

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

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

orzeka:

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

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

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

Koma Nord Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przy braku wystąpienia przesłanek dokonania tej czynności,
2. art. 93 ust 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania przy braku wystąpienia przesłanek dokonania tej czynności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego
2. Unieważnienie decyzji o unieważnieniu Postępowania
3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego
4. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Dnia 29 lipca 2013 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom zawiadomienie o unieważnieniu Postępowania i poinformował, iż odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp podając, że Odwołujący złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę oraz, że unieważnia postępowanie.

W uzasadnieniu Zamawiający podał, że porównując ofertę odwołującego z innymi ofertami, oraz wartością szacunkową zamówienia obliczoną przez Zamawiającego, powziął wątpliwość co do złożenia przez Wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując jednocześnie, iż w ocenie Zamawiającego sam fakt zaoferowania w ramach oferty materiałów równoważnych, których parametry miałyby spełniać wymagania określone w SIWZ nie tłumaczy tak drastycznej dysproporcji, jaka miała miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wskazał, iż na wysokość zaoferowanej ceny wpływ miały:

1. Wybrane rozwiązania techniczne, tj. zaoferowanie materiałów zamiennych, równoważnych, jednocześnie wskazując iż „Wiadomym jest, że produkty równoważne dostępne w cenach rynkowych, są produktami tańszymi w stosunku do tzw. oryginalnych, co znacząco wpłynęło na końcową wartość oferty” oraz „Dla przykładu produkt marki HP o symbolu Q2612A jest dostępny na rynku jako oryginalny producenta HP w cenie brutto ok. 260 zł, tymczasem w naszej ofercie produkt ten oferowany jest za 34,44 zł. ”
2. Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, tj. eliminacja zbędnych pośredników, co wg Wykonawcy pozwoliło obniżyć koszty produktów o ok 10-20%.
3. Oszczędność metody wykonania zamówienia, poprzez korzystanie z przysługujących Wykonawcy w ramach współpracy usługi polegającej na świadczeniu usług logistycznych bezpośrednio od Producenta firmy P. W. „Kris” M....., pozwalającej zaoszczędzić 2-krotność kosztu wysyłki.

Wykonawca w treści wyjaśnień wskazał również, iż „(...) cena zaoferowana (...) ma wliczoną marżę i koszty obsługi i jest ceną rynkową. ” Oraz, że „ (...) oferta złożona w toku sprawy nr Zp-19/2013 nie zawiera rażąco niskiej ceny, a czynności związane z ofertą i jej wysokością nie stanowią nieuczciwej konkurencji. Ceny nie są także cenami dumpingowymi”.

Wykonawca na poparcie swojego stanowiska załączył:

1. Oświadczenie firmy KRIS dotyczące specjalnych warunków cenowych.
2. Rachunek wyników Wykonawcy za rok 2012 wskazujący, że firma jest rentowna i osiąga znaczne zyski.
3. Porównanie poziomu sprzedaży Wykonawcy w latach 2012-2013.

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień Zamawiający wskazał co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia zobowiązany jest wziąć pod uwagę obiektywne czynniki oraz, na co wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, rzeczowe dowody (np. listy intencyjne lub umowy z dostawcami, otrzymane oferty) wykazujące realność przyjętych przez Wykonawcę założeń (KIO 246/11).

W ocenie Zamawiającego przekazane wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe i należy je uznać za niewystarczające, a więc takie, które nie pozwalają na stwierdzenie, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca udzielając wyjaśnień bardzo ogólnie wskazał elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Pamiętać należy, iż to na Wykonawcy ciąży obowiązek obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny i nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, a zaistnienie po stronie Wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Udzielenie przez Wykonawcę odpowiedzi, której nie można

ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy PZP prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji Wykonawca nie wykazał, że zaoficerowana cena nie jest ceną rażąco niską (np. KIO 2120/11).

Stwierdzenie Wykonawcy, iż „Wiadomym jest, że produkty równoważne dostępne w cenach rynkowych, są produktami tańszymi w stosunku do tzw. oryginalnych, co znacząco wpłynęło na końcową wartość oferty” nie może zostać w żaden sposób uznane za wyczerpujące, zwłaszcza że Zamawiający w samej treści wezwania do wyjaśnień wskazał, iż mając tego świadomość uznaje ten fakt za niewystarczający. Zamawiający po to właśnie zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia, aby móc wywieść skąd tak znaczna dysproporcja w cenie, o której zresztą w złożonych wyjaśnieniach mówi sam Wykonawca wskazując, iż: „produkt marki HP o symbolu Q2612A jest dostępny na rynku jako oryginalny producenta HP w cenie brutto ok. 260 zł, tymczasem w naszej ofercie produkt ten oferowany jest za 34,44 zł.

Oświadczenie Wykonawcy, iż poprzez eliminację zbędnych pośredników mógł obniżyć koszty produktu o ok. 10-20% również jest nieoparte żadnymi bardziej szczegółowymi wyjaśnieniami, czy wyliczeniami. Samo wskazanie tak szerokiego zakresu możliwych do uzyskania przez Wykonawcę oszczędności wskazuje, iż są to liczby przybliżone, szacunkowe, niespełniające wymogu wyjaśnień wyczerpujących.

Jedynym wiarygodnym dla Zamawiającego wyjaśnieniem jest wskazana przez Wykonawcę oszczędność w zastosowanym rozwiązaniu logistycznym. Jednak brak wskazania w jakim stopniu okoliczności te spowodowały obniżenie kosztów dostawy nie pozwala uznać ich za wystarczające.

W przedmiotowym stanie faktycznym, za konieczne uznać należało przedstawienie kalkulacji oszczędności wynikających ze wskazanych faktów, nie zaś wyłącznie niczym niepotwierdzonych stwierdzeń. To po stronie wezwanego Wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska. Sposób przeprowadzenia tego dowodu, przy braku zwerbalizowanych oczekiwań przez Zamawiającego, ewentualne kalkulacje, obiektywne czynniki wpływające na cenę, należą do Wykonawcy (np. KIO 101/13). Ograniczenie się Wykonawcy jedynie do porównania ceny produktu oryginalnego z zaoficerowanym produktem równoważnym nie jest więc wystarczające. Same ogólnikowe wyjaśnienia zawierające niekonkretne i niczym nieudokumentowane twierdzenia, jakich niewątpliwie użył Wykonawca, należy uznać za niezłożone (KIO 2515/10).

Co więcej, Zamawiający, który ocenia wyjaśnienia składane przez Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 3 ustawy PZP, jest zobowiązany dokonać jej z uwzględnieniem przedstawionych dowodów. Oświadczenie złożone przez firmę P. W. „Kris” K. M..... zawierające wyłącznie stwierdzenia, że wszystkie ceny zostały obliczone poprawnie oraz zawierają

wszelkie koszty związane z świadczeniem zamówienia i nie są cenami dumpingowymi nie można przyjąć jako wyczerpujące. Pozostałe dowody przedstawione przez Wykonawcę tj.:

1. Rachunek wyników Wykonawcy za rok 2012 wskazujący, że firma jest rentowa i osiąga znaczne zyski,

2. Porównanie poziomu sprzedaży Wykonawcy w latach 2012-2013, są z punktu widzenia niniejszego postępowania irrelewantne, gdyż Zamawiający oceniając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie odnosi ich do sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy, a do konkretnie złożonej w postępowaniu oferty.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. (VI Ca 464/05), w sytuacji, gdy Wykonawca zaprezentował ogólnikowe stwierdzenia, należy je uznać za niewystarczające i ofertę odrzucić, co uczynił Zamawiający.

Odwołujący nie zgadza się z powyższymi zarzutami Zamawiającego.

Odwołujący ofertę przygotował z należyłą starannością, cena oferty jak i wszystkie ceny jednostkowe zostały wyliczone w sposób poprawny, zawierają koszty obsługi i doliczoną marżę, oraz dostarczył wyjaśnień i dowodów wystarczających Zamawiającemu do stwierdzenia, że oferta Odwołującego nie jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę.

Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 22 lipca br podaje, że „Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 31110460,75 zł netto, na podstawie cen jednostkowych oryginalnych materiałów eksploatacyjnych. Oferta złożona przez Wykonawcę w postępowaniu ma cenę ofertową brutto 8 450 118,45 zł, co stanowi około 22% wartości zamówienia obliczonej przez Zamawiającego.”

Zamawiający do porównania ceny bierze kwotę wartości zamówienia 31 110 460,75 zł netto (co odpowiada 38 265 866,72 brutto), podczas gdy sam podczas otwarcia ofert ogłosił, że posiada kwotę (budżet) na sfinansowanie zamówienia w wysokości 18 666 276,45 zł brutto. Oznacza to, że Zamawiający przekonuje, że cena oferty KOMA NORD stanowi 22% wartości zamówienia, podczas gdy cena ta powinna być porównana do budżetu, co daje ponad 45% wartości zamówienia przewidzianej przez Zamawiającego. Efekt psychologiczny jest silniejszy, gdy podana jest wartość 22% niż 45%, ale Zamawiający powinien się kierować argumentami obiektywnymi i starannie dobranymi.

W dodatku, Zamawiający podając kwotę budżetu niższą o ponad połowę od - jak rozumiemy - wcześniej szacowanej przez siebie wartości zamówienia, tym samym przyznaje, że przy szacowaniu realnego budżetu przewidział zaoferowanie materiałów równoważnych (zamienników), co także wynikało z zapisów SIWZ, dopuszczając takie materiały zamiast

oryginalnych. Nie jest tylko wiadome, jak wiele pozycji Zamawiający przewidział, że zostaną zastąpione materiałami równoważnymi.

Dziwi jednak, że Zamawiający tak oszacował wartość zamówienia, skoro Odwołujący zrealizował od lutego do maja 2013r. analogiczną umowę nr I/ZP-U/2013 na dostawy materiałów eksploatacyjnych dla Zamawiającego (Sąd Apelacyjny w Krakowie), o wartości ponad 4 mln zł, gdzie większość pozycji jest tożsamy, a ceny dostępne w gotowym arkuszu kalkulacyjnym. Łatwe więc było do szacowania użycie tych cen, a nie cen materiałów oryginalnych.

Gdyby Zamawiający oparł swoje oszacowania cenowe na cenach jednostkowych zamiennych materiałów eksploatacyjnych, uzyskałby cenę zbliżoną do ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący oświadcza, że od dnia przesłania informacji o unieważnieniu postępowania przygotowuje kalkulację opartą na ofercie Odwołującego w aktualnym postępowaniu oraz na cenach podanych w umowie, jaka była niedawno realizowana. Wykonanie tej kalkulacji jest pracochłonne i wymaga czasu, ponieważ formularz zawiera ok. 1400 pozycji (jeden tysiąc czterysta). Jest gotowy przedstawić ją na posiedzeniu KIO. W tej kalkulacji zawarte będą także jego ceny zakupu, więc będziemy mogli przedstawić Izbie swoją tajemnicę handlową, to jest w szczególności planowany godziwy zysk na wykonaniu omawianego postępowania.

Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z żądaniem wyjaśnień dotyczących ceny i wyznaczył termin udzielenia odpowiedzi w wymiarze niepełnych 2 dni, co jest terminem szalenie krótkim, gdyż oferta zawiera około 1400 pozycji (jeden tysiąc czterysta), którą Odwołujący musiał całą sprawdzić by ustalić, czy oferta nie ma błędów oraz dokonać szczegółowych porównań w celu dodatkowego udowodnienia realności zaoferowanych cen. Takie sprawdzenie i porównania w tak obszernym formularzu wymaga czasu i dlatego Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przesunięcie terminu na 30 lipca, co dałoby 7 dni, czyli rozsądny wymiar czasu. Zamawiający odmówił jednak i ustalił termin na godz. 12:00 dnia 26 lipca.

W tej sytuacji Odwołujący musiał ograniczyć się tylko do sprawdzenia czy oferta nie ma błędów. Wyznaczony przez Zamawiającego czas był zbyt krótki, by przygotowywać szczegółowe zestawienie cen, marż i wszystkich kosztów dla wszystkich poszczególnych pozycji oferty, czego zresztą bez potrzeby domaga się Zamawiający.

Od dnia przesłania informacji o unieważnieniu postępowania przygotowuje pełną kalkulację, którą będzie gotowy przedstawić Krajowej Izbie Odwoławczej na posiedzeniu.

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

sposobu realizacji, ale podjęcie obiektywnej decyzji, czy zaoferowana cena ma znamiona rażąco niskiej czy nie. Przytoczył wyrok SO: „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 to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub ich wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.”

Żaden z powyższych elementów skutkujących uznaniem ceny oferty za mającej znamiona rażąco niskiej nie wystąpił.

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

Wykonawca, po sprawdzeniu swojej oferty, zapewnił w swym wyjaśnieniu Zamawiającego, że ceny nie są dumpingowe, a zatem wykonanie umowy jest dla niego opłacalne. Podobne oświadczenie złożył też jego dostawca, producent P.W. „Kris” M Zamawiający nie ma podstaw, by uznać te oświadczenia za niewiarygodne. Przeciwnie, fakty podane dalej wskazują na rzetelność oferty Odwołującego.

Podane przez Odwołującego dowody wskazywały wyraźnie także, że cena jego oferty jest wiarygodna i nie jest oderwana od realiów rynkowych. Odwołujący podał nawet przykład produktu zamiennego do Q2612A (poz. 489 do 494 formularza), którego cena jest znacznie niższa od ceny produktu oryginalnego i ma znaczący wpływ na różnicę ceny oferty. A był to tylko jeden przykład. Całość oferty Odwołującego miała poziom ceny jaki zaoferowano, dzięki szerokiemu zastosowaniu zamienników wszędzie tam, gdzie Odwołujący miał dostęp do atrakcyjnych cen i wysokiej jakości produktu.

Oczywiste jest też, że kwota oferty wynosząca ponad 8 mln zł nie jest „ofertą za symboliczną kwotę”.

Także nie ulega wątpliwości, że podpisanie umowy z Wykonawcą nie grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, gdyż:

a) Odwołujący jest znaczącym przedsiębiorcą o dużych zasobach kapitałowych, co gwarantuje wykonanie umowy nawet gdyby pojawiły się (hipotetycznie) problemy z jej

realizacją. Zamawiający mógł się o tym przekonać z dowodu - wyników finansowych Odwołującego przedstawionych w wyjaśnieniu.

b) Odwołujący na wezwanie Zamawiającego sprawdził swoją ofertę i nie stwierdził błędów, o czym zapewnił w wyjaśnieniu.

c) Odwołujący zrealizował od lutego do maja 2013r. analogiczną umowę nr I/ZP-U/2013 na dostawę materiałów eksploatacyjnych dla Zamawiającego (Sąd Apelacyjny w Krakowie), o wartości ponad 4 mln zł, i realizacja tej umowy przebiegła prawidłowo. Trudno o lepszy dowód, że Odwołujący jest w stanie wykonać kolejną umowę.

Zamawiający zignorował przykład produktu Q2612A (poz. 489 do 494 formularza) (omyłkowo w formularzu Zamawiającego określony jako 02612AN), a nawet próbuje wykorzystać ten przykład przeciwko Odwołującemu, pisząc:

„Zamawiający po to właśnie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia, aby móc wywieść skąd tak znaczna dysproporcja w cenie, o której zresztą w złożonych wyjaśnieniach mówi sam Odwołujący wskazując, iż: „produkt marki HP o symbolu Q2612A jest dostępny na rynku jako oryginalny producenta HP w cenie brutto ok. 260 zł, tymczasem w naszej ofercie produkt ten oferowany jest za 34,44 zł.

Zamawiający powinien uwzględnić podany przykład, gdyż miał dokładną wiedzę o cenie rynkowej tego zamiennika, gdyż:

a) w ofercie konkurencyjnej firmy MAK Sp. z o.o. z Torunia zaoferowano ten produkt jeszcze taniej, to jest za cenę 27,06 zł brutto, czyli aż o 21% taniej i jest to także cena rynkowa, tylko oparta na produkcie innego, tańszego producenta; (fakt, że oferta MAK została odrzucona z powodu omyłki w próbkach, nie zmienia, że ten Wykonawca starał się złożyć prawidłowo skalkulowaną ofertę; wyraźnie wyższa cena oferty MAK wynika z zastosowania większej ilości materiałów oryginalnych, z czego dowód odwołujący przedstawi KIO.

b) w ramach umowy I/ZP-U/2013 na dostawę materiałów eksploatacyjnych dla Zamawiającego, jaką Odwołujący zrealizował od lutego do maja 2013r. stosowana była cena 39,36 zł brutto, która jest zbliżona do ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu. Obniżka ceny aktualnej oferty Odwołującego jest niewielka, zaledwie o 12% i wynika z dwukrotnie większej wartości zamówienia oraz optymalizacji łańcucha dostaw po stronie Odwołującego, co zostało wskazane w wyjaśnieniu.

W świetle orzecznictwa, cena oszacowania nie jest jedynym odnośnikiem do stwierdzenia o rażąco niskiej cenie, ale są nimi także między innymi: wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji Zamawiającego.

Zamawiający mógł z łatwością stwierdzić, że cena jest ceną rynkową i to wcale nie wysoką. Wobec oczywistości tego faktu, Odwołujący nie musiał przedstawiać porównania cen tego

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

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

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

Odwołujący podał też przykład różnicy cen dla produktu o symbolu Q2612A. Jest to przykład charakterystyczny, który dał oszczędność w cenie oferty na poziomie aż ok. 4 mln złotych. Różnica na tej jednej pozycji oznaczała prawie 1/4 budżetu jaki Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia. Jednak Zamawiający wiedzę tę zignorował, uznając, że dla niego nie ma ona znaczenia.

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

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

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

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

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

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

Ponadto, jak wskazał w wyjaśnieniach Odwołujący wpływ na cenę miały wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia czyli, eliminacja zbędnych pośredników, która pozwoliła obniżyć koszty produktów o ok. 10-20%.

Zdaniem Odwołującego wymaganie postawione przez Zamawiającego by podać dokładne kalkulacje jest żądaniem niemożliwym do spełnienia. Odwołujący przedstawił szacowaną wysokość oszczędności, a nie sposób przedstawić wartości dokładnych, gdyż w wypadku różnych pośredników wartość ta będzie różna. Ocena 10-20% wynika z doświadczenia rynkowego Odwołującego, jest realistyczna, ale nie może być ściśle udowodniona, zatem nie może też być podważona.

Zamawiający uznał też za nieistotne dołączone przez Odwołującego dowody w postaci rachunku wyników za rok 2012 oraz porównania poziomu sprzedaży w latach 2012/2013.

W opinii Odwołującego te dowody są istotne. Wskazują one na wzrost sprzedaży przy jednoczesnym wzroście rentowności Odwołującego. Celem Odwołującego jest osiągnięcie wyniku gospodarczego (zysku), w związku z czym nielogiczne byłoby działanie Odwołującego dążące do złożenia ofert z ceną poniżej progu rentowności.

Z przedstawionych dowodów wynika, że zwłaszcza w przypadku przedmiotowego postępowania, wartość zamówienia jest bardzo znacząca, gdyż stanowi aż około 20% rocznego obrotu Odwołującego. Przy tak dużej kwocie, Odwołujący KOMA NORD Sp. z o.o. nie może sobie pozwolić na dostarczanie towaru ze stratą, po zaniżonej cenie, gdyż miałoby to znaczny negatywny wpływ na wynik całej firmy. Taki między innymi był cel przedstawienia Zamawiającemu dowodów w postaci wyników finansowych firmy KOMA NORD Sp. z o.o.

Zamawiający jednak uznał te dowody i zawarte w nich dane za obojętne dla postępowania i je zignorował.

Wszystkie powyższe informacje były Zamawiającemu znane (lub powinny być znane) w momencie podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a niniejsze odwołanie jedynie naświetla właściwą interpretację tych informacji, i podważa linię interpretacyjną przyjętą przez Zamawiającego. Zamawiający mógł podjąć właściwą decyzję, jednak podjął decyzję błędną, od której odwołanie jest zasadne.

Na rozprawie poparł odwołanie. Złożył do akt sporządzone przez siebie zestawienie tabelaryczne w którym dokonuje porównania cen własnej oferty i oferty konkurencyjnej tj firmy MAK sp. z o.o. Zestawienie obejmuje wszystkie pozycje wymagane w postępowaniu. Wskazał w jakich pozycjach wykonawcy zaoferowali produkty oryginalne, a w jakich zamienne oraz ceny tych pozycji. Zauważył, że oferta konkurenta również zawierała szereg produktów zamiennych jednakże w mniejszej liczbie niż oferta odwołującego. Gdyby ten wykonawca zaoferował produkty zamienne w takiej samej liczbie co odwołujący, w efekcie ceny obydwu ofert byłyby zbliżone. Wskazał, że kol 14 i 15 zawiera zestawienie tych produktów, które obydwie firmy zaoferowały zamienniki i zauważył, że końcowa różnica w cenie dla tych produktów wynosi 2,7%. Stwierdził ponadto, że ma zawartą umowę z producentem materiałów zamiennych zgodnie z którą nie ponosi kosztów logistycznych dostaw, koszty te łącznie z dostawą gotowych konfekcjonowanych produktów trafiają bezpośrednio od producenta do końcowego odbiorcy. Szacuje, iż koszty te wynoszą dla takiego zamówienia jak przedmiotowe około 500 tys. zł. Koszty te zostały ujęte już przez producenta w jego ofercie. Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach złożył potwierdzenie producenta o poprawności cen ze wskazaniem jakiego postępowania to wyjaśnienie dotyczy. Stwierdził, iż zamawiający powinien zauważyć, iż ceny produktów zamiennych zaoferowanych przez obydwu wskazanych wykonawców są cenami zbliżonymi. Wobec złożenia przez zamawiającego porównawczego zestawienia stwierdził, że w poprzednim postępowaniu wartość zamówienia była około 5 krotnie niższa; przy zamówieniu większej wartości w sposób oczywisty możliwe jest uzyskanie niższych cen jednostkowych.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podkreślił, że odrzucił ofertę odwołującego przede wszystkim na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp uznając, że pismo z 24.07.2013 r. nie stanowi wyjaśnień w rozumieniu przepisu ze względu na jego ogólnikową treść. Przypomniał, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi około 30 mln zł, na realizację przedmiotu zamówienia zamierza przeznaczyć 18,5 mln zł, a cena odwołującego wynosi nieco ponad 8 mln zł. Wskazał w szczególności na treść wyjaśnień odwołującego, a także uzasadnienie odwołania m.in. odwołujący twierdził, że nie może ściśle udowodnić

obniżenia kosztów o około 10 do 20%. Wskazał na treść pisma firmy KRIS (producenta) skierowanego do odwołującego, w którym mowa jest o cenach oferowanych odwołującemu, a zamawiającemu nie jest znana ich wysokości i relacja w stosunku do cen, jakie oferuje odwołujący w tym postępowaniu. Z treści tego pisma wnioskuje ponadto, że wykonawca miał w tym czasie wiedzę na temat konkretnych cen konkretnych produktów, natomiast informacji w tym zakresie nie przedstawił w wyjaśnieniach. Odwołujący nie złożył na te okoliczności wyjaśnień, a była to jedna z możliwych dróg do udowodnienia realności ceny. Pozostałe dokumenty załączone do wyjaśnień jako dotyczące ogólnej kondycji finansowej wykonawcy nie mają znaczenia w prowadzonym postępowaniu wyjaśniającym. Stwierdził, że niezależnie od relacji między wartością szacunkową, a ceną oferty dysponuje własnym doświadczeniem rynkowym w zakresie produktów będących przedmiotem postępowania. Z ostrożności złożył, na dowód, iż niemożliwa jest prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną, korespondencje z odbiorcami poprzednich dostaw realizowanych przez odwołującego, w wyniku której stwierdzono szereg przypadków nienależytego wykonania dostaw. Złożył zestawienie cen analogicznych produktów w poprzednim i niniejszym postępowaniu zauważając, że obecnie średnia cena produktów jest niższa o około 25%. Odnośnie zestawienia złożonego na rozprawie przez odwołującego zauważył, że odwołujący mógł być złożyć takie dokumenty w terminie wyznaczonym do złożenia wyjaśnień, ewentualnie z braku możliwości dochowania terminu zaskarżyć wyznaczony termin na złożenie wyjaśnień jako niewystarczający, a tego nie uczynił. W ocenie zamawiającego porównanie dokonane przez odwołującego nie dowodzi słuszności zarzutów odwołania. Zauważył, że nie otrzymał od wykonawcy informacji o zaoferowanych cenach. Stwierdził także, że drugi wykonawca, u którego niektóre produkty miały niższą cenę jednostkową, mógł dokonać określonej kalkulacji w ofercie w ten sposób, że określone koszty zostały umieszczone w innych pozycjach. Wskazał, że żądał wyjaśnień zgodnie z przepisem ustawy, a do wykonawcy należy przedstawienie takich wyjaśnień, czego w ocenie zamawiającego, odwołujący nie wykonał.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, biorąc pod uwagę ustalony niesporny między stronami stan faktyczny oraz uwzględniając stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

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

Izba rozpoznała odwołanie z uwzględnieniem podstawy odrzucenia oferty odwołującego wskazanej w zawiadomieniu skierowanym przez zamawiającego do wykonawców, z dnia 29 lipca 2013 r. tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, badając czy wyjaśnienia udzielone przez odwołującego zawierają elementy uzasadniające w sposób zobiiektywizowany wysokość zaoferowanej ceny niezależnie od faktu, iż zamawiający akcentował w toku rozprawy okoliczność braku wystarczających wyjaśnień ze skutkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę lub jeśli złożone wyjaśnienia potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska, co w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej oraz Sądów Okręgowych interpretowane jest jako złożenie wyjaśnień, które nie przekonują, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy a należyte wykonanie zamówienia nie jest zagrożone. W rozpoznawanej sprawie nie było sporu co do zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny tj. przeprowadzenia procedury z art. 90 ustawy pzp. Wysokość ceny zaoferowanej przez odwołującego zarówno w relacji do wartości przedmiotu zamówienia, jak i cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców uzasadniała wszczęcie takiej procedury. Izba zauważa nadto, że powołany wyżej przepis wskazuje na domniemanie, że cena jest rażąco niska, a ciężar dowodu, że takie domniemanie jest niesłuszne, obciąża wykonawcę. W sprawie zamawiający wezwał do wyjaśnień cytując postanowienia art. 90 ust. 1 ustawy bez wskazania, jakich konkretnie informacji oczekuje, co oznacza, że po stronie wykonawcy leżał wybór sposobu wyjaśnienia i udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska. W konsekwencji odwołujący mógł, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych przedstawić swoją argumentację, a jej skuteczność podlegała ocenie zamawiającego, a w wyniku postępowania odwoławczego, Krajowej Izby Odwoławczej. lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko.

W ustalonych w czasie rozprawy okolicznościach sporu Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny wyjaśnień odwołującego uznając wyjaśnienia za niewystarczające.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wskazał, iż na wysokość zaoferowanej ceny wpływ miały: wybrane rozwiązania techniczne, tj. zaoferowanie materiałów zamiennych, równoważnych, jednocześnie wskazując iż „Wiadomym jest, że produkty równoważne dostępne w cenach rynkowych, są produktami tańszymi w stosunku do tzw. oryginalnych, co znacząco wpłynęło na końcową wartość oferty” oraz „Dla przykładu produkt marki HP o symbolu Q2612A jest dostępny na rynku jako oryginalny producenta HP w cenie brutto ok. 260 zł, tymczasem w naszej ofercie produkt ten oferowany jest za 34,44 zł. ”

Jako drugą okoliczność wykonawca wskazał na sprzyjające warunki wykonania zamówienia, tj. eliminacja zbędnych pośredników, co wg Wykonawcy pozwoliło obniżyć koszty produktów o ok. 10-20%. Oszczędność metody wykonania zamówienia, poprzez korzystanie z przysługujących Wykonawcy w ramach współpracy usługi polegającej na świadczeniu usług logistycznych bezpośrednio od Producenta firmy P. W. „Kris” M....., pozwalającej zaoszczędzić 2-krotność kosztu wysyłki. Wykonawca w treści wyjaśnień wskazał również, iż „(...) cena zaoferowana (...) ma wliczoną marżę i koszty obsługi i jest ceną rynkową. ” Wykonawca na poparcie swojego stanowiska załączył oświadczenie firmy KRIS dotyczące specjalnych warunków cenowych. Wyjaśnienie tego podmiotu wskazanego w ofercie jako producent potwierdza dostarczanie produktów we właściwych cenach rynkowych o określonych parametrach, potwierdza, że w cenach ujęto koszty konfekcji i logistyki oraz deklaruje rynkowy charakter cen ze wskazaniem współpracy producenta z odwołującym. Zważywszy iż wystawca dokumentu wyraźnie wskazuje na produkty, które mają być dostarczane na rzecz zamawiającego, skład orzekający nie znajduje powodów, dla których to oświadczenie miałyby być kwestionowane. Uzasadniony jest w kontekście treści pisma wnioski, że producentowi znana jest treść oferty odwołującego i w częściach, w których jest wskazany w ofercie jako producent (znaczących pod względem wartości), potwierdza wiarygodność cen. Strony nie kwestionują przy tym znanej na rynku okoliczności, że produkty nazywane równoważnymi lub zamiennymi są znacząco tańsze od oryginalnych. Druga niesporna okoliczność to fakt zaoferowania przez odwołującego szeregu takich produktów w stopniu większym niż konkurenci. Postanowienia siwz nie wykluczały takiego rozwiązania. W ocenie składu orzekającego odwołujący w ustalonych okolicznościach faktycznych wykazał realność zaoferowanej ceny

Jednocześnie należy podzielić stanowisko zamawiającego, że informacje o kondycji finansowej odwołującego oparte na sprawozdaniach finansowych i przedstawienie wielkości sprzedaży nie mają znaczenia w postępowaniu mającym wyjaśnić, czy zaoferowana cena jest rażąco niska.

Izba zauważa przy tym, że wykonawca nie miał obowiązku przedstawienia szczegółowej kalkulacji wszystkich pozycji cenowych oferty zawierającej ponad 1 400 składników. Dokonany przez niego wybór sposobu wyjaśnienia realności ceny zaoferowanej z posłużeniem się dowodu w postaci wyjaśnienia producenta jest w ocenie składu orzekającego prawidłowy i dał w efekcie skuteczne potwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Można przy tym zauważyć, że powyższy sposób przy tak znaczącej liczbie pozycji cenotwórczych i wyznaczonym terminie na złożenie wyjaśnień, był jedynie realny dla odwołującego.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji.

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

Przewodniczący: