Sygn. akt: KIO 1909/13

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 26 sierpnia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **KOMA NORD Sp. z o.o., 81 – 537 Gdynia, ul. Łu ycka 2** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Bud etowej, 31 – 463 Kraków, ul. Farmaceutów 2**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu uniewa nienie czynności uniewa nienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. Kosztami postępowania obcią a **Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Bud etowej, 31 – 463 Kraków, ul. Farmaceutów 2** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **KOMA NORD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania,
   2.1 zasądza od **Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Bud etowej, 31 – 463 Kraków ul. Farmaceutów 2** na rzecz **KOMA NORD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1909/13

Uzasadnienie

Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Bud etowej w Krakowie (dalej: zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę tonerów, bębnów, fuserów i innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek i urządzeń kopiujących".

Koma Nord Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przy braku wystąpienia przesłanek dokonania tej czynności,
2. art. 93 ust 1 Pzp poprzez uniewa nienie postępowania przy braku wystąpienia przesłanek dokonania tej czynności.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1. Uniewa nienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego
2. Uniewa nienie decyzji o uniewa nieniu Postępowania
3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego
4. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
Uzasadniając zarzuty i ądania odwołujący wskazał, co następuje.
Dnia 29 lipca 2013 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom zawiadomienie o uniewa nieniu Postępowania i poinformował, i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt

4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp podając, e Odwołujący zło ył ofertę zawierającą ra ąco niską cenę oraz, e uniewa nia postępowanie.
W uzasadnieniu Zamawiający podał, e porównując ofertę odwołującego z innymi ofertami, oraz wartością szacunkową zamówienia obliczoną przez Zamawiającego, powziął wątpliwość co do zło enia przez Wykonawcę oferty zawierającej ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując jednocześnie, i w ocenie Zamawiającego sam fakt zaoferowania w ramach oferty materiałów równowa nych, których parametry miałyby spełniać wymagania określone w SIWZ nie tłumaczy tak drastycznej dysproporcji, jaka miała miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wskazał, i na wysokość zaoferowanej ceny wpływ miały:
1. Wybrane rozwiązania techniczne, tj. zaoferowanie materiałów zamiennych, równowa nych, jednocześnie wskazując i „Wiadomym jest, e produkty równowa ne dostępne w cenach rynkowych, są produktami tańszymi w stosunku do tzw. oryginalnych, co znacząco wpłynęło na końcową wartość oferty" oraz „Dla przykładu produkt marki HP o symbolu Q2612A jest dostępny na rynku jako oryginalny producenta HP w cenie brutto ok. 260 zł, tymczasem w naszej ofercie produkt ten oferowany jest za 34,44 zł. "
2. Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, tj. eliminacja zbędnych pośredników, co wg Wykonawcy pozwoliło obni yć koszty produktów o ok 10-20%.
3. Oszczędność metody wykonania zamówienia, poprzez korzystanie z przysługujących Wykonawcy w ramach współpracy usługi polegającej na świadczeniu usług logistycznych bezpośrednio od Producenta firmy P. W. „Kris" M……., pozwalającej zaoszczędzić 2-krotność kosztu wysyłki.
Wykonawca w treści wyjaśnień wskazał równie , i „(...) cena zaoferowana (...) ma wliczoną mar ę i koszty obsługi i jest ceną rynkową. " Oraz, e „ (...) oferta zło ona w toku sprawy nr Zp-19/2013 nie zawiera ra ąco niskiej ceny, a czynności związane z ofertą i jej wysokością nie stanowią nieuczciwej konkurencji. Ceny nie są tak e cenami dumpingowymi".
Wykonawca na poparcie swojego stanowiska załączył:
1. Oświadczenie firmy KRIS dotyczące specjalnych warunków cenowych.
2. Rachunek wyników Wykonawcy za rok 2012 wskazujący, e firma jest rentowna i osiąga znaczne zyski.
3. Porównanie poziomu sprzeda y Wykonawcy w latach 2012-2013.
Odnosząc się do powy szych wyjaśnień Zamawiający wskazał co następuje:
Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający oceniając zło one wyjaśnienia zobowiązany jest wziąć pod uwagę obiektywne czynniki oraz, na co wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, rzeczowe dowody (np. listy intencyjne lub umowy z dostawcami, otrzymane oferty) wykazujące realność przyjętych przez Wykonawcę zało eń (KIO 246/11).
W ocenie Zamawiającego przekazane wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe i nale y je uznać za niewystarczające, a więc takie, które nie pozwalają na stwierdzenie, i zaoferowana cena nie jest ceną ra ąco niską. Wykonawca udzielając wyjaśnień bardzo ogólnie wskazał elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Pamiętać nale y, i to na Wykonawcy cią y obowiązek obalenia domniemania zaoferowania ra ąco niskiej ceny i nie jest wystarczające zło enie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, a zaistnienie po stronie Wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obni enie ceny oferty powinno być udowodnione. Udzielenie przez Wykonawcę odpowiedzi, której nie mo na

ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy PZP prowadzi do przyjęcia, e wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji Wykonawca nie wykazał, e zaoferowana cena nie jest ceną ra ąco niską (np. KIO 2120/11).
Stwierdzenie Wykonawcy, i „Wiadomym jest, e produkty równowa ne dostępne w cenach rynkowych, są produktami tańszymi w stosunku do tzw. oryginalnych, co znacząco wpłynęło na końcową wartość oferty" nie mo e zostać w aden sposób uznane za wyczerpujące, zwłaszcza e Zamawiający w samej treści wezwania do wyjaśnień wskazał, i mając tego

świadomość uznaje ten fakt za niewystarczający. Zamawiający po to właśnie zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia, aby móc wywieść skąd tak znaczna dysproporcja w cenie, o której zresztą w zło onych wyjaśnieniach mówi sam Wykonawca wskazując, i : „produkt marki HP o symbolu Q2612A jest dostępny na rynku jako oryginalny producenta HP w cenie brutto ok. 260 zł, tymczasem w naszej ofercie produkt ten oferowany jest za 34,44 zł. Oświadczenie Wykonawcy, i poprzez eliminację zbędnych pośredników mógł obni yć jest niepoparte adnymi bardziej szczegółowymi koszty produktu o ok. 10-20% równie wyjaśnieniami, czy wyliczeniami. Samo wskazanie tak szerokiego zakresu mo liwych do są to liczby przybli one, uzyskania przez Wykonawcę oszczędności wskazuje, i szacunkowe, niespełniające wymogu wyjaśnień wyczerpujących.
Jedynym wiarygodnym dla Zamawiającego wyjaśnieniem jest wskazana przez Wykonawcę oszczędność w zastosowanym rozwiązaniu logistycznym. Jednak brak wskazania w jakim stopniu okoliczności te spowodowały obni enie kosztów dostawy nie pozwala uznać ich za wystarczające.
W przedmiotowym stanie faktycznym, za konieczne uznać nale ało przedstawienie kalkulacji oszczędności wynikających ze wskazanych faktów, nie zaś wyłącznie niczym niepotwierdzonych stwierdzeń. To po stronie wezwanego Wykonawcy spoczywa cię ar udowodnienia, e cena nie jest ra ąco niska. Sposób przeprowadzenia tego dowodu, przy braku zwerbalizowanych oczekiwań przez Zamawiającego, ewentualne kalkulacje, obiektywne czynniki wpływające na cenę, nale ą do Wykonawcy (np. KIO 101/13).
Ograniczenie się Wykonawcy jedynie do porównania ceny produktu oryginalnego z zaoferowanym produktem równowa nym nie jest więc wystarczające. Same ogólnikowe wyjaśnienia zawierające niekonkretne i niczym nieudokumentowane twierdzenia, jakich niewątpliwie u ył Wykonawca, nale y uznać za niezło one (KIO 2515/10).
Co więcej, Zamawiający, który ocenia wyjaśnienia składane przez Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 3 ustawy PZP, jest zobowiązany dokonać jej z uwzględnieniem przedstawionych dowodów. Oświadczenie zło one przez firmę P. W. „Kris” K. M……. zawierające wyłącznie stwierdzenia, e wszystkie ceny zostały obliczone poprawnie oraz zawierają

wszelkie koszty związane z świadczeniem zamówienia i nie są cenami dumpingowymi nie mo na przyjąć jako wyczerpujące. Pozostałe dowody przedstawione przez Wykonawcę tj.:
1. Rachunek wyników Wykonawcy za rok 2012 wskazujący, e firma jest rentowa i osiąga znaczne zyski,
2. Porównanie poziomu sprzeda y Wykonawcy w latach 2012-2013,
są z punktu widzenia niniejszego postępowania irrelewantne, gdy Zamawiający oceniając wyjaśnienia w zakresie ra ąco niskiej ceny nie odnosi ich do sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy, a do konkretnie zło onej w postępowaniu oferty.
Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. (VI Ca 464/05), w sytuacji, gdy Wykonawca zaprezentował ogólnikowe stwierdzenia, nale y je uznać za niewystarczające i ofertę odrzucić, co uczynił Zamawiający.

Odwołujący nie zgadza się z powy szymi zarzutami Zamawiającego.
Odwołujący ofertę przygotował z nale ytą starannością, cena oferty jak i wszystkie ceny jednostkowe zostały wyliczone w sposób poprawny, zawierają koszty obsługi i doliczoną mar ę, oraz dostarczył wyjaśnień i dowodów wystarczających Zamawiającemu do stwierdzenia, e oferta Odwołującego nie jest ofertą zawierającą ra ąco niską cenę.
Odwołujący zwraca uwagę, e Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 22 lipca br podaje, e „Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 31110460,75 zł netto, na podstawie cen jednostkowych oryginalnych materiałów eksploatacyjnych. Oferta zło ona przez Wykonawcę w postępowaniu ma cenę ofertową brutto 8 450 118,45 zł, co stanowi okoto 22% wartości zamówienia obliczonej przez Zamawiającego."
Zamawiający do porównania ceny bierze kwotę wartości zamówienia 31 110 460,75 zł netto (co odpowiada 38 265 866,72 brutto), podczas gdy sam podczas otwarcia ofert ogłosił, e posiada kwotę (bud et) na sfinansowanie zamówienia w wysokości 18 666 276,45 zł brutto. Oznacza to, e Zamawiający przekonuje, e cena oferty KOMA NORD stanowi 22% wartości

zamówienia, podczas gdy cena ta powinna być porównana do bud etu, co daje ponad 45% wartości zamówienia przewidzianej przez Zamawiającego. Efekt psychologiczny jest silniejszy, gdy podana jest wartość 22% ni 45%, ale Zamawiający powinien się kierować argumentami obiektywnymi i starannie dobranymi.
W dodatku, Zamawiający podając kwotę bud etu ni szą o ponad połowę od - jak rozumiemy - wcześniej szacowanej przez siebie wartości zamówienia, tym samym przyznaje, e przy szacowaniu realnego bud etu przewidział zaoferowanie materiałów równowa nych (zamienników), co tak e wynikało z zapisów SIWZ, dopuszczając takie materiały zamiast

oryginalnych. Nie jest tylko wiadome, jak wiele pozycji Zamawiający przewidział, e zostaną zastąpione materiałami równowa nymi.
Dziwi jednak, e Zamawiający tak oszacował wartość zamówienia, skoro Odwołujący zrealizował od lutego do maja 2013r. analogiczną umowę nr I/ZP-U/2013 na dostawy materiałów eksploatacyjnych dla Zamawiającego (Sąd Apelacyjny w Krakowie), o wartości ponad 4 min zł, gdzie większość pozycji jest to samych, a ceny dostępne w gotowym arkuszu kalkulacyjnym. Łatwe więc było do szacowania u ycie tych cen, a nie cen materiałów oryginalnych.
Gdyby Zamawiający oparł swoje oszacowania cenowe na cenach jednostkowych zamiennych materiałów eksploatacyjnych, uzyskałby cenę zbli oną do ceny oferty Odwołującego.
Odwołujący oświadcza, e od dnia przesłania informacji o uniewa nieniu postępowania przygotowuje kalkulację opartą na ofercie Odwołującego w aktualnym postępowaniu oraz na cenach podanych w umowie, jaka była niedawno realizowana. Wykonanie tej kalkulacji jest pracochłonne i wymaga czasu, poniewa formularz zawiera ok. 1400 pozycji (jeden tysiąc czterysta).Jest gotowy przedstawić ją na posiedzeniu KIO. W tej kalkulacji zawarte będą tak e jego ceny zakupu, więc będziemy mogli przedstawić Izbie swoją tajemnicę handlową, to jest w szczególności planowany godziwy zysk na wykonaniu omawianego postępowania.

Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z ądaniem wyjaśnień dotyczących ceny i wyznaczył termin udzielenia odpowiedzi w wymiarze niepełnych 2 dni, co jest terminem szalenie krótkim, gdy oferta zawiera około 1400 pozycji (jeden tysiąc czterysta), którą Odwołujący musiał całą sprawdzić by ustalić, czy oferta nie ma błędów oraz dokonać szczegółowych porównań w celu dodatkowego udowodnienia realności zaoferowanych cen. Takie sprawdzenie i porównania w tak obszernym formularzu wymaga czasu i dlatego Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przesunięcie terminu na 30 lipca, co dałoby 7 dni, czyli rozsądny wymiar czasu. Zamawiający odmówił jednak i ustalił termin na godz. 12:00 dnia 26 lipca.
W tej sytuacji Odwołujący musiał ograniczyć się tylko do sprawdzenia czy oferta nie ma błędów. Wyznaczony przez Zamawiającego czas był zbyt krótki, by przygotowywać szczegółowe zestawienie cen, mar i wszystkich kosztów dla wszystkich poszczególnych pozycji oferty, czego zresztą bez potrzeby domaga się Zamawiający.
Od dnia przesłania informacji o uniewa nieniu postępowania przygotowuje pełną kalkulację, którą będzie gotowy przedstawić Krajowej Izbie Odwoławczej na posiedzeniu.

Odwołujący przypomina, jaki jest cel procedury z art. 90 ust. 3 ustawy PZP tj. zbadanie czy Odwołujący zastosował cenę ra ąco niską. Nie jest jej celem poznanie przez Zamawiającego szczegółów powstawania oferty danego Odwołującego, jego mar , kosztów,

sposobu realizacji, ale podjęcie obiektywnej decyzji, czy zaoferowana cena ma znamiona ra ąco niskiej czy nie. Przytoczył wyrok SO: „o cenie ra ąco niskiej mo na mówić wówczas, gdy oczywiste jest, e przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ra ąco niska cena to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem mo e być oferowanie towarów poni ej kosztów zakupu lub ich wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Przyczyną wyraźnie ni szej ceny od innych ofert mo e być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienale ytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości."
aden z powy szych elementów skutkujących uznaniem ceny oferty za mającej znamiona

ra ąco niskiej nie wystąpił.
Fakt, e Zamawiający domagał się szczegółów zarówno we wniosku o wyjaśnienia z 22 lipca, jak powtórzył to w decyzji o przesunięciu terminu z 23 lipca, wzbudza wątpliwości co do rzeczywistych intencji Zamawiającego i nasuwa podejrzenia, e Zamawiający wiedział z góry, e zastosowanie zamienników jest kluczowym elementem redukującym cenę, i e ograniczając Odwołującemu mo liwość podania tego argumentu, de facto Zamawiający wykluczył ofertę Odwołującego jeszcze zanim ten zło ył wyjaśnienia.

Wykonawca, po sprawdzeniu swojej oferty, zapewnił w swym wyjaśnieniu Zamawiającego, e ceny nie są dumpingowe, a zatem wykonanie umowy jest dla niego opłacalne. Podobne oświadczenie zło ył te jego dostawca, producent P.W. „Kris" M …… . Zamawiający nie ma podstaw, by uznać te oświadczenia za niewiarygodne. Przeciwnie, fakty podane dalej wskazują na rzetelność oferty Odwołującego.
Podane przez Odwołującego dowody wskazywały wyraźnie tak e, e cena jego oferty jest wiarygodna i nie jest oderwana od realiów rynkowych. Odwołujący podał nawet przykład produktu zamiennego do Q2612A (poz. 489 do 494 formularza), którego cena jest znacznie ni sza od ceny produktu oryginalnego i ma znaczący wpływ na ró nicę ceny oferty. A był to tylko jeden przykład. Całość oferty Odwołującego miała poziom ceny jaki zaoferowano, dzięki szerokiemu zastosowaniu zamienników wszędzie tam, gdzie Odwołujący miał dostęp do atrakcyjnych cen i wysokiej jakości produktu.
Oczywiste jest te , e kwota oferty wynosząca ponad 8 min zł nie jest „ofertą za symboliczną kwotę".
Tak e nie ulega wątpliwości, e podpisanie umowy z Wykonawcą nie grozi nienale ytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, gdy :
a) Odwołujący jest znaczącym przedsiębiorcą o du ych zasobach kapitałowych, co gwarantuje wykonanie umowy nawet gdyby pojawiły się (hipotetycznie) problemy z jej

realizacją. Zamawiający mógł się o tym przekonać z dowodu - wyników finansowych Odwołującego przedstawionych w wyjaśnieniu.
b) Odwołujący na wezwanie Zamawiającego sprawdził swoją ofertę i nie stwierdził błędów, o czym zapewnił w wyjaśnieniu.
c) Odwołujący zrealizował od lutego do maja 2013r. analogiczną umowę nr I/ZP-U/2013 na dostawy materiałów eksploatacyjnych dla Zamawiającego (Sąd Apelacyjny w Krakowie), o wartości ponad 4 min zł, i realizacja tej umowy przebiegła prawidłowo. Trudno o lepszy dowód, e Odwołujący jest w stanie wykonać kolejną umowę.
Zamawiający zignorował przykład produktu Q2612A(poz. 489 do 494 formularza) (omyłkowo w formularzu Zamawiającego określony jako 02612AN), a nawet próbuje wykorzystać ten przykład przeciwko Odwołującemu, pisząc:
,,Zamawiający po to właśnie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia, aby móc wywieść skąd tak znaczna dysproporcja w cenie, o której zresztą w zło onych wyjaśnieniach mówi sam Odwołujący wskazując, i : „produkt marki HP o symbolu Q2612A jest dostępny na rynku jako oryginalny producenta HP w cenie brutto ok. 260 zl, tymczasem w naszej ofercie produkt ten oferowany jest za 34,44 zl.
Zamawiający powinien uwzględnić podany przykład, gdy miał dokładną wiedzę o cenie rynkowej tego zamiennika, gdy :
a) w ofercie konkurencyjnej firmy MAK Sp. z o.o. z Torunia zaoferowano ten produkt jeszcze taniej, to jest za cenę 27,06 zł brutto, czyli a o 21% taniej i jest to tak e cena e oferta MAK rynkowa, tylko oparta na produkcie innego, tańszego producenta; (fakt, została odrzucona z powodu omyłki w próbkach, nie zmienia, e ten Wykonawca starał się zło yć prawidłowo skalkulowaną ofertę; wyraźnie wy sza cena oferty MAK wynika z zastosowania większej ilości materiałów oryginalnych, z czego dowód odwołujący przedstawi KIO.
b) w ramach umowy I/ZP-U/2013 na dostawę materiałów eksploatacyjnych dla Zamawiającego, jaką Odwołujący zrealizował od lutego do maja 2013r. stosowana była cena 39,36 zł brutto, która jest zbli ona do ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu. Obni ka ceny aktualnej oferty Odwołującego jest niewielka, zaledwie o 12% i wynika z dwukrotnie większej wartości zamówienia oraz optymalizacji łańcucha dostaw po stronie Odwołującego, co zostało wskazane w wyjaśnieniu.

W świetle orzecznictwa, cena oszacowania nie jest jedynym odnośnikiem do stwierdzenia o ra ąco niskiej cenie, ale są nimi tak e między innymi: wiedza, doświadczenie yciowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji Zamawiającego. Zamawiający mógł z łatwością stwierdzić, e cena jest ceną rynkową i to wcale nie wysoką. Wobec oczywistości tego faktu, Odwołujący nie musiał przedstawiać porównania cen tego

produktu, a Zamawiający bezpodstawnie pominął ten dowód przy ocenie rzetelności ceny. Powy sze znowu wskazuje, e Zamawiający kierował się celem, by odrzucić ofertę Odwołującego, a nie by zbadać przesłanki występowania ra ąco niskiej ceny w jego ofercie. Zamawiający powinien wyjaśnienia i dowody przedstawione przez wykorzystać Odwołującego.

Niedopuszczalne jest - co miało miejsce w niniejszym przypadku - aby Zamawiający z góry wykluczył zastosowanie materiałów równowa nych z listy wybranych rozwiązań technicznych mających wpływ na obni enie ceny.

Odwołujący w ramach wyjaśnień, wskazał na ten właśnie fakt, mimo, e Zamawiający w wezwaniu bezprawnie z góry zapowiedział, e nie będzie tego argumentu brał pod uwagę. Podanie przez Odwołującego w wyjaśnieniu faktu zastosowania materiałów równowa nych wynikało z tego, e właśnie zastosowanie materiałów równowa nych było najwa niejszym czynnikiem obni ającym cenę oferty radykalnie. Pozostałe fakty podane w wyjaśnieniu, jak brak kosztów logistycznych oraz pominięcie zbędnych pośredników, miały wymiar uzupełniający, choć tak e miały swój wpływ na cenę.

Odwołujący podał te przykład ró nicy cen dla produktu o symbolu Q2612A. Jest to przykład charakterystyczny, który dał oszczędność w cenie oferty na poziomie a ok. 4 min złotych. Ró nica na tej jednej pozycji oznaczała prawie 1/4 bud etu jaki Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia. Jednak Zamawiający wiedzę tę zignorował, uznając, e dla niego nie ma ona znaczenia.

Ponadto, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazuje, e w przedmiotowym stanie faktycznym za konieczne uznać nale ało przedstawienie kalkulacji wpływającej na cenę. Odwołujący jednak nie jest producentem zaoferowanych produktów zamiennych i nie dysponuje wiedzą na temat elementów jakie składają się na cenę produktu i jak wpływają one na wysokość ceny zaoferowanej Odwołującemu przez producenta tych produktów. Odwołujący cenę swojej oferty oparł w głównej mierze na cenach zaoferowanych przez Producenta produktów zamiennych, a te jak oświadczył w załączonym do wyjaśnień oświadczeniu Producent, oferowane są za cenę kompletną, zawierającą wszystkie koszty wytworzenia wraz - co warte podkreślenia - z dodatkowymi kosztami m.in wysyłek, co jak wskazał w wyjaśnieniach Odwołujący równie miało wpływ na obni enie ceny.

Ponadto Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia nie ądał przedstawienia kalkulacji dla wszystkich pozycji w formularzu ofertowym. Na cenę oferty Odwołującego wpływ miały wszystkie ceny jednostkowe ujęte w formularzu, a te jak wynika z przedstawionych wyjaśnień wynikały z cen zaoferowanych przez Producenta, powiększonych o mar ę, która stanowi tajemnicę handlową Odwołującego, podobnie jak ceny zaoferowane Odwołującemu przez Producenta. Z powodu wyjątkowo atrakcyjnych warunków na poszczególne pozycje,

ceny te nie powinny być ujawniane stronom trzecim. Dlatego zdumiewa napór Zamawiającego aby zostały ujawnione.

Ustawa i przepisy nie określają jakiego rodzaju dowody ma przedstawić wykonawca, co pozwala przyjąć, e ich katalog jest nieograniczony. Mogą to być zatem wszelkiego rodzaju Odwołującego, dokumentacja, indywidualne akty prawa oświadczenia administracyjnego jak decyzje i postanowienia, w tym dostarczone przez Odwołującego oświadczenie Producenta potwierdzające, e cena oferty nie jest ceną ra ąco niską.

Ceny zaoferowane Odwołującemu przez Producenta są cenami wynikającymi z długofalowej współpracy. Mo liwe jest uzyskanie niezwykle korzystnych rabatów, szczególnie od współpracujących stale z wykonawcą podmiotów

Zamawiający wiedział, e Producent ściśle współpracuje z Odwołującym, gdy w swych referencjach Odwołujący podał tego właśnie Producenta jako znaczącego odbiorcę towarów. Otó w obszarze niektórych produktów, Odwołujący zaopatruje tego Producenta, czyli istnieje wzajemna ścisła współpraca, co wynikało z przedstawionych referencji.

Ponadto, jak wskazał w wyjaśnieniach Odwołujący wpływ na cenę miały wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia czyli, eliminacja zbędnych pośredników, która pozwoliła obni yć koszty produktów o ok. 10-20%.
Zdaniem Odwołującego wymaganie postawione przez Zamawiającego by podać dokładne kalkulacje jest ądaniem niemo liwym do spełnienia. Odwołujący przedstawił szacowaną wysokość oszczędności, a nie sposób przedstawić wartości dokładnych, gdy w wypadku ró nych pośredników wartość ta będzie ró na. Ocena 10-20% wynika z doświadczenia rynkowego Odwołującego, jest realistyczna, ale nie mo e być ściśle udowodniona, zatem nie mo e te być podwa ona.
Zamawiający uznał te za nieistotne dołączone przez Odwołującego dowody w postaci rachunku wyników za rok 2012 oraz porównania poziomu sprzeda y w latach 2012/2013. W opinii Odwołującego te dowody są istotne. Wskazują one na wzrost sprzeda y przy jednoczesnym wzroście rentowności Odwołującego. Celem Odwołującego jest osiąganie wyniku gospodarczego (zysku), w związku z czym nielogiczne byłoby działanie Odwołującego dą ące do zło enia ofert z ceną poni ej progu rentowności.
Z przedstawionych dowodów wynika, e zwłaszcza w przypadku przedmiotowego stanowi a około 20% postępowania, wartość zamówienia jest bardzo znacząca, gdy rocznego obrotu Odwołującego. Przy tak du ej kwocie, Odwołujący KOMA NORD Sp. z o.o. nie mo e sobie pozwolić na dostarczanie towaru ze stratą, po zani onej cenie, gdy miałoby to znaczny negatywny wpływ na wynik całej firmy. Taki między innymi był cel przedstawienia Zamawiającemu dowodów w postaci wyników finansowych firmy KOMA NORD Sp. z o.o.

Zamawiający jednak uznał te dowody i zawarte w nich dane za obojętne dla postępowania i je zignorował.
Wszystkie powy sze informacje były Zamawiającemu znane (lub powinny być znane) w momencie podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a niniejsze odwołanie jedynie naświetla właściwą interpretację tych informacji, i podwa a linię interpretacyjną przyjętą przez Zamawiającego. Zamawiający mógł podjąć właściwą decyzję, jednak podjął decyzję błędną, od której odwołanie jest zasadne.

Na rozprawie poparł odwołanie. Zło ył do akt sporządzone przez siebie zestawienie tabelaryczne w którym dokonuje porównania cen własnej oferty i oferty konkurencyjnej tj firmy MAK sp. z o.o. Zestawienie obejmuje wszystkie pozycje wymagane w postępowaniu. Wskazał w jakich pozycjach wykonawcy zaoferowali produkty oryginalne, a w jakich zamienne oraz ceny tych pozycji. Zauwa ył, e oferta konkurenta równie zawierała szereg produktów zamiennych jednak e w mniejszej liczbie i oferta odwołującego. Gdyby ten wykonawca zaoferował produkty zamienne w takiej samej licznie co odwołujący, w efekcie ceny obydwu ofert byłyby zbli one. Wskazał, e kol 14 i 15 zawiera zestawienie tych produktów, które obydwie firmy zaoferowały zamienniki i zauwa ył, e końcowa ró nica w cenie dla tych produktów wynosi 2,7%. e ma zawartą umowę z Stwierdził ponadto, producentem materiałów zamiennych zgodnie z którą nie ponosi kosztów logistycznych dostaw, koszty te łącznie z dostawą gotowych konfekcjonowanych produktów trafiają bezpośrednio od producenta do końcowego odbiorcy. Szacuje, i koszty te wynoszą dla takiego zamówienia jak przedmiotowe około 500 tys. zł. Koszty te zostały ujęte ju przez producenta w jego ofercie. Odwołujący wskazał, e w wyjaśnieniach zło ył potwierdzenie producenta o poprawności cen ze wskazaniem jakiego postępowania to wyjaśnienie dotyczy. Stwierdził, i zamawiający powinien zauwa yć, i ceny produktów zamiennych zaoferowanych przez obydwu wskazanych wykonawców są cenami zbli onymi. Wobec zło enia przez zamawiającego porównawczego zestawienia stwierdził, e w poprzednim postępowaniu wartość zamówienia była około 5 krotnie ni sza; przy zamówieniu większej wartości w sposób oczywisty mo liwe jest uzyskanie ni szych cen jednostkowych.
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podkreślił, e odrzucił ofertę e pismo z odwołującego przede wszystkim na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp uznając, 24.07.2013 r. nie stanowi wyjaśnień w rozumieniu przepisu ze względu na jego ogólnikową treść. Przypomniał, e wartość szacunkowa zamówienia wynosi około 30 mln zł, na realizacje przedmiotu zamówienia zamierza przeznaczyć 18,5 mln zł, a cena odwołującego wynosi nieco ponad 8 mln zł. Wskazał w szczególności na treść wyjaśnień odwołującego, a

tak e uzasadnienie odwołania m.in. odwołujący twierdził, e nie mo e ściśle udowodnić

obni enia kosztów o około 10 do 20%. Wskazał na treść pisma firmy KRIS (producenta) skierowanego do odwołującego, w którym mowa jest o cenach oferowanych odwołującemu, a zamawiającemu nie jest znana ich wysokości i relacja w stosunku do cen, jakie oferuje odwołujący w tym postępowaniu. Z treści tego pisma wnioskuje ponadto, e wykonawca miał w tym czasie wiedzę na temat konkretnych cen konkretnych produktów, natomiast informacji w tym zakresie nie przedstawił w wyjaśnieniach. Odwołujący nie zło ył na te okoliczności wyjaśnień, a była to jedna z mo liwych dróg do udowodnienia realności ceny. Pozostałe dokumenty załączone do wyjaśnień jako dotyczące ogólnej kondycji finansowej wykonawcy nie mają znaczenia w prowadzonym postępowaniu wyjaśniającym. Stwierdził, e niezale nie od relacji między wartością szacunkową, a ceną oferty dysponuje własnym doświadczeniem rynkowym w zakresie produktów będących przedmiotem postępowania. Z ostro ności zło ył, na dowód, i niemo liwa jest prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną, korespondencje z odbiorcami poprzednich dostaw realizowanych przez odwołującego, w wyniku której stwierdzono szereg przypadków nienale ytego wykonania dostaw. Zło ył zestawienie cen analogicznych produktów w poprzednim i niniejszym postępowaniu zauwa ając, e obecnie średnia cena produktów jest ni sza o około 25%. Odnośnie zestawienia zło onego na rozprawie przez odwołującego zauwa ył, e odwołujący mógł był zło yć takie dokumenty w terminie wyznaczonym do zło enia wyjaśnień, ewentualnie z braku mo liwości dochowania terminu zaskar yć wyznaczony termin na zło enie wyjaśnień jako niewystarczający, a tego nie uczynił. W ocenie zamawiającego porównanie dokonane przez odwołującego nie dowodzi słuszności zarzutów odwołania. Zauwa ył, e nie otrzymał od wykonawcy informacji o zaoferowanych cenach. Stwierdził tak e, e drugi wykonawca, u którego niektóre produkt miały ni szą cenę jednostkową, mógł dokonać określonej kalkulacji w ofercie w ten sposób, e określone koszty zostały umieszczone w innych pozycjach. Wskazał, e ądał wyjaśnień zgodnie z przepisem ustawy, a do wykonawcy nale y przedstawienie takich wyjaśnień, czego w ocenie zamawiającego, odwołujący nie wykonał.
Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, biorąc pod uwagę ustalony niesporny między stronami stan faktyczny oraz uwzględniając stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, zwa yła, co następuje.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1ustawy Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania da mu mo liwość uzyskania zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, a naruszenia przepisów ustawy powodują mo liwość poniesienia przez niego szkody – utraty korzyści związanych z realizacją umowy.

Izba rozpoznała odwołanie z uwzględnieniem podstawy odrzucenia oferty odwołującego wskazanej w zawiadomieniu skierowanym przez zamawiającego do wykonawców, z dnia 29 lipca 2013 r. tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, badając czy wyjaśnienia udzielone przez odwołującego zawierają elementy uzasadniające w sposób zobiektywizowany wysokość zaoferowanej ceny niezale nie od faktu, i zamawiający akcentował w toku rozprawy okoliczność braku wystarczających wyjaśnień ze skutkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie zło ył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę lub jeśli zło one wyjaśnienia potwierdzają, e została zaoferowana cena ra ąco niska, co w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej oraz Sądów Okręgowych interpretowane jest jako zło enie wyjaśnień, które nie przekonują, e cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy a nale yte wykonanie zamówienia nie jest zagro one. W rozpoznawanej sprawie nie było sporu co do zasadności wezwania wykonawcy do zło enia wyjaśnień dotyczących ceny tj. przeprowadzenia procedury z art. 90 ustawy pzp. Wysokość ceny zaoferowanej przez odwołującego zarówno w relacji do wartości przedmiotu zamówienia, jak i cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców uzasadniała wszczęcie takiej procedury. Izba zauwa a nadto, e powołany wy ej przepis wskazuje na domniemanie, e cena jest ra ąco niska, a cię ar dowodu, e takie domniemanie jest niesłuszne, obcią a wykonawcę. W sprawie zamawiający wezwał do wyjaśnień cytując postanowienia art. 90 ust. 1 ustawy bez wskazania, jakich

konkretnie informacji oczekuje, co oznacza, e po stronie wykonawcy le ał wybór sposobu wyjaśnienia i udowodnienia, e cena nie jest ra ąco niska. W konsekwencji odwołujący mógł, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych przedstawić swoją argumentację, a jej skuteczność podlegała ocenie zamawiającego, a w wyniku postępowania odwoławczego, Krajowej Izby Odwoławczej. lub te poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko.
W ustalonych w czasie rozprawy okolicznościach sporu Izba uznała, e zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny wyjaśnień odwołującego uznając wyjaśnienia za niewystarczające.
W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wskazał, i na wysokość zaoferowanej ceny wpływ miały: wybrane rozwiązania techniczne, tj. zaoferowanie materiałów zamiennych, równowa nych, jednocześnie wskazując i „Wiadomym jest, e produkty równowa ne dostępne w cenach rynkowych, są produktami tańszymi w stosunku do tzw. oryginalnych, co znacząco wpłynęło na końcową wartość oferty" oraz „Dla przykładu produkt marki HP o symbolu Q2612A jest dostępny na rynku jako oryginalny producenta HP w cenie brutto ok. 260 zł, tymczasem w naszej ofercie produkt ten oferowany jest za 34,44 zł. "

14

Jako drugą okoliczność wykonawca wskazał na sprzyjające warunki wykonania zamówienia, tj. eliminacja zbędnych pośredników, co wg Wykonawcy pozwoliło obni yć koszty produktów o ok. 10-20%. Oszczędność metody wykonania zamówienia, poprzez korzystanie z przysługujących Wykonawcy w ramach współpracy usługi polegającej na świadczeniu usług logistycznych bezpośrednio od Producenta firmy P. W. „Kris" M……., pozwalającej zaoszczędzić 2-krotność kosztu wysyłki. Wykonawca w treści wyjaśnień wskazał równie , i „(...) cena zaoferowana (...) ma wliczoną mar ę i koszty obsługi i jest ceną rynkową. "
Wykonawca na poparcie swojego stanowiska załączył oświadczenie firmy KRIS dotyczące specjalnych warunków cenowych. Wyjaśnienie tego podmiotu wskazanego w ofercie jako producent potwierdza dostarczanie produktów we właściwych cena rynkowych o określonych parametrach, potwierdza, e w cenach ujęto koszty konfekcji i logistyki oraz deklaruje rynkowy charakter cen ze wskazaniem współpracy producenta z odwołującym. Zwa ywszy i wystawca dokumentu wyraźnie wskazuje na produkty, które mają być dostarczane na rzecz zamawiającego, skład orzekający nie znajduje powodów, dla których to oświadczenie miałoby być kwestionowane. Uzasadniony jest w kontekście treści pisma wniosek, e producentowi znana jest treść oferty odwołującego i w częściach, w których jest wskazany w ofercie jako producent (znaczących pod względem wartości), potwierdza wiarygodność cen.
Strony nie kwestionują przy tym znanej na rynku okoliczności, e produkty nazywane niesporna równowa nymi lub zamiennymi są znacząco tańsze od oryginalnych. Druga okoliczność to fakt zaoferowania przez odwołującego szeregu takich produktów w stopniu większym ni konkurenci. Postanowienia siwz nie wykluczały takiego rozwiązania. W ocenie składu orzekającego odwołujący w ustalonych okolicznościach faktycznych wykazał realność zaoferowanej ceny
Jednocześnie nale y podzielić stanowisko zamawiającego, e informacje o kondycji finansowej odwołującego oparte na sprawozdaniach finansowych i przedstawienie wielkości sprzeda y nie mają znaczenia w postępowaniu mającym wyjaśnić, czy zaoferowana cena jest ra ąco niska.
Izba zauwa a przy tym, e wykonawca nie miał obowiązku przedstawienia szczegółowej kalkulacji wszystkich pozycji cenowych oferty zawierającej ponad 1 400 składników. Dokonany przez niego wybór sposobu wyjaśnienia realności ceny zaoferowanej z posłu eniem się dowodu w postaci wyjaśnienia producenta jest w ocenie składu orzekającego prawidłowy i dał w efekcie skuteczne potwierdzenie, e zaoferowana cena nie jest ra ąco niska. Mo na przy tym zauwa yć, e powy szy sposób przy tak znaczącej liczbie pozycji cenotwórczych i wyznaczonym terminie na zło enie wyjaśnień, był jedynie realny dla odwołującego.

15

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z rozporządzeniem 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....