

WYROK

z dnia 17 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firma KC Consulting J. W. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Izbę Administracji Skarbowej w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy,**

przy udziale wykonawcy **Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Izbie Administracji Skarbowej w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy ponowienie czynności badania i oceny ofert połączone z unieważnieniem czynności odrzucenia oferty wykonawcy J. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firma KC Consulting J. W. z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Izbę Administracji Skarbowej w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy i:**
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firma KC Consulting J. W. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,**
 - 3.2 zasądza od zamawiającego Izby Administracji Skarbowej w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz wykonawcy J. W., prowadzącego**

działalność gospodarczą pod firma KC Consulting J. W. z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1560/18

UZASADNIENIE

Izba Administracji Skarbowej w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów na potrzeby jednostek Izby Administracji Skarbowej w Bydgoszczy (postępowanie nr 0401- ILZ.260.2.4.2018)”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 maja 2018 r. pod numerem 2018/S 091-206782.

W dniu 26 lipca 2018 r. Zamawiający, w formie elektronicznej, przekazał wykonawcy J. W. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firma KC Consulting J. W. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący” lub „KC Consulting”) informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

W dniu 6 sierpnia 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego, polegających na badaniu i ocenie ofert oraz czynności odrzucenia jego oferty. Odwołujący wskazywał na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy, przez wadliwe dokonanie oceny i badanie ofert;
3. art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy, przez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem na okoliczność, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
4. naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy, przez błędną wykładnię i zastosowanie, albowiem zdaniem Odwołującego, ocena jego wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami była całkowicie swobodna i oderwana od okoliczności przekazanych w złożonych wyjaśnieniach, a wprost przeciwnie oparta o okoliczności całkowicie domniemane i wymyślone przez Zamawiającego w oderwaniu od zdanego stanu faktycznego, mające charakter spekulacji i przypuszczeń.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, które ma doprowadzić do unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy KC Consulting, albowiem w jego ocenie jego oferta posiada ustawowe znamiona oferty najkorzystniejszej.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in. że Zamawiający odrzucił jego ofertę z powołaniem na okoliczność, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca KC Consulting twierdził, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, na który powołuje się Zamawiający w treści swojego pisma z dnia 26 lipca 2018 r., zawiera przesłankę „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”, tymczasem Zamawiający w swoim uzasadnieniu do decyzji o odrzuceniu oferty, nie kwestionuje, że oferta generuje zysk dla wykonawcy, lecz pisze o niedbałym jej sporządzeniu lub skorygowaniu wyjaśnień, niespójności. Zdaniem Odwołującego fakty tego rodzaju nie mają jednak jakiegokolwiek wpływu na ocenę niniejszej przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Odrzucenie oferty ma zatem miejsce tylko i wyłącznie wtedy, gdy zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a z wyjaśnień Odwołującego i analizy Zamawiającego nie wynikają jakiegokolwiek fakty, nie ma dowodu, że cena generuje stratę, lub jest nierealistyczna, „za niska” w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwrotnie złożone wyjaśnienia i ustalenia Zamawiającego dowodzą, że wynik oferty daje zadowalający i usprawiedliwiony zysk. Odwołujący podnosił, że pomniejszenie prowizji nie powoduje, że kontrakt nie jest opłacalny, wprost przeciwnie wykonawca nadal jest nim zainteresowany i jego zdaniem daje on zadowalający zysk, albowiem gdyby było inaczej, to wykonawca nie składałby odwołań oraz zaniechałby odpowiedzi na wyjaśnienia w zakresie „rażąco niskiej ceny” co spowodowałoby, że oferta jego uległaby odrzuceniu i na tym jego udział w postępowaniu by się zakończył. Twierdził, że przywołane wyroki KIO przez Zamawiającego są bezprzedmiotowe do oceny zastanego stanu faktycznego, dotyczą przypadku, gdy wyjaśnienia budzą podejrzenia natomiast wyjaśnienia Odwołującego są pełne i transparentne, czego Zamawiający nie kwestionuje, twierdzi jedynie, że umniejszenie zysku pociąga skutek odrzucenia oferty, bez analizy jednak - z czego ten wniosek wynika. Odwołujący wskazywał również, że Zamawiający nie odniósł się, czy istniejący zysk z kontraktu jest wystarczający i atrakcyjny ale uznał automatycznie, że jego umniejszenie jest niedozwolone, gdy tymczasem wniosek taki jest contra legem i nie pociąga za sobą rygору odrzucenia oferty. Wykonawca KC Consulting oświadczył, że zysk na kontrakcie jest zyskiem powszechnie stosowanym w branży IT jako wystarczający i pozwalający na uczciwy i atrakcyjny zarobek.

Odnosnie zarzutów ujętych w punkcie 2 i 3 (gdyż w dużej części się one pokrywają i dotyczą tych samych okoliczności) Odwołujący wyjaśniał, że z pisma

Zamawiającego z dnia 26 lipca 2018 r. wynika, iż Zamawiający nie dokonał oceny wyjaśnień Odwołującego, ale zbudował swój model wykonania usługi, oparty o kilka niewiadomych, a skutki tej niepewności przypisał Odwołującemu. Dowodem na prawdziwość tej tezy jest np. dywagacja Zamawiającego na temat kosztów paliwa, które nie wiadomo jak będą się kształtowały w przyszłości. Zarzut tego rodzaju jest jednak pusty, gdyż wykonawca kalkuluje ofertę wg swojego doświadczenia i zamysłu biznesowego i nie musi on np. doliczać do wartości ceny oferty zmiany ceny paliw w skali 36 miesięcy, bo ceny te mogą przecież tak samo zmaleć, gdyż ich wysokość zależy od czynników makroekonomicznych o skali globalnej, na co Zamawiający nie ma wpływu. Nie oznacza to jednak, że kalkulowanie oferty należy oprzeć o spekulacje. Tak samo zarzut rzekomego pomylenia średniej liczby kilometrów koniecznych do przejechania z 40 do 50, nie został poparty dowodem z czego wynika. Zapewne z tego, że Zamawiający skalkulował cenę „za wykonawcę” doliczając mu dojazd do lokalizacji, w których jednak Odwołujący ma swój personel techniczny, tj. np. Bydgoszcz, Toruń. Odwołujący twierdził, że Zamawiający dolicza do odległości przejazdu „puste”, które nie będą miały miejsca w rzeczywistości. Gdyby nawet jednak je doliczać, to zmiana wysokości kosztów paliwa byłaby na poziomie pomijalnym, nie mającym znaczenia dla zysku wykonawcy, będącymi normalnymi kosztami działalności przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, sposób w jaki Zamawiający stawia zarzuty w tym punkcie dowodzi braku wiedzy na temat sposobu realizacji zamówienia przez Odwołującego, który zaoferował całkowicie odmienny system od tego, który jest w posiadaniu Zamawiającego obecnie, bowiem Zamawiający wykorzystuje system wydruku w oparciu o małe drukarki i niskowydajne urządzenia wielofunkcyjne w zróżnicowanym, bardzo rozproszonym środowisku, natomiast Odwołujący zaoferował system oparty o drukarki i kopiarki wysokowydajne, szybko kopiujące, najnowocześniejsze na rynku, w dużej części bezobsługowe w stosunku do narzędzi posiadanych przez Zamawiającego, o najniższej awaryjności na rynku tego typu urządzeń, posiadające zdalny system raportujący o błędach czy usterkach. Zatem nawet wtedy, gdy maszyna ulega awarii, to jest ich nieporównywalnie mniej, nadto naprawa jest szybka, czasami zdalna, a na pewno nie wymaga wielokrotnych wizyt w tym samym celu, gdyż przed wyjazdem pracownik serwisu pobiera zdalnie z maszyny wiedzę o błędzie razem z jego kodem, może zatem idealnie zdiagnozować awarię i zaopatrzyć się w wymagane części do wymiany. Odwołujący podkreślał, że zaoferowany przez niego system oparty o

wysokowydajne urządzenia KYOCERA jest systemem, którego awaryjność jest na poziomie poniżej 0,5%, dlatego dotychczasowe doświadczenie Zamawiającego o awaryjności małych drukarek i niskowydajnych urządzeń wielofunkcyjnych wprowadziło go w błąd, że zawsze musi „to tak wyglądać”, gdy tymczasem zmiana na nowoczesny system może wprowadzić nową jakość, z którą dotychczas Zamawiający nie obcował. Zresztą najczęściej do awarii nie dochodzi, gdyż z raportów jakie przesyła maszyna wynika, jakie części się zużywają i zanim to nastąpi, to w ramach stałych kontaktów, to części są wymieniane przed awarią, w ramach czynności konserwacyjnych i prewencyjnych. Zatem porównywanie przez Zamawiającego posiadanego przez niego systemu z tym, który oferuje Odwołujący doprowadziło go do błędu i wadliwej czynności odrzucenia oferty. Podany przykład z pisma Zamawiającego o koszcie 50 złotych za rolkę, jest kosztem dla finalnego użytkownika, jaki zapewne stosuje jedyny pozostawiony w postępowaniu wykonawca Galaxy. Prawda jest taka, że rolki takie kupuje się w opakowaniach zbiorczych po kilkadziesiąt sztuk w cenie kilkadziesiąt złotych, ale za opakowanie, dlatego marże na jakie jest obecnie narażony Zamawiający zbudowały w nim fałszywą wiedzę o świadczeniu usług tego rodzaju. Koszty ponoszone obecnie, nie muszą być tak wysokie, czego dowodem na okoliczność są cena oferty, którą Zamawiający bezpodstawnie usiłuje wyeliminować, kierując się fałszywym obrazem rynku usług IT. Tak samo ma się sprawa z wysyłką tonerów, ceny przesyłek kurierskich dla stałych klientów są na niskim poziomie, tj. 15 złotych za paczkę do 30 kilogramów, są one zatem normalnym kosztem ogólnym działania przedsiębiorstwa i nie mają wpływu na zysk, nadto jak pokazuje doświadczenie życiowe, w przypadku tonerów wysyłane są one jednorazowo po kilka sztuk, co sprowadza koszty wysyłki na całym kontrakcie do poziomu kosztu pomijalnego.

Odwołujący podnosił, że z uwagi na fakt, że zaoferowane „systemy” są nieporównywalne, nawet potoczna, notoryjna wiedza o rzeczywistości podpowiada, że jako nieuzasadnione i całkowicie spekulatywne i pozbawione sensu są zatem wywody i porównania małych drukarek z nowoczesnymi, „wielkimi” urządzeniami wysokowydajnymi i w pełni zautomatyzowanymi. Wynikowo porównywanie ilości dojazdów do Zamawiającego w oparciu o dotychczasową jego wiedzę jest nic nie warte, gdyż to wykonawca jako profesjonalista w swojej branży winien skalkulować ofertę w oparciu o swoje doświadczenie i posiadane know-how co uczynił Odwołujący, a co Zamawiający bez racjonalnych podstaw, na zasadzie twierdzenia

ex cathedra kwestionuje. Odwołujący jest profesjonalistą w swojej branży, działa od 18 lat z powodzeniem na rynku, posiada know-how w tego typu usługach, obsługuje kilkadziesiąt identycznych kontraktów publicznych, dlatego potrafi on należycie skalkulować ofertę na tego typu przedmiot zamówienia. Branża, w której działa Odwołujący co najważniejsze nie podlega „losowości” i wpływowi czynników nieprzewidywanych, tj. np. pogodowych, losowych etc. Dlatego wszystko zostało skalkulowane i nie trzeba tworzyć „zakładki” na wszelki wypadek czego oczekuje nie wiadomo dlaczego Zamawiający.

Przechodząc bowiem do zarzutów z punktu 4 pisma z dnia 26 lipca 2018 r. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający uważa, że nie uwzględniono w ofercie ryzyka gospodarczego. W ten sposób jednak uderza on „sam w siebie”, gdyż gdyby takie ryzyko miało wystąpić, to oznaczałoby to, że opis przedmiotu zamówienia był sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp, czyli niepełny, nieprecyzyjny etc. Odwołujący oświadczył, że właściwie zrozumiał opis przedmiotu zamówienia i objął go w całości ofertą. Jego zdaniem na wykonanie przedmiotu zamówienia nie mają wpływu czynniki o charakterze losowym, dlatego zarzut Zamawiającego jest „wyssany z palca” i służący wyeliminowaniu Odwołującego z postępowania z powołaniem na zarzuty pozorne i nierealne. Wykonawca KC Consulting zwracał uwagę, że jego obrót z kontraktów tego rodzaju, to ok. 1 mln złotych w skali miesiąca ergo cena oferty dowodzi, że niniejszy potencjalny kontrakt, stanowiłby ok. 0,5 % miesięcznego obrotu, tak więc nie miałby on wpływu na stabilną pozycję firmy i w żaden sposób nie jest w stanie ani „wywindować” ani umniejszyć usprawiedliwionych dochodów firmy. W ocenie Odwołującego nie ma zatem powodu, dlaczego akurat na tym kontrakcie, Odwołujący miałby budować w ofercie pozycję „nieprzewidziane ryzyko”, jakie wymyślił sobie Zamawiający. Nota bene, wymyślił w sposób nieusprawiedliwiony, gdyż w razie, jeżeli takie ryzyko się pojawia, to każdy wykonawca jest zabezpieczony z mocy obowiązywania art. 142 ust. 5 Pzp.

Odnosnie pkt 5 zarzucającego pominięcie tzw. kosztów administracyjnych Odwołujący stwierdził, że „nie wiadomo” do czego zarzut tego rodzaju ma się sprowadzać. Jak napisano powyżej, opis przedmiotu zamówienia pozwalał skalkulować ofertę w sposób pełny i transparentny. Odwołujący zwracał uwagę, że co do zasady w przypadku zamówień tego rodzaju, nie możliwym jest przedstawienie precyzyjnej np. relacji jak na cenę oferty wpływają takie elementy cenotwórcze jak

np. np. know-how, ceny energii, czy koszty 1 księgowej itp. Czynniki takie dotyczą w szczególności zamówień na roboty budowlane a nie zamówień na jednostkowe (rozproszone) dostawy czy usługi, dlatego w tym zakresie niemożliwe jest dokładne wyliczenie jak na to konkretne zamówienie wpływają w/w czynniki, gdyż koszty działalności KC Consulting mają charakter nie spersonalizowany i niepodzielny na konkretny kontrakt.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający ma prawo zażądać odpowiednich dowodów, jednak ich niezłożenie wg „listy Zamawiającego” nie może skutkować automatycznym uznaniem oferty za podlegającą odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny. Zamawiający zobowiązany jest przeanalizować i ocenić otrzymane wyjaśnienia m.in. pod kątem ich wiarygodności i dopiero w przypadku uznania, iż nie odzwierciedlają one rzeczywistego stanu rzeczy, powinien odrzucić ofertę.

W opinii Odwołującego przekazane na wezwanie Zamawiającego (podwójne wyjaśnienia) oraz argumenty w odwołaniu, w całej rozciągłości pozwalają stwierdzić, że nie zachodzą jakiegokolwiek przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy KC Consulting, a zarzuty Zamawiającego są oparte na fałszywej wiedzy i niczym nie popartych domysłach lub błędnych założeniach co do bliżej nie znanej kategorii, którą można by zamknąć w słowie „przyszłość”, a którą nie wiadomo dlaczego, Zamawiający każe kalkulować w rubryce „ryzyko”.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący twierdził, że cena jego oferty jest w pełni realistyczna, zapewnia należyte wykonanie zamówienia i godziwy zysk wykonawcy. Zaprzeczał, że jej elementy zostały sztucznie zaniżone dla naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

W dniu 9 sierpnia 2018 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący” lub „Galaxy”).

W dniu 13 sierpnia 2018 r. do Izby ze strony Zamawiającego wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu podnosił, m. in., że Odwołujący w swojej kalkulacji w ogóle nie ujął kosztów dojazdu, pomimo faktu, że koszty te będzie ponosił. To samo odnosił się do kosztów przesyłek pocztą kurierską i kosztów zakupu rolek, których pomimo niekwestionowania konieczności ich ponoszenia, Odwołujący nie ujmuje w kalkulacji

ceny. Odnosząc się natomiast do bezawaryjności zaoferowanego sprzętu, to Zamawiający wskazał, że nie przedłożono na tę okoliczność żadnego dowodu, zatem Zamawiający musi opierać się na własnym doświadczeniu, zgodnie z którym nie ma całkowicie niezawodnych, bezawaryjnych drukarek/urządzeń wielofunkcyjnych, w których nie występują chociażby zwykłe zacięcia papieru.

Ponadto Zamawiający twierdził, że nie sposób jednak przyjąć, że w rzetelnie skalkulowanej cenie usługi, obejmującej okres 36 miesięcy nie ujmuje się rezerwy na nieprzewidziane wydatki, z uwagi chociażby na skutki związane z inflacją. Jak już wcześniej wspomniano kalkulacja nie zawiera wszystkich kosztów, których ponoszenie przez wykonawcę jest bezsporne. Należą do nich w szczególności koszty: dojazdu, przesyłek kurierskich, rezerwy na nieprzewidziane wydatki i ryzyka przedsięwzięcia oraz administracyjne. Zamawiający twierdził, że wyjaśnienia Odwołującego jako niepełne, niespójne i przede wszystkim potwierdzające, że kalkulacja ceny nie zawiera wszystkich kosztów, które bezsprzecznie będą ponoszone, nie przekonały Zamawiającego, że cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający wyjaśniał, że opierał się włącznie na informacjach przekazanych mu w wyjaśnieniach, a że były one nierzetelne, niekonkretne i niewyczerpujące, to nie rozwiały wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie działał automatycznie, wręcz przeciwnie z należytą starannością przeanalizował wyjaśnienia i w odniesieniu do otrzymanych informacji, opierając się na przepisach ustawy i działając w granicach prawa był zobligowany do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający wskazywał, że wyjaśnienia Odwołującego były niespójne, niekonkretne i pozostawiły wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (nieujęcie wszystkich kosztów), dlatego Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, w powiązaniu z art. 90 ust. 3 Pzp.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w „Informacji z otwarcia ofert” z dnia 29 czerwca 2018 r. podano, że kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi ogółem: 4 620 141,82 zł brutto, w tym:

- dla części I: 1 777 877,56 zł brutto,
- dla części II: 1 976 813,20 zł brutto,
- dla części III: 865 451,06 zł brutto.

W ramach prowadzonego postępowania oferty złożyli następujący wykonawcy:

Lp.	Wykonawca	Część postępowania	Cena oferty brutto (w złotych)		
			Zamówienie podstawowe	Prawo opcji	Cena łącznie
1	2	3	4	5	6
1.	KC Consulting	I	817 535,37	245 258,69	1 062 794,06
		II	913 427,17	274 029,22	1 187 456,39
		III	401 891,24	120 566,52	522 457,76
2.	DKS Sp. z o.o.	I	1 554 814,62	466 441,09	2 021 255,71
		II	1 620 276,30	486 084,60	2 106 360,90
		III	731 611,87	219 482,01	951 093,88
3.	Galaxy	I	1 064 005,95	176 453,24	1 780 459,19
		II	1 761 419,88	197 478,78	1 958 898,66
		III	765 574,51	86 179,59	851 754,10

Pismem z dnia 2 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy do złożenia wyjaśnień wraz z przedłożeniem dowodów, celem wykazania, iż cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska. W piśmie wyjaśnił m. in., że zaoferowana przez wykonawcę cena oferty:

- w zakresie części I zamówienia wynosi 1.062.794,06 zł i jest niższa o 40,22% od wartości szacunkowej tej części zamówienia oraz o 34,46 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
- w zakresie części II zamówienia wynosi 1.187.456,39 zł i jest niższa o 39,93% od wartości szacunkowej tej części zamówienia oraz o 32,18 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;

- w zakresie części III zamówienia wynosi 522.457,76 zł i jest niższa o 39,63% od wartości szacunkowej tej części zamówienia oraz o 32,59 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z dnia 6 lipca 2018 r. złożył żądane wyjaśnienia, w których zawarł szczegółowe wyliczenia, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny i jej istotnych części. Wraz z wyjaśnieniami Odwołujący przekazał Zamawiającemu dowody, mające potwierdzać, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga, że treść wyjaśnień została objęta przez wykonawcę klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Następnie pismem z dnia 13 lipca 2018 r. Zamawiający art. 90 ust. 1 i 1a ustawy wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający w treści pisma wyjaśnił m. in., że w wyniku przeprowadzonej analizy przekazanych wyjaśnień, Zamawiający ustalił co następuje:

1. W części „Wyliczenia kosztów pracy personelu” Wykonawca wskazał wartość 9.750,00 zł jako całkowite koszty pracy personelu w rozliczeniu miesięcznym.
2. W części „Wyliczenia kosztów wydruku”, we wzorze CKN, Wykonawca użył wartości 9.750,00 zł czyli kosztów pracy personelu w rozliczeniu miesięcznym. Obliczając udział kosztu nabycia sprzętu wraz z pracą personelu w jednym pakiecie 100 wydruków przez cały okres trwania umowy koszty pracy personelu powinny być obliczone dla 36 miesięcy (całego okresu obowiązywania umowy).
3. Ewentualna korekta polegająca na przemnożeniu kwoty 9.750,00 zł miesięcznie o 36 miesięcy powinna skutkować korektą wykazanego „Udziału kosztu nabycia całego sprzętu wraz z pracą personelu obsługującego w jednym pakiecie 100 wydruków”

Tajemnica przedsiębiorstwa

4. Rozbieżność pomiędzy cenami tonerów wskazanymi w części „Wartość kosztów eksploatacyjnych”, a cenami wynikającymi z przedstawionego cennika zakupu tonerów stanowiącego załącznik nr 3 do wyjaśnień.
5. Wykonawca nie wskazał w przesłanych wyjaśnieniach:
 - udziału kosztów dojazdu w kalkulacji ceny,

- udziału kosztów wymiany części i materiałów eksploatacyjnych (np. bębny, wałki) w okresie obowiązywania umowy, tj. przez 36 m-cy,
 - gwarancji zachowania cen tonerów zaoferowanych mu przez kontrahenta przez cały okres obowiązywania umowy (przedstawiono cennik tonerów na maj 2018 r.)
 - ewentualnego ryzyka przedsięwzięcia,
 - udziału kosztów administracyjnych,
 - zachowanej rezerwy na nieprzewidziane wydatki,
 - udziału kosztów utylizacji tonerów (w przesłanych wyjaśnieniach zawarto jedynie adnotację o ich nie znaczącym wpływie na zaoferowane ceny).
6. Przesłane wyjaśnienia i przedstawiona w nich metodologia kalkulacji cen ofert nie wykazują w sposób precyzyjny w jaki sposób zostały skalkulowane zaoferowane ceny 2,84 zł brutto za pakiet monochromatyczny oraz 13.53 zł brutto za pakiet kolorowy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył żądane wyjaśnienia pismem z dnia 17 lipca 2018 r. wraz z którym przesłał dowody na potwierdzenie, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Powyższe wyjaśnienia, podobnie jak poprzednie zostały przez Odwołującego objęte klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zamawiający po dokonaniu badania zasadności zastrzeżenia przez Odwołującego ww. wyjaśnień jako zawierających informacje wrażliwe o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa doszedł do przekonania, że nie wszystkie zastrzeżone w wyjaśnieniach przez Odwołującego informacje należy uznać za poufne i w związku z tym część z nich została ujawniona.

Pismem z dnia 26 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, gdyż zawiera rażąco niską cenę, a dokonana ocena wyjaśnień (wraz ze złożonymi dowodami) przesłanymi przez wykonawcę w dniach 6 i 17 lipca 2018 r. potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśnił m. in., że w jego opinii wykonawca w wyniku swoich działań, tj. zarówno wyjaśnień przesłanych w dniu 6 lipca 2018 r. oraz dodatkowych wyjaśnień przesłanych w dniu 17 lipca 2018 r. nie udowodnił, że jego cena nie jest rażąco niska. I tak:

1. W wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 13 lipca 2018 r. Zamawiający zwrócił uwagę, iż w części „Wyliczenia kosztów pracy personelu” wykonawca wskazał wartość 9.750,00 zł jako całkowite koszty pracy personelu w rozliczeniu miesięcznym. W części „Wyliczenia kosztów wydruku”, we wzorze CKN, Wykonawca użył wartości 9.750,00 zł czyli kosztów pracy personelu w rozliczeniu miesięcznym. Obliczając udział kosztu nabycia sprzętu wraz z pracą personelu w jednym pakiecie 100 wydruków przez cały okres trwania umowy koszty pracy personelu powinny być obliczone dla 36 miesięcy (całego okresu obowiązywania umowy). Ewentualna korekta polegająca na przemnożeniu kwoty 9.750,00 zł miesięcznie o 36 miesięcy powinna skutkować korektą wykazanego „Udziału kosztu nabycia całego sprzętu wraz z pracą personelu obsługującego w jednym pakiecie 100 wydruków” z wskazanej wartości... **Tajemnica przedsiębiorstwa**. W wyjaśnieniach przesłanych w dniu 17 lipca 2018 r., wykonawca przyznał Zamawiającemu rację, określając popełniony przez siebie błąd jako „omyłkę pisarką” i przedstawił „aktualną kalkulację” pomniejszającą Całkowitą Prowizję Handlową z wykazanej w wyjaśnieniach z dnia 6 lipca 2018 r. kwoty **Tajemnica Przedsiębiorstwa** dokonując tym samym modyfikacji wcześniej przedłożonych wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że powyższe wskazuje, iż oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu została przygotowana w sposób niedokładny i nierzetelny, ponieważ trudno uznać za precyzyjne takie skalkulowanie ceny, które zostanie podważone przez Zamawiającego na samym wstępie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zmniejszenie wartości zakładanego zysku o ponad 60% czyli o kwotę **Tajemnica przedsiębiorstwa** brutto, jednoznacznie wskazuje, że Wykonawca nie skalkulował ceny oferty właściwie.
2. W wezwaniu do w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 13 lipca 2018 r. Zamawiający zwrócił uwagę, iż wykonawca nie wskazał w przesłanych wyjaśnieniach udziału kosztów dojazdu w kalkulacji ceny. W wyjaśnieniach

przesłanych w dniu 17 lipca 2018 r. wykonawca wskazał, iż w ciągu 36 miesięcy planuje dokonać 6 wizyt w danej lokalizacji (34 jednostki skarbowe) czyli łącznie 204 przejazdy serwisowe. Według wiedzy Zamawiającego ani podana przez wykonawcę średnia odległość jednostek Zamawiającego od bazy serwisowej (40 km), ani średnia cena paliwa w okresie obowiązywania ewentualnie zawartej umowy (5,00 zł za litr) nie znajdują oparcia w rzeczywistości. A mianowicie: średnia odległość jednostek od bazy serwisowej Zamawiającego wynosi około 50 km, brak również podstaw dla założenia, że przez trzy lata obowiązywania umowy średnia cena paliwa utrzyma się na zakładanym przez wykonawcę pułapie. Wykonawca pominął część jednostek Zamawiającego ograniczając ich liczbę do 17, traktując dojazd do lokalizacji bydgoskich i toruńskich jako nie generujący kosztów. Ponadto wykonawca przyjmując ilość 6 wizyt w danej lokalizacji nie wziął pod uwagę konieczności interwencji poza założoną ilość np. w przypadku poważniejszych zacięć papieru, wymiany uszkodzonych części eksploatacyjnych, które z doświadczenia Zamawiającego występują często w związku ze znaczną eksploatacją wykorzystywanych urządzeń, również w urządzeniach fabrycznie nowych, objętych gwarancją. Z danych posiadanych przez Zamawiającego w trakcie aktualnie realizowanej umowy na outsourcing wydruków miało miejsce około 90 wizyt, poza przeglądami serwisowymi. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że koszty dojazdu wskazane w dodatkowych wyjaśnieniach, w wysokości 1.224,00 zł nie zostały uwzględnione w zaktualizowanej kalkulacji. Dodatkowo, według wiedzy Zamawiającego zestawy Maintenance Kit (o których wspomina w wyjaśnieniach wykonawca) nie obejmują kosztu zużytych rolek podawania, w wysokości około 50,00 zł netto za sztukę, których zużycie występuje po przekroczeniu 150.000 sztuk wykonanych wydruków. To kolejny realny koszt, który wykonawca pominął w wyjaśnieniach. Zamawiający wskazuje również, że składając ofertę wykonawca zobowiązał się do reakcji na wezwanie w ciągu tego samego dnia roboczego, przy założeniu, że wezwanie zostanie przesłane do godziny 11:00. Czas reakcji serwisu jest jednym z kryteriów oceny ofert. Wskazane w wyjaśnieniach wykonawcy eliminowanie tzw. „pustych przebiegów” nie znajdzie zatem odzwierciedlenia w przypadku każdej sytuacji awaryjnej, która zaistnieje w ramach realizacji przedmiotowego postępowania. Poza tym, z uwagi na doświadczenie Zamawiającego,

interwencja serwisowa nie zawsze kończy się pojedynczym dojazdem w ramach jednego zgłoszenia awarii — wykonawca zdaje się nie przewidywać takiej sytuacji.

3. W wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 13 lipca 2018 r. Zamawiający zwrócił uwagę, iż wykonawca nie wskazał w przesłanych wyjaśnieniach udziału kosztów wymiany części i materiałów eksploatacyjnych (np. bębny, wałki) w okresie obowiązywania umowy, tj. przez 36 m-cy. O ile Zamawiający przyjmuje jako uzasadnione wyjaśnienia w zakresie zestawu Maintenance Kit, to według wiedzy Zamawiającego ww. zestaw nie obejmuje kosztu wymiany zużytych rolek podawania, w wysokości około 50,00 zł netto za sztukę, których zużycie występuje po przekroczeniu 150.000 wykonanych wydruków. To kolejny realny koszt, który Wykonawca pominął w wyjaśnieniach oraz kalkulacji ceny. Podobnie jest z wysyłką tonerów za pośrednictwem firm kurierskich. Koszt dostawy tonerów do 32 jednostek (przyjmując trzy lokalizacje Izby Administracji Skarbowej w Bydgoszczy jako jedną) w ciągu 36 miesięcy można w skali realizacji umowy uznać za niewielki, ale nie pomijalny. Winien on być zatem uwzględniony w rzetelnie skalkulowanej wycenie. W wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 13 lipca 2018 r., Zamawiający zwrócił uwagę, iż Wykonawca nie wskazał ewentualnego ryzyka przedsięwzięcia oraz zachowanej rezerwy na nieprzewidziane wydatki.
4. W wyjaśnieniach przesłanych w dniu 17 lipca 2018 r., wykonawca przeniósł konieczność określenia rezerwy na nieprzewidziane wydatki na Zamawiającego i jego czynności związane z przygotowaniem OPZ, potwierdzając tym samym, że takiej rezerwy w ramach przygotowywania oferty nie zabezpieczył. Zamawiający wskazywał, że w ramach ww. rezerwy wykonawca mógłby umieścić wykazywane przez siebie istniejące koszty, które z pewnych względów pomija oraz koszty, których istnienie wykazuje Zamawiający w niniejszym piśmie.
5. W wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 13 lipca 2018 r. Zamawiający zwrócił uwagę, iż wykonawca nie odniósł się do kwestii kosztów administracyjnych. W wyjaśnieniach przesłanych w dniu 17 lipca 2018 r., wykonawca poddał w wątpliwość możliwość wyliczenia tego składnika

ceny w odniesieniu do konkretnego zamówienia. Zdaniem Zamawiającego rzetelna kalkulacja cen ofertowych powinna ten składnik zawierać. W przesłanych wyjaśnieniach dotyczących kalkulacji ceny nie zostały ujęte koszty administracyjne.

Podsumowując, Zamawiający wyjaśniał, że w sposób obiektywny i racjonalny ocenił złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, mając na uwadze przede wszystkim zbadanie, czy poczynione przez wykonawcę założenia są realne oraz czy nie świadczą o zaoferowaniu wykonania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską. Z wyjaśnień złożonych dnia 17 lipca 2018 r. jednoznacznie wynika, że w kalkulacji ceny nie zostały ujęte koszty:

- dojazdu,
- rezerwy na nieprzewidziane wydatki i ryzyka przedsięwzięcia,
- administracyjne,
- przesyłek pocztą kurierską,

co w połączeniu z okresem realizacji zamówienia (36 m-cy) oraz pomniejszeniem zysku o ponad 60% jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca nie sprostał rozwianiu wątpliwości Zamawiającego oraz obowiązkowi wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W toku rozprawy Odwołujący złożył następujące dokumenty celem przeprowadzenia z nich dowodu:

- ofertę cenową firmy DHL z dnia 29.12.2017 r. w zakresie nadawania przesyłek,
- wydruki z katalogu części urządzenia urządzeń: Taskalfa 556Ci, Ecosys M3655 idn, Taskalfa4002i,
- oferta serwisowa firmy Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych uzyskanych od producenta urządzeń Kyocera Document Solutions,
- oświadczenie firmy Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 13 sierpnia 2018 r. w zakresie stopnia awaryjności urządzeń firmy Kyocera,

- wydruk ze strony firmy Kyocera potwierdzający wysoką niezawodność urządzeń tego producenta.
- korespondencję e-mail kierowaną do KYOCERA na potwierdzenie okoliczności związanej z procesem wydruku błędów i awarii, który może być usuwany zdalnie. Wraz z korespondencją przekazano dokument w języku angielskim, który miał potwierdzać, że istnieje odpowiednia książka kodów do odczytania awarii, która jest zgłaszana za pomocą konkretnego kodu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucił Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). W świetle znowelizowanej treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że: „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]”. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot

zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku z brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne częściowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach 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”. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: „odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu

osiągnięcia zysku; zaferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba wskazuje, że Zamawiający dwukrotnie wzywał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy do złożenia wyjaśnień wraz z przedłożeniem dowodów, celem wykazania, iż cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska. Pierwsze wezwanie miało charakter blankietowy, gdyż wskazano w nim treść konkretnych przepisów Pzp, jak również odniesiono cenę oferty Odwołującego do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz wartości szacunkowej z uwzględnieniem wartości procentowych. Wyjaśnienia Odwołującego udzielone na wezwanie Zamawiającego spowodowały, że Zamawiający doszedł do przekonania, że niezbędne jest wystosowanie kolejnego wezwania, już bardziej skonkretyzowanego w treści, nakierowanego na wyjaśnienie określonych zagadnień. Również w tym przypadku na żądanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił stosowne wyjaśnienia, które zostały uznane przez Zamawiającego za nierzetelne i niewystarczające co w konsekwencji skutkowało tym, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z powiązaniem z art. 90 ust. 3 ustawy. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający stwierdził, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami przesłanymi przez wykonawcę potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Wobec tego Izba uznała za zasadne i konieczne odniesienie się w tym miejscu do wskazanych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, zawartych w piśmie z dnia 26 lipca 2018 r., ponieważ dostrzec należy, że Izba w ramach postępowania odwoławczego zobowiązana była dokonać oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z powiązaniem z art. 90 ust. 3 ustawy.

Przede wszystkim należy zwrócić na uwagę na niesporną między stronami okoliczność uzyskania przez Odwołującego zysku w związku z realizacją przedmiotowego kontraktu. Zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i w toku rozprawy Zamawiający nie podnosił tego, że zaferowana przez Odwołującego cena

jest ceną nierealistyczną, odbiegającą od realiów rynkowych, za którą nie można wykonać prawidłowo przedmiotu zamówienia, a twierdził jedynie, że w wyjaśnieniach z dnia 17 lipca 2018 r. wykonawca zmniejszył poziom zysku. W piśmie z dnia 26 lipca 2018 r. Zamawiający w ogólnie nie odniósł się do zagadnienia, czy istniejący zysk z kontraktu jest wystarczający i atrakcyjny, uznał automatycznie, że jego umniejszenie jest niedozwolone. Dopiero w toku rozprawy Zamawiający podniósł, że jego zdaniem realizacja kontraktu zakłada zysk na zbyt niskim poziomie. Nie mniej jednak powyższemu stwierdzeniu nie towarzyszyły wyjaśnienia zasadzające się na tym, że ustalony przez wykonawcę poziom zysku zostanie „skonsumowany” w wyniku np. niedoszacowania czy też zaniżenia pewnych elementów oferty. Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że poziom zysku jest zbyt niski, a na dodatek jest to kwota od której należy jeszcze odjąć podatek VAT. W kontekście powyższego Izba stwierdziła, że nie można mówić o występowaniu w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej skoro zakłada on występowanie zysku. Izba stoi na stanowisku, że uprawnieniem wykonawcy, a nie Zamawiającego, jest określenie poziomu zysku, czy też podjęcie decyzji o jego zadowalającym czy też atrakcyjnym poziomie. Wcale nierzadkim zjawiskiem na rynku usług jest chęć pozyskania przez wykonawców „atrakcyjnych zamówień” u Zamawiających nawet kosztem wysokiego zysku, gdyż w wyniku ich realizacji wykonawcy mają szansę uzyskania odpowiednich referencji, które będą mogły być wykorzystane przez nich w przyszłości. Ponadto wykonawca zarówno w odwołaniu jaki i w toku rozprawy oświadczył że zysk na kontrakcie jest zyskiem powszechnie stosowanym w branży i jest dla niego wystarczający i pozwala na uczciwy i atrakcyjny zarobek. Powyższym twierdzeniom Zamawiający nie zaprzeczył. Wobec tego Izba uznała, że skoro oferta Odwołującego zakłada określony poziom zysku, który nie został przez Zamawiającego skutecznie zakwestionowany to nie można mówić o cenie nierealistycznie zaniżonej, za którą nie można prawidłowo wykonać przedmiotu zamówienia.

Kolejno Izba szczegółowo odniosła się do poszczególnych składników ceny oferty Odwołującego, które stanowiły podstawę do uznania przez Zamawiającego, że oferta wykonawcy KC Consulting zawiera rażąco niską cenę, tj. koszty: dojazdu, ryzyka przedsięwzięcia, administracyjne czy też przesyłek kurierskich. Izba stwierdziła, że Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazał, czy ww. koszty mają wpływ na cenę oferty, a jeśli tak to, czy jest to istotny

wpływ. Zamawiający ograniczył się jedynie do twierdzenia, że wykonawca nie ujął tych kosztów w kalkulacji ceny podczas, gdy właściwe zakwestionowanie wskazywanych grup kosztów w aspekcie rażąco niskiej ceny wymagałoby następującego ustalenia. Po pierwsze, czy koszt taki jest niezbędny do prawidłowego ustalenia ceny oferty. Po drugie, że podany przez wykonawcę w wyjaśnieniach koszt jest zaniżony względem tego rodzaju kosztów. Po trzecie i najważniejsze - wykazania, że zniżenie konkretnego kosztu ma istotny wpływ na cenę oferty. W rozpoznawanej sprawie Izba stanęła na stanowisku, że z treści pisma z dnia 26 lipca 2018 r. nie wynika, aby Zamawiający dokonał takich ustaleń, gdyż nie zawarł ich w przedmiotowym piśmie.

W zakresie kosztów związanych z przesyłką i odbiorem tonerów to przede wszystkim dostrzec należy, że w piśmie z dnia 8 czerwca 2018 r. w odpowiedzi na pytanie 4 Zamawiający potwierdził, że odbiór zużytych materiałów eksploatacyjnych będzie następować cyklicznie, podczas dostaw nowych materiałów eksploatacyjnych. Natomiast w kwestii przesyłania tonerów Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Odwołującego, który twierdził, że praktyką funkcjonującą u wykonawcy jest łączenie dostaw tonerów z wizytą serwisu, celem ograniczenia kosztów przesyłek. W tym miejscu przytoczyć należy również treść pisma Zamawiającego z dnia 26 lipca 2018 r., w którym Zamawiający stwierdził, że koszt wysyłki tonerów za pośrednictwem firm kurierskich należy „uznać za niewielki, ale nie pomijalny”. W ocenie Izby powyższe twierdzenia nie są spójne, gdyż jeśli uznać, że koszt jest niewielki to oznacza, że nie ma on istotnego znaczenia i może być pominięty.

Podobnie w przypadku kosztu wymiany zużytych rolek podawania zestawu Maintenance Kit. W złożonych wyjaśnieniach (z dnia 17 lipca 2018 r.) wykonawca KC Consulting wskazał, że nie ma potrzeby wymiany części materiałów eksploatacyjnych np. rolek, gdyż stosowane będą zestawy konserwacyjne, które zawierają wszystkie niezbędne części. Wbrew temu Zamawiający twierdził, że zużycie rolek następuje po przekroczeniu 150.00 sztuk wykonanych wydruków. Izba podkreśla, że Zamawiający przede wszystkim nie wyjaśnił z czego wynika przekonanie o konieczności dodatkowej wymiany zużytych rolek. Jednak nawet gdyby uznać za słuszne owe twierdzenia to Zamawiający nie wskazał istotności wpływu tego kosztu na cenę oferty Odwołującego a ograniczył się jedynie do ogólnikowego stwierdzenia, że jest to

„kolejny realny koszt, który Wykonawca pominął w wyjaśnieniach”. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w zakresie kosztów administracyjnych i kosztów dojazdu. Zamawiający twierdził, że wykonawca nie ujął tych kosztów w złożonych wyjaśnieniach lub też nie wskazał ich udziału w kalkulacji. Jednak w piśmie z dnia 26 lipca 2018 r. w odniesieniu do kosztów administracyjnych podał jedynie, że „rzetelna kalkulacja cen ofertowych powinna ten składnik zawierać” nie odnosząc się zupełnie do kwestii wpływu tego rodzaju kosztów na cenę oferty. Zaś w przypadku braku wskazania udziału kosztów dojazdu w kalkulacji ceny należy zwrócić uwagę, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach z dnia 17 lipca 2018 r. wskazywał m. in., że koszty dojazdów stanowią pomijalny koszt. Wobec tego jeśli Zamawiający nie zgadzał się z tym twierdzeniem Odwołującego, to chcąc skutecznie zakwestionować powyższy składnik ceny oferty - jako znaczący z punktu widzenia realizacji zamówienia - powinien był wskazać poziom jego istotności w aspekcie ceny oferty wykonawcy. Tym czasem Zamawiający ograniczył się jedynie do przedstawienia własnej wizji i prognozy w zakresie kosztów dojazdu, nie osadzając prezentowanej argumentacji w kontekście jego istotności względem ceny oferty wykonawcy KC Consulting.

Natomiast w przypadku zarzutu nie wykazania przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach kosztów ewentualnego ryzyka przedsięwzięcia oraz zachowania rezerwy na nieprzewidziane wydatki zgodzić się z Odwołującym, że wykonawca nie miał obowiązku uwzględniania w swojej ofercie tej grupy kosztów, gdyż wystarczającym był ujęcie w cenie oferty kosztów wszystkich elementów, zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, które zgodnie z oświadczeniem Odwołującego zostały w ofercie ujęte. Odwołujący twierdził, że jego oferta została uszyta na miarę dlatego też nie ma potrzeby ujmowania w niej dodatkowych, niepotrzebnych kosztów.

W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że Izba dostrzega, iż treść przepisu art. 90 ust. 2 Pzp właśnie na wykonawcę nakłada obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie mniej jednak w przypadku, gdy Zamawiający dokonuje czynności odrzucenia wykonawcy z uwagi na to, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia to powinien wykazać wystąpienie takich

okoliczności. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z powiązaniem z art. 90 ust. 3 ustawy. Zatem uzasadniając dokonanie takiej czynności Zamawiający powinien był w sposób jednoznaczny wskazać, że zaoferowana cena jest nierealna i nie gwarantuje prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia z uwagi na to, że jej poszczególne istotne części składowe zostały zaniżone, co w konsekwencji skutkuje występowaniem w ofercie Odwołującego ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym czasem Zamawiający nie tylko nie wskazał na tego rodzaju okoliczności ale nawet zgodził się z Odwołującym co do występowania w jego ofercie określonej kwoty zysku w przypadku realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się zaś do dowodów złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy, potwierdzających słuszność wyjaśnień składanych Zamawiającemu Izba uznała je za spóźnione wskazując, że powinny być one złożone Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, co skutkowało przyjęciem, że stwierdzone naruszenia miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, dlatego też Izba uwzględniła odwołanie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b) i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....