

sygn. akt: KIO 127/13

Sygn. akt: KIO 127/13

WYROK

z dnia 29 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2013 r. przez **odwołującego – Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o., 62-800 Kalisz**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Śląski Oddział Regionalny w Częstochowie, 42-200 Częstochowa, ul. Sobieskiego 7**,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Śląski Oddział Regionalny w Częstochowie, 42-200 Częstochowa, ul. Sobieskiego 7** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o., 62-800 Kalisz** tytułem wpisu od odwołania,

sygn. akt: KIO 127/13

2.2. zasądza od **zamawiającego - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Śląski Oddział Regionalny w Częstochowie, 42-200 Częstochowa, ul. Sobieskiego 7** na rzecz **odwołującego – Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o., 62-800 Kalisz** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Śląski Oddział Regionalny ARiMR, 42-200 Częstochowa, ul. Jana III Sobieskiego 7, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług w zakresie napraw i konserwacji oraz podobnych usług dotyczących urządzeń i sprzętu biurowego w Śląskim Oddziale ARiMR” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 grudnia 2012 roku pod pozycją 513756.

Zamawiający dnia 16 stycznia 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o., Pawłówek 37; 62-800 Kalisz.

Dnia 21 stycznia 2013 roku wykonawca Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o., Pawłówek 37; 62-800 Kalisz (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na:

- 1) naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędną ich wykładnię i nie uwzględnienie wyjaśnień odwołującego zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, co skutkowało odrzuceniem jego oferty, jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu,
- 2) prowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z treścią art. 7 ustawy Pzp, poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w skutek czego, w postępowaniu naruszone zostały w/w przepisy ustawy Pzp w związku z art. 5 kodeksu cywilnego.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy „Eureka” spółka cywilna z siedzibą w Częstochowie.
3. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego.
4. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
5. Zwrot kosztów w postępowaniu odwoławczym stosownie do § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

sygn. akt: KIO 127/13

Kopię odwołania, odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 21 stycznia 2013 roku.

Zamawiający, dnia 23 stycznia 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Zamawiający dnia 29 stycznia 2013 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym zastosowanie znajduje przepis art. 180 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Należy wskazać, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania. Bez wątplenia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone

sygn. akt: KIO 127/13

wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. (...). Niewątpliwie norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2012 roku, sygn. akt: KIO 2659/12).

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu, na skutek decyzji zamawiającego, doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ich wykładnię i nie uwzględnienie wyjaśnień odwołującego zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego.

Wskazać bowiem należy, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział I) dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez wymienienie na stronach od 2 do 6 sprzętu (urządzeń wielofunkcyjnych, drukarek, ploterów, risografów i faksów), którego usługą serwisową będzie objęta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie żądał przedstawienia, w formularzu ofertowym, cen za części wszystkich urządzeń objętych umową serwisową. Wyjątek od powyższej zasady zamawiający jednak przewidział dla dwóch typów drukarek, trzech typów kserokopiarek oraz jednego typu faksu.

Zamawiający podał, że zapłata za części zamienne wymienione w formularzu ofertowym (wyjątek od zasady) będą rozliczane według cen zaoferowanych przez wykonawcę w ofercie przetargowej, zaś zapłata za pozostałe części zamienne, ceny tych części nie mogą być wyższe niż przeciętne ceny rynkowe za daną część zamienną, występujące w obrocie gospodarczym w dacie zbliżonej do daty sprzedaży.

W odniesieniu do drugiego sposobu zapłaty zamawiający nie podał, jakie ceny będzie uznawał za przeciętne. Nie zdefiniował również, jakiego rodzaju podmioty gospodarcze i ich propozycje rynkowe, będzie uznawał za reprezentatywne.

Powyższe jest o tyle istotne z punktu widzenia przedmiotowej sprawy, gdyż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego stwierdzając, że zawiera ona rażąco niską cenę.

Zamawiający w rozdziale XI s.i.w.z. wskazał, iż przy ocenianiu ofert będzie kierował się następującymi kryteriami oceny ofert:

- 1) cena za roboczogodzinę usługi – 40%,
- 2) suma cen jednostkowych za części zamienne wymienione w formularzu ofertowym – 60%.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 2 oferty, a z przyjętej przez zamawiającego metody kalkulacji wynika, iż oferta odwołującego, gdyby nie została odrzucona, musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

W toku prowadzonego postępowania zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2012 r. zwrócił się do odwołującego, na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z wnioskiem o przedłożenie wyjaśnień, co do elementów składowych oferty. Zamawiający wskazał, iż powziął wątpliwości, co do ceny zaoferowanej przez odwołującego za części zamiennie, gdyż w ocenie zamawiającego ceny tych części znacząco odbiegają od szacowanej wartości przedmiotu zamówienia i cen rynkowych. Jednocześnie zamawiający sporządził tabelę, w której przedstawił ceny za części zamiennie, które jego zdaniem są cenami reprezentatywnymi na rynku właściwym częściom zamiennym.

Nadto zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez odwołującego nosi znamiona rażąco niskiej ceny i wymaga złożenia wyjaśnień.

Odwołujący, pismem z dnia 29 grudnia 2012 roku, złożył zamawiającemu wyjaśnienia, w których oświadczył, że:

- *zaoferowane części są zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,*

- *atrakcyjna cena na części wynika z faktu, że spółka (odwołujący) w 2012 r. dokonała dużego zakupu części bezpośrednio u producentów (poprzez autoryzowanego dystrybutora). Spółka posiada nadwyżkę tych części zamiennych, a że umowy serwisowe miały charakter ryczałtowy, koszt zakupu tych części został już zaliczony w koszty działalności. W związku z tym zarząd spółki podjął decyzję o zbyciu tych elementów w cenach atrakcyjnych dla klientów, w celu zbycia nadwyżek,*

- *cena roboczogodziny dla naprawy w kwocie 61,50 zł brutto, zawiera pełny zakres obowiązków dotyczących świadczenia usługi wymaganych w s.i.w.z. (...) i gwarantuje spółce zysk na wykonanej usłudze i nie jest on uzależniony od ewentualnej marży na częściach,*

- *prace będą wykonywane przez pracowników odwołującego zatrudnionych w przedstawicielstwie w Częstochowie. Z tego powodu spółka nie musi realizować dużej rentowności, bo zlecenia będą obsługiwane przez lokalnych pracowników (...),*

- *ewentualne zlecenia od zamawiającego nie są jedynymi, jakie odwołujący posiada w obrębie Częstochowy (...),*

- *spółka posiada duży magazyn części zastępczych,*

i inne związane z rozwojem firmy i jakością świadczonych usług.

Zamawiający, pismem z dnia 7 stycznia 2013 roku, oświadczył odwołującemu, że na podstawie złożonych w dniu 29 grudnia 2012 roku wyjaśnień, nie jest w stanie jednoznacznie określić, czy zaoferowana przez odwołującego cena jest ceną rażąco niską. W ocenie zamawiającego złożone wyjaśnienia są pobieżne, nie zawierają precyzyjnych argumentów

potwierdzających, że cena zaoferowana w ofercie nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający poddał pod wątpliwość możliwość zaoferowania części zamiennych rekomendowanych i dopuszczonych przez producenta sprzętu, zakupionych u autoryzowanego dystrybutora, po cenach podanych w formularzu ofertowym. Dlatego też zamawiający ponownie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, pismem z dnia 10 stycznia 2013 roku, odpowiadając zamawiającemu oświadczył, iż:

- podtrzymuje w całości wcześniej złożone wyjaśnienia,
- na dowód powyższego załączył fakturę zakupu, na podstawie której dokonał kalkulacji ceny ofertowej (w zakresie części zamiennych wymienionych w formularzu ofertowym),
- zaoferowane części nie są sprzedawane poniżej kosztów nabycia oraz zastosował marżę w wysokości ok. 25 %,
- zapoznał się z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w powyższym zakresie,
- przy badaniu rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę cały przedmiot zamówienia, a nie kilka jednostkowych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia,
- cenę oferty należy odnieść do kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tj. 125 460,00 zł.

W omawianym zakresie okolicznością istotną, mającą wpływ na ustalenie czy cena ofertowa przedstawiona przez odwołującego nosi znamiona rażąco niskiej, jest poprawne zinterpretowanie przepisu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w kontekście czynności wykonanych zarówno przez zamawiającego jak i odwołującego.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Ustęp 3 art. 90 ustawy Pzp, nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, na podstawie złożonych przez odwołującego wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami, brak było podstaw do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską. W związku z powyższym brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę, że odwołujący w sposób pełny i wyczerpujący, poparty stosownymi dowodami wyjaśnił zasadność i co ważne możliwość zaoferowania części zamiennych po cenach podanych w formularzu ofertowym. Sytuacja rynkowa, umiejscowienie czy zdolności

handlowe wykonawcy, który dbając o interes przedsiębiorstwa potrafi tak wynegocjować warunki handlowe z partnerami uczestniczącymi w procesie gospodarczym oraz potrafi zadbać o wypracowanie stosownego zysku, powinno wywoływać u kontrahentów spozycjonowanie takiego wykonawcy, jako wiarygodnego i zdolnego partnera handlowego. Pozytywny wizerunek takiego wykonawcy buduje jego sytuację na rynku, która znajduje swoje odzwierciedlenie chociażby w uzyskiwanych upustach handlowych, na konkretne produkty.

Odwołujący do wyjaśnień załączył fakturę VAT z dnia 2 października 2012 roku, której przedmiotem była zapłata za towar w niej wymieniony za cenę w niej określoną. Przedmiotowa faktura zawierała m.in. wymienione w formularzu ofertowym części zamienne, których poszczególne ceny jednostkowe zbliżone są (są niższe) do cen zaoferowanych przez odwołującego. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, iż ceny ofertowe są cenami rażąco niskimi, nierealnymi, niemożliwymi do osiągnięcia.

Nadto wskazać należy, że zgodnie z cytowanym wyżej przepisem ofertę (jej cenę) należy odnieść do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż przedmiotem zamówienia (usług serwisowych) jest świadczenie usług w zakresie napraw i konserwacji oraz podobnych usług dotyczących urządzeń i sprzętu biurowego takich jak: urządzenia wielofunkcyjne, faksy, drukarki, skanery, projektory multimedialne, itp. w lokalizacjach Śląskiego Oddziału Regionalnego ARiMR określonych w załączniku Nr 1 do s.i.w.z.

Powyższe oznacza, że nawet jeżeli uznać (z czym Izba się nie zgadza), że zamawiający ma możliwość badania wybranego elementu oferty i jego wyceny pod kątem badania rażąco niskiej ceny, to zamawiający miałby możliwość zbadania jedynie ceny zaproponowanej za 1 rozpoczętą roboczo-godzinę zegarową usługi. W powyższym zakresie cena zaoferowana przez odwołującego, u zamawiającego nie budziła zastrzeżeń.

W ocenie Izby, żądanie zamawiającego podania w formularzu ofertowym cen za poszczególne, wybrane części zamienne, miało jedynie charakter informacyjny, zabezpieczający zamawiającego, w zakresie asortymentu tam wymienionego, do zachowania stałości cen przez wykonawcę, przez cały okres realizacji zamówienia, dla urządzeń istotnych użytkowo dla zamawiającego. Ilości podane przez zamawiającego pozostają bowiem jedynie w sferze przewidywań czy chęci, a nie wynikają z faktycznego (nieprzewidywalnego w dniu składania ofert) zużycia tych części zamiennych.

Powyższe powoduje, iż zarzuty odwołującego Izba uznała za zasadne, tym samym na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji.

sygn. akt: KIO 127/13

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: