

Sygn. akt: KIO 2133/17

**WYROK**  
**z dnia 9 listopada 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:                Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11.10.2017 r. przez wykonawcę **Cartridge Control Kielce Spółka z o.o., ul. Zagórska 186, 25-346 Kielce** r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Małopolski Oddział Regionalny, ul. Lubicz 25, 31-503 Kraków** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „dostawa tonerów i innych materiałów eksploatacyjnych dla Małopolskiego Oddziału Regionalnego ARiMR”

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia p. **M.R.** oraz p. **J.Ż.** prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą **JM DATA M.R., J.Ż. s.c., ul. Trakt Lubelski 233, 04-667 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Małopolski Oddział Regionalny unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie**

**czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**

2. kosztami postępowania w wysokości **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Małopolski Oddział Regionalny, ul. Lubicz 25, 31-503 Kraków** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Cartridge Control Kielce Spółka z o.o., ul. Zagórska 186, 25-346 Kielce** tytułem wpisu od odwołania.
- 2) zasądza od Zamawiającego – **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Małopolski Oddział Regionalny, ul. Lubicz 25, 31-503 Kraków** na rzecz wykonawcy **Cartridge Control Kielce Spółka z o.o., ul. Zagórska 186, 25-346 Kielce** kwotę w wysokości **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed Izłą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) 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:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 9 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2133/17**

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Małopolski Oddział Regionalny, 31-503 Kraków, ul. Lubicz 25 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „dostawa tonerów i innych materiałów eksploatacyjnych dla Małopolskiego Oddziału Regionalnego ARiMR - część I tonery Lexmark”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 10.07.2017 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 547714-N-2017.

W dniu 06.10.2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo Zamawiającego datowane na 4 październik 2017r. znak: BOR 06.2610.06.2017 )

W dniu 11.10.2017 r. odwołanie wobec ww. czynności Zamawiającego polegającej wniósł wykonawca Cartridge Control Kielce Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Ul. Zagórska 186 25-346 Kielce (dalej: Odwołujący).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - przez bezzasadne, zdaniem Odwołującego, odrzucenie jego oferty z powodu uznania przez Zamawiającego, iż zawiera ona rażąco niską cenę w sytuacji kiedy Odwołujący złożył szerokie i prawdziwe wyjaśnienia oraz załączył wszelkie posiadane w tym zakresie dokumenty i oświadczenia, które powinny zostać uznane przez Zamawiającego w toku czynności badania ofert i uwzględnione jako wyczerpujące,

2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, nierównego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych unormowań oraz naruszenia przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania. Naruszenie, jak podniósł Odwołujący, tychże fundamentalnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasad wyraża się w odrzuceniu oferty Odwołującego mimo, iż przedstawił on wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie uzasadnienia oferowanej ceny zamówienia a sam Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania zamienników, objętych właśnie ofertą Odwołującego, których cena z oczywistych względów jest niższa od materiałów oryginalnego producenta Lexmark.

Uwzględniając zatem powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonanie ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i uznanie, że Odwołujący należycie wyjaśnił rażąco niską cenę

#### UZASADNIENIE

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp albowiem w wypadku jego uwzględnienia, oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą. Powyższe skutkować będzie udzieleniem Odwołującemu zamówienia publicznego w niniejszej sprawie, co w oczywisty sposób implikuje fakt posiadania przez Odwołującego interesu prawnego do złożenia odwołania.

II. Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucając jego ofertę naruszył normę art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie, iż zawiera ona rażąco niską cenę. Przede wszystkim wskazać należy, że Zamawiający w swoim piśmie z dnia 21 września br. , wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wezwanie zawierało jednak zobowiązanie do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów o takim stopniu szczegółowości, iż w kontekście celu jakiemu miało służyć , a także w okolicznościach całości sprawy było w istocie żądaniem nieomal niewykonalnym, a z drugiej strony bezprzedmiotowym, sprzecznym z logiką racjonalności działania co wskazuje, iż w istocie rzeczy zmierzało wyłącznie do wyeliminowania oferty Odwołującego, pomimo że ta była najkorzystniejsza, a fakt ten wynikał wprost z podstawowej okoliczności jaką jest, zdaniem Odwołującego, możliwość zaoferowania zamienników o cenie znacznie niższej od ofert innych uczestników postępowania (oferujących tonery oryginalne). Skoro jednak Zamawiający dopuścił możliwość dostawy takiego rodzaju materiałów nie powinien stosować

pozaprawnych, sprzecznych z zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji metod zmierzających do wyboru innego wykonawcy.

Odwołujący złożył wyjaśnienia oraz wszelkie możliwe dokumenty i oświadczenia w sposób najbardziej precyzyjny i wyczerpujący.

W szczególności Wykonawca w swoim piśmie z dnia 22 września 2017r. wyjaśnił jasno podstawy kalkulacji ceny w tym:

1) przedstawił ofertę handlową źródłowego dostawy tj. CK Tonery z datą jej rzeczywistego wystawienia na dzień 17 lipca 2017 roku wraz z kserokopią faktury VAT nr FS-CK/19/07/2017/MAG z dnia 10 lipca 2017 roku dokumentującą zakup magazynowanego już towaru na cele niniejszego postępowania. Ze wskazanych dokumentów wynika w sposób bezsporny i niewątpliwy, że sam zysk z transakcji obejmuje kwotę 25.047,00 zł (stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami nabycia tj. 58.443,00 złotych netto, a wartością ceny ofertowej 83.490,00 zł. ).

2) przedstawił w sposób przekonujący, wyczerpujący i jasny kalkulację kosztów pośrednich tak działania przedsiębiorstwa jako całości jak również kosztów realizacji zamówienia, w tym : wydatków związanych z najmem siedziby, kosztów pracownika związanych z zamówieniem, magazynowania, transportu, odbioru i utylizacji zużytych komponentów materiałów eksploatacyjnych, jak też kosztów innych rozwiązań logistycznych i organizacyjnych. Odwołujący podniósł, że do ww. wyjaśnień załączył także stosowne i wiarygodne dokumenty oraz oświadczenia.

Pomimo takiego stanu rzeczy pismem z dnia 4 października 2017 roku, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy. W uzasadnieniu wskazał na okoliczności stanowiące przejaw szczególnie jaskrawo subiektywnych, nieomal autorytarnych i uznaniowych oraz nieweryfikowalnych ocen. Nie sposób zatem, w ocenie Odwołującego, zaaprobować postępowania Zamawiającego, który w istocie rzeczy nie odniósł się do meritum sprawy tj. udowodnionej przez Odwołującego atrakcyjnej ceny zakupu (pozyskania przedmiotu zamówienia), a nawiązywał do spraw całkowicie drugorzędnych, fragmentów wyrwanych z kontekstu stwierdzeń - zarzucając Wykonawcy rzekomą sprzeczność w składanych wyjaśnieniach oraz ogniskując swoje stanowisko na bezzasadnym kwestionowaniu oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego wykazujących minimalny poziom kosztów pracy, magazynowania, transportu, jak też odbioru wyeksploatowanych materiałów – dokonując, zdaniem Odwołującego, całkowicie dowolnej (a zarazem zgodnej z przyjętym z góry założeniem o odrzuceniu oferty) - interpretacji dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę w tym zwłaszcza umowy. Odwołujący przedstawił szczegółowe kalkulacje dotyczące kosztów pozyskania przedmiotu zamówienia i jego realizacji. Z przedstawionej

dokumentacji wynika niezbicie, że Odwołujący nabywa towary za 71.884,89 brutto zł, co przy jego ofercie na kwotę 102.692, 70 złotych pozwala na osiągnięcie ok. 30 % zysku. Koszty transportu dla realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ nie występują jako zawarte w cenie. W zakresie kosztów odbioru i utylizacji zużytych materiałów eksploatacyjnych, Odwołujący przedstawił, jego zdaniem, wiarygodne i racjonalne ekonomicznie uzasadnienie bezkosztowości - wyrażające się w nieodpłatnym odbiorze tych odpadów przez Pana T.W. z obu stronną korzyścią w ramach której Odwołujący nie ponosi kosztów utylizacji i odbioru odpadów, których odbiorca, może wykorzystywać te zużyte materiały w ponownym procesie ich regeneracji.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że:

- oferta Odwołującego została przygotowana zgodnie z SIWZ przy uwzględnieniu wszystkich elementów wskazanych i otrzymanych od Zamawiającego oraz obejmuje pełne wykonanie przedmiotu zamówienia;
- cena oferty uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmuje wszelkie koszty z tytułu należytej oraz zgodnej z Umową i z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, wypełniając wymagania zawarte w SIWZ w tym godziwy zysk,
- Zamawiający w zasadzie nie dokonuje żadnej merytorycznej oceny złożonych przez Wykonawcę dokumentów, pod kątem tego czy rzeczywiście występuje rażąco niska cena, Zamawiający uznaje z góry te dokumenty za niewiarygodne i na tej podstawie odrzuca ofertę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie faktu, iż zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonym m.in. w orzeczeniu z dnia 1 sierpnia 2014 r., KIO 1468/14, *składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane, jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny. Szczególnie może być to widoczne w szacowaniu przedmiotu zamówienia, które obejmuje swoim zakresem usługi składające się z pracy ludzkiej i kosztów dojazdu czy też kosztów związanych z posiadaniem odpowiednich narzędzi. Wysokość tych kosztów jest pochodną indywidualnych możliwości danego wykonawcy, posiadanego zaplecza technicznego, doświadczenia, posiadanych kontaktów z odpowiednimi pracownikami i przebiegiem dotychczasowej współpracy. Koszt wyceny takich elementów cechuje się wysokim stopniem subiektywizmu. Wyceniając przedmiot zamówienia, zamawiający winien mieć na uwadze tę okoliczność. Zamawiający nie zna bowiem indywidualnych możliwości wykonawców i szacując wartość przedmiotu zamówienia musi uwzględnić wszystkie koszty składające się na wykonanie usługi, mimo, iż niektórzy wykonawcy nie będą ich ponosić ze względu na swoje indywidualne możliwości.*

Przedstawiając powyższa argumentacje Odwołujący raz jeszcze pragnie wskazać na prawdziwe, rzeczywiste powody odrzucenia jego oferty. Otóż Zamawiający dokonując oszacowania wartości zamówienia, przyjął orientacyjne ceny tonerów oryginalnych, nie zastrzegając przy tym tego wymogu w specyfikacji, (że tonery mają być oryginalne). Odwołujący nie mając wówczas tej wiedzy i działając w sposób zmierzający do złożenia oferty najkorzystniejszej zaoferował Zamawiającemu zamienniki, które spełniają wszelkie jego wymogi wskazane w SIWZ (Zamawiający nie odrzucił oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ a zatem spełnia one wszelkie jego wymogi).

Z powyższego wynika zatem duża różnica w cenach pomiędzy ofertą Odwołującego a ofertami kolejnymi (nie z faktu, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska). Gdyby Odwołujący zaoferował tonery oryginalne, wówczas jego cena byłaby zbliżona do cen pozostałych Wykonawców - jednakże z uwagi na brak takiego wymogu w SIWZ (co więcej w SIWZ Zamawiający wprost dopuszczał zamienniki) Odwołujący złożył ofertę opartą na dopuszczonych przez Zamawiającego zamiennikach (które są znacznie tańsze niż wyroby oryginalne). Uwzględniając całość podniesionych okoliczności Odwołujący wniósł jak na wstępie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i załącznikami do niej, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, w tym po zapoznaniu się ze stanowiskiem Przystępującego zawartym w piśmie procesowym z dnia 19.10.2017 r., ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę w zakresie części I zamówienia, która została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec tej czynności Odwołujący wniósł odwołanie. W przypadku zaś jego uwzględnienia ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również jako dowód akta sprawy prowadzonej pod sygn. akt KIO 1779/17, uwzględniając wniosek Zamawiającego, o uzupełnienie akt sprawy o dokumentację wytworzoną w ramach postępowania przed dniem 5 września 2017 r.

Izba w szczególności dopuściła i poddała ocenie dowody z dokumentów obejmujące:

1. Treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami (w tym w szczególności projekt umowy – załącznik nr 7);
2. Umowy najmu lokalu użytkowego z dnia 01.01.2016 r. zawarta pomiędzy CK Tonery T.W. a Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. z czynszem miesięcznym wynoszącym 750 zł + VAT podpisana przez o. B.W. – Prezesa Zarządu;
3. Umowy o pracę z dnia 21.06.2017 r. zawarta pomiędzy Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. a p. Magdaleną L.;
4. Faktury VAT nr FS-CK/47/08/2017/U z dnia 31.08.2017 r. na kwotę 922,50 zł obejmującej płatność z tytułu najmu lokalu;
5. Oświadczenia z dnia 25.09.2017 r. złożonego przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CK Tonery, z którego wynika, że w ramach zawartej umowy z Cartridge Control Kielce zużyte materiały eksploatacyjne odbiera za darmo, zaś Jego



zyskiem jest to, iż wykorzystuje je do późniejszego wykorzystania w drodze regeneracji i dalszej odsprzedaży;

6. Oświadczenia z dnia 25.09.2017 r. złożonego przez T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CK Tonery, z którego wynika, że dostawa, załadunek, rozładunek i transport towaru do ARiMR w Krakowie asortymentu w postaci materiałów eksploatacyjnych zaoferowanych dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. jest bezpłatna;

7. Faktury VAT Nr FS-CK/19/07/2017/MAG z dnia 10.07.2017 r. wystawionej przez CK Tonery T.W. dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. obejmującej materiały eksploatacyjne Lexmark na łączną kwotę 71.884,89 złotych brutto;

8. Oferty handlowej z dnia 19.10.2017 r. Pure Print T.K. dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. obejmującej oryginalne tonery do urządzeń Lexmark na łączną kwotę 308.270,00 zł netto;

9. Zamówienia dla klienta z dnia 23.10.2017 r. Pure Print T.K. dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. obejmującego oryginalne tonery do urządzeń Lexmark na łączną kwotę 379.172,10 złotych brutto;

10. Oferty handlowej z dnia 17.07.2017 r. CK Tonery T.W. dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. obejmującej materiały eksploatacyjne Lexmark;

11. Oferty imiennej z dnia 03.11.2017 r. RAFCOM Office and Warehouse Reguły dla CK Tonery T.W. na kwotę 70.079,25 zł brutto;

12. Oferty handlowej P.U.H. SIGNAL Spółka z o.o. obejmującej tonery zamienniki do urządzeń Lexmark;

13. Oferty handlowej Biuro Market L.K. Spółka jawna dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. z dnia 19.10.2017 r. obejmującej tonery zamienniki do urządzeń Lexmark na kwotę 66.792,00 zł;

14. Oferty handlowej Golden Line P.D. dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. z dnia 19.10.2017 r. obejmującej tonery zamienniki do urządzeń Lexmark na kwotę 68.461,80 zł netto;

15. Oferty handlowej z dnia 19.10.2017 r. Pure Print T.K. dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. obejmującej tonery zamienniki do urządzeń Lexmark na łączną kwotę 68.858,00 zł;

16. Oferty handlowej P.U.H. SIGNAL Spółka z o.o. obejmującej tonery oryginalne do urządzeń Lexmark;
17. Oferty handlowej Biuro Market L.K. Spółka jawna dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. z dnia 19.10.2017 r. obejmującej oryginalne tonery do urządzeń Lexmark na kwotę 294.750,00 zł;
18. Oferty handlowej Golden Line P.D. dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. z dnia 19.10.2017 r. obejmującej oryginalne tonery do urządzeń Lexmark na kwotę 314.575,00 zł netto;
19. Potwierdzenia przelewu z dnia 13.07.2017 r. od JM Data s.c. Ż.J., T.M. na kwotę 3.690,00 zł tytułem FPECK/4/07/2017/MAG;
20. Faktury VAT nr FS-CK/144/07/2017/MAG z dnia 13.07.2017 r. wystawionej przez CK Tonery T.W. na rzecz JM Data s.c. Ż.J., R.M. na kwotę 3.690,00 zł obejmująca toner Lexmark MS710/711/810/812 25K CK TONERY;
21. Faktury VAT nr FS-CK/164/01/2016/MAG z dnia 19.01.2016 r. wystawionej przez CK Tonery T.W. na rzecz JM Data s.c. Ż.J., R.M. na kwotę 741,00 zł;
22. Umowy Nr 01/CartridgeControlKielce/14 z dnia 02.05.2014 r. zawartej pomiędzy CK Tonery T.W. a Cartridge Control Kielce Spółka z o.o., której przedmiotem jest usługa odbioru odpadów w postaci zużytych tonerów, głowic do drukarek atramentowych i taśm igłowych celem ich powtórnego wykorzystania w procesie reprodukcji;
23. Decyzji Prezydenta Miasta Kielce z dnia 09.12.2013 r. dla CK Tonery T.W. na przetwarzanie odpadów w postaci toneru drukarskiego i elementów usuniętych z urządzeń (kasety do drukarek, kserokopiarek laserowych), sorbenty, materiały filtracyjne;
24. Decyzji Prezydenta Miasta Kielce z dnia 08.11.2013 r. dla CK Tonery T.W. na zbieranie odpadów m.in. w postaci toneru drukarskiego i elementów usuniętych z urządzeń;
25. Decyzji Starosty Kieleckiego z dnia 12.12.2013 r. zmieniającej nazwę firmy dla T.W. na CK Tonery T.W. obejmującej transport odpadów;
26. Legitymacji osoby niepełnosprawnej nr 50866/15;
27. Aneksu do umowy o pracę z dnia 21.06.2017 r. dla p. M. L.;

28. Orzeczenia o stopniu niepełnosprawności z dnia 10.09.2015 r. dla p. M. L.;

29. Orzeczenia o stopniu niepełnosprawności z dnia 24.02.2011 r. dla p. M. L.;

30. Oferty handlowej CK Tonery dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. obejmującej tonery Lexmark;

31. Faktury pro forma Nr FPFCK/17/07/2017/MAG z dnia 28.07.2017 r. wystawionej przez CK Tonery T.W. dla Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. obejmującej tonery Lexmark na kwotę 71.84,89 zł brutto.

Izba nie uwzględniła wniosku złożonego na rozprawie przez Zamawiającego, jak również złożonego przez Przystępującego, o oddalenie i pominięcie dowodów z dokumentów złożonych przez Odwołującego w postaci ofert handlowych od jego partnerów handlowych obejmujących tonery w postaci zamienników oraz tonerów fabrycznych (oryginałów), jak również faktury i potwierdzenia przelewu dokumentujących nabycie przez Przystępującego od p. T.W. (prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CK Tonery) tonerów Lexmark MS710/711/810/811/812 25K CK TONERY w ilości 20 sztuk za cenę jednostkową wynoszącą 150 zł netto.

Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie, zgadza się ze stanowiskiem wypracowanym w orzecznictwie, że w ramach zarzutów związanych z procedurą wyjaśniania rażąco niskiej ceny ocenie podlegają, co do zasady, te elementy procedury (wyjaśnienia, argumentacja, dowody), które zostały przedłożone na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i były znane podmiotowi zamawiającemu. Jednakże powyższe ograniczenie należy odnieść do wykazywanych w toku wyjaśnień okoliczności faktycznych i składanych na ich potwierdzenie dowodów, które mogą być uzupełniane dodatkowymi dowodami, o ile dotyczą one tych samych okoliczności i wzmacniają niejako dotychczas złożone dowody. Złożenie nowych dowodów będzie zatem możliwe, z którą to sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, również wówczas, gdy negatywna ocena wyjaśnień będzie spowodowana odmówieniem mocy dowodowej złożonym uprzednio dowodom i o powyższej ocenie wykonawca uzyska informację dopiero na etapie odrzucenia jego oferty. Ocena taka wynika zaś z protokołu prac Komisji przetargowej oraz z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Tym samym Izba odnosząc się do powyższych wniosków wskazuje, że niedopuszczenie dowodów jest możliwe jedynie w przypadkach enumeratywnie wskazanych w ustawie Pzp (oddalenie wniosków dowodowych składany na okoliczność wykazaną już innymi dowodami lub zgłoszony jedynie dla zwłoki) oraz w przypadkach wynikających z

ogólnych zasad postępowania dowodowego ukształtowanych w ramach postępowania cywilnego (niedopuszczalność dowodu, dowód niemożliwy do przeprowadzenia, niezgodny z prawem).

W drugiej kolejności Izba wskazuje, iż w ramach postępowania odwoławczego, mając na uwadze treść art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, ocenie podlegają czynności podmiotu zamawiającego przedsiębrane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Izba oceniając podniesione w ramach rozpoznawanego odwołania zarzuty wzięła pod uwagę, przede wszystkim, przedstawione przez Odwołującego dowody i wyjaśnienia, treść złożonej oferty i ocenę tych wyjaśnień oraz dowodów dokonaną przez Zamawiającego – jako dokumenty stanowiące podstawę działań tego ostatniego.

Nie oznacza to jednak, że wykonawca wobec którego oferty podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny, nie może podjąć kroków do obrony swojego stanowiska, w tym przedstawiać w tym zakresie dowodów. Wszakże sam przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp nakłada na takiego wykonawcę obowiązki procesowe, tj. spoczywa na nim ciężar udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Istotą bowiem stanowiska wypracowanego przez orzecznictwo jest bowiem to, że wykonawca ten nie może prezentować nowych okoliczności, nowych założeń w kontekście ustalenia ceny ofertowej, lecz winien dowodzić, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sprostał ciężącym na nim obowiązkom wynikającym z wezwania. W ocenie Izby Odwołujący w ramach postępowania dowodowego nie wyszedł poza wyjaśnienia przekazane Zamawiającemu konsekwentnie trzymając się zawartych tam informacji.

W ocenie Izby zgłoszone przez Odwołującego wnioski dowodowe i złożone dowody z dokumentów nie wykraczają poza fakty, które były przedmiotem dowodzenia i jego argumentacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyjaśnienia z dnia 28.07.2017 r. oraz z dnia 22.09.2017 r.). Dowody te mają bowiem dodatkowo potwierdzić i uwiarygodnić dotychczasowe twierdzenia Odwołującego (poparte dowodem w postaci faktury pro forma oraz faktury Nr FS-CK/19/07/2017/MAG), z których wynika jakie są koszty zakupu przez Odwołującego tonerów i jaki w związku z powyższym zysk został skalkulowany przez niego w ramach wynagrodzenia. Dopuszczalność tych dowodów jest również podyktowana faktem, co znalazło swoje odzwierciedlenie dopiero w informacji o odrzuceniu oferty oraz na rozprawie (vide stanowisko Zamawiającego - protokół z rozprawy z dnia 07.11.2017 r.), że jedną z przyczyn odmówienia wiary złożonym przez Odwołującego wyjaśnieniom i złożonym na te okoliczność dowodom był fakt powiązań osobowych pomiędzy Odwołującym a podmiotem, z którym pozostaje on w relacjach handlowych (tożsamość osobowa tego podmiotu i Prezesa Zarządu oraz Wspólnika Spółki). Tym samym Odwołujący, w ocenie Izby, miał prawo tą samą okoliczność faktyczną wykazać innym dowodem, jeżeli dowód

przedłożony przez niego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był, jako niewiarygodny, kwestionowany przez Zamawiającego ze względu na istniejące powiązania osobowe i o czym Odwołujący dowiedział się dopiero na etapie odrzucenia jego oferty, co zostało uszczegółowione w toku rozprawy. Przeciwnie stanowisko powodowałoby, że nałożony na Odwołującego na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp obowiązek dowodzenia sprowadzałby się faktycznie do przywołania jako dowodów dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawartej tam korespondencji pomiędzy podmiotem zamawiającym a wykonawcą.

Tym samym Izba poddała ocenie dowody złożone i zawnioskowane przez Odwołującego w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia w ramach części I są tonery do urządzeń Lexmark.

W rozdziale II SIWZ zatytułowanym „opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający w ramach wymagań ogólnych wobec wszystkich części wskazał, że: „Zaoferowane tonery muszą być tonerami fabrycznie nowymi: oryginalnymi, pochodzącymi od producenta sprzętu albo tonerami zamiennymi (równoważnymi), zwanymi dalej „zamiennikami” pod warunkiem spełniania przez nie (tonery zamienniki) następujących wymagań:

1. Posiadają wszystkie parametry techniczne, funkcjonalne, użytkowe i jakościowe identyczne w stosunku do produktów oryginalnych wskazanych przez Zamawiającego.
2. Wykonane są z nowych elementów lub pełnowartościowych komponentów z odzysku, bez śladów uszkodzenia. Bęben światłoczuły oraz listwa zbierająca muszą być materiałami nowymi.
4. W pełni współpracujące z oprogramowaniem sprzętu monitorującym stan zasobników z tonerem.
4. O wydajności odpowiadającej wydajności tonera oryginalnego pochodzącego od producenta sprzętu lub większej.

2. Wykonawca poniesie koszty usunięcia awarii sprzętu należącego do Zamawiającego spowodowane użyciem dostarczonych przez niego tonerów. W przypadku stwierdzenia, że awaria sprzętu, jego niewłaściwe działanie lub zanieczyszczenie zostały spowodowane przez użycie tonera dostarczonego przez Wykonawcę zapłaci on Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1000 zł (słownie: tysiąc złotych) za każde takie zdarzenie.

3. Wykonawca zapewni odbiór zużytych tonerów. W momencie odbioru zużytych tonerów Zamawiający wymaga przedstawienia karty odbioru odpadu.

Izba ustaliła również, że w projekcie umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) Zamawiający w § 6 i § 7 ust. 3 przewidział dla wykonawców odpowiedzialność z tytułu awarii sprzętu spowodowana niewłaściwą jakością materiałów eksploatacyjnych oraz karę umowną w wysokości 1000 złotych w przypadku stwierdzenia, że awaria sprzętu, jego niewłaściwe działanie lub zanieczyszczenie zostały spowodowane przez użycie tonera dostarczonego przez wykonawcę.

Zamawiający pismem z dnia 20.07.2017 r. poinformował wykonawców o złożonych w postępowaniu ofertach. W zakresie części I zamówienia (tonery do urządzeń Lexmark) oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. JM Data s.c. Ż.J., R.M. – cena 280.508,88 zł;
2. Suntar Spółka z o.o. – cena 387.532,41 zł;
3. Praxis Łódź P. i P. Spółka jawna – cena 344.999,01 zł;
4. Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. – cena 102.692,70 zł;
5. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Multikom A.P. – cena 324.031,20 zł.

Zamawiający pismem z dnia 27.07.2017 r. wystąpił do wykonawcy Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. z żądaniem złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie rażąco niskiej ceny.

Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. pismem z dnia 28.07.2017 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz przedstawił dowody.

Zamawiający pismem z dnia 21.08.2017 r. poinformował wykonawców w zakresie części I (tonery Lexmark) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty JM Data s.c. Ż.J., R.M. oraz o odrzuceniu oferty Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 28.08.2017 r. wykonawca Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 05.09.2017 r. Zamawiający ARiMR Małopolski Oddział Regionalny przychylił się do podniesionej w powyższym odwołaniu argumentacji.

Na skutek powyższego Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 1779/17 wydała postanowienie, w którym umorzyła postępowanie odwoławcze w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zamawiający pismem z dnia 14.09.2017 r. unieważnił czynność odrzucenia oferty wykonawcy Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. oraz unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zamach zadania nr I.

W ramach dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 19.09.2017 r. został sporządzony protokół Komisji Przetargowej, w którym m.in. wskazano, że: „Zgodzono się, iż do celów dowodowych wyjaśniania zarzutu podania ceny rażąco niskiej, przedstawienie dokumentów dowodowych wyłącznie od jednego podmiotu i to podmiotu tak ściśle związanego z wykonawcą sprawia, iż badanie ceny rażąco niskiej staje się pozorne. Nie ma bowiem możliwości porównania sposobu kalkulacji ceny dokonanej przez Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. do innych podmiotów ubiegający się o realizację przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy jeden z Wykonawców większość kosztów prowadzenia działalności ma zerowe, a kontroli nie można poddać jego partnera – w tym wypadku CK Tonery T.W.. W związku z powyższym Komisja uznała za niezbędne wezwanie wykonawcy do bardzo szczegółowego wykazania dowodów w postaci wiążących szczegółowych ofert, dowodów księgowych, umów w ramach wyjaśnień, jakie winien złożyć Cartridge Control Kielce Spółka z o.o.”.

Zamawiający pismem z dnia 20.09.2017 r. wezwał wykonawcę Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. do złożenia powtórnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przedstawieniem szczegółowej kalkulacji wraz z żądaniem dostarczenia dodatkowych dowodów przez tego wykonawcę.

Odwołujący pismem z dnia 22.09.2017 r., w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 21.09.2017 r. zawierające powtórne wezwanie do złożenia wyjaśnień, złożył wyjaśnienia w

zakresie rażąco niskiej ceny przedstawiając dodatkowe dowody na potwierdzenie podniesionych w ww. piśmie okoliczności.

Zamawiający pismem datowanym na dzień 04.10.2017 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, za którą została uznana oferta wykonawcy JM Data s.c. Ż.J., R.M.. W tym samym piśmie Zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę Cartridge Control Kielce Spółka z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny wraz z załączonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do meritum sporu, tj. kwestii odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na negatywną ocenę złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż przedmiot zamówienia obejmuje dostawę materiałów eksploatacyjnych (tonerów) do urządzeń drukujących, która to czynność de facto, jak słusznie wskazał Odwołujący, może polegać jedynie na pośrednictwie pomiędzy partnerami handlowymi. Czynności związane z tą dostawą są, co do zasady, czynnościami prostymi i nie wymagającymi znacznego nakładu sił i środków. Kierując się doświadczeniem życiowym, w szczególności przy uwzględnieniu „rodzinnego” charakteru prowadzonej przez Odwołującego działalności, którego nie zmienia również okoliczność przyobleczenia tej działalności w osobowość prawną w postaci spółki kapitałowej, można przyjąć za racjonalne znaczne zredukowanie jej kosztów. Na powyższe składa się m.in. szerszy niż jednostkowy/incydentalny zakres dostaw (tj. prowadzenie jej w szerszym zakresie na rzecz wielu podmiotów) oraz kilkuletni okres jej prowadzenia pozwalający na rozłożenie kosztów pomiędzy poszczególne dostawy i tym samym znaczną redukcję tych kosztów. Choć nie jest to zasadniczy i właściwy jedynie dla Odwołującego aspekt prowadzenia działalności ma on znaczenie, ze względu na powiązanie go z innymi okolicznościami, które zostaną przedstawione w dalszej części uzasadnienia.



Na etapie wyjaśnień Odwołujący w pierwszej kolejności, jako punkt wyjścia dla wysokości zaoferowanego wynagrodzenia, przedstawił ofertę nabycia przedmiotowych tonerów od p. T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CK Tonery T.W. (dalej CK Tonery). Tym też sposobem Odwołujący wskazywał, że różnica pomiędzy jego ceną ofertową z postępowania a przewidywanym kosztem nabycia pozwala mu na wygenerowanie zysku na poziomie 25.047,00 złotych netto.

Z przedłożonych dowodów (decyzji zezwalających na odbiór, zagospodarowanie i transport odpadów, umowy na odbiór zużytych materiałów eksploatacyjnych) wynika również, że podmiot CK Tonery prowadzi działalność obejmującą regenerację tych materiałów, co w istotny sposób może prowadzić do obniżenia kosztów ich wytworzenia. Prowadzenie w sposób samodzielny procesu regeneracji materiałów eksploatacyjnych przez podmiot powiązany z Odwołującym stawia go w uprzywilejowanej sytuacji pozwalającej na samodzielną wycenę oferowanych tonerów. Ich korzystniejsza relacja cenowa do materiałów nieregenerowanych, jak również regenerowanych, lecz nabywanych od podmiotów trzecich jest w ocenie Izby faktem notoryjnym i nie wymagającym żadnego bezpośredniego dowodu. Proces regeneracji polega bowiem na odbiorze zużytych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, ich regeneracji, ocenie stanu zużycia, czyszczeniu, wymianie elementów aktywnych (bębnów, listew) oraz uzupełnieniu czynnika drukującego (tonera, atramentu), programowaniu pozwalając na uzyskanie pełnowartościowego produktu przy zaangażowaniu zdecydowanie mniejszego nakładu sił i środków niż wyprodukowanie tego rodzaju materiału od podstaw. Proces ten jest procesem powszechnie stosowanym od kilku lat na krajowym i europejskim rynku tego typu urządzeń. Jest on podyktowany nie tylko kwestiami ekonomicznymi ale również, i przede wszystkim, kwestiami związanymi z ochroną środowiska.

W ocenie Izby należy również zwrócić uwagę na fakt, iż osobowe powiązania pomiędzy oboma podmiotami, częściowa „tożsamość” osobowa, jak również rodzinny charakter prowadzonej działalności, tożsamość miejsca ich siedziby oraz zminimalizowanie kosztów pracowniczych i magazynowania dają podstawę do przyjęcia tak znacznego zredukowania kosztów prowadzonej działalności. Kwestia rodzinnego charakteru prowadzenia działalności gospodarczej i atutów tego rodzaju formy jej prowadzenia stanowi od kilku lat zainteresowanie nauki, choćby ze względu na istniejące odrębności w kierowaniu, zarządzaniu tego rodzaju działalnością i możliwością wypracowywania wyższych dochodów dzięki redukcji znacznej części kosztów (Ewa Więcek-Janka. „Wiodące wartości w zarządzaniu przedsiębiorstwami rodzinnymi” Poznań - Wydawnictwo Politechniki Poznańskiej, 2013 r.).

Odnosząc się do dokonanej oceny wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego Izba w tym miejscu wskazuje, mając na uwadze stanowisko Komisji

przetargowej, oraz stanowisko Zamawiającego wyrażone na rozprawie, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni być niejako „zmuszani” do tworzenia nowych okoliczności faktycznych na skutek żądań podmiotów zamawiających formułowanych w związku z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Praktyka obrotu handlowego, jak również doświadczenie życiowe wskazują, że przy takiej formie współpracy, z jaką mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, przy takich charakterze powiązań pomiędzy podmiotami zredukowaniu ulega strona formalna prowadzonej działalności gospodarczej, zaś wszelkie porozumienia handlowe, przyrzeczenia, zapewnienia nie muszą, i zazwyczaj nie przybierają, zmaterializowanej formy. Tym samym żądanie przez Zamawiającego dokumentu zakupu oferowanych materiałów w postaci np. faktury VAT, czy też umowy jest, w ocenie Izby, działaniem zbyt daleko idącym. Izba bowiem uznała, że dokumentem wystarczającym do przyjęcia istnienia relacji handlowej pomiędzy dwoma podmiotami jest dokument „faktura pro forma”, który analogicznie jak faktura właściwa nie wymaga, zgodnie z przepisami wykonawczymi **do ustawy o podatku od towarów i usług**, podpisu jej wystawcy. Zrozumiałą jest zatem brak dokumentu w postaci faktury na etapie przed udzieleniem wykonawcy zamówienia i przed podpisaniem umowy, gdyż samo jej wystawienie powoduje powstanie obowiązku podatkowego i wiąże się z koniecznością jego uiszczenia w określonym w przepisach terminie. Jednakże Odwołujący niejako na żądanie Zamawiającego przedstawił taki dokument wraz z innymi wyjaśnieniami nie mając żadnej pewności, czy to właśnie jemu zostanie udzielone przedmiotowe zamówienie.

W tym miejscu wskazać należy dodatkowo, że do uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu, przyczyniło się w części stanowisko samego Zamawiającego zaprezentowane w protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 19.09.2017 r. oraz na rozprawie mającej miejsce w dniu 07.11.2017 r., z którego wynika, że negatywna ocena złożonych przez Odwołującego dowodów była w zasadzie podyktowana osobistymi powiązaniem obu współpracujących podmiotów. W ocenie Izby taka negatywna ocena byłaby możliwa jedynie wówczas, gdyby Zamawiający posiadał dowody, że wszystkie przedłożone dokumenty zostały wytworzone na potrzeby wyjaśnień, zaś wskazywana przez Odwołującego współpraca nie miała w ogóle miejsca. Takich okoliczności Zamawiający nie wykazał, zaś kompleksową ocenę wyjaśnień i uzyskanych dowodów oparł na hipotezach, że tego typu relacje nie pozwalają na ich uwzględnienie i przyjęcie za wiarygodne.

Izba nie podzieliła tego rodzaju argumentacji. Jest to m.in. wynikiem faktu, że odmówienie wiarygodności dowodom złożonym przez Odwołującego ze względu na sygnalizowane przez Zamawiającego relacje osobowe powodowałoby ten skutek, że wykonawcy współpracujący z podmiotami powiązanyymi ze sobą kapitałowo lub osobowo, nie byłiby w stanie podołać ciężącym na nich obowiązkom dowodowym mającym swoje źródło w

treści art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp. Już tylko ten aspekt skutkuje negatywną oceną działań Zamawiającego.

Procedura składania wyjaśnień oparta o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma zasadnicze znaczenia dla ustalenia, czy wykonawca w sposób rzetelny skalkulował swoją ofertę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednakże ich ocena powinna uwzględniać zarówno formę, zakres prowadzenia działalności, jak również inne okoliczności towarzyszące, które mogą mieć wpływ na proces kształtowania wynagrodzenia i ponoszenia (w tym rozkład) kosztów pomiędzy poszczególne zlecenia (dostawy). Z jednej strony tożsamość siedziby obu podmiotów, powiązania osobowe wskazują na ich wzajemną relację, z drugiej zaś strony, co istotne w ramach kształtowania wynagrodzenia i oceny wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, mogą umożliwiać redukcję kosztów, dopuszczalna prawem optymalizację podatkową, podział ponoszonych ciężarów związanych z prowadzoną działalnością, czy też wspólne wykorzystanie posiadanych zasobów (np. powierzchni magazynowej, środków transportu lub nakładów pracy).

Zatem jakiegokolwiek niedoskonałości ujawnione na etapie składania wyjaśnień nie powinny automatycznie skutkować odrzuceniem oferty i nie powinny przysłańcać zasadniczej kwestii, tj. konieczności ustalenia, czy złożona przez wykonawcę oferta została sporządzona w sposób rzetelny i czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga również, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Taki procentowy wskaźnik może mieć znaczenie jedynie przy podjęciu decyzji o wszczęciu procedury wyjaśnienia. Zatem każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie.

Jak zaś skonstatował Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.”*. Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela w pełni wyrażone wyżej stanowisko, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej.

Izba oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, dołączone do nich dowody oraz złożone przez Odwołującego w ramach postępowania odwoławczego dodatkowe dowody z dokumentów uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, że nie sprostał on ciężącym na nim obowiązkom uregulowanym w art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze wypracowane w orzecznictwie Izby oraz Sądów Okręgowych wytyczne związane z pojęciem rażąco niskiej ceny uznać można jedynie, że wynagrodzenie zaoferowane przez Odwołującego zostało wyliczone na niskim poziomie, co nie powoduje jednakże konieczności odrzucenia tej oferty. Odwołujący w dwukrotnie składanych wyjaśnieniach odniósł się, co do zasady, do wszystkich kwestii poruszonych przez Zamawiającego, w drugich zaś wyjaśnieniach doprecyzował jego wątpliwości wyrażone wprost w dodatkowym wezwaniu. Wykazał zatem wysokość kosztów, jakie może ponieść w ramach realizacji zamówienia, i fakt, iż nie konsumują one w całości lub w przeważającej części zakładanego przez Niego zysku.

W ocenie Izby sam fakt, że struktura wynagrodzenia Odwołującego jest prosta i składa się z niewielkiej liczby składników, jak również fakt, że Odwołujący skupił się w zasadzie na wysokości różnicy pomiędzy kosztem zakupu materiałów eksploatacyjnych a kosztem ich odsprzedaży (wyrażonym przez cenę ofertową) nie dyskwalifikuje automatycznie takich wyjaśnień. Żądane przez Zamawiającego w dodatkowym wezwaniu składniki wynagrodzenia mogą, przy takiej strukturze współpracy i formie jej prowadzenia, mieć marginalne znaczenie, zaś brak ich pełnego uwzględnienia lub brak szczegółowego wyspecyfikowania nie powodują automatycznie, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Jak wyżej wskazano, brak jest ustawowego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny, a zatem każdorazowo, zarówno na podmiocie zamawiającym oraz organach rozpoznających środki ochrony prawnej, ciąży obowiązek szczegółowego przeanalizowania okoliczności faktycznych wskazanych przez wykonawcę, w tym uwzględnienia przy ich ocenie jego formy prawnej, rodzaju powiązań z innymi podmiotami oraz zakresu, długości i sposobu prowadzenia działalności gospodarczej. Wynika to z faktu, iż małe i średnie przedsiębiorstwa, jak również mikroprzedsiębiorstwa stanowią przeważającą liczbę uczestników obrotu gospodarczego. Korzystają nierzadko z uproszczonych form podatkowych, uproszczonych metod księgowych, prowadzą działalność na małą skalę, na ograniczonym nierzadko obszarze lub w bardzo wąskim zakresie. Tym samym ich potencjał kadrowy, struktura kosztów są bardzo ograniczone i często redukowane do minimum dzięki pracy własnej wspólników i właścicieli. Powyższe zaś oznacza, że w takich okolicznościach proces konstruowania oferty, wyliczenia ceny ofertowej jest procesem nieskomplikowanym i odbiegającym od zasad jakie są związane z wyceną np. dużych projektów informatycznych, zakrojonych na szeroka skalę przedsięwzięć infrastrukturalnych, czy też wysokospecjalistycznych usług intelektualnych. Tego typu odmienności winny być zatem

brane pod uwagę, zarówno przy wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jak również przy ich ocenie.

Stąd też Izba, kierując się wskazanymi wyżej okolicznościami odnoszącymi się do ogólnych zasad prowadzenia postępowania dowodowego, poddała ocenie dowody przedstawione przez Odwołującego na rozprawie w postaci ofert cenowych dotyczących regenerowanych i nieregenerowanych materiałów eksploatacyjnych, jak również potwierdzenia przelewu i faktury dokumentujących transakcję pomiędzy CK Tonery a Przystępującym. Analiza ofert handlowych skierowanych do CK Tonery od podmiotów zewnętrznych potwierdza, że rynkowe ceny zamienników są zbliżone do tych, które zostały zaoferowane w ofercie handlowej CK Tonery dla Odwołującego. Pozostałe oferty na materiały nieregenerowane obrazują różnice cenowe między zamiennikami i tzw. „oryginałami” – jakiego to pojęcia używa się powszechnie na rynku tego typu materiałów. Ocena i dopuszczenie tych dowodów były spowodowane, jak wyżej wskazano, faktem kwestionowania przez Zamawiającego uprzednio złożonych przez Odwołującego dowodów ze względu na wskazane m.in. w protokole Komisji Przetargowej i na rozprawie powiązań osobowych. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego podniesionych na rozprawie Izba wskazuje, iż daty sporządzenia tych ofert (październik i listopad 2017 r.) nie zmniejszają wiarygodności i mocy dowodowej tych dokumentów, a wręcz przeciwnie, potwierdzają, że ceny te są nadal zbliżone do ceny zaoferowanej w lipcu 2017 r. przez CK Tonery na rzecz Odwołującego i tym samym umożliwiały Odwołującemu na skalkulowanie zysku na takim jak wskazał poziomie.

Podjęta przez Izbę, z uwzględnieniem wszystkich wskazanych wyżej okoliczności, ocena wyjaśnień pozwala na ich przyjęcie jako wiarygodnych i realnych. Powyższe dotyczy również zaprezentowanego przez Odwołującego „rozkładu” kosztów pracowniczych oraz magazynowych pomiędzy poszczególne realizowane zamówienia i przyjęcie, że nakład pracy i koszt utrzymania magazynu zamyka się kwotami 215,13 złotych (stanowiącej wskazany 5-cio procentowy poziom ogólnych kosztów pracowniczych) oraz 75 złotych (stanowiącej 10% kosztów najmu powierzchni magazynowej).

Izba poddając analizie wyjaśnienia Odwołującego wskazujące na wliczenie kosztów dostawy w cenę materiałów eksploatacyjnych oraz „zerowe” koszty odbioru i utylizacji uwzględniła okoliczność, że w umowie Nr 01/CartridgeControlKielce/14 z dnia 02.05.2014 r. zawartej pomiędzy CK Tonery T.W. a Odwołującym zostało wskazane, że odbiór od zleceniodawcy wskazanych tam odpadów jest realizowany celem ich powtórnego wykorzystania w procesie produkcji. Prowadzenie takiego procesu potwierdzają również dołączone przez Odwołującego jako dowody decyzje zezwalające CK Tonery na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów o kodach odpowiadających materiałom eksploatacyjnym do urządzeń drukujących. Mając na uwadze te okoliczności można, w

ocenie Izby, przyjąć za wiarygodne wyjaśnienia Odwołującego o wliczeniu kosztów transportu, odbioru zużytych tonerów, ich rozładunku w cenę nabywanych materiałów eksploatacyjnych. Ich samo przejście przez CK Tonery stanowi dla tego podmiotu wystarczającą gratyfikację ze względu na poddanie ich procesowi regeneracji. Ponadto, jak wynika z treści SIWZ, wykonawcy zostali zobligowani przez Zamawiającego do zapewnienia odbiór zużytych tonerów i przedstawienia w momencie tej czynności karty odbioru odpadu – czego naturalną konsekwencją, w ocenie Izby, było wykorzystanie istniejących relacji i powiązań pomiędzy Odwołującym a CK Tonery.

Odnosząc się do podniesionych przez Przystępującego na rozprawie zarzutów opartych o treści przepisów ustawy Kodeks spółek handlowych i obejmujących nieważność umów zawartych przez Odwołującego z naruszeniem wymaganych przepisami sposobów reprezentacji (umowy pomiędzy członkiem Zarządu a spółką kapitałową) Izba wskazuje, że podzieliła w tym zakresie w całości stanowisko zaprezentowane na rozprawie przez Odwołującego. Po pierwsze Przystępujący, co skutkowało okazaniem na rozprawie umowy zawartej pomiędzy CK Tonery i Odwołującym, nie uwzględnił okoliczności zmian osobowych w organach reprezentujących ten podmiot, nie uwzględnił dat zawarcia kwestionowanych umów oraz możliwości wystąpienia nieformalnych porozumień. Po drugie kwestionując złożone przez Odwołującego dowody z dokumentów pod względem formalnym (zarzut z art. 210 ustawy Kodeks spółek handlowych) doprowadził do przerwania ciężaru dowodu - zgodnie z zasadą, że w takich wypadkach istnieje konieczność przedstawienia dowodu przeciwnego, gdyż ciężar ten spoczywa na osobie która twierdzi, a nie na tej która zaprzecza (*Ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat.* – ciężar dowodowy (onus probandi) spoczywa na tym, kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza). Tym samym zarzut nieważności tych umów winien być przez Przystępującego wykazany dowodem wskazującym na strukturę osobową organu zarządzającego spółki Odwołującego istniejącą w momencie zawarcia kwestionowanych umów. Jak wynika jednak z analizy tych umów umowa, której przedmiotem był odbiór odpadów w postaci zużytych materiałów eksploatacyjnych, została zawarta w imieniu Spółki przez p. M. L. Kolejna umowa dotycząca najmu powierzchni magazynowej została zawarta w imieniu Odwołującego przez p. B.W. – Prezesa Zarządu. Co do oferty handlowej dotyczącej nabycia asortymentu na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego obowiązek jej sformalizowania nie wynika z jakichkolwiek przepisów prawa. Zatem ten zarzut formalny nie został przez Izbę uwzględniony.

Następnie Izba wskazuje, że co do zasady, w ramach procesu wyjaśniania ceny ofertowej wykonawca odpowiada na wyartykułowane wątpliwości podmiotu zamawiającego, w tym odpowiada nierzadko na bardzo szczegółowe pytania. Oznacza to, że jego wyjaśnienia są ściśle związane z kierowanymi do niego przez zamawiającego pytaniami i

trudno zakładać, że winien on wyjaśniać wszelkie składniki ceny – nawet te które nie budzą u zamawiającego żadnych wątpliwości. Jednocześnie pytania kierowane do wykonawcy winny uwzględniać wszelkie okoliczności, w tym strukturę organizacyjną, powiązania biznesowe, formę prawną – o ile są one zamawiającemu znane. Jeżeli takie okoliczności nie są znane podmiotowi zamawiającemu nierzadko dochodzi do sytuacji, że wezwanie zawiera elementy „nadmiarowe” i tym samym nieprzystające do istniejących okoliczności faktycznych.

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie procedura wyjaśniania wątpliwości związanych z kształtowaniem wynagrodzenia jest bardzo specyficznym rozwiązaniem mającym na celu wyeliminowanie z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ofert zawierających cenę na rażąco niskim poziomie, a więc cenę skalkulowaną w sposób nieprawidłowy, nierealny w sposób oczywisty i nie uwzględniający wszystkich czynników cenotwórczych. Takiej eliminacji nie powinny jednak podlegać oferty zawierające ceny niskie, jednakże możliwe do uzyskania w standardowym procesie ofertowania i gwarantujące należyte spełnienie świadczenia. Kształtowanie cen jest bowiem elementem gry rynkowej pozwalającym wykonawcom na konkurowanie w ramach procesu ubiegania się o zamówienie publiczne. W przeciwnym wypadku dochodziłoby do sytuacji, że każdy mechanizm racjonalizacji wysokości wynagrodzenia, każdy mechanizm uzyskiwania rabatów, procesy restrukturyzacji przedsiębiorstw, procedury naprawcze, czy wreszcie stosowanie dopuszczalnej prawem optymalizacji podatkowej skutkowałyby odrzuceniem oferty.

W ocenie Izby wyjaśnienia kierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie są li tylko formalnym aspektem procedury udzielania zamówienia publicznego – a zatem powinny one zmierzać do uzyskania realnych wyników tej procedury. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest zatem uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie” wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem zgodzić się z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia. Oznaczałoby to wówczas konieczność odrzucenia oferty z uzasadnioną ekonomicznie ceną ze względu na pewne braki procedury – a więc eliminowanie z przyczyn formalnych rzetelnie skalkulowanych ofert – pomimo faktu, że kontynuowanie tej procedury może przynieść cel, jakim jest przedstawienie dowodów i wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanego wynagrodzenia. (vide wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1336/17).

Mając na uwadze powyższe brak możliwości wykazania przez wykonawcę pewnych okoliczności (np. sprzyjających warunków realizacji zamówienia, uzyskanych rabatów, preferencyjnych form opodatkowania) może być skutkiem braku ich istnienia. W ramach stosowania instytucji uregulowanej w treści art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp rysuje się jeszcze jeden problem natury praktycznej. W przypadku błędnego założenia, że istnieją podstawy do postawienia wykonawcy zarzutu rażąco niskiej ceny, przy tak zakreślonym w ustawie ciężarze dowodu (vide art. 90 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1a ustawy Pzp) wykazanie realności ceny będzie niosło za sobą znaczne trudności natury dowodowej. Nie sposób bowiem przedstawić dowodów na okoliczność zastosowania metod pozwalających uzyskanie znacznych oszczędności, czy też pomocy publicznej lub sprzyjających dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia, jeżeli cena zawarta w ofercie jest zwykłą ceną rynkową obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod bez wykorzystania jakichkolwiek nadzwyczajnych okoliczności i technik. Wówczas wykonawca będzie musiał zmierzyć się z koniecznością niejako „poszukiwania” dowodów na potwierdzenie faktów, które nie stanowiły podstaw ustalenia i nie przesądzały o wysokości tego wynagrodzenia.

Jednakże w niniejszym stanie faktycznym Izba uznała, że Odwołujący sprostał ciężarom na nim obowiązującym. Wskazał na istniejące relacje handlowe, w tym na zawarte porozumienie dotyczące odbioru zużytych materiałów eksploatacyjnych z podmiotem, który zajmuje się w sposób profesjonalny ich regeneracją i posiada w tym zakresie decyzje na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów. Dodatkowo wskazał podstawowe składniki kosztotwórcze, w tym udowodnił zatrudnienie osoby niepełnosprawnej, koszty najmu powierzchni magazynowej. Izba za racjonalne i zgodne z doświadczeniem życiowym uznała rozłożenie kosztów zatrudnienia i kosztów magazynowania dla objętej przedmiotem niniejszego zamówienia dostawy. Wśród najważniejszych czynników Izba przyjęła za wiarygodną różnicę pomiędzy ceną ofertową a ceną nabycia materiałów eksploatacyjnych, która pozwoli Odwołującemu wypracować zysk przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, odnosząc się do zgodnego stanowiska Zamawiającego i Odwołującego prezentowanego na rozprawie, że mając na uwadze konsekwencje przewidziane w treści § 6 i 7 projektu umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) każdy wykonawca bierze na siebie odpowiedzialność materialną związaną z awarią sprzętu będącą skutkiem zastosowania niewłaściwej jakości materiałów eksploatacyjnych. Tym samym interes ekonomiczny Zamawiającego jest chroniony tymi postanowieniami umowy w wystarczający sposób. Odwołujący oferując materiały eksploatacyjne w postaci zamienników bierze na siebie ryzyko z tym związane.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.



Izba wskazuje, że nie potwierdził się jednak, wskazany w odwołaniu, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie stanowił on podstawy prawnej działań Zamawiającego (vide: pismo z dnia 04.10.2017 r.). Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera samoistną przesłankę odrzucenia oferty i to ten przepis stanowił podstawę prawną dla jego działań.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

