

WYROK
z dnia 25 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 lipca 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia -
PERLAN Technologies Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,
B. w dniu 11 lipca 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia -
Spectro-Lab sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

- A. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **SHIM-POL AM. B., E. B-R., A. R. Spółka Jawna z siedzibą w Izabelinie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: sygn. akt: 1237/16 i 1269/16 po stronie zamawiającego;
B. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Spectro-Lab sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1237/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala oba odwołanie;**

1

-
- 2. kosztami postępowania obciąża PERLAN Technologies Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Spectro-Lab sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł, 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców **PERLAN Technologies Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Spectro-Lab sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach** tytułem należnych wpisów od odwołań;
2.2. zasądza od **PERLAN Technologies Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** oraz od **Spectro-Lab sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach** na rzecz **Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska z siedzibą w Warszawie** kwoty od każdego z wykonawców po 3.600,00 złotych (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiące koszty zamawiającego w łącznej kwocie 7.200, 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy) poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia 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:

2

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Główny Inspektorat Ochrony Środowiska z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164] [Ustawa lub ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Zakup i dostawa do Wojewódzkich Inspektoratów Ochrony Środowiska spektrometrów mas sprzężonych z plazmą wzbudzaną indukcyjnie (ICP-MS) ” przez wykonawców:

- 1) PERLAN TECHNOLOGIES POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - sygn. akt: KIO 1237/16
- 2) Spectro-Lab sp. z o.o. z Łomianek - sygn. akt: KIO 1269/16

Sygn. akt: KIO 1237/16

Odwołujący stwierdził, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, nieprzekraczającą kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co oznacza, że wykonawca miał realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odrzucenie oferty, powoduje, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony, gdyż utracił on szansę uzyskania zamówienia. Dowodzi to możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i nast. ustawy Pzp, a w szczególności do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 90 ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego w zakresie zaoferowanej ceny, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego i przyjęcie, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę; art. 9 ust. 2 i 3 Pzp z uwagi na pominięcie przedłożonej w oryginale faktury producenta nr 3003425911 z dnia 15.04.2016 r. (potwierdzającej cenę nabycia) sporządzonej w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym (tj. w języku angielskim) uzasadniającej zaoferowaną cenę, która to cena w świetle tej faktury nie była rażąco zaniżona, wręcz przeciwnie zaoferowana cena była uzasadniona ceną nabycia, przy czym przedmiotowa faktura producenta nie była obligatoryjnie wymagana w ogłoszeniu, ani w SIWZ, złożona została, jako dokument dodatkowy, sporządzony w języku angielskim, co nie naruszało postanowień art. 9 ust. 2 Pzp ani postanowień SIWZ, a w związku z tym faktura ta nie podlegała pominięciu; względnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez niewezwanie Odwołującego przez Zamawiającego w określonym terminie do złożenia tłumaczenia

3

powyższej faktury nr 3003425911 z dnia 15.04.2016 r. na język polski, gdyż brak tłumaczenia obcych dokumentów w sytuacjach tego wymagających powoduje obowiązek po stronie Zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia, który to obowiązek wezwania po stronie Zamawiającego jest obligatoryjny, zaś wadliwe zrealizowanie przez Zamawiającego obowiązku, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie może nieść negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego; ponowną ocenę z udziałem oferty ofert Odwołującego. Ponadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego. W uzasadnieniu zarzutów stwierdził, w szczególności, co następuje:

I. Cena oferty a wartość szacunkowa zamówienia

Odnosząc się do wskazywanej przez Zamawiającego różnicy między wartością szacunkową a ceną oferty (cena oferty jest o 50,37% niższa od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia) wskazać należy, iż wartość szacunkowa zamówienia jest wyłącznie wskaźnikiem, który nie wiąże w sposób bezwzględny. Zgodnie z powszechną praktyką i orzecznictwem wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy Pzp, a więc żądania wyjaśnień. Sam fakt rozbieżności między ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia nie może przesądzać, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Ponadto, co kluczowe w niniejszym przypadku, aby wartość ta miała charakter referencyjny, powinna być ustalona w porównywalnych warunkach, względem porównywalnego sprzętu, co jak niżej zostanie wykazane nie miało miejsca. W sytuacji, gdy cena oferty odbiega od

wartości ustalonej przez zamawiającego, zamawiający powinien w pierwszej kolejności przeanalizować, czy przyjęta przez niego wartość zamówienia była określona z należytą starannością. Wskazał na orzecznictwo, podnosząc, że: „Wartość szacunkowa ustalana przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania nie musi stanowić odzwierciedlenia aktualnych na moment składania ofert cen rynkowych. Wartość ta ma znaczenie przede wszystkim z uwagi na ustalenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może zaś, bez względu na prawidłowość jej oszacowania, stanowić głównego kryterium oceny, że cena oferowana przez danego wykonawcę, jest ceną rażąco niską.”; „Wartości szacunkowej zamówienia nie można utożsamiać z ceną, jaką zamawiający zamierza uzyskać od wykonawcy w wyniku prowadzonego postępowania.(...)Nie można wprost uznać, iż różnica między szacowaną wartością zamówienia, a najtańszą ofertą upoważnia do zarzucania wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny.”

W niniejszym przypadku różnica między wartością szacunkową a ceną oferty Odwołującego - jakkolwiek stanowi normalną i dopuszczalną okoliczność - wynika z obiektywnych przyczyn,

4

o których mowa poniżej, a które całkowicie pominął Zamawiający. Podkreślił, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2016 r. informował Zamawiającego, że model 7800 (a więc model zaoferowany w przetargu) jest modelem podstawowym w ofercie producenta Agilent Technologies, przeznaczonym dla laboratoriów pracujących w zakresie zamkniętych aplikacji i jest tym samym modelem tańszym. Model 7800 został w istocie wprowadzony na rynek w celu oferowania go podmiotom, które nie posiadają środków na zakup wyższego modelu 7900. Producent znacząco różnicuje cenowo oba modele, dbając o ich odpowiednie pozycjonowanie na rynku. Model 7800 ma podstawowe parametry analityczne, takie jak czułość aparatu, zbliżone do modelu 7900, ale nie oferuje szeregu dodatkowych możliwości analitycznych, charakterystycznych dla modelu 7900. Producent jest dodatkowo skłonny zaoferować większy rabat na zakup tańszego modelu 7800 niż na model 7900 - co Odwołujący zawsze bierze pod uwagę ofertując urządzenia klientom. Przykładowo, urządzenie ofertowane na etapie badania rynku (model 7900) różniło się od zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu (model 7800), przy zachowaniu pełnej zgodności z SIWZ, w następujący sposób zawierało: droższy główny moduł spektrometru 7900; opcję, rozcieńczania argonowego, która z uwagi na jej większą elastyczność i możliwości jest w modelu 7900 dodatkowo płatna, (w zaoferowanym w postępowaniu modelu 7800 opcja ta jest zawarta w module głównym).zawierało droższy system chłodzenia; droższy komputer; obudowę wyciszającą pompę oraz obudowę zabezpieczającą podajnika próbek zawierało gazy i reduktory; większą liczbę dni szkoleniowych w miejscu instalacji. Powyższe – jego zdaniem – w sposób bezsporny dowodzi, że porównywanie cen tych dwóch modeli jest całkowicie nieuzasadnione, tym bardziej że, jak wykazano, Zamawiający znacząco zmienił wymagania SIWZ w stosunku do tych sformułowanych w czasie badania rynku i nie oczekiwał szeregu możliwości analitycznych modelu 7900. Ponadto Odwołujący w ofercie przedkładanej w ramach rozeznania rynku nie ujął w pełni przewidywanych rabatów, trudno bowiem, aby ujawniał tego rodzaju informacje jeszcze przed postępowaniem, zmniejszając swoje szanse na pozyskanie zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego) opartą o założenia i szacunki, która - nawet gdy są ustalane w sposób staranny - nie zawsze musi znaleźć odzwierciedlenie w cenach składanych w warunkach konkurencji. Oczywiście jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców. Odnosząc się do kwestii dowodów dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, stanowiących zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uzupełnienie wyjaśnień Odwołującego, należy przede wszystkim wskazać, że w zakresie tego pojęcia ustawa Pzp nie zawiera żadnych ograniczeń. W związku z tym, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie ww. przepisu; wykonawca uprawniony jest do złożenia wszelkich dowodów, z których w ocenie wykonawcy

5

będzie wynikać, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Jednocześnie w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp został zawarty przykładowy katalog okoliczności, do których w szczególności mogą się odnosić zarówno wyjaśnienia, jak i dowody składane przez wykonawcę. Wskazując na orzecznictwo KIO podał, że: „za dowód może być uznane także oświadczenie samego

wykonawcy”; „czy dany dowód jest możliwy do uzyskania, decyduje charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy, to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy. Jeżeli natomiast okoliczności; jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny, wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. Zamawiający odrzuca, jako dowód e-mail od producenta, firmy Agilent Technologies, potwierdzający cenę zakupu przedmiotowego urządzenia (a więc kluczową pozycję w kosztorysie), jako że email ten ma datę późniejszą niż termin składania ofert, a także nie uznaje, jako dowodu faktury zakupu analogicznego z przedmiotem postępowania spektrometru ICP-MS, jako że faktura nie została przetłumaczona na język polski. Tymczasem Zamawiający w SIWZ ani w żadnym innym dokumencie dotyczącym postępowania nie wymagał udowodnienia, w jakiej cenie dostawca zakupił przedmiot zamówienia. Przyjętą praktyką jest, że firma będąca dystrybutorem sprzętu (tak jak PERLAN Technologies) ustala z producentem cenę zakupu zanim złoży ofertę przetargową, o ile wymagany poziom rabatu na zakup przekracza wartość ustaloną w kontrakcie pomiędzy producentem a dystrybutorem. Odwołujący uzgodnił cenę przed złożeniem oferty. Uzgodnienie ceny odbywa się zwyczajowo w formie ustaleń w trakcie spotkań z przedstawicielami producenta. Spotkania i ich przebieg mają charakter poufny, zaś ustalenia z tych spotkań nie mogą być przekazywane osobom trzecim, włączając klientów firmy. Oznacza to, że ustalenia w tym zakresie miały miejsce na długo przed złożeniem oferty, bowiem oferta kalkulowana była na bazie tych ustaleń. Niemniej jednak Odwołujący (w związku z pismem Zamawiającego) zwrócił się do producenta o zgodę na udostępnienie informacji na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Firma Agilent, działająca wg najwyższych standardów wewnętrznych i zgodnie z prawem UE, zdecydowała się wydać oficjalny dokument w postaci rzeczoności listu elektronicznego, zweryfikowany pod kątem prawnym na potrzeby korespondencji zewnętrznej. Świadczyć o tym może chociażby adnotacja w ostatnim akapicie listu, w którym Agilent wyraża zgodę na przekazanie listu osobom trzecim oraz zastrzega, że - zgodnie z prawem UE-Agilent nie ma wpływu ani kontroli nad polityką cenową PERLAN Technologies. Argumenty Zamawiającego, iż przedmiotowy dokument jest opatrzony datą po terminie składania ofert jest całkowicie chybiony i nieracjonalny. Co więcej, jakiegokolwiek wymagania w tym zakresie odnośnie dat

6

nie mają oparcia w przepisach. Niniejszy dokument stanowi wyłącznie dowód potwierdzający wcześniejsze ustalenia między firmami i taka była jego rola w związku z koniecznością przedłożenia wyjaśnień Zamawiającemu. Odnośnie dokumentu w postaci faktury zakupu analogicznego urządzenia, która dowodzi, że przy zakupie 12 urządzeń cena zakupu jest niższa o 24% niż przy zakupie jednego urządzenia, co nie powinno budzić zastrzeżeń, już w treści wyjaśnienia Odwołujący podał kluczową sentencję dokumentu, tj. cenę zakupu. Faktura jest standardowym dokumentem i w ocenie Odwołującego nie wymagała tłumaczenia, albowiem zawiera w sposób oczywisty najważniejszą informację - cenę zakupu. Brak tłumaczenia nie wpływa bowiem w tym wypadku na możliwość pozyskania niezbędnych informacji, gdyż brak nawet jakiegokolwiek znajomości języka pozwala w tym wypadku na pozyskanie informacji. Jednocześnie, jeżeli Zamawiający miał wątpliwości, mógł wnioskować o jej przetłumaczenie (choć, jak wykazano, z uwagi na treść nie było to konieczne), o czym mowa w treści poniżej. Oznacza to, że zarówno żądania Zamawiającego w zakresie przedstawienia dowodów, jak i kwestionowanie dat, którymi opatrzone są przedkładane dowody, są całkowicie nieuzasadnione i pozbawione podstaw prawnych. Odwołujący stwierdził, że nie ma kategorię obowiązków przedstawiania dowodów na okoliczność poprawności kalkulacji ceny przez wykonawcę. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mówi o tym, że zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów. Każdorazowo zakres i potrzeba udowodnienia sposobu kalkulacji ceny zależy od przedmiotu zamówienia, charakteru świadczenia czy też zakresu wątpliwości. Przepis art. 90 ustawy Pzp ma, co do zasady charakter wyjaśniający, nie zaś dowodowy, zaś przedmiotem tego wyjaśnienia jest zaoferowana cena. Przypomnienia przy tym wymaga, że cena stanowi oświadczenie woli o zamiarze wykonania świadczenia opisanego dokumentacją postępowania, tym samym nie zawsze jest konieczne składanie dowodów na okoliczność ponoszenia określonych kosztów i nakładów. Postępowanie o zamówienie publiczne nie jest

postępowaniem podatkowym, opartym na szczegółowej analizie dokumentacji księgowej, opisującej zdarzenia i plany gospodarcze w formule dowodów księgowych. Część kosztów i nakładów, które przekładają się na cenę może stanowić nakład pracy własnej wykonawcy, ponadto trzeba pamiętać, że rozpatrywanie kalkulacji ceny w ujęciu ponoszonych kosztów na wykonanie tylko danego zamówienia wymaga uwzględnienia kosztów odnoszących się do całej działalności wykonawcy, całego spektrum prowadzonych przez niego zadań i kontraktów, ujęcia tzw. kosztów ogólnego zarządu ponoszonych na poziomie całej jednostki, bez przypisywania ich do konkretnego przedsięwzięcia [koszty obsługi administracyjnej, prawnej, księgowej, biura etc.], co nie zawsze da się w prosty sposób udokumentować i w praktyce rachunkowej jest traktowane, jako koszt jednostki, nieprzypisany do kosztu wytworzenia danego produktu [kosztu dostawy, usługi]. Reasumując, istotne jest w pierwszym rzędzie, czy wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny dokonane przez wykonawcę jest

7

przekonujące, zaś dopełnieniem, uszczegółowieniem tego wyjaśnienia, mogą być stosownie do potrzeby danego postępowania dowody potwierdzające wysokość określonych wydatków i ponoszonych kosztów. Biorąc pod uwagę charakter prezentowanych danych (elementy składowe ceny) stwierdzić należy, iż wyjaśnienia (stanowiące oświadczenie wykonawcy), a także e-mail od producenta stanowią w niniejszym przypadku wystarczający materiał dla uznania, że Odwołujący złożył ofertę zawierającą realną cenę za realizację przedmiotowego zamówienia. Jego zdaniem w wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2016 roku zostały przedstawione wszystkie elementy kształtujące cenę. Na pierwszej stronie wyjaśnień Odwołujący wyspecyfikował wszystkie elementy oferty podlegające wycenie, wskazując na 8 punktów, a następnie odniósł się do każdego z tych punktów opisując okoliczności towarzyszące wycenie tego elementu, a w większości przypadków wskazał konkretną kalkulację. Odnosząc się do zarzutów braku przedstawienia wyceny wszystkich istotnych elementów przedmiotu zamówienia stwierdził, co następuje:

1) koszty gwarancji

Zamawiający wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił wyceny kosztów gwarancji - brakuje dowodów potwierdzających koszt oferowanej 4-letniej gwarancji, a podany koszt 20 000 zł jest wg Zamawiającego nierealny bowiem producenci wyceniają średni roczny koszt gwarancji na 4-10% wartości urządzenia. Trudno odnieść się do powyższego stwierdzenia, bowiem podane wartości są całkowicie rozbieżne z wartościami funkcjonującymi w firmie PERLAN Technologies. Koszty gwarancji w dużej mierze zależą od jakości oferowanego urządzenia i poprawności jego użytkowania. W wyjaśnieniach Odwołujący podkreślił, że ofertowany sprzęt firmy Agilent Technologies jest sprzętem najwyższej klasy, praktycznie bezawaryjnym. W oparciu o analizę napraw gwarancyjnych już zainstalowanego sprzętu Odwołujący ustalił koszt 4-letniej gwarancji na 20 000 zł, co jest absolutnie wystarczającą kwotą. W dotychczasowej praktyce, mając zainstalowanych w Polsce ok. 30 instrumentów typu ICP-MS, Odwołujący praktycznie nie spotkał się z sytuacją, w której nastąpiło przekroczenie przyjętej w ofercie wartości. Kwestionowanie ww. wartości przez Zamawiającego, jakkolwiek nie ma żadnych podstaw, to de facto odmawia prawa do produkowania wysokospecjalistycznego sprzętu o wysokiej niezawodności, która pozwala konkurować z innymi producentami.

2) koszty wyposażenia Wymienionego w tabeli nr 2 SIWZ

Zamawiający zarzuca, że załączona faktura na zakup analogicznego urządzenia, poza faktem nieprzetłumaczenia jej na język polski, nie zawiera elementów wyposażenia wymaganych w przedmiotowym postępowaniu (wymienionego w tabeli nr 2 SIWZ) oraz że e-mail od przedstawiciela Agilent Technologies nie zawiera informacji o dodatkowym wyposażeniu. W ofercie Odwołującego elementy wskazane w tabeli 2 są zawarte w ramach konfiguracji urządzenia. Producent (Agilent) otrzymał do wyceny informację o wymaganej

8

konfiguracji i zaoferował cenę uwzględniającą te dodatkowe elementy. Jest o tym mowa zarówno w wyjaśnieniach Odwołującego, jak i e-mailu od przedstawiciela firmy Agilent, załączonym do wyjaśnień Odwołującego, którego fragment brzmi - ..."Jak zostało ustalone, na zakup 12 spektrometrów ICP-MS 7800 o sprecyzowanej konfiguracji, mogliśmy zaoferować cenę zakupu w wysokości 70,2016.62\$ (281 tys. zł) za jeden instrument." W wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2016 r. Odwołujący wyraźnie wskazał, że wymagane przez

Zamawiającego wyposażenie jest przewidziane w skalkulowanej cenowo pozycji spektrometru - „Spektrometr ICP- MS z wyposażeniem - cena jednostkowa.” Oznacza to, że nieprawdą jest, iż Odwołujący nie uwzględnił dodatkowego wyposażenia, wskazanego w tabeli 2, w ofercie cenowej.

3) koszty pakowania, transportu i dostawy

Odwołujący otrzymuje sprzęt z magazynu producenta w postaci zapakowanej i gotowej do dalszego dostarczenia do miejsca instalacji. Dostawa zawarta jest w cenie producenta. Jak wynikało z wyjaśnień na terenie Polski Odwołujący nie korzysta z firm kurierskich i dostarcza towar własnymi zasobami, których wykorzystanie nie wiąże się z dodatkowymi kosztami. Co więcej, w związku z realizacją dodatkowego zamówienia ponad codzienne obowiązki, koszty pracowników Odwołującego de facto maleją względem zysku. Przedstawiony przez zamawiającego przykładowy koszt transportu nie dotyczy firmy Odwołującego i nie może być podstawą do szacowania kosztów Odwołującego - już tylko na marginesie zauważyć należy, iż prezentowany koszt jest rażąco wysoki i oderwany od realiów rynkowych.

4) koszty w zakresie potencjału kadrowego

Koszty potencjału kadrowego, niezbędne do uruchomienia urządzenia i szkolenia podstawowego, ustalone zostały w oparciu o wieloletnie doświadczenie w tego typu procedurach, z uwzględnieniem wymaganego czasu i wynagrodzenia inżynierów serwisu Odwołującego. Ponadto, ponieważ Odwołujący wykorzystuje inżynierów zatrudnionych na umowę o pracę, ich wynagrodzenie jest stałe, niezależne od tego, czy wykonują, przykładowo, 1 czy 5 instalacji w ciągu miesiąca. Instalacja dodatkowych 12 urządzeń nie podniesie więc kosztów funkcjonowania Odwołującego. Dlatego też Odwołujący miał pełne podstawy do przyjęcia kwoty 3000 zł. (jak wskazał w wyjaśnieniach), jako kosztu związanego z potencjałem kadrowym niezbędnym do uruchomienia urządzenia. Za nieuzasadnione należy uznać zarzut Zamawiającego dotyczący braku wskazania przewidzianego zaangażowania czasowego, bowiem w niniejszym przypadku mamy do czynienia ze specjalistycznym sprzętem i informacja o czasie pracy jest dla Zamawiającego informacją całkowicie nieweryfikowalną.

5) koszty dotyczące procesu organizacji i prowadzenia szkoleń

Zamawiający zdaje się pomijać fakt, iż Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2016 r. koszty planowane na szkolenia. Biorąc pod uwagę kwotę przewidzianą na szkolenia i

9

podaną w wyjaśnieniach (łącznie 59 000 PLN, w tym 35 000 PLN na szkolenie w hotelu dla 50 osób oraz 24 000 PLN, na szkolenia w miejscach instalacji) stwierdzić należy, iż nawet dla osoby nieposiadającej w tym zakresie szczególnej wiedzy i doświadczenia koszt przyjęty na szkolenia jest całkowicie realny i rynkowy. Przykładowo, założenie kwoty 35 000 PLN na dwudniowe szkolenie w hotelu*** dla grupy 50 osób> co wykazał w wyjaśnieniach Odwołujący, oznacza przyjęcie szacunku ok. 700 PLN na osobę. Tymczasem w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający całkowicie pomija wskazaną kwotę i poprzestaje wyłącznie na stwierdzeniu, że informacje nie odnoszą się do konkretnego rachunku kosztów z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia. Resumując, Odwołujący przewidział w ramach oferty pełny zakres zamówienia przewidziany w SIWZ, jednocześnie wyjaśniając Zamawiającemu wszystkie elementy kształtujące cenę i podając dane pozwalające w sposób bezsporny stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Dalej wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Oceny wyjaśnień dokonuje się zgodnie z ogólnymi zasadami rządzącymi oceną dowodów, tj. z uwzględnieniem aktualnego stanu wiedzy, zasad doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania. Wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp dają wykonawcy możliwość uchronienia się przed odrzuceniem oferty. Jednocześnie, to na zamawiającym ciąży obowiązek dokonania odpowiednio ich wnikliwej analizy. Tymczasem, jak wyżej dowiedziono, Zamawiający pominął kluczowe elementy, a dokonana

ocena ma charakter tendencyjnej, dowodzącej z góry postawionej tezy. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi czy dostawy. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Wskazując na orzecznictwo stwierdził, że: „Odrzucając ofertę zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę.” Zdaniem Izby rozpoznającej ww. sprawę, okoliczności wpływające na wysokość ceny usługi, i argumenty przedstawione przez Odwołującego zasługują na uwzględnienie, ponieważ w sposób wyczerpujący opisano i wskazano m.in. na oszczędność

10

związaną z kosztami dojazdu, wynikającą z bliskiej odległości od siedziby Zamawiającego, posiadanie odpowiedniego sprzętu do wykonania zamówienia, możliwość uzyskania rabatów przy zakupach rzeczy koniecznych do realizacji zamówienia. Bezasadne jest zatem w ocenie KIO odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego, zarzucając mu, że „nie przedstawił żadnych składników kosztotwórczych”. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku - „Odrzucając ofertę zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. W niniejszym postępowaniu takiej pewności nie ma. Wykonawca wskazał okoliczności, które uzasadniają obniżenie ceny, równocześnie podał cenę za jedną godzinę pracy sprzętu (wraz z czasem, w jakim sprzęt będzie używany). Tym samym brak było podstaw do dokonania odrzucenia oferty Odwołującego. Jeśli istniały dalsze wątpliwości, chociażby w zakresie przedstawiania konkretnej kalkulacji, Zamawiający miał możliwość wystąpić o taką kalkulację.” Skoro jednak nie podjął dodatkowych działań KIO uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty. Dalej podniósł, że (...) zaoferowana cena powinna być każdorazowo analizowana indywidualnie z uwzględnieniem uwarunkowań danego rynku, charakteru zamówienia, jak też indywidualnej sytuacji danego wykonawcy. W dalszej części KIO stwierdza, że „Na przeszkodzie do takiej oceny złożonych przez (...) wyjaśnień nie stoi okoliczność, iż wyjaśnienia te nie odnoszą się do wszystkich elementów wymienionych przez ustawodawcę w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przytoczone w tym miejscu okoliczności mogące mieć wpływ na wysokość ceny to jedynie przykładowe wyliczenie, otwarty katalog uwarunkowań, które nie znajdują zastosowania w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie będą dostępne wszystkim wykonawcom. Każdy wykonawca udzielając wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny powinien brać pod uwagę cechy danego zamówienia, powoływać się na swoją indywidualną sytuację i dostępne mu środki pozwalające na obniżenie ceny”. W orzecznictwie wskazuje się na dopuszczalną możliwość więcej niż jednokrotnego wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, szczególnie, gdy ma ono postać dalszego, doprecyzowującego ustalenia okoliczności poruszonych w wyjaśnieniach. Żaden przepis ustawy ani przepisy dyrektyw europejskich nie pozwalają na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ma charakter wyłącznie jednorazowy. Nie chodzi tu przy tym, by żądanie złożenia wyjaśnień, co do ceny rażąco niskiej było prowadzone wielokrotnie, „do skutku” aż wykonawca usprawiedliwi w jakiś sposób zaniżenie swojej ceny ofertowej. Zamawiający nie może bowiem, przy bierności wykonawcy, wydobywać od niego informacji, kiedy sam zainteresowany nie wykazuje należytej troski o swój interes i los złożonej oferty. Taki sposób procedowania prowadziłby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu. Jeśli jednak udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wymagają doprecyzowania i dalszego wyjaśniania przez zamawiającego, zamawiający jest

11

uprawniony do dalszego zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień. Podzielono w tej mierze rozważania zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 października 2013 r. w spr. XXIII Ga 1388/13, zgodnie z którymi: „o naruszeniu fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, można przede wszystkim mówić w sytuacji, gdyby wykonawca ZSK w ogóle nie złożył wyjaśnień, pomimo skierowania do niego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zamawiający w dalszym ciągu prowadziłby postępowanie wyjaśniające wobec ceny zawartej w złożonej przez niego ofercie, wzywając do składania kolejnych wyjaśnień.” Z wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia

9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10 wynika, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”, a także kierunek interpretacji przepisów art. 90 ustawy Pzp w kontekście opinii prawnej zamieszczonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2013 r. pt. „Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia” - „Zamawiający może zatem odrzucić ofertę wykonawcy dopiero po uzyskaniu wyjaśnień i tylko wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien zatem mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę pełni wiedzy umożliwiającej mu podjęcie decyzji co do istnienia podstaw (bądź ich braku) do odrzucenia oferty, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (...) Możliwość wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską ceną, została uregulowana w przepisach p.z.p. w sposób jednoznaczny - działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą się ograniczać do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp dotyczących tłumaczenia faktury podał, że wyjątkiem od zasady prowadzenia postępowania w języku polskim jest dopuszczenie przez zamawiającego możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oferty oraz innych dokumentów i oświadczeń w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane (art. 9 ust. 3 Pzp). Zamawiający dopuszcza język inny niż język polski w szczególnie uzasadnionych przypadkach, a więc takich, w których spodziewa się, że ze względu na charakter przedmiotu zamówienia celowe jest ułatwienie wykonawcom

12

złożenia odpowiednich dokumentów (np. wyniki testów prób przeprowadzanych przez laboratoria dla specjalistycznych dostaw sprzętu wykonywane są jedynie w języku angielskim). Oznacza to, że podstawowe znaczenie dla Zamawiającego ma dokument sporządzony w języku obcym, a jego tłumaczenie stanowi niejako konsekwencję przedłożenia pierwszego dokumentu. Stanowi to jednocześnie realizację zasady prowadzenia postępowania w języku polskim, bowiem w świetle art. 9 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej i w języku polskim. Jednakże, jak zostało to wskazane, w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym, jakim jest niewątpliwie język angielski. W związku z powyższym uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp podlegać będzie dokument, którego oryginał przedłożono zamawiającemu, pod warunkiem, że mieści się on w kategorii dokumentów wymienionych w tym przepisie (tj. oświadczenia, dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. lub pełnomocnictwa), przy czym należy także pamiętać o możliwym odstępstwie od zasady stosowania języka polskiego, wynikającym z ustawy z dnia 1 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 224 z późn. zm.), zgodnie z którą nie podlegają tłumaczeniu na język polski nazwy własne, zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna, znaki towarowe, nazwy handlowe oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług. Wobec powyższego można przyjąć, że nie będą wymagały także tłumaczenia dokumenty załączone przez wykonawcę do oferty, ale niewymagane w ogłoszeniu czy też specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przykładowo dokument - certyfikat jakości, który nie jest obligatoryjnie wymagany w ogłoszeniu lub w SIWZ, a został złożony jako dokument dodatkowy w języku angielskim, co nie narusza postanowień art. 9 ust. 2 Pzp (tak wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2007 r., KIO/UZP 1426/07). Tymczasem Zamawiający w odniesieniu do złożonej przez Odwołującego1 faktury producenta nr 3003425911 z dnia 15.04.2016 r. (potwierdzającej cenę nabycia urządzenia analogicznego do przedmiotu postępowania) bezpodstawnie stwierdził, że dołączona do wyjaśnień Odwołującego przedmiotowa faktura

złożona została w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski i jako taka nie mogła stanowić podstawy do oceny kalkulacji w trybie art. 90 Pzp. Przedmiotowa faktura nie była obligatoryjnie wymagana w ogłoszeniu ani w SIWZ, złożona została, jako dokument dodatkowy, sporządzony w języku angielskim, co nie naruszało postanowień art. 9 ust. 2 Pzp ani postanowień SIWZ. Uzasadnia to naruszenie art. 9 ust. 2 i 3 Pzp poprzez pominięcie przedłożonej w oryginale Faktury producenta nr 3003425911 z dnia 15.04.2016 r., sporządzonej w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym (tj. w języku angielskim), uzasadniającej zaoferowaną cenę. W świetle tej faktury zaoferowana

13

cena nie była rażąco zaniżona, wręcz przeciwnie, zaoferowana cena była uzasadniona ceną nabycia, przy czym należy jeszcze raz podkreślić, że przedmiotowa faktura producenta nie była obligatoryjnie wymagana w ogłoszeniu ani w SIWZ, a złożona została jako dokument dodatkowy, co nie naruszało postanowień art. 9 ust. 2 Pzp ani postanowień SIWZ, a w związku z tym faktura ta nie podlegała pominięciu. Jeżeli natomiast w ocenie Zamawiającego przedmiotowa faktura powinna zostać przedłożona wraz z tłumaczeniem na język polski, to w takiej sytuacji Zamawiający dopuścił się jednoznacznie naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez niewzewanie Odwołującego w określonym terminie do złożenia tłumaczenia powyższej faktury nr 3003425911 z dnia 15.04.2016 r. na język polski, gdyż brak tłumaczenia obcych dokumentów powoduje obowiązek po stronie Zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia. Uzasadnieniem art. 26 ust. 3 Pzp jest bowiem dążenie ustawodawcy do konwalidowania ofert, które dotknięte są błędami czy też brakami. Prawo zamówień publicznych stoi na stanowisku, że przyczyny formalne nie powinny być powodem wykluczania wykonawców z postępowania ani odrzucania ich ofert. Stąd też wprowadzenie obowiązku wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów ma na celu eliminowanie takich sytuacji. Należy też podkreślić, że korzystanie z art. 26 ust. 3 Pzp jest obligatoryjne dla zamawiającego, a to z kolei oznacza, że obowiązek wzywania przez zamawiającego wykonawców do uzupełnienia dokumentów musi być realizowany w sposób wyczerpujący. Wobec tego zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia wszystkich wykonawców, których oferty są dotknięte wadami formalnymi. Jednocześnie z art. 26 ust. 3 Pzp należy wyprowadzić dla zamawiającego obowiązek oznaczenia zakresu wezwania i odpowiadające temu uprawnienie wykonawcy uzupełnienia czy też skorygowania błędnych dokumentów. Jednocześnie podkreślenia wymaga okoliczność, że wadliwe zrealizowanie przez zamawiającego obowiązku, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp, nie może nieść negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

W konkluzji stwierdził, że odrzucenie oferty jest dla wykonawców bardzo dotkliwą sankcją, dlatego też może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę. Musi to być zatem cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe stanowisko zostało przedstawione w stanie faktycznym, gdzie jeden z wykonawców zaoferował cenę w wysokości 0,01 zł, co daje 0,6 zł za cały okres realizacji zamówienia. Natomiast dla porównania wartość szacunkowa w tym konkretnym postępowaniu została ustalona na kwotę 2.580.000,00 zł, a ceny pozostałych dwóch ofert wynosiły 1.470.000,00 zł oraz 2.070.000,00 zł. Wskazywane orzeczenia pokazują kierunek postępowania zamawiającego przy ocenie, czy cena jest rażąco niska. Zamawiający w trakcie oceny powinien uwzględnić charakter zamówienia i realia rynkowe, w których zamówienie jest udzielane. Samo zaistnienie rażącej różnicy między badaną ofertą a wartością zamówienia i innymi ofertami

14

jest niewystarczające. Oczywiście, to również na wykonawcy, którego zamawiający wezwał do złożenia w tym przedmiocie stosownych wyjaśnień, ciąży obowiązek złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jeżeli są to wyjaśnienia wiarygodne i odwołujące się do konkretnych okoliczności, mających wpływ na kalkulację ceny oferty, jak miało to miejsce w niniejszym wypadku, to mogą być wystarczające do stwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska. Z kolei w razie odrzucenia oferty ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Przykładem może być oferowanie

towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2012 roku, KIO 2771/11). Ustalenie, że cena jest rażąco niska to nic innego jak wykazanie, że dany wykonawca nie jest w stanie pokryć wszystkich kosztów związanych z realizacją całości przedmiotu zamówienia z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu od zamawiającego (wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 roku, KIO 1665/11). W niniejszej sprawie Odwołujący udowodnił, że jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie za zaoferowaną cenę z zyskiem, jednocześnie udzielił Zamawiającemu wyczerpujących wyjaśnień w zakresie ceny. Do wyjaśnień zostało załączone potwierdzenie kluczowej pozycji kosztowej tj. wartości urządzenia przedstawione przez producenta urządzenia. Co więcej, z przedstawionej kalkulacji wynikało, że założony zysk stwarza bezpieczny bufor finansowy realizacji niniejszego zamówienia. Tymczasem Zamawiający nie wykazał, aby cena Odwołującego była ceną rażąco niską, niepokrywającą kosztów realizacji zamówienia. Oznacza to, że nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego.

Sygn. akt: Kio 1269/16

Odwołujący - SPECTRO-LAB sp. z o.o. z Warszawy zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1-3 Pzp z uwagi na bezzasadne odrzucenie oferty SPECTRO-LAB, pomimo że cena oferty Odwołującego nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu ww. przepisu oraz na błędną ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jako potwierdzających, że cena oferty SPECTRO-LAB jest ceną rażąco niską, podczas gdy ze złożonych wyjaśnień wynika, że zaoferowana cena jest ceną realną oraz rynkową; ewentualnie - art. 90 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Stwierdził także naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

15

ze względu na naruszenie ww. przepisów. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego; dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ewentualnie: wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; i dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Wskazał, że Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. SPECTRO-LAB jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym Postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona i miałby on możliwość uzyskania zamówienia (bilans ceny oraz kryteriów poza cenowych jest korzystniejszy niż w przypadku oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą). Tym samym, skutek niezgodnych z ustawą działań Zamawiającego, Odwołujący poniósł szkodę polegającą na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów stwierdził w szczególności, że odrzucenie oferty SPECTRO-LAB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającej cenę rażąco niską nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia tak faktycznego, jak i prawnego. Cena oferty Odwołującego nie nosi znamion rażąco niskiej w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych. Cena zaoferowana przez SPECTRO-LAB w niniejszym postępowaniu jest ceną realną, nieodbiegającą swym poziomem od cen tynkowych, a co za tym idzie nie może zostać uznana za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena oferty Odwołującego jest ceną, która nie odbiega od średniej cen Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Cena wyliczona na podstawie średniej arytmetycznej złożonych ofert wynosi 6 966 028,92 zł. Oferta Odwołującego jest zaledwie o 5% niższa od ww. kwoty. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp i dokonał wyboru oferty wykonawcy SHIM-POL A.M. B. E. B-R., A. R. sp.j., która jest droższa o ponad 1 000 000 zł. Oświadczył, że głównym czynnikiem pozwalającym na zaoferowanie tak korzystnej ceny było uzyskanie wysokiego rabatu od producenta. SPECTRO-LAB i wskazał, że przy 12 sztukach spektrometru, producent zastosował rabat specjalny oraz wyjaśnił, że w przypadku sprzętu tego rodzaju koszt części i wytworzenia urządzenia jest stosunkowo niski. Główny składnik ceny końcowej stanowi

„know-how” w związku z czym, producent ma szerokie możliwości kształtowania ceny końcowej sprzedaży. SPECTRO-LAB stwierdził ponadto, że kalkulacja kosztów nie jest skomplikowana bowiem Odwołujący dokonuje zakupu urządzeń bezpośrednio od producenta urządzeń - z czego wynika fakt, że nie ponosi dodatkowych kosztów pośredników. Jako dowód Odwołujący przedstawił Zamawiającemu kalkulację z wyszczególnieniem głównych elementów zamówienia. Dokonana przez Zamawiającego ocena jest błędna, a złożonych

16

przez Odwołującego wyjaśnień w żaden sposób nie można uznać za potwierdzających złożenie przez SPECTRO-LAB oferty z rażąco niską ceną. Złożone przez SPECTRO-LAB wyjaśnienia potwierdzają, iż zasadniczym czynnikiem umożliwiającym zaproponowanie ceny określonej w formularzu ofertowym było uzyskanie rabatu od producenta. Ewentualne wątpliwości Zamawiającego powzięte w związku z analizą treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie mogą stanowić podstawy do automatycznego przyjęcia, że cena zaoferowana przez SPECTRO-LAB jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych. Z wyjaśnień Odwołującego nie wynika, że cena oferty została skalkulowana w sposób nieprawidłowy, czy że jest ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Stwierdził, że nieuprawnione jest twierdzenie, iż w cenie oferty Odwołującego nie uwzględniono kosztów związanych z gwarancją. Fakt, iż SPECTRO-LAB nie wyszczególnił wprost w przesłanych wyjaśnieniach pozycji dotyczącej gwarancji nie uprawnia do dokonania przez Zamawiającego domniemania jakoby oferta Odwołującego nie uwzględnia tego zakresu usług. Twierdzenie Zamawiającego (o rażąco niskiej cenie) nie znajduje potwierdzenia w treści formularza ofertowego Odwołującego, zgodnie z którym SPECTRO-LAB zaoferował 48-miesięczną gwarancję. Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że Odwołujący nie wskazał w swoich wyjaśnieniach na koszty materiałów eksploatacyjnych skoro w poz. 3 tabeli zawartej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny została podana przez SPECTRO-LAB cena materiałów zużywalnych („Zestaw akcesoriów i materiałów zużywalnych”) - co jest tym samym. W ofercie handlowej, która była podstawą obliczenia ceny oferty zostało wskazane, że koszty związane z obsługą gwarancji są wliczone w cenę urządzeń, która została podana Zamawiającemu (zgodnie z przedmiotową ofertą koszty obsługi gwarancyjnej zostały wycenione na 8% wartości urządzeń). Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego stwierdził, że szacował przedmiot zamówienia na podstawie ofert cenowych, w tym również oferty SPECTRO-LAB na urządzenie producenta Thermo Scientific, a cena urządzenia zaproponowana ówczesznie była znacznie wyższa od ceny zaoferowanej obecnie. Wnioskowanie Zamawiającego jest obarczone błędem, bowiem wcześniejsza oferta z rozpoznania rynku uwzględniała cenę za 1 sztukę modelu aparatu iCAP Q (co odpowiadało zapytaniu) podczas, gdy po zapoznaniu się przez Odwołującego ze szczegółowymi wymaganiami SIWZ oferta SPECTRO-LAB obejmuje model iCAP RQ (co jest zgodne z SIWZ). Nie sposób uznać za prawidłowe domniemanie, że skoro oferta wstępna była wyższa, to oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być do niej zbliżona, a w przeciwnym razie jest nierealna. Dalej podał, że „Jest powszechnie wiadomym, że wykonawcy odpowiadając na tego typu zapytania podają kwoty wyższe niż

17

ceny ofert składanych następnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Regułą jest bowiem to, iż w zapytaniu zamawiający nie podają wszystkich wymagań wynikających z zawieranej w toku postępowania umowy — wycenie podlega zatem ryzyko niepewności które zanika po opublikowaniu SIWZ. Wykonawcy mają świadomość, że ich odpowiedzi stanowią podstawę dla szacowania budżetu Zamawiającego, zatem dążą do zabezpieczenia środków w odpowiednio większej wysokości, biorąc pod uwagę hipotetyczne elementy zamówienia, które mogą pojawić się w SIWZ w docelowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto, oferty cenowe w odpowiedzi na zapytanie przygotowywane są bez przeprowadzania dogłębnej weryfikacji szczegółowych kosztów realizacji, której dokonuje się na etapie przygotowywania oferty w postępowaniu przetargowym - w tym przypadku, koszty rzeczywiste okazały się zdecydowanie niższe niż wstępne szacunki”. Podał, że „W celu przygotowania oferty w niniejszym postępowaniu SPECTRO-LAB przeprowadził

szczegółowe negocjacje cenowe z producentem urządzeń i w związku z czym, mógł zaoferować tak korzystną cenowo ofertę, która - jak zostało wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny - zawierała specjalny rabat (oferta wstępna nie była przedmiotem negocjacji z producentem). Oferta wstępna złożona w toku rozpoznania rynku jest wyższa niż oferta złożona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bowiem przy zakupie wielu urządzeń koszt jednostkowy jest dużo niższy niż dla pojedynczego aparatu. Zamawiający nie występował do wykonawców na etapie rozpoznania rynku o podanie szacunkowej oferty na 12 sztuk urządzeń, a takiej ilości dotyczy niniejsze postępowanie. Zamawiający niesłusznie kwestionuje w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty SPECTRO-LAB fakt, iż przy zakupie większej ilości urządzeń koszty zakupu są redukowane - okoliczność ta jest oczywista w relacjach biznesowych i kupieckich". Zamawiający zakwestionował fakt przyznania Odwołującemu rabatu, bowiem został oparty jedynie na oświadczeniu wykonawcy. Należy wskazać, że fakt udzielenia specjalnego rabatu znajduje potwierdzenie przede wszystkim w cenie zaoferowanej w formularzu ofertowym SPECTRO-LAB. Wykonawca podkreśla, że wszystkie koszty towarzyszące dostawie - w tym serwis, koszt wymiany materiałów eksploatacyjnych zostały uwzględnione w cenie oferty, a podstawą kalkulacji była oferta handlowa uzyskana od producenta aparatów. Nie sposób uznać, że cena kształtowana w oparciu o konkretną ofertę zakupu może być ceną „nierealną”. Zawarta w wyjaśnieniach kalkulacja cen jednostkowych uwzględnia zbiorcze zestawienie elementów składających się na cenę oferty. Zamawiający nie wskazał w wezwaniu jak szczegółowych dowodów oczekuje, (do czego przyznał się w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego - „Wykonawca nie kwestionował (...) ew. braku precyzji oczekiwań Zamawiającego”). Zamawiający nie narzucił również w dokumentacji przetargowej sposobu kalkulacji ceny ani, co oczywiste ze względu na ryczałtowy charakter struktury i wysokości (...) wynagrodzenia, ponoszonych kosztów". Zauważył, że

18

Zamawiający nie podniósł zarzutu podania nieprawdziwych informacji (co winien był uczynić skoro de facto twierdzi, że producent nie zaoferował rabatu). Pośrednio jest potwierdzeniem słuszności odwołania".

Wykonawca stwierdził, że Zamawiający dokonał błędnej interpretacji kosztów szkolenia, zakładając, że obejmuje ono koszty przeprowadzenia szkolenia w miejscu instalacji, które zostały ujęte w pozycji 1 kalkulacji cen jednostkowych. Pozycja 4 kalkulacji cen jednostkowych uwzględnionej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny obejmuje koszt zakupu usług zewnętrznych, tj. szkolenia aplikacyjnego dla 50 osób zgodnie z SIWZ. Podkreślił, że wskazana przez wykonawcę kwota w poz. 4 tabeli w wyjaśnieniach ceny jest realna i zgadza się z szacunkiem podanym przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu w odniesieniu do kosztów dwudniowego szkolenia aplikacyjnego - $600 \text{ zł} \times 50 \text{ osób} = 30\,000 \text{ zł}$. Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie informacji o odrzuceniu jego oferty wskazuje, że Zamawiający dokonał niekorzystnej i oderwanej od stanu faktycznego interpretacji wyjaśnień ceny przedstawionych przez SPECTRO-LAB. Dokonana przez Odwołującego kalkulacja ceny oferty uwzględnia wszystkie wymagane składniki kosztów oferty oraz obejmuje marżę na poziomie przekraczającym 10% ceny oferty. Duża marża zapewnia Odwołującemu możliwość pokrycia wszystkich ryzyk biznesowych, jakie mogą się zaktualizować na etapie wykonywania umowy. Przykładowo, w sytuacji, gdy poziom zużycia materiałów eksploatacyjnych zostanie przekroczony w stosunku do kosztów skalkulowanych na etapie oferty, ma dodatkowych przygotowywania SPECTRO-LAB możliwość dostarczenia elementów bez większego uszczerbku dla zysku z kontraktu. Podał także, że „Z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa oferta handlowa wraz z kalkulacją kosztów (pokrywającą się z przedstawionym zestawieniem cen jednostkowych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny) zostaną przedstawione na rozprawie przed Izbą”. Stwierdził ponadto, że „Całkowicie nieuprawnione jest stwierdzenie Zamawiającego, że „dodatkowym potwierdzeniem na zaoferowanie przedmiotu zamówienia z rażąco niską ceną” jest fakt, iż SPECTRO-LAB dostarczył w kwietniu 2015 r. do Instytutu Uprawy Nawożenia i Gleboznawstwa PIB „ten sam typ urządzenia”, którego koszt wynosił 899 991 zł brutto i w stosunku do oferowanego w tym postępowaniu urządzenia jest o 41 % wyższy.” Ponadto „a. Abstrahując od faktu, że przedmiotem oferty w przedmiotowym postępowaniu jest inny niż podany przez Zamawiającego model (iCAP RQ, a nie iCAP Q), to w żaden sposób porównanie cen z innymi postępowaniami nie stanowi samo w sobie dowodu na zaoferowanie ceny rażąco niskiej. b. Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, a contrario Odwołujący wskazuje, że w innych

prowadzonych w 2016 r. postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których oferty wykonawców z cenami niższymi niż SPECTRO-LAB zostawały uznawane za najkorzystniejsze, Odwołujący otrzymywał ceny na zakup spektrometrów zbliżone do niniejszego postępowania - w żadnym z postępowań oferta SPECTRO-LAB nie została

19

uznana za zawierającą cenę rażąco niską. Przykładem takiego postępowania są: postępowanie nr CBJ/JS-2/000001/16 dla zadania „Zakup spektrometru ICP-MS dla WBJ-2” prowadzone przez KGHM, gdzie w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu pod względem ceny, przy czym cena SPECTRO-LAB za jednostkowe urządzenie była zbliżona do niniejszego postępowania i wynosiła 437 000 zł netto; postępowanie nr 0036/ZO/FZ/2016, które przedmiotem była „Sprzedaż i dostarczenie 1 sztuki spektrometru ICP z kompletnym wyposażeniem umożliwiającym wykonanie oznaczeń wg norm PN-EN ISO 11885:2009, PN-EN 14538:2008, PN-EN 14107:2004, PN-EN 16576:2014-12, UOP 407-09, prowadzone przez Orlen Laboratorium sp. z o.o. Zamawiający ten ma wewnętrzny system przetargowy zgodnie z którym, w wyniku przeprowadzenia negocjacji i złożenia oferty ostatecznej wybierana jest oferta najkorzystniejsza cenowo. Również w tym postępowaniu oferta SPECTRO-LAB znalazła się z na drugim miejscu w rankingu ofert. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący otrzymał na potrzeby postępowania powołanego przez Orlen Laboratorium sp. z o.o. od producenta rabat w wysokości 32%, na pojedyncze urządzenie. Jak zostało wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 31 maja 2016 r. oferta w przedmiotowym postępowaniu była o ok. 35% niższa od szacowanej wartości zamówienia. W przetargu dla Orlen Laboratorium sp. z o.o. SPECTRO-LAB zaoferował 32% rabatu na pojedynczą sztukę urządzenia, co dowodzi, że upusty na tym poziomie nie są niczym nadzwyczajnym”. Za chybiony uznał argument Zamawiającego, iż wykonawca był uprawniony zakwestionować wezwanie, jego zakres lub „brak precyzji”, a nawet szacunkową wartość zamówienia podaną w SIWZ czy ogłoszeniu o zamówieniu. Wykonawca nie miał jakiegokolwiek interesu w kwestionowaniu oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. SPECTRO-LAB odpowiedział natomiast na wezwanie Zamawiającego, tłumacząc skąd wynika zaoferowana przez niego cena, wskazał jednak, że budżet Zamawiającego może być przeszacowany. Wątpliwości Zamawiającego związane z analizą odpowiedzi Odwołującego zamiast skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp powinny ewentualnie prowadzić do ponownego wezwania SPECTRO-LAB do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Podkreślił, że brak w ustawie przepisów, które zakazywałyby Zamawiającemu ponownego zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w bardziej skonkretyzowanym zakresie. W świetle dokonanej przez Zamawiającego, wadliwej interpretacji złożonych przez Odwołującego wyjaśnień ceny, ponowne wezwanie SPECTRO-LAB do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jest uzasadniona także na podstawie art. 7 ust. 1 Pzp. Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty SPECTRO-LAB wynika, że Zamawiający nie dążył do pełnego wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny i rozwiania swoich wątpliwości w tym zakresie, a dokonał tendencyjnej interpretacji wyjaśnień Odwołującego. Jeżeli Zamawiający uznał, że odpowiedź SPECTRO-LAB nie jest

20

wystarczająca, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty, lecz co najwyżej do kolejnego wezwania - z treści wyjaśnień nie wynika, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska lub też, że SPECTRO-LAB nie skalkulował w cenie oferty określonego zakresu zamówienia. Wskazał ponownie przykładowo na orzecznictwo i poglądy z doktryny.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca SHIM-POL A.M. B., E. B-R., A. R. Spółka Jawna z siedzibą w Łzabelinie zarówno w sprawie o sygn. akt: 1269/16 jak i o sygn. akt: 1237/16, a w sprawie o sygn. akt: KIO 1237/16 - wykonawca Spectro-Lab sp. z o.o. z Łomianek. Wykonawcy wniesli odpowiednio o oddalenie odwołań.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania wniósł o oddalenie obu odwołań i wskazując na orzecznictwo w szczególności podniósł, co następuje:

Zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia to dostawa kompleksowa na którą składają się komponenty główne takie jak: dostawa spektrometrów masy sprzężonych z plazmą wzbudzaną indukcyjnie (ICP-MS); instalacja urządzeń w wyznaczonych miejscach na terenie Polski; materiały eksploatacyjne; prezentacja działania; szkolenia w zakresie obsługi dla odbiorców końcowych - 12 Wojewódzkich Inspektoratów Ochrony Środowiska i wyznaczonych przez nich Delegatur. Wraz z dostawą dostarczone zostaną materiały eksploatacyjne zalecane przez producenta w ilościach zapewniających poprawną pracę urządzeń w okresie 24 miesiące oraz: dodatkowo wymienione w tabeli Nr 2. Wskazał także na Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia s. 3-6 SIWZ, zwracając uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje także świadczenia gwarancyjne - minimum 24 miesięcznej gwarancji zgodnej z zaleceniami producenta: wszelkie koszty związane z realizacją gwarancji ponosi Wykonawca Zamówienia (robocizna i części zamienne); naprawy gwarancyjna (serwis) w miejscu zainstalowania; standard świadczeń wymaga m.in. przywrócenia zdolności pomiarowej urządzeń w ciągu 14 dni roboczych (powyżej tego okresu Wykonawca Zamówienia zapewni urządzenie zastępcze). Wymagane jest także zapewnienie serwisu gwarancyjnego, zgodnie z zaleceniami producenta, z nieodpłatnym wykorzystaniem części zamiennych wykonawcy, na warunkach minimalnych określonych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ tj. min. usunięcia wad w drodze naprawy, a po

21

dokonaniu trzech napraw gwarancyjnych spowodowanych awarią uniemożliwiającą prawidłową pracę urządzenia, wymiany na nowe urządzenie. Zamawiający określił kryterium oceny ofert - gwarancja, za które przyznawał punktację - za dodatkowe 12 miesięcy gwarancji przyznawał 5 pkt nie więcej niż 10 pkt. Wszyscy wykonawcy zaoferowali wydłużoną gwarancję (w tym Odwołujący 48 miesięcy). Podał, że określił kryterium z tytułu dodatkowej gwarancji w szczególności ze względu na konieczność zapewnienia trwałości projektu, w ramach którego dofinansowany będzie ww. zakup (środki UE). Podkreślił, że z powyższego wynika, że przedmiot zamówienia nie jest prostą dostawą do magazynu Zamawiającego, która mogłaby być przeprowadzona przez kuriera, ale dostawą wysokospecjalistycznego urządzeń pomiarowo-badawczych wraz z pełnym szkoleniem instalacyjnym jak i szkoleń aplikacyjnych dla znacznej ilości personelu Zamawiającego oraz rozszerzonymi warunkami serwisowymi. Dodatkowo ilość kupowanych urządzeń multiplikuje ryzyka związane z wykonaniem zamówienia a także koszty czynności komplementarnych do samych dostaw urządzeń. Zamawiający zgodnie z art. 32 ust 1 Pzp ustalił szacowaną wartość przedmiotu zamówienia w kwocie 7.980.000 PLN netto na podstawie rozeznania rynku. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 9.815.400 zł brutto, co stanowi ubruttowiony szacunek wartości zamówienia. Zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w ramach osi priorytetowej II „Ochrona Środowiska, w tym adaptacja do zmian klimatu”, Działanie 2.1. „Adaptacja do zmian klimatu wraz z zabezpieczeniem i zwiększeniem odporności na klęski żywiołowe, w szczególności katastrofy naturalne oraz monitoring środowiska” w ramach projektu pt „Wzmocnienie monitoringu wód w zakresie procedur zapewnienia i kontroli jakości pomiarów i ocen stanu wód powierzchniowych oraz infrastruktury badawczej, pomiarowej i informatycznej.” Szacowanie wartości zamówienia przebiegało wieloetapowo tj. na etapie: przygotowania Wniosku o dofinansowanie Projektu, oceny merytorycznej II stopnia Wniosku o dofinansowanie Projektu oraz na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej. W latach 2013-2015 jednostki Inspekcji Ochrony Środowiska modernizowały swoje wyposażenie w ramach programów inwestycyjnych, w tym finansowanych przy udziale środków Unii Europejskiej kiedy to zakupionych zostało kilka sztuk spektrometrów ICP-MS. Dokonując zapytań o cenę na potrzebę niniejszego zamówienia eksperci Zamawiającego informowali o celu zastosowania zakupionego sprzętu tj. wykonywaniu analiz jakości wód powierzchniowych. Uzyskane w drodze rozeznania rynku oferty od 4 Dostawców wskazują na różnicę w cenie rzędu 15 % (cena najniższa 636 775,42 netto - cena najwyższa 744 911,81 netto), co jednoznacznie wskazuje na fakt, iż wszyscy Dostawcy zbieżnie zrozumieli cel zapytania. Zamawiający ustalając finalną wartość zamówienia ponadto uwzględnił również rabaty możliwe do osiągnięcia ze względu na

22

wolumen zamówienia, ustalając cenę jednostkową rzędu 665 000 zł netto, co potwierdził w drodze elektronicznej Odwołujący. Zamawiający poprzez zlecenie opracowania Studium wykonalności dla Projektu w ramach którego finansowany ma być zakup spektrometrów masowych ICP-MS dołożył wszelkich starań, by zapewnić najwyższą jakość i rzetelność informacji związanych z planowanym przedsięwzięciem. W ramach Studium wykonalności Projektu dokonano pogłębionej analizy finansowej oraz jakościowej analizy ryzyka, która wykazała niską ocenę prawdopodobieństwa popełnienia błędów w szacowaniu wartości zamówień publicznych (Tabela 25t str. 87 Studium wykonalności Projektu). Ponadto, w wyniku oceny merytorycznej wniosku o dofinansowanie II stopnia Wykonawca Studium wykonalności dla Projektu POIŚ, w ramach którego finansowany ma być zakup spektrometrów masowych ICP-MS, dokonał uzupełnień w kwietniu br. w zakresie Analizy finansowej i analizy trwałości poprzez dodanie podrozdziału 10.2.5 Sposób szacowania nakładów inwestycyjnych i kosztów wdrożenia projektu, w którym przedstawił zestawienie tabelaryczne z wyszczególnieniem cen jednostkowych netto aparatury badawczej oraz całkowitą wartość nakładu inwestycyjnego w części zakupu i dostawy 12 sztuk. Ceny poszczególnych komponentów wyposażenia laboratoryjnego wyznaczono na podstawie rozpoznania rynku. Na podstawie uzyskanych danych oszacowano koszt zakupu poszczególnych zestawów urządzeń, uwzględniając przy tym rabaty możliwe do osiągnięcia ze względu na wolumen zamówienia. Przy wycenie posiłkowano się również dostępnymi katalogami urządzeń. Zamawiający podał informację nt. wartości zamówienia już w treści ogłoszenia o zamówieniu wskazując, że: 11.2.1) Całkowita wielkość lub zakres: Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie niniejszego zamówienia sumę pieniężną do kwoty 9 815 400 zł brutto". Odnosząc się do zarzutów podnoszonych w odwołaniach [KIO 1237 i KIO 1269], powołując się na orzecznictwo i stanowisko Prezesa UZP, wskazał przede wszystkim, że podstawą do wezwania Odwołujących do wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp była relacja ceny oferty Odwołującego do szacunków wartości przedmiotu zamówienia oraz, że regulacja tego przepisu nakłada na zamawiającego obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w każdym przypadku, gdy wmawiający ustali, że zachodzi, co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że zgodnie z SIWZ przedmiotowe zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 stąd ma świadomość konsekwencji finansowych ewentualnego naruszenia ustawowego obowiązku wezwania wykonawców do udzielenia wyjaśnień ceny w kontekście korekt finansowych. Dalej podał, że w dniu 25 maja 2016 r. skierował do Odwołujących wezwania, w których treści poza powołaniem podstawy prawnej i ustawowego przykładowego katalogu środków dowodowych, wskazywał analogicznie na elementy, które w jego ocenie w szczególności powinny być uwzględnione w wyjaśnieniach. W

23

szczegółowości oczekiwał wyjaśnień i dowodów w odniesieniu do cen poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia przewidzianych w SIWZ mających wpływ na wysokość ceny — koszty urządzenia, oprogramowania, licencji, materiałów eksploatacyjnych, wyposażenia dodatkowego, szkoleń, serwisu gwarancyjnego - związanych z przedmiotem zamówienia. Jak wynika z powyższego, treść wezwania do wyjaśnień nie była lakoniczna, Zamawiający zasygnalizował swoje oczekiwania i poziom szczegółowości wyjaśnień, a także zidentyfikował elementy kalkulacji cenowej, które powinny być wyjaśnione przez każdego z wykonawców. Wykonawcy nie kwestionowali treści wezwania ani też jego szczegółowości, ani nie zabiegali o uzyskanie dodatkowych wskazówek, dotyczących elementów, jakie winien uwzględnić w treści wyjaśnień ani też nie oczekiwali wydłużenia terminu na udzielenie wyjaśnień i przedstawienie stosownych dowodów realności wyceny. W konkluzji powołał się na przykładowe orzecznictwo.

Odnosnie wyjaśnień Odwołującego Perlan podał, że w zakresie kosztów zakupu urządzeń, Wykonawca ten wskazał, iż (s,2) zaoferowany model spektrometru tj. model 7800, jest modelem podstawowym w ofercie producenta, firmy Agilent Technologies i jest modelem tańszym od modelu 7900- Wykonawca podniósł także, że jest jedynym autoryzowanym dystrybutorem w Polsce firmy Agilent Technologies. Powyższe powoduje jak wskazał, że ma podpisana umowę gwarantującą preferencyjne warunki zakupu między innymi spektrometrów TCP-MS. Wykonawca wskazał, że producent oferuje ten spektrometr, w konfiguracji zbliżonej do zaoferowanej w średniej cenie rynkowej 92 000 dolarów. Dowodem

powyższego miała być faktura zakupu jednego spektrometru ICP-MS, model 7800, z kwietnia 2016 r. Wykonawca także podniósł, że w związku z tym, że przedmiotowe postępowanie dotyczy 12 szt. spektrometrów producent zaoferował dodatkowy rabat handlowy i umożliwił zakup spektrometrów z wymaganym wyposażeniem w cenie jednostkowej 70 200 dolarów (przeliczając cena zakupu jednego spektrometru z wyposażeniem wyniesie około 281 000 zł). Dowodem na uzyskanie takiego rabatu miało być pismo od Regionalnego Kierownika Sprzedaży Agilent Technologies. W zakresie dotyczącym kosztów obsługi gwarancyjnej Wykonawca ustalił, że koszt taki w odniesieniu do 1 urządzenia wyniesie w okresie 4 lat 20 000 zł (przy 12 urządzeniach 240 000 zł). Argumentem na rzecz niskiej wyceny kosztów obsługi gwarancyjnej miała być w szczególności wysoka jakość i niezawodność zaoferowanych urządzeń. W dalszej części wyjaśnień Wykonawca złożył zestawienie tabelaryczne elementów cenotwórczy, w którym jednak nie zawarł kosztów obsługi gwarancyjnej, wskazując w komentarzu, że tabela nie zawiera kosztów gwarancji, gdyż te są trudne do przewidzenia a podany zysk uwzględnia najgorszy scenariusz, w którym wszystkie 12 spektrometrów będą wymagać nakładów w wysokości 20.000 zł, minimalny zysk spółki wyniesie 15 7 000 zł. W zakresie kosztów

24

pakowania, transportu i dostawy wskazano, że spółka wykonana własnymi zasobami, co obniżyło koszty - jednak koszty te nie zostały zidentyfikowane w wyjaśnieniach. Odnosnie kosztów osobowych personelu wykwalifikowanego, Wykonawca wskazał, że Spółka posiada odpowiedni potencjał kadrowy, tj. dwóch inżynierów (pracowników wykonawcy - jeden na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony, a drugi na podstawie umowy partnerskiej (zgodnie z załącznikiem nr 5 do oferty), którzy zostaną wydelegowani do realizacji przedmiotowej dostawy. Powyższe pozwoliło na przyjęcie kosztu uruchomienia i szkolenia instalacyjnego w odniesieniu do 1 szt. aparatu na poziomie 3.000 zł (12 szt. 36 000 zł). Odnosnie kosztów szkoleń adaptacyjnych, Wykonawca ograniczył się do oświadczenia o posiadanym doświadczeniu we współpracy z bazami hotelowymi („Spółka współpracuje z kilkoma hotelami i ośrodkami szkoleniowymi na terenie kraju. Dzięki temu przy szacowaniu kosztów szkolenia aplikacyjnego mogła przyjąć koszty na poziomie 59.000 zł”). Podobnie w zakresie kosztów zakupów sprzętu komputerowego - w tym zakresie wykonawca oświadczył, że Spółka współpracuje z dostawcami sprzętu JT, co umożliwia zakup sprzętu komputerowego w preferencyjnych cenach. Przyjęto, że cena zakupu zestawu komputerowego, zgodnego z siwz wyniesie 5.000 zł. Dodatkowo, wskazał także na korzyści niematerialne, jakie niesie ze sobą wygrana w przedmiotowym postępowaniu dająca wykonawcy wartościową referencję i przychody z obsługi serwisowej po okresie gwarancji oraz ewentualne szkolenia oraz wsparcie aplikacyjne dla pracowników Zamawiającego. Wykonawca załączył do wyjaśnień tabelę zawierającą kalkulację ceny, w której wskazał na pozycje kosztowe takie jak: Spektrometr ICP-MS z wyposażeniem, Komputer, Instalacja i szkolenie podstawowe, Szkolenie dla grupy 50 osób, Dodatkowe szkolenia w miejscu instalacji, wskazując w podsumowaniu na zysk firmy w kwocie 397 000 zł. Dalej podał, że zgodnie z uzasadnieniem dla odrzucenia oferty Odwołującego zawartym w piśmie z dnia 1 .07. 2016 r. Zamawiający wskazał, że oferta producenta dołączona do wyjaśnień (e-mail z dnia 01.06.2016 r.) nie stanowi wyceny, ponieważ została złożona po terminie składania ofert przetargowych (jest późniejsza niż 23.05.2016 r.) i jako taka nie może stanowić dowodu dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny sprzed złożenia oferty przetargowej. Z kolei faktura producenta z dnia 15.04.2016 r. dołączona do wyjaśnień została złożona w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski, podczas gdy SIWZ nie dopuszczała języka obcego w postępowaniu, co z kolei eliminuje taki dokument z katalogu dowodów w postępowaniu wyjaśniającym cenę oferty w trybie art. 90 Pzp. Zamawiający argumentując różnice powołał się także na wstępne oferty uzyskane od Odwołującego przed składaniem ofert. Argumentował ponadto, za stanowiskiem Odwołującego z wyjaśnień, że pomimo że wycena była dokonana w oparciu o model 7900 to różnice kosztowe w relacji do modelu 7800 nie mają aż takiego znaczenia. Zamawiający zarzucił ponadto wykonawcy, że jego wyjaśnienia nie odzwierciedlają i nie obejmują całego przedmiotu zamówienia. W

25

szczególności zastrzeżenia Zamawiającego dotyczyły: kosztów gwarancji, które stanowią duży udział w całkowitej wartości przedmiotu zamówienia (średni koszt roczny gwarancji

producenci wyceniają średnio na 4 -10 % wartości urządzenia-), w szczególności, że zakładana kwota na urządzenie rocznie 5 000 zł brutto nie jest wiarygodna, nieznajdująca uzasadnienia w kosztach rzeczywistych świadczeń gwarancyjnych z uwzględnieniem rozbudowanych i niestandardowych wymagań SIWZ. Także braku jakichkolwiek dowodów potwierdzających koszt oferowanej 4 letniej gwarancji. W uzasadnieniu Zamawiający powołał się na wyliczenia kosztów gwarancji dla najniższego rynkowego poziomu tych kosztów tj na poziomie 4% wartości urządzenia. Wyliczenia te wskazywały, że już przy tak skrajnie niskim wskaźniku zysk, jaki założył w kalkulacji Wykonawca został w całości skonsumowany a zamówienie generuje stratę. Zamawiający dodatkowo podkreślił, że koszt gwarancji, jaki przyjął wykonawca nie był w jakikolwiek sposób uzasadniony - poza zapewnieniem o wysokiej niezawodności urządzeń uzasadniony. Wykonawca tymczasem jak wynika z wyjaśnień przyjął w relacji do wartości oferowanego urządzenia koszt świadczeń na poziomie 1,44% rocznie. Odnośnie kosztów wyposażenia urządzenia zgodnie z wymaganą w SIWZ specyfikacją techniczną podał, że „Wyjaśnienia wskazują na koszt zakupu urządzenia w specyfikacji podstawowej - tj. różniące się istotnie w porównaniu do specyfikacji technicznej zamawianych urządzeń. Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty wskazał na wymacane, niestandardowe elementy wyposażenia określone w SIWZ”. W przypadku kosztów pakowania transportu i dostawy, wskazał, że istotą wyjaśnień ceny jest odniesienie się do podstawy ustalenia kosztu, podczas gdy wyjaśnienie takich informacji nie zawiera. Zamawiający powołał się na przykład jednostkowej tylko dostawy podobnego spektrometru z wyposażeniem do jednej lokalizacji na poziomie 2500 EUR netto (tj, ok. 10 tys. zł) w ofercie SPECTRO-LAB z dnia 01.02.2016 r. Co kosztów szkoleń instalacyjnych, uznał, że lakoniczność wyjaśnień nie pozwala na ocenę rzetelności kalkulacji tego elementu ceny za uzasadnieniem zawartym w decyzji o odrzuceniu oferty, a kosztów szkoleń aplikacyjnych - wyjaśnienia zawierają w tym zakresie wyłączenie ogólniki i twierdzenia jakimi mogliby posłużyć się wszyscy wykonawcy tj posiadany doświadczeniu we współpracy z różnymi hotelami. W ocenie Zamawiającego dopiero uwiarygodnienie założonej kalkulacji (np, w postaci oferty hotelu) mogłoby stanowić dostateczne wyjaśnienie znacząco zaniżonego/nierynkowego kosztu usługi. Zamawiający podtrzymał stanowisko, że konstrukcja art. 90 ust. 1 Pzp nie pozostawia żadnych wątpliwości, że w przypadku gdy którykolwiek ze wskaźników dotyczących różnic 30 % (relacja do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen ofert) zaistnieje, obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego. Podkreślił, że ustawa nie różnicuje standardu czy poziomu szczegółowości wyjaśnień ceny w zależności od podstawy do wystąpienia przez namawiającego z wezwaniem do wyjaśnień, W każdym przypadku

26

obowiązek dowodowy obarcza wykonawcę w trybie art. 90 ust 2 Pzp. Ponownie podkreślił, że zgodnie z obowiązującym stanem prawnym, Zamawiający w kontekście obowiązku wezwania do wyjaśnień ceny w trybie art, 90 ust. 1 Pzp nie prowadzi procesu aktualizacji szacunków wartości. Dodatkowo wskazał, że wartość ta faktycznie nie uległa zmianie od upływu terminu składania ofert i pozostawała aktualna tak na dzień wszczęcia postępowania jak i oceny ofert. Dysproporcja pomiędzy wartością zamówienia a ceną oferty ustalona została na poziomie ponad 50% co w ocenie ustawodawcy uznaje się za sytuację która podejrzewa że cena ma znamiona rażąco niskiej i obliuguje Zamawiającego do wyjaśnień. Podkreślił, że wykonawca posiada swobodę doboru środków za pomocą których uwiarygodni i wyjaśni cenę, jednak wyjaśnienia te muszą być konkretne i jednoznaczne. Zamawiający nie neguje dopuszczalności składania przez Wykonawcę w trakcie procedury wyjaśniającej oświadczeń własnych, jednak w sytuacji, gdy oświadczenie to sprowadza się wyłącznie do zapewnienia o rzetelności wyceny i uzyskaniu ceny specjalnej producenta, (która sama w sobie jest okolicznością nadzwyczajną w stosunkach handlowych) to trudno uznać takie oświadczenie wykonawcy za wyjaśnienie ceny w trybie art. 90 ust. 2 Pzp. Skoro podstawowy koszt realizacji zamówienia to koszt zakupu aparatów to winien przedstawić, skoro powołuje się na jakąś specjalną cenę (specjalny rabat producenta) informacje, które te fakty potwierdzają. Skoro Odwołujący buduje cenę oferty na podstawie cen specjalnych producenta, to ceny takie musiały być mu zaproponowane, jeśli zaś tak, to z pewnością mógł i powinien takie informacje /dokumenty przedstawić w wyjaśnieniach (miał prawo skorzystać z art. 8 ust.3 Pzp w zakresie objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa składając stosowne zastrzeżenie i uzasadnienie powodów). Podniósł, że Odwołujący Perlan kwestionując argumentację Zamawiającego dotyczącą przedstawionych wraz z

wyjaśnieniami dowodów w tym e-mail od producenta oraz faktury zakupu, jako argument przedstawia tezę, że Zamawiający w SIWZ, ani w żadnym innym dokumencie dotyczącym postępowania nie wymagał udowodnienia, w jakiej cenie dostawca zakupi przedmiot zamówienia. Zamawiający podkreślił, że skoro właśnie podstawowym kosztem dla wyliczonej ceny jest zakup urządzeń to wykonawca wyjaśniając złożoną kalkulację powinien wykazać koszt jaki poniesie w tym zakresie dla dostarczanych aparatów co będzie stanowiło dowód realności wyceny. Odwołujący powołuje się na przyjętą praktykę ustalania z producentem cen zakupu przez złożeniem ofert, jednak wyjaśnienia nie potwierdzają konkretnych kosztów w tym zakresie poza zapewnieniem ich skalkulowania i pozyskaniu niestandardowego rabatu. Zamawiający stwierdził, co poniekąd potwierdza w wyjaśnieniach sam wykonawca, że cena ofertowa jest ceną niespotykaną i niestandardową zważywszy na skalę zamówienia, a to w ocenie Zamawiającego tylko dodatkowo potwierdza, że jeśli cena ofertowa ma takie cechy winna być należycie i odpowiednio do specyfiki zakupu wyjaśniona. Odnosnie korespondencji e-mail załączonej do wyjaśnień ceny, Zamawiający podtrzymuje swoje

27

stanowisko wyrażone w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Skoro, jak twierdzi Odwołujący, uzyskał przed złożeniem oferty u Zamawiającego ofertę od producenta urządzeń, to nic nie stało na przeszkodzie, aby taki właśnie dokument przedstawić Zamawiającemu a jednak z jakichś przyczyn takiego dokumentu nie złożył. Odnosnie złożonej faktury Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro dokument jest składany w celu wywiedzenia z niego, że cena zaoferowana jest ceną rzetelną, to jego treść musi być dla Zamawiającego dostępna. W postępowaniu Zamawiający nie skorzystał z wyjątku od zasady dopuszczenia języka obcego w trybie art. 9 ust 3 Pzp obowiązkiem wykonawcy było komunikowanie się z Zamawiającym, w tym przedstawianie dowodów w trybie art. 90 ust 1 Pzp w języku postępowania, jakim jest język polski. Warunkiem dopuszczenia języka obcego w postępowaniu jest wyłącznie decyzja Zamawiającego, która musi być podjęta na etapie przed składaniem ofert (dla poszanowania zasady równości uczestników postępowania). W tej sytuacji po pierwsze twierdzenie, że Zamawiający miał obowiązek przyjąć i uwzględnić dokumenty obcojęzyczne bez tłumaczenia jest bezpodstawne, O ile wykonawca uznawał, że z jakichś przyczyn należałoby dopuścić w postępowaniu także dokumenty obcojęzyczne bez tłumaczenia ich na język polski winien był na stosownym etapie (przed składaniem ofert) wnosić o to do Zamawiającego, czego jednak nie uczynił. W zakresie dopuszczalności stosowania art. 26 ust 3 Pzp do wezwania do uzupełnienia tłumaczenia wskazać należy, że dyspozycja wskazanego przepisu dotyczy wyłącznie zamkniętego katalogu dokumentów – dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 Pzp oraz pełnomocnictw i przepis ten nie podlega interpretacji rozszerzającej jako wyjątek. Wśród dokumentów tych nie ma tłumaczeń dowodów składanych w postępowaniu wyjaśniającym cenę w trybie art. 90 ust 1 Pzp. W tej sytuacji zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia tłumaczenia uznać należy za bezpodstawny i nie można czynić z niego podstawy odwołania, zgodnie bowiem z art. 179 ust 1 Pzp podstawa taką jest wyłącznie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy. Skoro zatem naruszenia takiego nie ma to zarzut upada. Dodatkowo wskazał, że teoria o poprawności dokumentu obcojęzycznego oraz ewentualnej konieczności uzupełnienia jego tłumaczenia w trybie art. 26 ust 3 Pzp pojawia się wyłącznie w związku z zaniechaniem samego wykonawcy, który składając wyjaśnienia ceny inne dokumenty obcojęzyczne (w tym korespondencja z producentem) złożył wraz z wymaganymi tłumaczeniami. Nie można w ocenie Zamawiającego z własnego zaniechania czynić Zamawiającemu zarzutu zaniechania czynności do której w dodatku Zamawiający nie jest uprawniony. Wskazał, że wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 Pzp którego domaga się Odwołujący dotyczy wyłącznie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, Domniemanie poprawności kalkulacji cenowej. Zamawiający podkreślił, że w sytuacji gdy to wykonawca wyjaśniając powołuje się na zewnętrzne uwarunkowania kosztu w postaci ceny

28

zakupu urządzeń od innego podmiotu, winien ten właśnie koszt w szczególności wykazać a nie poprzestać na gołosłownych twierdzeniach. W ocenie Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 31.05.16 – wbrew twierdzeniom Odwołującego, że zostały przedstawione wszystkie elementy kształtujące cenę (wszystkie komponenty ceny), mamy do czynienia wyłącznie ze

wskazaniem kwot globalnych komponentów (nie wszystkich) zamówienia. Wykonawca przedstawiając kalkulację ceny w wyjaśnieniach ograniczył się do prostego zsumowania kwot globalnych nie wskazując podstaw do ich ustalenia. W ocenie Zamawiającego, dokument można uznać za składający się z ogólnych kwot. Skoro obowiązkiem wykonawcy jest wyjaśnienie ceny to wyjaśnieniu to nie powinno sprowadzać się tylko do przedstawienia zsumowania wyceny komponentów zamówienia. Wyjaśnienia nie pozwalają w ocenie Zamawiającego na ocenę rzetelności wyceny, ponieważ załączone informacje nt. kosztów w układzie budżetowym są bez powiązania z ich źródłem, a w konsekwencji nie stanowią dowodu na poziomie wymaganym przez art. 90 Pzp. Odnosząc się do braków, jakie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty podał, że według wiedzy Zamawiającego 4 letni okres gwarancji jest okresem niespotykanym na rynku i ponadstandardowym. Także zakres obowiązków gwarancyjnych wykonawcy jest na poziomie unikalnym stąd trudno mówić o standardowości rozwiązań i kosztów w porównaniu z innymi zamówieniami. Zamawiający, jako użytkownik takich urządzeń potwierdza, że bez względu na producenta nie można twierdzić o bezawaryjności urządzeń. W ocenie Zamawiającego taka teza stawiana jest wyłącznie dla uzasadnienia istotnego niedoszacowania ceny w tym zakresie, co przekłada się na cenę ofertową. Uwzględniając ilość dostarczanych urządzeń oraz znaczący w ten sposób wzrost ryzyk związanych ze świadczeniami gwarancyjnymi, powyższe jedynie multiplikuje ten koszt i zmusza wykonawców do istotnego podwyższenia ceny ofertowej. Co do kosztów wyposażenia - podtrzymał stanowisko i wskazał, że faktura nie zawiera kosztów wszystkich elementów urządzenia w porównaniu do specyfikacji technicznej w ofertach cenowych przedstawionych w odpowiedzi na zapytanie cenowe tj.: moduł rozcieńczania strumieniem argonu, dodatkowych palników, komora mgielna, wzorzec do kalibracji aparatu, materiały eksploatacyjne na 2 lata. Tym bardziej, e-mail kolejnego przedstawiciela producenta załączony do wyjaśnień nie zawiera żadnych elementów składających się na podaną przez wykonawcę cenę 281 000 zł netto urządzenia, na którą powołuje się wykonawca w wyjaśnieniach. Odnosnie kosztów pakowania, transportu i dostawy podał, że w wyjaśnieniach ceny wykonawca stwierdził jedynie, że wykona czynności własnymi zasobami, co obniży koszty. Tabela kosztów złożona wraz z wyjaśnieniami ceny koszt taki pomija. Zamawiający wskazał, że przy tak dużej ilości sprzętu oraz jego rozproszeniu terytorialnym teza o własnych zasobach i jakimś obniżeniu kosztów nie jest wiarygodna. Sam fakt, że czynności te mają być wg wyjaśnień wykonane samodzielnie nie oznacza, że nie generują kosztów. Koszt jednostkowej dostawy podany w uzasadnieniu odrzucenia oferty

29

jest realny i wymierny a jednak Wykonawca kosztu tego praktycznie nie wykazuje wcale w wyjaśnieniach. W odwołaniu wykonawca zmienia wersję uzasadnienia kosztów, i stwierdza, że otrzymuje sprzęt z magazynu producenta w postaci zapakowanej i gotowej do dalszego dostarczania do miejsca instalacji. Dostawa zawarta jest w cenie producenta. Nie sposób w tej sytuacji nawet ustalić, kto i w jakim koszcie ma sprzęt dostarczyć - wykonawca siłami własnymi a może producent w cenie urządzeń. W tej sytuacji, w ocenie Zamawiającego, wyjaśnień tych nie można uznać za wiarygodne, przekonujące i spójne. Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w uzasadnieniu odrzuceniu oferty, co do koszty w zakresie potencjału kadrowego, podkreślając, że skoro mamy do czynienia ze specjalistycznym sprzętem to informacja o czasie pracy jest dla Zamawiającego informacją całkowicie nieweryfikowalną. W ocenie Zamawiającego uwzględniając zaangażowanie czasowe personelu, jakim dysponuje wykonawca zarówno zatrudnionym jak i współpracującym - ocenić można wiarygodność kalkulacji komponentu oferty. Zamawiający podtrzymał stanowisko, co do kosztów dotyczących procesu organizacji i prowadzenia szkoleń, że w wyjaśnieniach nie przedstawiono szczegółowego uzasadnienia/dowodów na to, że wykonanie szkoleń w takiej cenie jest realne. Odnosnie szkolenia aplikacyjnego wyjazdowego nie przedstawiono, kosztów materiałów szkoleniowych, które muszą być zapewnione podczas szkolenia. Jak również nie opisano kosztów zapewnienia niezbędnego do przeprowadzenia szkolenia sprzętu tj. spektrometr masy sprzężonych z plazmą wzbudzaną indukcyjnie, które powinno być zainstalowane w pomieszczeniu do tego dostosowanym. Zamawiający dopuścił możliwość zainstalowanie urządzenia w innym miejscu zlokalizowanym max 10 km. ok hotelu, pod warunkiem, że koszty dowozu uczestników szkolenia poniesie Wykonawca, co wiąże się z większymi kosztami, jakie musi ponieść Wykonawca, Odwołujący właśnie takie rozwiązanie zaoferował, a w przedstawionych wyjaśnieniach nie wykazano kosztów transportu uczestników. Odnosnie

szkolenia na miejscu u odbiorców końcowych (12 WIOŚ), nie uwzględniono również kosztów dojazdu do miejsca szkolenia. Reasumując, stwierdził, że ocena dokonywana była wyłącznie na podstawie uzyskanych od samego wykonawcy wyjaśnień i to od ich jakości i wartości dowodowej uzależniony jest wynik procesu wyjaśnień. Dodatkowo zgodnie z art. 90 ust.2 Pzp ciężar dowodowy rzetelności kalkulacji ustawa lokuje po stronie wykonawcy wzywanego. Podkreślił, że w szczególności teza o rabacie przy większej ilości dostaw musi mieć oparcie w konkretnych faktach a nie ogólnych deklaracjach. Odwołujący stwierdził, że z przedstawionej kalkulacji wynikało, że założony zysk stwarza bezpieczny bufor finansowy realizacji niniejszego zamówienia. W ocenie Zamawiającego koszty, których wykonawca nie uwzględnił w wyjaśnieniach bądź uwzględnił na nierealnie rynkowo niskim poziomie, nie pozwalają na powyższe stwierdzenie. Przykładowo nierealny poziom wyceny rozbudowanej i kosztotwórczej usługi serwisowej przy jego realnej wycenie skutkuje wprost brakiem zysku,

30

który zawiera kalkulacja złożona wraz z wyjaśnieniami. Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że charakter wezwania zamawiającego, a co za tym idzie wyjaśnień wykonawcy, co do ceny oferty, w zakresie znamion ceny rażąco niskiej ma charakter wyjątkowy i jednokrotny. Powyższe wynika wprost z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który nie zawiera w swojej dyspozycji możliwości wielokrotnego (do skutku) wyjaśniania okoliczności stanowiących podstawę do określenia ceny oferty. Tym samym stwierdzić należało, że to wykonawca wezwany do wyjaśnienia ceny ofertowej, ma za zadanie w sposób bezpośredni i definitywny, udowodnić zamawiającemu, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający nie ma obowiązku dopytywania się, w związku z otrzymanymi wyjaśnieniami, o kolejne szczegóły wpływające na cenę oferty, gdyż obowiązek w tym zakresie spoczywa na wykonawcy. Otrzymane przez zamawiającego wyjaśnienia, jeżeli nie są wystarczająco pełne i nie obalają w sposób bezpośredni domniemania ceny rażąco niskiej, w tym brak dowodów lub ich nieodpowiedniość, stanowią podstawę do odrzucenia oferty.

Odnosnie wyjaśnień wykonawcy Spectrol-Lab podał, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 31.05.2016r. zostały zasadniczo oparte o specjalną cenę producenta, jaką uzyskał dla celu przedmiotowego postępowania. Wyjaśniając wskazał, że w ofercie zaoferował wymagany przedmiot zamówienia (12 sztuk spektrometrów ICP-MS) za cenę w wysokości 6 309 900 zł brutto gdzie cena jednostkowa aparatu stanowi kwotę 525 825.00 zł brutto. Cena jednostkowa aparatu musiała zawierać pełny zakres przedmiotu zamówienia. Zgodnie z SIWZ na przedmiot ten składa się nie tylko sama dostawa aparatu, ale szereg kosztotwórczych komponentów, o których mowa w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca przyznał, że (...) w stosunku do szacowanej wartości zamówienia jest to kwota niższa o ok. 35%. Jest to wysoka obniżka, ale przy jednoczesnym zakupie kilkunastu sztuk urządzeń tej wielkości rabaty są na rynku stosowane. (...)W związku z tym powyższa wartość jest uzasadniana przez obiektywne czynniki rynkowe i mieści się w zakresie wartości umów dla tego rodzaju sprzętu, (...) Cena naszej oferty jest rzeczywiście atrakcyjna ze względu na zastosowanie wysokiego rabatu otrzymanego od producenta. Przy 12 sztukach spektrometru, producent zastosował rabat specjalny". W ocenie Zamawiającego wykonawca winien był wykazać, że złożona przez niego oferta korzysta ze specjalnej ceny uzyskanej w sposób dedykowany od producenta. Wyjaśnienia nie wskazują ani na konkretny upust ani też na konkretną ofertę producenta urządzeń. Wykonawca nie potwierdził tego zapewnienia stosownym dowodem, a w przypadku wahań na rynku oferta producenta może ulec wycofaniu i wykonawca nie zrealizuje zamówienia, co wpłynie na wskaźniki projektu, na osiągnięcie efektów ekologicznego i rzeczowego. Ten fakt dodatkowo mobilizował Zamawiającego do jak najrzetelniejszego przeprowadzenia szacowania wartości zamówienia. Podkreślił, że obowiązkiem wykonawcy jest w trybie art. 90 ust 2 wykazanie realności i

31

rynkowości wyceny. Skoro, jak sam przyznaje Odwołujący w wyjaśnieniach, cena różni się istotnie od stosowanej wyceny rynkowej, to oznacza, że marny do czynienia ze specjalną ceną. To zaś, o ile istotnie wykonawca uzyskał specjalną obniżkę, obliuguje go do przedstawienia takiej specjalnej wyceny, do potwierdzenia faktu, z którego wywodzi skutek w postaci oceny, że cena jest realna. Zamawiający stwierdził, [co potwierdza w wyjaśnieniach sam wykonawca], że cena ofertowa jest ceną niespotykaną i niestandardową zważywszy na

skalę zamówienia. To zaś w ocenie Zamawiającego tylko dodatkowo potwierdza, że jeśli cena ofertowa ma takie cechy winna być należycie i odpowiednio do specyfiki zakupu wyjaśniona. Wskazał, że o ile specjalny rabat obejmuje, jak to wynika z samych wyjaśnień, wyłącznie dostawę aparatów a wykonawca odnosi w wyjaśnieniach wycenę wyłącznie 12 sztuk urządzeń do zaoferowanej ceny, to wątpliwości budzi kwestia uwzględnienia w cenie pozostałych elementów zamówienia. Ponadto wykonawca, który powołuje się na szczególnie dostępne tylko dla niego warunki cenowe, winien na tę okoliczność przedstawić dowody. Wykonawca wyjaśniając wskazuje wreszcie, że w przypadku sprzętu tego rodzaju zamówień na dostawę aparatury pomiarowo-badawczej sam koszt części i wytworzenia urządzenia jest niski i główny składnik ceny końcowej stanowi „know-how” i stąd producent ma szerokie możliwości kształtowania ceny sprzedaży oraz jej obniżania w razie potrzeby. W ocenie Zamawiającego twierdzenie powyższe nie stanowi argumentu na rzecz rzetelności wyceny, ponieważ urządzenia jak zamawiane, mają określoną wartość rynkową, czego najlepszym miernikiem są ceny tak katalogowe jak i informacje cenowe uzyskanie przez Zamawiającego na etapie poprzedzającym składanie ofert, a zatem nieprawdziwa jest teza, że ich wartość rynkowa nie istnieje i jest przedmiotem dowolności czy też pełnej uznaniowości producentów. Wykonawca w wyjaśnieniach na s.2 podniósł ponadto, że zamówienie dotyczy dostawy urządzenia, które to Wykonawca kupuje od producenta i sprzedaje Zamawiającemu, więc kalkulacja kosztów – jego zdaniem – jest prosta, a koszt zakupu wraz z marżą handlowo-serwisową pozwala mu na złożenie oferty w wysokości zaoferowanej w przetargu oraz, że urządzenie to jest kompletne i zaoferowane zostało z liczbą akcesoriów wymaganą przez Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że sprowadzanie przedmiotu zamówienia do prostej dostawy od producenta (bądź wręcz przez producenta) do miejsca wskazanego przez Zamawiającego nie jest zgodne z przedmiotem zamówienia gdyż go nie wyczerpuje a wręcz pomija znaczące koszty. Przedmiot ten, jak wskazano na wstępie, to świadczenie kompleksowe, którego główny komponent to dostawa aparatów, jednak rozbudowane świadczenia towarzyszące i wielość lokalizacji musiały być przez wykonawcę uwzględnione w wycenie i odpowiednio skalkulowane. Wykonawca poza zapewnieniami o odpowiednim skalkulowaniu ceny i uwzględnieniu specjalnych cen producenta, jakie uzyskał załączył do wyjaśnień zestawienie tabelaryczne cen, w którym uwzględnił następujące elementy: Spektrometr iCAP RQ FCP-MS z linią gazu do analizy roztworów organicznych i

32

rozcieńczaniem w strumieniu argonu z komputerem sterującym, drukarką, oprogramowaniem; chłodziarka - chiller; zestaw akcesoriów i materiałów zużywalnych (zawierający wszystkie materiały zużywalne wymagane przez Zamawiającego oraz materiały zużywalne przewidziane na dwa lata użytkowania spektrometru, w tym wężyki pompki perystaltycznej, palniki, stożki w wymaganej ilości, komory mgielne, próbówki, zestaw do dodawania wzorca wewnętrznego itd.); Szkolenie podstawowe i aplikacyjne; Automatyczny podajnik próbek CETAC. W ocenie Zamawiającego mamy do czynienia wyłącznie ze wskazaniem kwot globalnych komponentów, i to nie wszystkich, zamówienia. Wykonawca przedstawiając kalkulację ceny w wyjaśnieniach ograniczył się do prostego zsumowania kwot globalnych, w żaden sposób nie wskazując podstaw do ich ustalenia. W ocenie Zamawiającego, dokument można uznać za składający się z ogólnych kwot. Skoro obowiązkiem wykonawcy jest wyjaśnienie ceny to wyjaśnienie to nie powinno sprowadzać się tylko do przedstawienia zsumowania wyceny komponentów zamówienia. Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust 1 Pzp zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń, co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia. Samo wyspecyfikowanie w treści wyjaśnień rodzaju kosztów nie stanowi wiarygodnego źródła weryfikacji realności zaproponowanej ceny. Wykonawca winien przedstawić szczegółową analizę wskazanych w treści wyjaśnień kosztów, w tym w szczególności przyjętą wartość oraz z czego owa wartość wynika. W ocenie Zamawiającego bezsporne jest nieudowodnienie przez wykonawcę, poza złożonym oświadczeniem własnym, kosztów zakupu urządzeń na podstawie ceny specjalnej producenta. Samo oświadczenie o praktyce rynkowej i możliwych do uzyskania upustach od producentów, nie może stać się skutecznym wyjaśnieniem ceny zaoferowanej w tym konkretnym postępowaniu. Obowiązkiem Wykonawcy w trybie art. 90 ust 2 Pzp jest wykazanie, że w

okolicznościach konkretnego postępowania i konkretnej oferty, cena zakupu sprzętu jest określona z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia. Zamawiający podniósł, że dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie kierował się automatyzmem, ale treścią oferty, jej ceną a przede wszystkim, odrzucając ją, konkretnymi wyjaśnieniami złożonymi przez Wykonawcę. Wskazał, że to rolą Odwołującego było przedstawiając wyjaśnienia ceny, przedstawić sposób jej kalkulacji, który obejmował cały przedmiot zamówienia, w tym koszt zakupu urządzeń od producenta w wymaganej konfiguracji wraz z ze wszystkimi elementami zamówienia, w tym świadczeniami gwarancyjnymi oraz usługą szkoleniową. Wskazał, że wyjaśnienia pominęły istotne elementy przedmiotu zamówienia wykazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Elementy pominęte w wyjaśnieniach (w

33

konsekwencji w wycenie) dowodzą dodatkowo, że cena nie obejmuje całego zakresu rzeczowego zamówienia. Jak wskazano to w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, dodatkowo: wyjaśnienia nie obejmują i nie uwzględniają kosztów 4 letniej gwarancji wymaganej od Wykonawcy. Brak jest w wyjaśnieniach jakichkolwiek dowodów dotyczących skalkulowania w cenie oferty kosztu wymaganej 4 letniej gwarancji. Wykonawca nie wykazał w wyjaśnieniach kosztów transportu do miejsca instalacji (w 12 różnych województwach na terenie całego kraju) ani kosztów materiałów eksploatacyjnych. Gwarancja wg ustaleń Zamawiającego uwzględniając wymagany standard świadczeń gwarancyjnych generuje znaczne koszty. Średni koszt roczny gwarancji producenci wyceniają na poziomie od 4-10 % wartości urządzenia. Uwzględniając ilość dostarczanych urządzeń oraz znaczący w ten sposób wzrost ryzyk związanych ze świadczeniami gwarancyjnymi, powyższe jedynie multiplikuje ten koszt i zmusza wykonawców do istotnego podwyższenia ceny ofertowej. Fakt, iż SPSCTRO-LAB nie wyszczególnił wprost w przesłanych wyjaśnieniach pozycji dotyczącej gwarancji nie uprawnia do dokonania przez Zamawiającego domniemania jakoby oferta Odwołującego nie uwzględnia tego zakresu usług. W ocenie Zamawiającego fakt nieuwzględnienia w wycenie stanowiącej załącznik do wyjaśnień tego istotnego składnika ceny ofertowej oznacza tylko tyle, że kalkulacja takiego elementu nie obejmuje. Nie jest rolą Zamawiającego domyślanie się przyczyn nieujęcia w kalkulacji całkowitego zakresu zamówienia. Zamawiający wskazuje, że nie jest podstawą odrzucenia oferty niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Podał, że wbrew rzekomemu twierdzeniu o nieuwzględnieniu w wycenie kosztów materiałów eksploatacyjnych, Zamawiający na str 4 uzasadnienia odrzucenia oferty wskazywał jedynie na kompleksowy charakter świadczenia, wskazując na materiały eksploatacyjne, ale nie postawił wbrew twierdzeniom Odwołującego, zarzutu nieuwzględnienia w kalkulacji tego elementu. Odwołujący w zakresie dotyczącym wyceny świadczeń gwarancyjnych stwierdził* w odwołaniu, że W ofercie handlowej, która była podstawą obliczenia ceny oferty zostało wskazane, że koszty związane z obsługą gwarancji są w kalkulowane w cenę urządzeń, która została podana Zamawiającemu (zgodnie z przedmiotową ofertą koszty obsługi gwarancyjnej zostały wycenione na 8% wartości urządzeń). Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia ceny nie zawierają wyceny tego istotnego, (co potwierdza w odwołaniu Odwołujący) kosztu. Aktualne deklaracje Odwołującego o uwzględnieniu w cenie jednostkowej urządzenia także rozbudowanego serwisu gwarancyjnego urządzeń nie znajdują oparcia ani w przedstawionych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach ani też w złożonych dowodach. Wykonawca zamierza, co wynika z odwołania przedstawiać ofertę producenta aparatów dopiero w trakcie rozprawy przed Izbą. W ocenie Zamawiającego dowody takie winny być złożone, o ile faktycznie istniały w dacie składania oferty, już w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień. W jaki bowiem sposób Zamawiający nie posiadając wiedzy, o której pisze Odwołujący może

34

podejmować decyzje o pozytywnej ocenie wyjaśnień. Co znamienne, nawet oceniając ewentualną zasadność zarzutów odwołania, Zamawiający pozbawiony jest tych informacji i dokumentów i dopiero w trakcie rozprawy dowód taki ma być prowadzony a jednak to już na etapie wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp Zamawiający ma podejmować decyzje o ewentualnym odrzuceniu oferty. Powołując się ponownie na orzecznictwo podkreślił, że w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazuje jednoznacznie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie dostarcza wymaganych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, które miałyby uzasadnić zastosowaną przez niego cenę odbiegającą od innych ofert w

postępowaniu, uzasadniona jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu wykonawcy z postępowania. Podał także, że w dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca z/ożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Oczywiście jest, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Ponadto etap postępowania odwoławczego w zakresie rozpatrywania zarzutu wystąpienia w ofercie ceny rażąco niskiej nie jest etapem na składanie nowych, dowodów, mających potwierdzać prawidłowość [zaoferowanej] ceny. Rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, stanowi ona ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zamawiający podał, że dokonał oceny parametrów technicznych obydwu urządzeń i ocenił że równice technologiczne pomiędzy nimi, po znajduje potwierdzenie w dostępnych cennikach produktów, nie są istotne. Zmiany pomiędzy modelami były potrzebne producentowi, żeby usunąć "wady" wykryte podczas rutynowej pracy poprzedniego modelu, które powinny usprawnić w pracy elektronikę urządzenia. Nie powinno to jednak mieć dużego wpływu na cenę urządzenia - powinna być na porównywalnym poziomie jak ta starsza wersja, na pewno nie niższa. Model zaoferowany w postępowaniu zawiera w standardzie wymienne wkładki do stożka skimmera gdzie model straszy miał to opcjonalnie. Ponadto nowszy model zawiera dodatkowo system optyki jonowej, kamerę do podglądu plazmy, generator o szerszym zakresie mocy oraz podwyższoną czułość w zakresie niskich, średnich i wysokich mas. Podkreślił, że zgodnie z Pzp przeprowadził proces ustalania wartości przedmiotu zamówienia z najwyższą starannością, opierając się m.in. o informacje, jakie uzyskał bezpośrednio od samego Odwołującego. Znaczące różnice w wycenie na etapie szacowania i w ofercie złożonej w postępowaniu stanowić powinny dodatkowy argument na rzecz koniecznej weryfikacji poprawności wyceny ofertowej i dodatkowo zobowiązywały Wykonawcę do wyjaśnienia zaistniałych różnic. Zamawiający podkreślił, że do obowiązków Wykonawcy wyjaśniającego cenę należy przedstawienie zarówno wyjaśnień jak i dowodów na potwierdzenie twierdzeń, tym bardziej że z nich wywodzi skutek prawny. Praktyki biznesowe nie są wystarczające dla wykazania rzetelności kalkulacji, ponieważ wyjaśnienia

35

ceny są dokonywane w realiach określonego stanu faktycznego i tylko one a nie bliżej nieokreślone zachowania rynkowe producentów są podstawą uznania wyjaśnień. Podkreślił także, że fakt przyjęcia ryczałtowego sposobu rozliczenia nie zdejmuje z Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 2 Pzp ciężaru udowodnienia poprawności kalkulacji. W zakresie wyjaśnień wyceny kosztów szkoleń, podał, że Zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy, argumentował w zakresie kosztów szkoleń, że koszty szkolenia instalacyjnego i dwóch szkoleń aplikacyjnych są nierealne — brak jest w przedstawionych wyjaśnieniach dowodów potwierdzających zapewnienie wszystkich szkoleń w wymaganym zakresie w oferowanej przez Wykonawcę cenie. Zamawiający podniósł w uzasadnieniu, że przykładowo, koszt samego zakwaterowania w hotelu o wymaganej kategorii i żywienia dla grupy 50 osób na czas dwudniowego szkolenia Zamawiający szacuje na ok. 600 zł od osoby, bez kosztów niezbędnego sprzętu do przeprowadzenia szkolenia, miejsca szkolenia, materiałów szkoleniowych oraz wynagrodzenia dla prowadzących szkolenie. Tymczasem Odwołujący wskazuje, że wskazana przez wykonawcę kwota w pot. 4 tabeli w wyjaśnieniach ceny jest realna i zgadza się z szacunkiem podanym przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu w odniesieniu do kosztów dwudniowego szkolenia aplikacyjnego - 600 zł x 50 osób » 30 000 zł. Pozycja 1 kalkulacji nie uwzględnia kosztów szkolenia instalacyjnego, a z pozycji 4 kalkulacji wynika, że wszystkie szkolenia wymagane w SIWZ (szkolenie instalacyjne, dwa szkolenia aplikacyjne) zostały oszacowane na nierealną kwotę. Uznał, że kalkulacja ceny oferty nie uwzględnia wszystkich wymaganych składników kosztów oferty oraz marży na poziomie przekraczającym 10% ceny oferty. Twierdzenie powyższe nie znajduje potwierdzenia nawet w wyjaśnieniach ceny ani w szczególności tabeli do nich załączonych i można ocenić je na etapie odwołania, jako gołosłowne i nieudowodnione. Dodatkowo sam Odwołujący wydaje się podważać rzetelność swojej kalkulacji, wskazując, że duża marża zapewnia Odwołującemu możliwość pobycia wszystkich ryzyk biznesowych, jakie mogą się zaktualizować na etapie wykonywania umowy. Powyższe w ocenie Zamawiającego ma służyć za argument awaryjny w przypadku nieudowodnienia, że wyjaśnienia ceny obejmowały cały przedmiot zamówienia. Zamawiający podtrzymał, że zastosował obligatoryjną cenę ofertową w procedurę wyjaśnienia Odwołującego, Odwołujący

wyjaśnieniach, pomimo że tabela kosztów sumuje się do ceny ofertowej nie uwzględni w niej szeregu elementów zamówienia. Dodatkowo nie wykazał faktu uzyskania konkretnego rabatu specjalnego producenta i powyższego nie udowodnił w jakikolwiek sposób. Ponadto traktował wszystkich wykonawców na tych samych zasadach i zastosował wobec każdego z nich analogiczną procedurę wyjaśniającą. W tej sytuacji dalsze „dopytywanie” wykonawcy w ocenie Zamawiającego byłoby sprzeczne z art. 90 ust 1-3 Pzp. Ponownie wskazał na orzecznictwo, podkreślając, że charakter wezwania zamawiającego, a co za tym idzie wyjaśnień wykonawcy, co do ceny oferty, w zakresie znamion ceny rażąco niskiej ma

36

charakter wyjątkowy i jednokrotny. Powyższe wynika wprost z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który nie zawiera w swojej dyspozycji możliwości wielokrotnego (do skutku) wyjaśniania okoliczności stanowiących podstawę do określenia ceny oferty. Tym samym wykonawca wezwany do wyjaśnienia ceny ofertowej, ma za zadanie w sposób bezpośredni i definitywny, udowodnić zamawiającemu, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający nie ma obowiązku dopytywania się, w związku z otrzymanymi wyjaśnieniami o kolejne szczegóły wpływające na cenę oferty, gdyż obowiązek w tym zakresie spoczywa na wykonawcy. Otrzymane przez zamawiającego wyjaśnienia, jeżeli nie są wystarczająco pełne i nie obalają w sposób bezpośredni domniemania ceny rażąco niskiej, w tym brak dowodów lub ich nieodpowiedniość, stanowią podstawę do odrzucenia oferty,

Odwołania wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia: PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. z Warszawy oraz Spetro-Lab sp. z o.o. z Łomianek zostały zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2016 r. na podstawie art. 189 ust.1 zdanie drugie ustawy Pzp zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej.

Rozpoznając odwołania Izba uznała, że podlegają one oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą odwołania jest „Zakup i dostawa do Wojewódzkich Inspektoratów Ochrony Środowiska spektrometrów masy sprzężonych z plazmą wzbudzaną indukcyjnie (ICP-MS)”. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [pkt III siwz] na wskazany przedmiot zamówienia składają się następujące komponenty główne: dostawa spektrometrów masy sprzężonych z plazmą wzbudzaną indukcyjnie (ICP-MS); instalacja urządzeń w wyznaczonych miejscach na terenie Polski, materiały eksploatacyjne; prezentacja działania, szkolenia w zakresie obsługi dla odbiorców końcowych - 12 Wojewódzkich Inspektoratów Ochrony Środowiska i wyznaczonych przez nich Delegatur. Zamawiający przedmiotem zamówienia – tak jak wynika ze Szczegółowego Opisu przedmiotu zamówienia [pkt.III.2 Tabela 1 – Wymagania minimalne] objął także świadczenia gwarancyjne – minimum 24 miesięcznej gwarancji - zgodnie z zaleceniami producenta. W punkcie XIV siwz ponadto podał, że gwarancja (pkt XIV.2) jest jednym z kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty [waga 10%], zaznaczając, że punktacji podlega gwarancja nie dłuższa niż 48 miesięcy, za którą można uzyskać max 10 punktów. Wartość zamówienia

37

została określona na kwotę netto 7. 980 000 zł [9. 815 400 zł brutto], na podstawie rozeznania rynku [pkt 2.3 Protokołu], które jak wykazał Zamawiający w toku rozprawy obejmowało tzw. oferty wstępne, uzyskane także od wnoszących odwołanie wykonawców. Wielkość środków, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia została podana w Ogłoszeniu o zamówieniu [sekcja II.2.1], a następnie potwierdzona na otwarciu ofert [pkt 8 Protokołu].

Wnoszący odwołanie wykonawcy zaoferowali w ofertach cenę brutto: PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. z Warszawy [wykonawca Perlan] w kwocie 4.870.800 zł, która to cena jest niższa o 50,37 % od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia, a wykonawca Spetro-Lab sp. z o.o. z Łomianek [wykonawca Spectro-Lab] w kwocie 6.309.900 zł, która z kolei jest niższa o 35,71 % od wskazanej kwoty. Każdy z wykonawców zaoferował także świadczenie gwarancyjne na wydłużony okres 4

lata.

Zamawiający na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp [pisma z dnia 25.05.2016 r.] w wezwaniu skierowanym do Odwołujących podał, że: *oczekuje wyjaśnień w tym złożenia dowodów w odniesieniu do cen poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia przewidzianych w SIWZ mających wpływ na wysokość ceny - koszty rządzenia, oprogramowania, licencji, materiałów eksploatacyjnych, wyposażenia dodatkowego, szkoleń, serwisu gwarancyjnego – związanych z przedmiotem zamówienia”.*

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący [pismo z dnia 31.05 2016 r.] Perlan oświadczył, że zaoferował dostawę spektrometru ICP-MS rok produkcji 2016 spełniającego wymagania specyfikacji za cenę 4.870.800 zł. Dalej podał, że na cenę całkowitą składa się: cena 12 sztuk spektrometrów wraz z wyposażeniem i aplikacją do jakościowego i ilościowego oznaczania metali; koszt gwarancji na okres 4 lat; koszt pakowania, transportu i dostawy wraz z wniesieniem; koszt uruchomienia aplikacji [instalacja, podłączenie testowania, demonstracji poprawności pracy]; koszt szkolenia podstawowego oraz aplikacyjnego [opisując wymagany zakres jak w siwz]; cenę zakupu komputerów; oraz koszt wszystkich niezbędnych opłat i podatków. Dalej przedstawił kalkulację ceny w rozbiciu na ceny jednostkowe dla pozycji: spektrometr [281.000 zł], komputer [8.000 zł], instalację i szkolenie podstawowe [3.000 zł], szkolenie dla grupy 50 osób [35.000 zł] i dodatkowe szkolenia w miejscu instalacji 2.000 zł) wskazując na cenę łączną oraz w sumie kosztów wskazując na kwotę: 3.563.000 zł oraz na cenę sprzedaży w ofercie przetargowej na kwotę 3.960.000 zł i zysk firmy na kwotę 397.000 zł. W opisie pod tabelą podał, że nie zawiera ona kosztów gwarancji, „gdyż są one trudne do przewidzenia”. Zakładając jednak najgorszy

38

scenariusz, w którym wszystkie 12 spektrometrów będą wymagać nakładów w wysokości 20.000 zł, minimalny zysk spółki wyniesie 157.000 zł”. Wykonawca Perlan podał także, kalkulując miał także na uwadze „korzyści niematerialne, jakie niesie ze sobą wygrana w przedmiotowym postępowaniu. Bez wątpienia instalacja 12 spektrometrów ICP-MS w Wojewódzkich Inspektoratach Środowiska jest dla każdej firmy nadzwyczaj wartościową referencją, która przełoży się na silniejszą pozycję konkurencyjną w innych postępowaniach. Nie można też nie uwzględnić przychodów z obsługi serwisowej, które będą płatne po okresie gwarancji. Spółka może też liczyć na przychody ze szkoleń czy wsparcia aplikacyjnego dla pracowników Zamawiającego, wykraczających poza wymagania siwz”. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz zaprezentowaną kalkulację podkreślił, że cena oferty Perlan Technologies jest rzetelna i w żadnym stopniu nie odbiega od wartości przedmiotu zamówienia. Do tych wyjaśnień załączył ponadto Autoryzację producenta wraz z tłumaczeniem, fakturę zakupu oraz pismo w mail także z jego tłumaczeniem od Regionalnego Kierownika Sprzedaży Agilent Technologies.

Drugi z wykonawców Spectro-Lab, w wyjaśnieniach podał, że w (...) stosunku do szacowanej wartości zamówienia jest to kwota niższa o ok. 35%. Jest to wysoka obniżka, ale przy jednoczesnym zakupie kilkunastu sztuk urządzeń tej wielkości rabaty są na rynku stosowane. W związku z tym powyższa wartość jest uzasadniona przez obiektywne czynniki rynkowe i mieści się w zakresie wartości umów dla tego rodzaju sprzętu”. Dalej podał, że (...) wartości szacunkowe zamówienia są często oparte na cenach katalogowych oraz obejmują szeroki wybór opcjonalnego wyposażenia i dopiero ceny przetargowe są miarodajnym wyznacznikiem zakresu cenowego”. Wskazał także, że cena jego oferty (...) jest rzeczywiście atrakcyjna ze względu na zastosowanie wysokiego rabatu otrzymanego od producenta. Przy 12 sztukach spektrometru, producent zastosował rabat specjalny. W przypadku sprzętu tego rodzaju sam koszt części i wytworzenia urządzenia jest niski i główny składnik ceny końcowej stanowi "know-how" i stąd producent ma szerokie możliwości kształtowania ceny sprzedaży oraz jej obniżania w razie potrzeby”. Podał, że potwierdza, że koszt zakupu wraz z marżą handlowo-serwisową pozwala wykonawcy na złożenie oferty w wysokości zaoferowanej w przetargu oraz, że urządzenie to jest kompletne i zaoferowane zostało z liczbą akcesoriów wymaganą przez Zamawiającego. Wyszczególnił także elementy oferty i podał ceny jednostkowe, a mianowicie dla: spektrometru iCAP RQ ICP-MS z dodatkowym wyposażeniem [cena 451.200 zł]; chłodziciel-chiller [13.100 zł]; zestawu akcesoriów i materiałów zużywalnych [39.925 zł]; szkolenia podstawowego i aplikacyjnego

[2.900 zł]; automatycznego podajnika próbek CETAC[18.700 zł] oraz cenę łączną brutto: 6.309.900 zł.

39

Mając na uwadze stan faktyczny sprawy oraz uwzględniając wezwania skierowane do wykonawców i przedstawione w pismach ich wyjaśnienia, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, oraz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy SHIM-POL A.M. B. E. B. – R., A.R. sp.j. z Izabelina, że w tych wyjaśnieniach wykonawcy nie odnieśli się do wezwania w wymaganym zakresie, a ponadto nie zostały przedłożone dowody, jak wymagał tego Zamawiający. W okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający niewątpliwie był zobowiązany na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień cen podanych w ofertach. W myśl tego przepisu, (...) jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przepis ten wyznacza poziom różnicy pomiędzy ceną zaoferowaną przez wykonawcę a szacunkową wartością zamówienia powiększoną o VAT lub średnią arytmetyczną cen wszystkich oferty złożonych w danym postępowaniu, przy zaistnieniu której zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Z kolei zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera, rażąco niskiej ceny. W szczególności wyjaśnienia mają stanowić odpowiedzieć w zakresie wskazanym w wezwaniu i być poparte obiektywnymi dowodami. Takie wezwanie zostało skierowane do Odwołujących, jednakże stanowiska przedstawione w pismach z dnia 31.05.2016 r. nie stanowią de facto odpowiedzi w żądanym zakresie.

Wykonawcy nie kwestionowali treści samego wezwania do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w szczególności nie kwestionowali poziomu szczegółowości wezwania i ewentualnego braku precyzji oczekiwań Zamawiającego, co do wyjaśnień i dowodów.

Pierwszy z odwołujących – wykonawca Perlan nie udowodnił, że cena przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska. Przede wszystkim Zamawiający oczekiwał wyjaśnień i dowodów w odniesieniu do wskazanych w wezwaniu elementów – zasadniczych komponentów – przedmiotu zamówienia, mających niewątpliwie wpływ na wysokość ceny oferty. Listu producenta dołączonego do wyjaśnień, [mail z dnia 01.06.2016 r.], nie można uznać za dowód na potwierdzenie kalkulacji ceny 3.372.000 zł, obejmującej dostawę 12 urządzeń z wyposażeniem, na które to wyposażenie miałyby się składać także materiały

40

eksploatacyjne [także te dodatkowo wymienione w tabeli Nr 2 w pkt III siwz] w ilościach zapewniających poprawną pracę urządzeń w okresie 24 miesięcy. Izba zwraca ponadto uwagę, że wskazana deklaracja w mailu producenta została złożona po terminie składania ofert przetargowych w przedmiotowym postępowaniu. Niewątpliwie obowiązkiem wykonawcy, składającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, w przedmiocie ceny ofertowej jest udowodnienie, że kalkulując cenę dokonał tego na rentownym poziomie przed złożeniem oferty, a nie w dostosowaniu do wezwania zamawiającego. Za taki dowód nie może być uznana faktura producenta z dnia 15.04-2016 r. dołączona do wyjaśnień z tego chociażby powodu, że została została w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Zgodnie z pkt II pkt 3 SIWZ postępowanie prowadzone jest w języku polskim, a dokumenty sporządzone w języku obcym powinny być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski (pkt VII ust. 3 SIWZ) i jako taka nie mogła stanowić podstawy do oceny kalkulacji w trybie art. 90 Pzp. Ponadto analiza jej treści przez Izbę wskazuje, że nie może stanowić dowodu na zastosowanie istotnych rabatów dla dostawy w ramach tego zamówienia. Także list producenta nie może być uznany za taki dowód, w szczególności dla potwierdzenia znaczącego rabatu, w której to cenie ujęto także koszt wymaganych materiałów

eksploatacyjnych. Izba stwierdza także, że deklaracje złożone w wyjaśnieniach w punkcie 3 w zakresie pakowania, transportu i dostawy, które mają być wykonane przez wykonawcę nie zostały w żaden sposób wykazane. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że dostawa spektrometrów do 12 lokalizacji stanowi istotny koszt, którego Odwołujący nie wykazał. Wykonawca nie przedstawił także kalkulacji kosztów gwarancji, które stanowią istotny udział w całkowitej wartości przedmiotu zamówienia — brak dowodów potwierdzających koszt oferowanej 4 letniej gwarancji, czego Zamawiający wymagał w piśmie skierowanym o wyjaśnienie kalkulacji ceny. Podany w wyjaśnieniach koszt 20 000 zł brutto na 4 lata serwisu gwarancyjnego dla 12 urządzeń zlokalizowanych na terenie całego kraju nie został ustalony na realnym poziomie, albowiem zdaniem izby zakres świadczeń gwarancyjnych [m.in. usunięcia wad w drodze naprawy, a po dokonaniu trzech napraw gwarancyjnych spowodowanych awarią uniemożliwiająca prawidłową pracę urządzenia, wymiany na nowe urządzenie, koszty materiałów] z założenia generuje niewątpliwie większe koszty gwarancji, niż przedstawione przez wykonawcę na poziomie 5 000 zł brutto rocznie. Zdaniem Izby, teza zawarta w wyjaśnieniach dotycząca sposobu kalkulacji kosztów gwarancji sprowadza się na założonej (niskiej w stosunku do zakresu zobowiązań gwarancyjnych wykonawcy) nieuzasadnionej kosztowo kwocie ryczałtowej oraz niskiej awaryjności sprzętu, co z kolei nie zostało wykazane. Ponadto wykonawca w złożonych wyjaśnieniach potwierdza, że cena w ofercie jest poniżej kosztów, albowiem m.in. podaje, że osiągnie przychody z obsługi serwisowej po okresie gwarancji. [„Nie można też nie uwzględnić przychodów z obsługi serwisowej, które będą płatne po okresie gwarancji. Spółka może też liczyć na przychody ze

41

szkoleń czy wsparcia aplikacyjnego, wykraczających poza wymagania siwz”.] Izba zgadza się, że wykonawca ma niewątpliwie prawo do kształtowania ceny według własnych reguł, [oczywiście w zgodzie z postanowieniami specyfikacji, jednakże na stosowne wezwanie wyjaśnić przyjętą strukturę kosztów, dla kalkulacji ceny ofertowej, jak również o własnych uwarunkowaniach, które determinują poziom kosztów. Ponadto, wykonawcy jako profesjonalści uczestniczący w obrocie, zobowiązani są w rzetelnym kompleksowym – zgodnie z treścią wezwania - wykazaniu zamawiającemu, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie koszty, których poniesienie będzie niezbędne w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia, oraz o konkretnych - w przypadku danego wykonawcy – podstawach do obniżenia określonej pozycji kosztowej, mającej wpływ na wysokość ceny w oznaczony sposób. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że ogólnikowość wyjaśnień w zakresie dotyczącym uruchomienia i szkolenia instalacyjnego w podanej cenie bez wskazania zasad i wysokości uposażenia personelu, nie pozwalały na ustalenie poprawności wyceny. W zakresie dotyczącym procesu organizacji i prowadzenia szkoleń dla personelu, wyjaśnienia sprowadzają się do zapewnienia o poprawności wyceny i posiadanym doświadczeniu i w żaden sposób nie odnoszą się do konkretnego rachunku kosztów z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia. Samo twierdzenie o współpracy z wieloma hotelami nie stanowi wymaganego dowodu dla poprawności wyceny. Nic stanowi również specjalnego wyróżnika na tle konkurencji, uzasadniającego obniżenie ceny. W konkluzji Izba stwierdza, że wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej powinny opierać się wyłącznie na uzasadnionych kosztach, stąd argumentacja opierająca się na „korzyściach niematerialnych”, jakie niesie ze sobą wygrana w przedmiotowym postępowaniu nie stanowi dowodu wyceny Podobnie, jak także rzetelności oferty. argumentacja dotycząca niewymiernej przyszłej współpracy z Zamawiającym po wykonaniu zamówienia.

Drugi z odwołujących – wykonawca Spectro - Lab także nie udowodnił, że cena przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska. Tak jak w przypadku wykonawcy Perlan Zamawiający przede wszystkim oczekiwał wyjaśnień i dowodów w odniesieniu do wskazanych w wezwaniu elementów – zasadniczych komponentów – przedmiotu zamówienia, mających wpływ na wysokość ceny oferty. Ten wykonawca, w złożonych wyjaśnieniach w szczególności nie przedstawił istotnego elementu składowego ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu, jakimi są koszty 4 letniej gwarancji wymaganej od wykonawcy. Brak jest jakiegokolwiek omówienia także kosztów szkoleń, będących przedmiotem zamówienia, które mają charakter szkoleń specjalistycznych, i które muszą być realizowane przez wysokokwalifikowany personel. Ponadto wykonawca przyznając fakt nierynkowej, co prawda atrakcyjnej ceny urządzeń, nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że w tej konkretnej sprawie uzyskał opisywane w wyjaśnieniach rabaty

producenta. Stwierdził jedynie fakt, jego zdaniem notoryjny, a mianowicie, że cena w przypadku większej ilości kupowanych urządzeń jest zazwyczaj niższa niż w przypadku zakupu jednostkowego. Tak jak prawidłowo wskazywał Zamawiający kalkulacja kosztów, wbrew twierdzeniom wykonawcy, zakupu i dostawy spektrometrów nie jest taka prosta, albowiem przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ obejmuje nie tylko zakup urządzeń, ale także fizyczną ich dostawę i ich instalację w 12 wyznaczonych lokalizacjach różnych na terenie Polski oraz uruchomienie, prezentację działania, a także szkolenia w zakresie obsługi oraz już wskazywane koszty serwisu gwarancyjnego. Izba podkreśla, że w przypadku tego wykonawcy nie przedłożono wyjaśnień w żądanym zakresie oraz żadnych dowodów, w tym potwierdzających, że ten wykonawca skorzysta ze specjalnej oferty na urządzenia będące przedmiotem dostawy. Za taki dowód nie może być uznana przedłożona na rozprawie kalkulacja, której autorem jest Odwołujący Spectra-LAB.

W stanie faktycznym sprawy ustalonym w oparciu o informacje z dnia oceny ofert i wyjaśnień złożonych przez wykonawców, Zamawiający słusznie uznał, że wykonawcy nie udowodnili, że oferowane ceny nie są rażąco niskie, a to uzasadniało odrzucenie ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 ustawy Pzp. Niewątpliwie wyjaśnienia powinny odnosić się nie tylko do ceny przedmiotu zamówienia, ale także do cen rynkowych oraz obiektywnych czynników wpływających na wysokość ceny, przykładowo takie jak sprzyjające warunki wykonania zamówienia, czy też oszczędność metody wykonania zamówienia. Takich wyjaśnień i dowodów w przypadku ofert Odwołujących nie przedłożono także w postępowaniu dowodowym przed Izbą. W związku z powyższym również podnoszone w odwołaniach pozostałe zarzuty w przedmiocie naruszenia wskazanych przepisów prawa Pzp nie mogły być uznane za zasadne.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz uwzględniając przepisy 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).