Sygn. akt: KIO 880/16

WYROK
z dnia 7 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2016 r. przez Odwołującego **Firma Handlowa KOMAX 9 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Olsztynie przy ul. Przemysłowej 2 (10-418 Olsztyn).

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa, **Zakład Emerytalno-Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych,** ul. Pawińskiego 17/21 (02-106 Warszawa)

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 17.05.2016 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się.

2 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Zakład Emerytalno-Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Firma Handlowa KOMAX 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od Zamawiającego – Zakładu Emerytalno-Rentowego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych na rzecz Odwołującego – Firma Handlowa KOMAX 9 Sp. z o.o. z/s w Olsztynie kwotę **11.100 zł. 00 gr.** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 880/16 2

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zakład Emerytalno-Rentowy MSW w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup tonerów do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych na potrzeby Komisji Lekarskich i Wydziału Logistyki Komisji Lekarskich ZER MSW* (nr postępowania: ZER-ZP-7/2016), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06.04.2016 r., poz. 79624, wobec czynności oceny ofert w tym odrzucenia oferty FH Komax 9 Sp. z o.o., wykonawca, którego ofertę Zamawiający odrzucił wniósł w dniu 23 maja 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 880/16).
Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 17 maja 2016 r. faksem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i ponowienie wyboru oferty najkorzystniejszej, co winno skutkować, uwzględniając zastosowane kryteria oceny ofert, uznaniem oferty

Odwołującego za najkorzystniejszą.
Odwołujący nie zgodził się z wynikiem oceny jego oferty, odrzuconej z podstępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, w której zaoferowano produkty równoważne opisywanym producenta Action S.A. (poz. 1 formularza oferty) oraz oryginalne (poz. 2 formularza oferty) za cenę 48.575,16 zł. Wszystkie oferty nieodrzucone (4) zawierały wyłącznie tonery oryginalne z ceną przekraczającą kwotę środków, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (112.447,00 zł). Zamawiający odrzucił te oferty, w których zaproponowano równoważniki tonerów oryginalnych, uznając, iż żaden z nich nie wykazał, że zaoferowane tonery są rzeczywiście równoważne. Jedynie w przypadku oferty Odwołującego Zamawiający nie miał zastrzeżeń co do równoważności zaoferowanego asortymentu przyjmując, że dowody jakie przedstawił wraz z ofertą potwierdzają pełną równoważność asortymentu.
Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazując w uzasadnieniu, iż wyjaśnienia jakie złożył Odwołujący nie zawierają żadnej kalkulacji kosztów, a przedstawione dowody nie zawierają danych umożliwiających Zamawiającemu uznanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podstawą wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp była różnica w cenie oferty brutto, niższej o 46,87% od wartości zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 04.05.2016 r., Odwołujący w terminie złożył wyjaśnienia, jak również dowody potwierdzające,

---

że zaoferowana cena jest rynkową ceną asortymentu równoważnego (zastrzegając informacje w nich zawarte jako tajemnica przedsiębiorstwa).
Oferta Odwołującego oparta została na wycenie materiałów eksploatacyjnych sygnowanych marką producentów drukarek Olivetti tzw. OEM, które miały standardowe ceny rynkowe (wyższe niż w ofercie wybranej) oraz marką ActivJet producenta materiałów eksploatacyjnych Acion S.A. Odwołujący wskazał na powszechnie znana praktykę producentów OEM polegającą na sprzedaży urządzeń drukujących z minimalnymi narzutami lub je dotując, a następnie generowania bardzo wysokiej marży na materiałach eksploatacyjnych do tych urządzeń. Odwołujący wskazał również na swoją sytuację wynikającą z przynależności do grupy Komax, która umożliwia dostęp do bardzo konkurencyjnych cen zakupowych (duży wolumen zakupowy, płatności gotówkowe) oraz uzyskane oferty cenowe od producentów i dystrybutorów materiałów eksploatacyjnych. Do wyjaśnień załączone zostały: oświadczenie producenta i dystrybutora materiałów eksploatacyjnych Acion S.A. w oparciu, o którego produkty przygotował i wycenił ofertę,

na fakturę zakupową

potwierdzającą zasadność zaoferowanej ceny (pozwalającej osiągnięcie zysku). Odwołujący wykazał, iż zasadniczo koszty jakie związane są z realizacją przedmiotu dostawy do magazynu Zamawiającego, obejmują koszt zakupu tonerów, gdyż wykonawca nie będzie angażował personelu własnego, a dostawa nastąpi poprzez kuriera producenta tonerów. Cena tonerów uwzględnia koszt transportu. Rola wykonawcy sprowadza się w tym zamówieniu wyłącznie do pełnienia funkcji koordynującej logistykę zamówienia – odebranie zamówienia od Zamawiającego, przesłanie zlecenia do magazynu producenta, wydruk i załączenie faktury i uzyskanie protokołu odbioru. Przedmiot zamówienia, jakim jest dostawa tonerów bez dodatkowych usług typu montaż, instalacja, szkolenia, czy też dostawy wielokrotne, sukcesywne do jednostek organizacyjnych w całym kraju, itp. nie generuje żadnych dodatkowych kosztów, co do których nie było potrzeby ich wykazywania w wyjaśnieniach. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia jakie złożył wraz z dowodami zawierają uzasadnienie dla występującej różnicy w cenie ofertowej w stosunku do wartości zamówienia, wskazując jednocześnie na jej rynkowy poziom dla produktu równoważnego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Sygn. akt: KIO 880/16 4

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do wniesienia odwołania, tj. naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody, będące wynikiem kwestionowanych czynności Zamawiającego. Oceny tej Izba zobowiązana była dokonać z uwzględnieniem zakres zarzutów i żądań wobec czynności, podjęcia których Odwołujący się domaga. Odwołujący złożył ofertę, która może być uznana za najkorzystniejszą w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, a swoim odwołaniem dąży do uchylenia niekorzystnej decyzji Zamawiającego wynikającej z oceny wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Skutkiem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, o co wnosi w żądaniach. Uzyskanie rozstrzygnięcia o jakie wnosi Odwołujący prowadziłoby do stanu postępowania, w którym wykonawca ten miałby realne szanse na uzyskanie zamówienia, czyli do stanu sprzed podjęcia czynności, wobec których formułowane są zarzuty naruszenia przepisów Ustawy.
W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawe do wniesienia odwołania.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 04.05.2016 r., wraz ze złożonymi dowodami.
Przedmiot dostawy obejmuje dwie pozycje tonerów opisanych znakami towarowymi produktów oryginalnych dedykowanych dla urządzeń HP i Olivetti, tj. toner CF 280A/HP 80A/ o wydajności 2700 stron A4 - w ilości 340 sztuk oraz toner B1011 o wydajności 7200 stron A4 – w ilości 24 sztuk. Zamawiający ustalił, iż dostawa tonerów odbywać się będzie w dwóch partiach, pierwsza w ilości wskazanej w formularzu oferty do 21 dni od dania zawarcia umowy i druga do 14 dni od dnia przesłania zamówienia przez Zamawiającego lub do dnia 19.09.2016 r. w przypadku nie przesłania zamówienia przez Zamawiającego do dnia 05.09.2016 r. (pkt VI.1 siwz). Zgodnie z pkt XIV ppkt 5 siwz cena *całkowita oferty brutto musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym koszty transportu do obiektu w Warszawie (02-567) przy ul. Sandomierskiej 5/7 (II piętro) lub do innego obiektu zlokalizowanego na terenie m. ST. Warszawy, koszty wniesienia i koszty rozładunku w miejscu wskazanym przez Zamawiającego.*

Sygn. akt: KIO 880/16 5

Oferta Odwołującego została skalkulowana w oparciu o zaoferowane tonery równoważne do opisanych w siwz (poz. 1 formularza oferty) – tonery Action ATH-80NX (93,00 zł. netto/114,39 zł brutto) oraz tonery oryginale (poz. 2 formularza oferty) – B1011 (328,00 zł. netto/403,44 zł brutto), łącznie na kwotę 48.575,16 zł. brutto.
Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę netto 91.420,00 zł netto (112.447,00 zł. brutto) przyjmując dla podstawy wyceny ceny za produkty oryginalne uzyskane w postępowaniu zakończonym w grudniu 2015 r. Na rozprawie Zamawiający wskazał, jako uśrednioną cenę zakupu tonera oryginalnego z poz. 1 w grudniu 2015 r. kwotę 280 zł. brutto dla tonera o wydajności 2700 arkuszy A4.
W postępowaniu złożonych zostało 7 ofert, z których część została sporządzona w oparciu o produkty równoważne do opisanych w pozycji 1 – tonerów CF 280A/HP 80A/, z cenami znacząco odbiegającymi od szacunkowej wartości zamówienia. W każdej z ofert zaoferowano oryginalne tonery opisane w pozycji nr 2 przedmiotu zamówienia.
Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 04.05.2016 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, znacząco niższej od wartości zamówienia, tj. o 46,87% wskazując na potrzebę *udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,*

kosztów pracy których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015r. poz. 2008), 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
Odwołujący w terminie wskazanym przez Zamawiającego złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, w tym fakturą zakupu 1 sztuki tonera ATH-80NX wystawioną w dniu 19.04.2016 r. oraz dowodem księgowym wydania *z magazynu* ilości tonera ATH-80NX – 0 szt. (w całości utajnione jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa). Do wyjaśnień z 04.05.2016 r., Odwołujący załączyć miał oświadczenie producenta tonera z 19.04.2016 r., przedłożone w kopii na rozprawie (tajemnica przedsiębiorstwa), mające potwierdzać przyznane wykonawcy preferencyjne ceny zakupu. Na podstawie oryginału dokumentów okazanych na rozprawie przez Zamawiającego Izba stwierdziła brak ww. oświadczenia w korespondencji znajdującej się w aktach postępowania przetargowego. Odwołujący wskazał, iż oświadczenie producenta z uwagi na jego uniwersalne brzmienie wykorzystywane jest na potrzeby różnych postępowań, w których oferuje produkty Action.

Na rozprawie Odwołujący dodatkowo przedstawił wyciąg z dostępnego na stronie internetowej producenta oferowanego tonera regulaminu, określającego warunki współpracy, w tym zasady naliczania kosztów transportu, przewidujące zwolnienie *z dziennej opłaty transportowej za wysyłkę na poszczególny adres wysyłkowy* przysługującą przy dziennym zakupie *towarów ActivJet (…) za kwotę powyżej 700 zł netto.* Odwołujący przedłożył również kopie dokumentów przetargowych, w których oferowano produkt ATH-80NX w cenach jednostkowych netto: 86,80 zł. (oferta Prooficenet dla Uniwersytetu Jagiellońskiego), 99,00 zł. (faktura z 02.02.2016 r. sprzedaży FH Komax 9 Sp. z o.o. dla Powiatu Kościańskiego); 83,64 zł. (oferta FH Komax 9 Sp. z o.o. dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Bydgoszczy); 78,40 zł. (faktura z 06.05.2016 r. sprzedaży FH Komax 9 Sp. z o.o. dla Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego); 77,00 zł. (oferta FH Komax 9 Sp. z o.o. dla Wielospecjalistycznego Szpitala SPZOZ w Nowej Soli), 67,00 zł. (oferta FH Komax 9 Sp. z o.o. dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu). Ponadto Odwołujący przedłożył kopię faktur złożonych Zamawiającemu w postępowaniu prowadzonym równolegle wraz z wyjaśnieniami z 18.05.2016 r. dotyczącymi wysokości ceny zakupu tonera ATH-80NX.
W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Zamawiający wskazał między innymi, iż w wyjaśnieniach nie uwzględniono żadnej kalkulacji kosztów, a załączone dowody nie zawierają danych umożliwiających uznanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający zakwestionował wartość dowodową faktury oraz dowodu księgowego z uwagi na dzień wystawienia, tj. po otwarciu ofert.
Na rozprawie Zamawiający przedstawił wydruki z ofert dostępnych na stronach internetowych sprzedaży tonera ATH-80 NX po cenach: 151,99 zł (darmowa wysyłka), 155,99 zł. (z wysyłką od 163,98 zł), 174,80 zł. (koszt transportu 0 zł.), 147 zł. oraz dostępnej oferty dla produktu Olivetti w cenie netto 360,43 zł. (brutto 443,33 zł).
Mając na uwadze powyższe Izba zważyła.
Odwołanie podlega uwzględnieniu w całości.
Odwołujący sformułował zarzuty wobec czynności oceny jego oferty, w kontekście złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, i uznania przez Zamawiającego, że jest ona rażąco niska, a oferta na tej podstawie podlega odrzuceniu.
Na wstępie wymaga podkreślenia, iż Odwołujący nie kwestionował zasadności skierowania do niego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jak również nie było spornym w sprawie, iż zaoferowany w poz. 1 formularza ofertowego toner ATH-80NX, jest równoważny do opisanego w siwz oryginału. Zasadniczo istota rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie sprowadzała się do ustalenia, czy złożone przez

---

Odwołującego wyjaśnienia z dnia 04.05.2016 r. wraz z dowodami pozwalały Zamawiającemu na stwierdzenie, że zaoferowana cena jest rażąco niska.
Zgodnie z art. 90 ust. 3 Ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza,*

że *oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami i stwierdził, że nie zawierały one informacji, które pozwalałyby przyjąć, że cena nie jest rażąco niska. Na rozprawie Zamawiający ponowił argumentację prezentowaną w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego o braku przedstawienia szczegółowych kalkulacji, które uniemożliwiały przyjęcie, że wykonawca uwzględnił całkowity koszt dostawy, obejmujący również transport i odbiór produktu w miejscu wskazanym przez Zamawiającego.
W orzecznictwie ukształtował się pogląd, iż ocena wyjaśnień składanych przez wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy wymaga uwzględnienia zakresu wezwania skierowanego przez Zamawiającego, w którym powinien on wskazać jakich informacji oczekuje, tak aby wykonawca mógł w sposób przekonujący dla Zamawiającego wykazać zasadność dokonanej wyceny przedmiotu zamówienia (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 lutego 2014 r., sygn. akt V Ca 3600/13 oraz z dnia 22 października 2013 r., sygn. akt XXIII Ga 1388/13). Stanowisko to nadal jest aktualne na gruncie obowiązującej Ustawy, gdyż postępowanie wyjaśniające służy temu, aby wykonawca mógł w sposób przekonujący wykazać przed Zamawiającym, iż cena nie jest rażąco niska. W niniejszej sprawie wezwanie, jakie skierował Zamawiający do Odwołującego zawierało w swej treści wyłącznie przywołanie brzmienia przepisu Ustawy, bez identyfikacji istotnych dla Zamawiającego elementów związanych z przedmiotem zamówienia, o których wspominał dopiero w odpowiedzi na odwołanie, a dotyczących chociażby kalkulacji kosztu transportu wraz z doręczeniem w miejsce wskazane. Powyższe nie przesądzało jednak o zasadności odwołania, gdyż w ocenie Izby wyjaśnienia złożone Zamawiającemu pozwalały na poznanie i ocenę właściwych dla tego wykonawcy okoliczności wpływających na wycenę przedmiotu zamówienia, który w istotnym zakresie skalkulowany został w oparciu o cenę jednostkową produktu równoważnego (poz. 1 formularza oferty).
Izba zauważyła, że decyzja o odrzuceniu oferty nie może być oparta wyłącznie na kryterium arytmetycznym, które zgodnie z art. 90 ust. 1 Ustawy stanowi wytyczną dla ustalenia potrzeby wystąpienia przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. To ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego dopiero ma doprowadzić do stwierdzenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wraz z wyjaśnieniami wykonawca może złożyć dowód adekwatny do konkretnej sytuacji, który wymaga oceny przez Zamawiającego. Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby

---

Odwoławczej z 17 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1410/15 i 1415/15, iż *W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako „zewnętrzne" mogą okazać się niezbędne. Powyższe, w ocenie Izby, będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy). W takiej sytuacji, jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami właściwe „zewnętrzne" dowodowy pochodzące od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup.*
W niniejszej sprawie taki dowód został Zamawiającemu przedstawiony w postaci faktury zakupu tonera równoważnego od producenta, po cenie umożliwiającej zaoferowanie produktu w cenie netto 93,00 zł., uwzględniającej również marżę wykonawcy.

Uwzględniając odwołanie Izba uznała, iż wykonawca pomimo blankietowego wezwania (zawierającego wyłącznie przywołanie brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy) podołał ciężarowi wykazania, iż cena jednostkowa tonera równoważnego (poz. 1), stanowiąca wyjściową dla kalkulacji ceny ofertowej jest rynkowa, a tym samym oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.
Na wstępie Izba wskazuje, że istotną dla ustalenia ceny ofertowej była wycena pozycji pierwszej formularza ofertowego zarówno z uwagi na wolumen zamówienia, jak i możliwość zaoferowania produktu równoważnego do opisanego oryginalnego tonera. Zamawiający na rozprawie przyznał, iż na potrzeby oszacowania wartości zamówienia przyjął średnią cenę z

ofert na tonery oryginalne, złożonych w postępowaniu jakie prowadził w grudniu 2015 r. Nie może budzić wątpliwości, iż cena tonera oryginalnego jest wyższa od zamiennika, co jest wiedzą powszechną. Odwołujący w wyjaśnieniach odnosił się do praktyki producentów urządzeń, która również potwierdza, iż ceny tonerów oryginalnych są wyższe od zamienników, która to okoliczność nie mogła być pominięta przy ustaleniu realności wyceny przedmiotu zamówienia w ofercie Odwołującego.
Podstawą rozstrzygnięcia Izby były przede wszystkim dokumenty przedłożone Zamawiającemu, tj. wyjaśnienia z dnia 04.05.2016 r. wraz z dowodami (faktura zakupu). Przedłożone dodatkowo na rozprawie informacje dotyczące poziomu cen oferowanych w postępowaniach na tożsamy produkt wynikały z potrzeby odniesienia się przez

Sygn. akt: KIO 880/16 9

Odwołującego do okoliczności wskazanych przez Zamawiającego dopiero w informacji o odrzuceniu oferty. Wykonawca w oparciu o treść wezwania nie mógł zidentyfikować w sposób jednoznaczny przyczyn, które wywoływały wątpliwości Zamawiającego (poza stwierdzonym poziomem różnicy ceny do wartości szacunkowej zamówienia), stąd w wyjaśnieniach odnosił się do okoliczności, które uznał za istotne z punktu widzenia kalkulacji przyjętych cen jednostkowych. Zasadniczo w wezwaniu Zamawiający wskazał wyłącznie na poziom różnicy ceny w stosunku do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia, czyli przesłankę arytmetyczną z art. 90 ust. 1 Ustawy. Przywołanie w dalszej części brzmienia przepisu, bez odniesienia się do przedmiotu dostawy i okoliczności wymagających bliższego omówienia, nie może być oceniane jako prawidłowe i wystarczające dla umożliwienia wykonawcy zidentyfikowania istotnych dla Zamawiającego okoliczności wymagających wykazania. W niniejszej sprawie nie stanowiło to jednak przeszkody dla wykonawcy do tego, aby w sposób dostateczny wykazać, iż cena jednostkowa tonera równoważnego uwzględnia rzeczywisty koszt zakupu oraz marżę wykonawcy, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw do uznania ceny za rażąco niską.
W ocenie Izby, Zamawiający ocenił w sposób dowolny dowód przedłożony przez wykonawcę, przeciwstawiając mu własne ustalenia prowadzone w oparciu o dane pozyskane z Internetu, które nie uwzględniały pozycji wykonawcy, jako partnera współpracującego z producentem tonera równoważnego. Zasadniczo przyczyną dla której Zamawiający odmówił wiarygodności dowodu załączonego do wyjaśnień był terminu wystawienia faktury (po złożeniu oferty) oraz ilość sztuk wskazana w dokumencie (1 szt.). Odnosząc się do tej argumentacji Izba uznała, iż przepisy Ustawy nie stoją na przeszkodzie temu, aby wykonawca każdym możliwym dowodem wykazał przed Zamawiającym możliwość zakupu towaru po cenie uwzględnionej w cenie ofertowej. Postępowanie wyjaśniające wysokość ceny, jako wywołane wezwaniem kierowanym do wykonawcy już po otwarciu oferty, może wymagać podjęcia dodatkowych starań przez wykonawcę w celu pozyskania dowodów odpowiadających oczekiwaniom zamawiającego. Zasadniczo zatem, dopiero na podstawie wezwania wykonawca jest w stanie zidentyfikować czego oczekuje zamawiający, a tym samym nie można ograniczać możliwości przedstawienia dowodów wyłącznie do tych, które wykonawca mógłby posiadać na moment złożenia oferty. Nakładałoby to bowiem na wykonawców konieczność zabezpieczenia się jeszcze przed złożeniem oferty we wszelkie możliwe dowody, pomimo braku ku temu podstaw. W świetle powyższego dowód pozyskany na potrzeby postępowania wyjaśniającego nie traci na wartości materialnej tylko dlatego, iż został wystawiony po otwarciu oferty. Odnosząc się natomiast do ilości tonera ujętego w fakturze zakupu (1 sztuka), w ocenie Izby było to wystarczające dla stwierdzenia, iż cena jednostkowa przyjęta w ofercie jest rynkową.

Sygn. akt: KIO 880/16 10

Zamawiający poza wskazaniem na tą okoliczność nie przedstawił żadnej dodatkowej argumentacji, która pozwalałaby przyjąć, że przy większej ilości tonerów cena uległaby zwiększeniu. Wobec powyższego Izba uznała, iż dowód przedłożony wraz z wyjaśnieniami powinien być przez Zamawiającego uwzględniony jako wskazujący na poziom ceny zakupu tonera ATH-80 NX, która uwiarygodnia wycenę pozycji w cenie jednostkowej netto 93,00 zł. Zamawiający na rozprawie przyznał, iż cena jednostkowa wskazana w ofercie Odwołującego jest dla niego wiarygodna, ale dla produktu o mniejszej wydajności. Ponieważ wykonawca

nie miał możliwości odniesienia się do tej okoliczności w wyjaśnieniach (Zamawiający takiej informacji nie wymagał od wykonawcy w wezwaniu z dnia 04.05.2016 r.) Izba przyjęła jego stanowisko prezentowane na rozprawie, a w którym wskazywał, iż dla ceny oferowanego produktu nie ma istotnego znaczenia jego wydajność, a różnica w cenie nie jest znacząca. Przedstawione na rozprawie dalsze dokumenty dotyczące ofert składanych w innych postępowaniach na tożsamy produkt również wzmacniają ocenę dowodu, jako wiarygodnego i przekonującego. Izba uznała, iż prezentowany przez Zamawiającego poziom cen rynkowych dla tego produktu faktycznie nie dotyczył ceny możliwej do zaoferowania przez Odwołującego dla tego zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki dostawy oraz jego pozycji negocjacyjnej i zasad współpracy z producentem tonera równoważnego. Przedłożony na rozprawie wyciąg z regulaminu potwierdzał wyjaśnienia, jakie złożył wykonawca co do braku dodatkowych (ponad koszt zakupu tonera) kosztów, jakie będzie ponosił, w szczególności związanych z dostawą na zasadach opisanych w siwz. Izba pominęła argumentację Zamawiającego, w której kwestionował on możliwość prawidłowej dostawy z wykorzystaniem kuriera, jako wykraczającą poza przyczyny odrzucenia oferty wskazane w uzasadnieniu decyzji o uznaniu ceny za rażąco niską.
Podsumowując, w ocenie Izby wykonawca przedstawił i wykazał w wyjaśnieniach okoliczności faktyczne, które uzasadniały przyjęcie, że zaoferowana cena mogła odbiegać od szacunku Zamawiającego opartego na wycenie produktu oryginalnego, droższego od zamienników dostępnych na rynku (co jest wiedzą powszechną i nie wymaga dowodzenia). Mając na uwadze powyższe, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności w zakresie o jaki wnosił Odwołujący.

Sygn. akt: KIO 880/16 11

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 880/16 12