulacji oferty przewidział różne scenariusze poziomu realizacji umów przez Zamawiającego (zamówienie gwarantowane, opcjonalne, część zamówienia opcjonalnego) i za każdym razem wykazał opłacalność realizacji ww. dostaw.
Zamawiający na podstawie kalkulacji i załączonych do niej dowodów ocenił, że ww. marża jest wiarygodna. Zamawiający uznał również, że narzut zastosowany przez wykonawcę jest wystarczająco wysoki, aby sfinansować ewentualny wzrost kosztów wykonania zamówienia powyżej 10%. W ocenie Zamawiającego zabezpieczenie wzrostu kosztów wykonania zamówienia na poziomie 10% zabezpiecza ryzyko wystąpienia zwykłych zmian kosztów wykonania zamówienia, które powinny być wkalkulowane w cenę ofertową i uwzględnione przez profesjonalistę.
Zamawiający wskazał, że Wykonawca wyszczególnił i wycenił istotne elementy kosztowe składające się na cenę jednostkową menażki. Zidentyfikował następujące koszty wykonania zamówienia:
a)koszt zakupu gotowej menażki od producenta;
b)koszt transportu menażki z kraju producenta (z Chin) do Polski oraz składowania w magazynach firmy Fine Dine;
c)cła;
d)koszt uzyskania atestu Państwowego Zakładu Higieny (PZH);
e)koszt agencji pośredniczącej w handlu z Chinami;
f)koszt badań na zgodność z NO*73-A200:2021;
g)koszt magazynowania menażek w Polsce;
h)koszt transportu menażek na terytorium Polski;
i) koszt wyjazdu przedstawicieli wykonawcy do producenta menażek w Chinach;
j) koszt dojazdów pracowników wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia:
k) w celu rozładunku menażek w miejscu dostawy;
l) w celu podpisania umowy
m) koszt dojazdu pracowników wykonawcy w celu rozładunku menażek w magazynie Zamawiającego.
Zamawiający wskazał, że ocenił, że ww. koszty stanowią istotne koszty wykonania zamówienia w modelu realizacji przyjętym przez ww. wykonawcę. Zamawiający zauważył, że wykonawca Wild Bear R.J. nie jest producentem ww. menażek, ale pośrednikiem zajmującym się ich odsprzedażą. Wobec powyższego Zamawiający ustalił, że zasadniczymi kosztami wykonania dostawy w modelu zaoferowanym przez ww. wykonawcę są: koszty odkupu gotowego produktu; koszty transportu w tym także transportu międzynarodowego jeśli taki występuje; koszty magazynowania oraz cła, opłaty i podatki. Wszystkie z ww. kosztów zostały wykazane przez wykonawcę w wyjaśnieniach. Dodatkowo ww. wykonawca podał w swojej kalkulacji koszt obsługi administracyjnej, którą Zamawiający identyfikuje jako koszty wyjazdów do Chin, koszty wyjazdów do Zamawiającego, koszty agencji pośrednictwa handlu. Ze względu na powyższe Zamawiający uznał, że wyjaśnienia złożone przez wybranego wykonawcę zawierają odpowiedź na pytanie o istotne elementy pozycji kosztowych składające się na cenę jednostkową menażki. Zamawiający ocenił, że w wyjaśnieniach zostały prawidłowo zidentyfikowane istotne koszty wykonania zamówienia.
Zamawiający wyjaśnił, że dokonał sprawdzenia matematycznego kalkulacji przedstawionej przez wybranego wykonawcę. Wynik sprawdzenia nie wzbudził wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający zauważył, że niektóre pozycje (np. koszty dojazdów Poznań - Wrocław - Poznań) są niższe niż wskazane w kalkulacji wybranego wykonawcy.
Ponadto Zamawiający dokonał badania kosztów wyszczególnionych w kalkulacji z dowodami przedstawionymi w wyjaśnieniach. Wysokość kosztów wskazanych w kalkulacji jest zgodna z kosztami wynikającymi z dokumentów źródłowych.
Zdaniem Zamawiającego, wysokość marży narzuconej przez wybranego wykonawcę jest wystarczająca na pokrycie ryzyk - w tym w szczególności wzrostu kosztów takich jak np. różnice kursowe, zmiany cen frachtu, zmiany cen magazynowania - które są naturalne dla odsprzedaży/pośrednictwa z Chin.
Zamawiający dostrzegł także, że wybrany wykonawca nie ujął w swojej kalkulacji, inne niż istotne, koszty związane z realizacją zamówienia. Mając jednakże na względzie, że w pytaniu skierowanym do ww. wykonawcy Zamawiający wyjaśnił, że skoro żądał wyliczenia wyłącznie istotnych kosztów składających się na cenę jednostkową, nie obciążał wykonawcy negatywnymi konsekwencjami braku wyliczenia m.in. ryzyka kar umownych, zabezpieczenia należytego wykonania umowy itp. Z uwagi na powyższe Zamawiający nie dostrzegł podstaw do uznania wyjaśnień za lakoniczne, niekonkretne, niekompletne, wątpliwe.
Zamawiający wyjaśnił, że odstąpił od dopytania ww. wykonawcy o inne niż istotne koszty wykonania zamówienia, gdyż ocenił, że marża wykazana przez ww. wykonawcę jest wystarczająca na sfinansowanie innych niż istotne kosztów dostawy nawet w przypadku, gdyby wystawiły zmiany podstawowych kosztów wykonania zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający uznał kierowanie do wykonawcy dalszych zapytań za niecelowe.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z literalną treścią ww. wezwania wykonawca nie był zobowiązany do przedstawienia wyliczeń dotyczących każdej z Części zamówienia oddzielnie. Wykonawca zobligowany był przedłożyć wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny jednostkowej przedmiotu tj. ceny jednostkowej jednej menażki. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, wobec ww. wykonawcy nie mogą być formułowane zarzuty o sporządzenie wyjaśnień niewystarczających, ograniczających się do ceny jednostkowej a nie ceny poszczególnych Części zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na fakt, że cena jednostkowa zaoferowana przez wybranego wykonawcę była taka sama dla każdej z Części zamówienia, Zamawiający nie widział potrzeby przedstawiania wyliczeń dla każdej Części postępowania i tak też sfomułował swoje wezwanie.

W ocenie Zamawiającego wybrany wykonawca prawidłowo odczytał skierowane do niego wezwanie i udzielił odpowiedzi na temat i w zakresie wymaganym skierowanym do niego wezwaniem.

W ocenie Zamawiającego nie potwierdził się zarzut złożenia przez wybranego wykonawcę oferty z rażąco niską ceną. Odwołujący nie wykazał, aby realizacja zamówienia za cenę zaoferowaną przez wybranego wykonawcę była niemożliwa. Nie zostały także udowodnione okoliczności potwierdzające, że ww. cena jest ceną dumpingową czy to do całości czy w części. Odwołujący nie podważał możliwości handlowych wybranego wykonawcy, współpracy z partnerami z Chin, naruszenia jakichkolwiek przepisów dotyczących gwarantowanej płacy minimalnej, lub innych elementów kosztowych. Odwołujący nie wykazał również, aby cena wybranego wykonawcy nie uwzględniała istotnych elementów wykonania dostawy. Nie została zakwestionowana możliwość należytej i zgodnej z warunkami zamówienia realizacji umowy w modelu stosowanym przez wybranego wykonawcę (odsprzedaż/pośrednictwo).

Zamawiający wskazał, że nawet w przypadku, gdyby uznać, że wykonawca nie podołał obowiązkowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 224 ust, 5 Ustawy, to zachowanie takie nie jest jednoznaczne z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał również, że potwierdzenie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji wymaga wykazania przesłanek, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący tych przesłanek nie wykazał. W ocenie Zamawiającego wykazanie czynu nieuczciwej konkurencji wymaga przeprowadzenia dowodu na okoliczność, że wybrany wykonawca dokonuje sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaży poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący nie wykazał, aby wybrany wykonawca oferował ceny dumpingowe oraz, aby oferowanie ww. cen miało na celu i służyło eliminacji innych przedsiębiorców.

Zdaniem Zamawiającego w odwołaniu nie zostało przedstawione uzasadnienie dla zarzutu błędu w obliczeniu ceny, wobec powyższego zarzut jest bezpodstawny i nieuzasadniony.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Umorzeniu podlegało postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego artykuł 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 20 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 7 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczącego braku skutecznego złożenia przez Wykonawcę R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J.wyjaśnień w wyznaczonym terminie (tj. złożenia wyjaśnień w niewłaściwej formie).

W trakcie posiedzenia z udziałem stron postępowania Odwołujący oświadczył, że cofa powyżej wskazany zarzut.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie podlegało oddaleniu.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta Wykonawcy R.J. nie podlegała odrzuceniu.

Zgodnie z artykułem 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wykonawca R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wild Bear R.J. (dalej: Wykonawca) został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

W wyznaczonym terminie Wykonawca złożył wyjaśnienia, przedstawił kalkulację, załączył dowody. Zamawiający uznał wyjaśnienia za wiarygodne i dokonał wyboru oferty Wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie bardzo szczegółowo opisał i wyjaśnił powody swojej decyzji. Odwołujący nie wykazał natomiast, aby wyjaśnienia Wykonawcy uzasadniały stanowisko, że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest nierealna.

Wykonawca przedstawił kalkulację dostawy menażki. Wskazał i wycenił istotne elementy kosztowe składające się na cenę jednostkową menażki. Wskazał również na prognozowany wysoki zysk. Odwołujący nie wykazał, aby szacunek przygotowany przez Wykonawcę wskazywał na nierealność zaoferowanej ceny. Być może wyjaśnienia Wykonawcy nie są tak doskonałe, jak oczekiwałby tego Odwołujący, jednak nie jest tak, że nie uzasadniają zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia są szczegółowe, wskazują poszczególne koszty dostawy, a nadto zostały poparte dowodami. Należy zauważyć, że to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że wyjaśnienia Wykonawcy wskazują na nierealność

zaoferowanej ceny (zasada ciężaru dowodu wynikająca z art. 6 kc). Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał.
Za spóźniony należy uznać zarzut, że Wykonawca nie ujął w swojej kalkulacji ubezpieczenia frachtu. Takiej okoliczności Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu. Oczywistym jest, że Wykonawca przedstawia kalkulację nie według schematu, ale według własnego uznania, biorąc pod uwagę koszty w jego ocenie najistotniejsze. Tak też argumentował Przystępujący. Fakt ten pokazuje również ogromną determinację Odwołującego w znalezieniu kolejnych elementów, jakie jeszcze powinien był ująć w swojej kalkulacji Odwołujący. Okoliczność, że Odwołujący nie ujął tego elementu w odwołaniu, a „przypomniał sobie" o takim koszcie dopiero podczas rozprawy z udziałem stron ukazuje, że nawet dla Odwołującego koszt ten nie był tak oczywisty, skoro dopiero w trakcie rozprawy Odwołujący sobie o nim przypomniał. Zatem nie można postawić zarzutu Wykonawcy, że w kalkulacji być może nie wyszczególnił wszystkich kosztów, które inny wykonawca uznałby za takie, które w tej kalkulacji powinny się znaleźć. Tym bardziej, że w trakcie rozprawy z udziałem stron Wykonawca przyznał, że ubezpieczenie jest obligatoryjne i wliczane jest do kosztu transportu, kontenera.
Najistotniejszy jest zatem fakt, że to Odwołujący nie wykazał, aby nie było możliwe zrealizowanie zamówienia za wskazaną cenę. Odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji, która pokazałaby jednoznacznie, że Wykonawca nie będzie miał żadnej możliwości zrealizowania zamówienia za cenę przedstawioną w ofercie. Aby dokonać odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę, niezbędna jest oczywistość w tym zakresie – podobnie jak odrzucenie oferty na podstawie braku zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia/warunkami zamówienia. Przypomnieć należy, że rażąco niska cena to taka, w przypadku której w sposób oczywisty i jednoznaczny można stwierdzić, że wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Odwołujący nie wykazał jednoznacznie, aby wyjaśnienia nie uzasadniały zaoferowanej ceny.
Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, wyliczeń, konkretnych okoliczności, które pozwalałyby na stwierdzenie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest ceną realną. Jak wskazano powyżej, sama krytyka złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, argument, że brak jest wyszczególnienia w kalkulacji jednego elementu (który nawet Odwołującemu przypomniał się dopiero po złożeniu odwołania), nie dyskwalifikuje złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, a ponadto nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że wyjaśnienia pozwalają na uznanie, że Wykonawca nie wykona zamówienia za zaoferowaną cenę.
Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje okoliczność, że Wykonawca nie przedstawił wyjaśnień dla każdej części zamówienia odrębnie. Skoro cena jednostkowa zaoferowana przez Wykonawcę była taka sama dla każdej części zamówienia, mnożenie takich samych wyjaśnień nie jest konieczne. Istotną kwestią jest, czy cena dostawy menażki jest realna; znaczenie dla rozstrzygnięcia ma wyjaśnienie tej okoliczności, nie zaś ilość takich samych, pojedynczo składanych wyjaśnień. Ten sam przedmiot zamówienia powtarza się w każdej części zamówienia, zatem wyjaśnienie ceny w zakresie jednej części zachowuje aktualność względem wszystkich części zamówienia. Zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień wskazał, że oczekuje złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji istotnych elementów pozycji kosztowych składających się na cenę jednostkową przedmiotu. Skoro taka była treść wezwania, Wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące ceny jednostkowej przedmiotu. Ewentualnych nieścisłości w zakresie wezwania nie można na obecnym etapie postępowania interpretować na niekorzyść Wykonawcy.
Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostają również wskazywane przez Odwołującego wartości historyczne. Badaniu Zamawiającego podlegają wyłączenie wyjaśnienia złożone w danym postępowaniu. Okoliczność, że uprzednio Wykonawca składał oferty obejmujące wartości wyższe, nie jest bezpośrednim dowodem, że cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu jest nierealna. Jak wyjaśnił Wykonawca, na zaoferowaną cenę mają wpływ różne czynniki, które podlegają zmianom. Wskazał na zmienność kursu walut, który (dla przykładu) na obecnym etapie, wobec spadku wartości kursu USD, w której to walucie dokonywane jest rozliczenie Wykonawcy z producentem menażki, pozwala Wykonawcy na oferowanie niższych cen w stosunku cen z kilku lat ubiegłych. Dlatego samo wskazanie przez Odwołującego wartości historycznych cen ofert bez pogłębionej analizy ekonomicznej, także w niniejszym postępowaniu nie stanowi żadnego dowodu w sprawie.
Odwołujący w odwołaniu wskazał, że Wykonawca w treści wyjaśnień powołał się na marżę maksymalną. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnej szerszej argumentacji.
Wykonawca w piśmie procesowym wyjaśnił, że: „Możliwe jest wskazanie jedynie spodziewanej marży maksymalnej, gdyż w działalności gospodarczej nie ma takiej zmiennej jak spodziewana marża minimalna". Odwołujący nie odniósł się do tej argumentacji.
Należy zauważyć, że Wykonawca przewidział bardzo duży bufor (w postaci marży) w tym celu, aby (jak wyjaśnił) pokrył on ewentualne straty, czy nieprzewidziane wydatki. Jest to działanie uzasadnione. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów ani wyliczeń, z których jednoznacznie wynikałoby, że pomimo tak znacznego buforu, Wykonawca nie będzie miał możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę.
Odwołujący w treści odwołania wskazał, że dowodem na cenę zakupu jest faktura pro forma wystawiona przez chińskiego producenta – ten rodzaj dokumentu nie jest wiarygodny, o ile można uznać, że jest to forma potwierdzenia

zamówienia, to kwota ostatecznej transakcji może ulec zmianie.
Odwołujący nie wykazał, aby nie był możliwy zakup menażki po wskazanej w fakturze pro forma cenie. Dowód ten, w ocenie Izby, został prawidłowo oceniony przez Zamawiającego, tzn. uznany za wystarczający – nie sposób oczekiwać od wykonawcy, aby przedstawił fakturę za zrealizowany zakup menażek w sytuacji, gdy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia na dzień składania ofert nie byli zobowiązani do dysponowania gotowymi do sprzedaży menażkami. Zamawiający nie oczekiwał, aby w dniu złożenia oferty wykonawca posiadał już menażki, a tym samym Zamawiający nie oczekiwał, aby na dzień składania ofert wykonawca poniósł już koszty wykonania zamówienia.
Wykonawca ustalił cenę menażki na podstawie rynkowych warunków wykonania zamówienia dostępnych dla tego Wykonawcy i złożył taki dowód, jakim dysponował na potwierdzenie, że dokonywał ustaleń w zakresie ceny, a zatem na potrzeby realizacji zamówienia i taka cena została zaakceptowana i przyjęta przez kontrahenta. Potwierdza to, że realizacja zamówienia jest możliwa przy przyjęciu ceny menażki, jaką zaoferował Wykonawca. Odwołujący nie wykazał, aby w okresie, z którego pochodzą faktury, rachunki, oferty i w terminie ofertowania, wystąpiły jakiekolwiek nadzwyczajne okoliczności, które mogłoby podważać aktualność lub wiarygodność ww. kosztów i które uzasadniałyby twierdzenie, że cena nie jest realna.
Zamawiający wskazał na okoliczność, że faktura pro forma została opłacona (zaliczka została wpłacona) – co potwierdza załączone przez Wykonawcę do wyjaśnień polecenie zapłaty. Wątpliwości Odwołującego, co do daty, w której została wystawiona faktura pro forma, również nie są uzasadnione. Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron wyraził wątpliwości, czy płatność dokonana przez Wykonawcę w dniu ogłoszenia wyników postępowania pozwala uznać, że zarówno faktura, jak i płatność dotyczy tego samego zamówienia. Przede wszystkim Odwołujący nie zgłaszał takich zastrzeżeń w odwołaniu. Ponadto przedstawił jedynie swoje wątpliwości, z których nie wynikają żadne konkretne, konstruktywne wnioski co do tego, że cena za menażkę nie jest realna i możliwa do uzyskania. Odwołujący nie zakwestionował możliwości dokonania zakupu menażki po wskazanej przez Wykonawcę cenie. Nadal faktura pro forma (i dokonanie płatności) stanowi dowód, że Wykonawca jest w stanie zakupić menażki za wskazaną cenę.
Niezależnie od powyższego, w trakcie rozprawy z udziałem stron Zamawiający wskazał, że faktura pro forma posiada taki sam numer zamówienia jak płatności, co oznacza, że dotyczy tego samego zamówienia. Odwołujący nie odniósł się do tego argumentu, co oznacza, że jego wątpliwości nie znalazły potwierdzenia i nie zasługują na uwzględnienie.
Nie jest niczym nieuprawnionym kalkulacja przybliżona kosztów (jak nazwał to Odwołujący aproksymacja ceny). Oczywistym jest, że na etapie składania ofert wykonawcy szacują kwotę zamówienia. Istotne jest, czy szacunek kosztów, istotnych cen składowych zawiera wartości realne.
Odwołujący w treści odwołania wskazał na okoliczność, że nie jest wiadomo, ile kontenerów i jakiej wielkości przyjęto do kalkulacji oraz że transport nie został właściwie wyceniony.
Wykonawca w piśmie procesowym wyjaśnił, że wartość transportu liczono dla pojedynczej sztuki menażki. Ilość kontenerów nie zmieni kosztu pozyskania jednej menażki. Odwołujący pominął powyższą okoliczność i fakt, że kalkulacja zawiera koszt transportu – doliczony do ceny pojedynczej menażki. Ponadto Wykonawca wyjaśnił, że koszty dojazdów pracowników, jak również koszty obsługi prawnej, stanowią stałe koszty prowadzenia działalności gospodarczej. Wykonawca wskazał w kalkulacji na koszty dojazdu pracowników, mając na celu wykazanie, że Wykonawca nie pomija tych kosztów. Odwołujący nie wykazał, aby takie oszacowanie ceny zawierało nieprawidłowości, które skutkowałyby uznaniem, że cena zaoferowana jest nierealna.
Odwołujący w treści odwołania wskazał, że Wykonawca nie ujął kosztów, takich jak np. koszty kar umownych, koszty związane z dopuszczalną zmianą umowy, koszty wniesienia i obsługi zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty związane z ochroną danych osobowych. Wykonawca bardzo dokładnie odniósł się w piśmie procesowym do zarzutu Odwołującego. Izba uznała za zasadne i logiczne wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie, biorąc pod uwagę poniżej wskazane okoliczności.
Jak słusznie zauważył Wykonawca, część kosztów, takich jak np. koszty związane z ochroną danych osobowych, stanowią koszty prowadzenia działalności gospodarczej. Wykonawca był zobowiązany wycenić to, co stanowi przedmiot zamówienia, natomiast pewne koszty, takie jak obsługa „formalna" zamówienia, mogą stanowić koszty prowadzenia działalności gospodarczej. Nie jest uzasadnione stanowisko Odwołującego, że Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w kalkulacji kosztów, takich jak koszty wniesienia i obsługi zabezpieczenia należytego wykonania umowy – zwłaszcza, że jest to kwota, która jest wykonawcy zwracana po okresie wykonania umowy. Nie jest także jasne, dlaczego Zamawiający miałby oczekiwać podania w kalkulacji takiego elementu, jak zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Jak wynika z treści wezwania (na co również zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie) Zamawiający żądał wyliczenia wyłącznie istotnych kosztów składających się na cenę jednostkową, nie obciążał Wykonawcy negatywnymi konsekwencjami braku wyliczenia m.in. ryzyka kar umownych, zabezpieczenia należytego wykonania umowy itp. Zamawiający był zatem zainteresowany przedstawieniem kalkulacji uwzględniającej istotne koszty samej realizacji zamówienia (takie jak koszt menażki), nie zaś inne koszty, które mogą wchodzić w zakres

działalności gospodarczej, powadzonej przez Wykonawcę.
Słusznie również zauważył Wykonawca, że niewykonalne jest wyodrębnienie kosztów odpowiedzialności odszkodowawczej. Jak zauważył, skala takiej odpowiedzialności jest zupełną niewiadomą na etapie przygotowywania ceny ofertowej – równie uprawnionym jest zwiększenie ceny ofertowej o 1%, jak i o 100%, celem pokrycia ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej. Trafnie również argumentował Wykonawca, iż nie jest zrozumiała konieczność przedstawienia w kalkulacji kosztów przyjęcia odmowy Zamawiającego, skoro Zamawiający oczekiwał przedstawienia istotnych elementów zamówienia. Oczywistym jest, że Wykonawca kalkuluje prawidłowe wykonanie zamówienia i jest do tego uprawniony. Odwołujący nie wyjaśnił również, dlaczego Zamawiający miałby dokonywać odmowy przyjęcia przedmiotu zamówienia. Jak wyjaśnił Wykonawca, na etapie kalkulacji nie jest możliwe ustalenie kosztów takiej odmowy, bowiem nawet gdyby Wykonawca przyjął założenie, że będzie to odmowa jednorazowa, wówczas można byłoby postawić zarzut, że Wykonawca niesłusznie przyjął takie założenie, bowiem mogą zdarzyć się dwie lub więcej takie odmowy. Podobne wyjaśnienia należy przyjąć dla usługi gwarancyjnej. Nie jest również oczywiste, że dostarczony produkt będzie wadliwy. Ponadto, jak wskazano powyżej, Wykonawca wyjaśnił, że zakłada maksymalny zysk, bowiem może zdarzyć się, że konieczne będzie pokrycie ewentualnych strat, czy szkód.
Wykonawca w piśmie procesowym wskazał również, że nie wliczył do ceny ofertowej kar umownych. W jego ocenie taki zabieg, jak wliczenie do ceny ofertowej kar umownych, jest nieuprawniony – kary umowne stanowią pewne zagrożenie, mogą umniejszyć zysk, o ile realizacja zamówienia napotyka na pewne problemy. Jak dalej zauważył Wykonawca, w polskim porządku prawnym kary umowne nie stanowią kosztu – art. 16 ust. 1 pkt 22 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych stanowi, iż nie uważa się za koszty uzyskania przychodów kar umownych i odszkodowań z tytułu wad dostarczonych towarów, wykonanych robót, usług oraz zwłoki w dostarczaniu towaru wolnego od wad albo zwłoki w usunięciu wad towarów albo wykonanych robót i usług. Analogiczne brzmienie ma art. 23 ust. 1 pkt 19 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Do tego argumentu Odwołujący w ogóle się nie odniósł. Jednak argument ten jest bardzo istotny i przeczy argumentacji Odwołującego, jakoby konieczne było wliczenie kar umownych do kalkulacji kosztów realizacji zamówienia.
Argument Odwołującego jest tym bardziej niezasadny, że wykonawca składając ofertę nie ma wiedzy, jaka będzie ostateczna wysokość naliczonych kar umownych i czy rzeczywiście zostaną one naliczone. Naturalnym jest, że wykonawca kalkuluje należyte wykonanie zamówienia. Oczywistym jest również, że wykonawca może kalkulować ewentualne straty, czy obciążenia, jednak o ich wysokości decyduje wykonawca – jest to naturalny element prowadzenia przedsiębiorstwa oraz konkurencji.
W trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący podniósł w argumentacji, że„zgodnie ze stanowiskiem Izby i sądu wszystkie ryzyka powinny być wkalkulowane do ceny realizacji zamówienia.” Przede wszystkim Odwołujący nie przytoczył żadnych rzeczywistych stanowisk, sygnatur orzeczeń Izby, sądu. Nie jest jasne, w jakich okolicznościach zapadły orzeczenia, czy podmiot orzekający wypowiadał się ogólnie co do ryzyk wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, czy co do konieczności wliczenia kar umownych do przedmiotu zamówienia (a jeśli tak, to czy podmiot orzekający miał również na uwadze wskazany powyżej art. 16 ust. 1 pkt 22 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz art. 23 ust. 1 pkt 19 ustawy o podatku dochodowym do osób fizycznych).
Przede wszystkim jednak należy jednak odróżnić przedmiot zamówienia, do którego realizacji należy wkalkulować ryzyka związane z tym przedmiotem zamówienia, od kosztów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Kary umowne mają za zadanie obciążać wykonawcę, a nie Zamawiającego. Wkalkulowanie wysokości kar umownych do kosztów realizacji umowy powoduje, że kary de facto obciążają Zamawiającego - także nadmiarowo, w sytuacji, gdy Wykonawca wliczył do realizacji zamówienia pełną wysokość kar umownych, a w ostatecznym rozrachunku ilość naliczonych kar była mniejsza lub w ogóle nie zostały naliczone.
W niniejszej sprawie zasadne i logiczne jest stwierdzenie Przystępującego, że nie można wtłoczyć do ceny realizacji zamówienia tych wszystkich ryzyk, na które wskazywał Odwołujący, zwłaszcza maksymalnych, bowiem w tym konkretnym przypadku jedna menażka mogłaby kosztować tyle, co samochód. Cena za realizację zamówienia składa się z tych elementów i kosztów, które wykonawca faktycznie ponosi.
Trafny jest także argument Wykonawcy, iż Zamawiający oczekiwał przedstawienia dowodów do wyjaśnień. Przystępujący nie ma możliwości przedstawić dowodów na okoliczności i koszty, których nie jest w stanie przewidzieć. Nie ma również możliwości przewidzenia całego szeregu okoliczności, które mogą się wydarzyć, ale których nie sposób przewidzieć, jak np. okoliczność, że zatonie statek transportujący menażki, że Wykonawca będzie zmuszony do opłacenia mandatu, grzywny, czy opłacenia kar umownych w nieznanej wysokości. Tym samym, nie sposób ująć tego rodzaju kosztów i ryzyk w cenie oferty, bowiem nie tylko jest to niemożliwe, nieracjonalne, ale również spowoduje, że – jak wskazał Przystępujący (o czym powyżej): „w tym konkretnym przypadku jedna menażka mogłaby kosztować tyle co samochód”, co jest całkowicie pozbawione sensu.
W kontekście powyższych rozważań, stanowisko Odwołującego należało uznać za całkowicie bezzasadne.

Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający naruszył artykuł 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, iż oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na wadliwy sposób obliczenia ceny. Zgodnie ze wskazanym artykułem, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący nie wskazał, z jakimi warunkami zamówienia miałaby być niezgodna oferta złożona przez Wykonawcę. Wobec powyższego zarzut jest bezpodstawny i nieuzasadniony.

Odwołujący nie wykazał również, aby Zamawiający naruszył artykuł 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 i art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, iż oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na wprowadzające w błąd informacje dotyczące ceny.

Potwierdzenie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji wymaga wykazania przesłanek, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym: „**wykazanie czynu nieuczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu wymaga przeprowadzenia dowodu na okoliczność, że wybrany wykonawca dokonuje sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaży poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący nie wykazał w odwołaniu, aby wybrany wykonawca oferował ceny dumpingowe oraz, aby oferowanie ww. cen miało na celu i służyło eliminacji innych przedsiębiorców".**

Jak wskazano powyżej, Odwołujący nie wykazał również, aby cena zaoferowana przez Wykonawcę była nierzeczywista i poniżej kosztów wykonania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 5 pkt 2b), § 8 ust. 2 pkt 1)), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę pełnomocnika Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……..