

**Sygn. akt: KIO 2328/13**

**WYROK**

**z dnia 14 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 14 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dniu 30 września 2013 r. przez wykonawcę **Samindruk Sp. z o.o., ul. gen. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Stralfors Sp. z o.o., ul. Parkowa 56, 86-130 Laskowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Samindruk Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Samindruk Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy** tytułem wpisu od odwołania,

2.1 Zasądza od **Samindruk Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy** na rzecz **Ministerstwa Finansów Departament Finansów Resortu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 gr) tytułem kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu zastępstwa prawnego pełnomocnika strony.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu prowadzi przetarg nieograniczony na wykonanie i dystrybucję formularzy i broszur informacyjnych związanych z rozliczeniem rocznym podatników podatku dochodowego za 2012 r.

Samindruk Spółka z o. o. (odwołujący) wniósł odwołanie wobec wyboru oferty złożonej przez Stralfors sp. z o.o.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych (pzp):

art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 - przez zaniechanie wezwania spółki Stralfors do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu wykazania, że Stralfors sp. z o.o. nie złożyła oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, i w konsekwencji tego zaniechania - przez wybór oferty zawierającej cenę rażąco niską; art. 26 ust. 4 - przez zaniechanie wezwania spółki Stralfors do złożenia wyjaśnień, czy wymienione w wykazie głównych dostaw w pozycjach 1 i 2 dostawy spełniają warunek wartości 1 mln, zł każda, a nie są sumą różnych zamówień, czyli de facto nie stanowią po prostu obrotu z danym kontrahentem w wykazanym okresie.

Odwołujący żąda:

1. unieważnienia wyboru oferty Stralfors sp.z o.o.;
2. nakazania wezwania spółki Stralfors do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1
3. nakazania wezwania spółki Stralfors do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 w sprawie wyjaśnienia, czy wykazane dwie dostawy są faktycznie dostawami o wartości 1 mln zł każda z nich, a nie sumą poszczególnych zamówień;
4. ponownego wyboru oferty po złożeniu wyjaśnień przez spółkę Stralfors.

Odwołujący stwierdził, że cena zaoferowana przez Stralfors sp. z o.o. jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przedstawia kalkulację ceny minimum - bez zysku, ceny poniżej której nie da się wykonać zamówienia:

1	Papier 70 g/m <sup>2</sup> + makulatura 5%	1 991 000 zł
2	Farby	41 500 zł
3	Formy drukowe	17 000 zł
4	Druk	535 000 zł
5	Energia elektryczna	43 000 zł
6	Introligatornia	175 700 zł
7	Opakowania	38 600 zł

8	Pakowanie (praca)	36 500 zł
9	Transport	173 200 zł

RAZEM. 3 051 500,00 PLN NETTO

Plus 23% VAT = 3 753 345,00 PLN BRUTTO

Kalkulacja została sporządzona na podstawie dogłębnej znajomości realiów rynkowych Odwołującego - profesjonalisty w wysokonakładowej produkcji formularzy.

Dodatkowo, Odwołujący podkreśla, że skalkulowana cena minimum zawiera tylko koszty bezpośrednie - nie kosztów pośrednich takich jak obsługa administracyjna i księgową.

W toku badania, działający z należytą starannością Zamawiający, powinien wziąć pod uwagę między innymi następujące czynniki: ceny konkurenta, ceny poprzednich podobnych zamówień w odniesieniu do aktualnych realiów rynkowych.

Zamawiający wie, że od lat najniższe ceny na druk formularzy PIT do rocznych rozliczeń podatku dochodowego oferował Odwołujący. Ceny Odwołującego były na tyle niskie, że inne duże drukarnie, w tym Stralfors, nie były w stanie z nim konkurować.

W tej sytuacji cena Odwołującego, wyższa o 10% od ceny spółki Stralfors, powinna zwrócić uwagę Zamawiającego.

Ponadto, cena oferty Stralfors jest niższa o prawie 4 % od ceny zwycięskiej, zeszłorocznej oferty Odwołującego, i to w sytuacji, gdy w porównaniu z rokiem ubiegłym nie tylko wzrósł kurs euro względem złotego, ale co ważniejsze - aktualny przetarg jest trudniejszy, więc i droższy w porównaniu z zeszłorocznym, ponieważ asortyment rodzajowy formularzy jest teraz większy. Biorąc pod uwagę argumenty, zaoferowanie przez Stralfors sp. z o.o. rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest niezwykle prawdopodobne, co czyni skorzystanie przez Zamawiającego z art. 90 ust. 1 koniecznością.

Zarzut niewezwania spółki Stralfors do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 w sprawie wykazu dostaw jest motywowany tym, że w przetargu ograniczonym ogłoszonym przez PZU 25 sierpnia 2011r., PZU wyłaniało tylko potencjalnego dostawcę, z którym zamierzało zawrzeć ramową umowę bez zobowiązań ze swej strony, bez określenia przedmiotu zamówienia w sposób konkretny, bez określenia kwoty umowy. PZU zamierzało skonkretyzować przedmiot zamówienia oraz ceny w składanych w latach 2012-2013 odrębnych zamówieniach. Tak więc, zdaniem Odwołującego, podana kwota 2.058.112,26 zł stanowi sumę wartości odrębnych zamówień (umów) składanych przez PZU.

Sumowania wartości poszczególnych zamówień nie da się pogodzić z ustanowionymi przez Zamawiającego warunkami udziału w postępowaniu.

Odwołujący zauważa, że wobec wskazanych wątpliwości Zamawiający powinien w trybie art. 26 ust. 4 wezwać spółkę Stralfors do wyjaśnienia, czy zamieszczone w wykazie dostawy dla PZU nie są stosowne rozeznanie cenowe. sumą wartości zamówień, realizowanych

wprawdzie zgodnie z umową ramową, ale na podstawie różnych umów szczegółowych, które dopiero określały przedmiot umowy i cenę.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że w postępowaniu oferty złożyły dwie firmy tj. odwołujący i przystępujący. W ocenie zamawiającego cena oferty najkorzystniejszej nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zauważył, że różnica między ofertami wynosi 365 969, 40 zł, przy cenie przystępującego 3 638 798, 83 zł i stanowi ok. 9% ceny odwołującego, oferta najkorzystniejsza jest o 182 984,70 zł tańsza od średniej ceny ofertowej w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że jako prowadzący od lat postępowania na wykonanie i dystrybucję formularzy podatkowych, ma rozeznanie rynku. W roku 2012 prowadził dwa zamówienia o tożsamym charakterze tj na wykonanie i dystrybucję formularzy do rozliczeń z podatków dochodowych i zawarł umowę z firmą Stralfors na kwotę 437 693,90 zł przy nakładzie 18,4 mln formularzy oraz na kwotę 3 728 624,73 zł przy nakładzie 72 mln formularzy i broszur informacyjnych.

W roku bieżącym zdecydował o połączeniu tych postępowań z uwagi na znaczne obniżenie nakładu formularzy i broszur informacyjnych, łącznie z 90 mln do 80 mln. Wskazał, że średnia cena jednego egzemplarza w roku 2012 to 0,0461 zł, a w roku 2013 – 0,0454 zł. Różnica pomiędzy cenami to 0,0007 zł. Zamawiający wskazał na inne zamówienia realizowane na jego rzecz przez przystępującego za ceny zbliżone do niniejszego postępowania.

Zamawiający stwierdził także, że wykonawcy byli zobowiązani do wykazania wykonania co najmniej 2 dostaw o wartości co najmniej 1 mln zł brutto dla każdej dostawy. Otrzymany wykaz dostaw na rzecz Gutenberg Networks Warszawa Sp. z o.o. i PZU Centrum Operacji S.A. zawiera w ocenie zamawiającego wszystkie wymagane elementy, w tym wartość, przedmiot, daty wykonania, odbiorców oraz dokumenty referencyjne.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że brak jest podstaw do podejrzewania go o zaoferowanie ceny rażąco niskiej; dokonując kalkulacji uwzględnił wszelkie ponoszone koszty oraz założony poziom marży. Zakwestionował kalkulację odwołującego zawartą w odwołaniu i stwierdził, że jest ona zawyżona, a przy tym niższa od ceny oferowanej przez odwołującego w niniejszym postępowaniu. Stwierdził, że ma możliwości nabycia materiałów po korzystnych cenach oraz dysponuje zmodernizowanym parkiem maszynowym zapewniającym większą wydajność i efektywność kosztową. Wskazał, że w podobnym przetargu w 2009 zaoferował niższe ceny niż w roku bieżącym, w przeliczeniu na 1000 szt wyrobów w danym formacie nastąpił wzrost o ok. 31%, co oznacza rzetelną kalkulację i uwzględnienie kwestii wzrostu cen usług i materiałów.

Odnosnie usług świadczonych na rzecz PZU S.A. potwierdził realizację dostaw wskazanych w wykazie usług w ofercie w ramach tzw. umowy ramowej na rzecz tego odbiorcy.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego oraz stanowiska przedstawione w pismach procesowych i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje. Oceniając zarzut zaniechania przez zamawiającego zastosowania procedury wyjaśniającej zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp i w konsekwencji tego zaniechania, dokonanie wyboru oferty zawierającej cenę rażąco niską, skład orzekający zauważa, że przesłanką wystąpienia do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jest przypuszczenie, bądź domniemanie, że cena jest zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia w takim stopniu, że może być uznana za rażąco niską. Przyjmuje się, że ceną rażąco niską jest cena niewiarygodna, nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych. Zaoferowanie takiej ceny może być wynikiem świadomego działania wykonawcy lub nierzetelność kalkulacji, w tym np. pominięcie niezbędnych elementów cenotwórczych. W niniejszym postępowaniu zostały złożone dwie oferty, obydwie z ceną niższą od oszacowania przedmiotu zamówienia dokonaną przez zamawiającego, a przy tym cena przystępującego była niższa o ok. 9% od ceny zaoferowanej przez odwołującego. W ocenie zamawiającego żadnej z tych cen nie ma podstaw postawić zarzutu ceny rażąco niskiej. Skład orzekający Izby podziela tę ocenę zauważając jednocześnie, że zamówienia na tożsame, a co najmniej analogiczny przedmiot zamówienia, są udzielane przez zamawiającego przez kolejne lata. Z tego faktu doświadczenie zamawiającego o realiach rynkowych w tym cenowych, jest niezaprzeczalne. Wiarygodny, jako poparty dokonany analizami i porównaniami umów na wykonanie i dystrybucję formularzy dla celów podatkowych w kolejnych latach wnioszek, że w przedmiotowym postępowaniu oferty cenowe są realne, zasługuje na aprobatę. W ocenie Izby przedstawiona w odwołaniu kalkulacja ceny najniższej możliwej nie stanowi dowodu, iż jest to cena graniczna poniżej której każda cena, w tym przystępującego, musi być uznana za rażąco niską. Z tego względu zarzut zaniechania zastosowania instytucji wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 ustawy pzp i w konsekwencji uznania oferty za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w ocenie Izby jest niezasadny.

Za niezasadny Izba uznaje także zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w zakresie wyjaśnienia wymaganego doświadczenia realizacji dostaw o wartości 1 mln zł każda. Przystępujący, w zakresie objętym zarzutem przedstawił w wykazie dostawy realizowane na rzecz PZU w roku 2012 o wartości

wymaganej postanowieniami specyfikacji. Wykonanie tych dostaw zostało potwierdzone referencjami wystawionymi przez odbiorcę na potrzeby przedmiotowego postępowania. Fakt, iż przystępujący przedstawił w ofercie dostawy z roku 2012, a nie wcześniejsze lub późniejsze prawdopodobnie realizowane w ramach umowy obejmującej szerszy okres, nie odbiera przymiotu wiarygodności przedstawionego wykazu w ofercie.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący

.....