

Sygn. akt: KIO 1052/16

**WYROK**  
**z dnia 28 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 czerwca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę: **Koma Nord Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, ul. Ogrodowa 51A, 00-873 Warszawa**, przy udziale wykonawcy: **Komax 9 Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 2, 10-418 Olsztyn**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Skarbowi Państwa - Sądowi Rejonowemu dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, ul. Ogrodowa 51A, 00-873 Warszawa**

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez wykonawcę - **Komax 9 Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 2, 10-418 Olsztyn**
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego z przyczyn wskazanych w powiadomieniu z dnia 7 czerwca 2016 r.;
- 1.3. dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Skarb Państwa - Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, ul. Ogrodowa 51A, 00-873 Warszawa**

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Koma Nord Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Skarbu Państwa - Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, ul. Ogrodowa 51A, 00-873 Warszawa** na rzecz odwołującego **Koma Nord Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie:

piętnaście tysięcy 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 2015 r., poz. 2164) 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:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego pn. „Sukcesywna dostawa tonerów i materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i kserokopiarek na potrzeby Sadu Rejonowego dla Warszawy - Mokotowa w Warszawie" (Dz. Urz. UE 2016/S 026-041660 z 06.02.2016 r., w dniu 16 czerwca 2016 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez wykonawcę: Koma Nord Sp. z o.o., z siedzibą w Gdyni, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia wykonawców za pośrednictwem faksu w dniu 7 czerwca 2016 r. o wyniku przetargu, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 20 czerwca 2016 r. pisemne zgłoszenie (w kopii przesłane stronom) złożył w dniu 23 czerwca 2016 r. wykonawca wybrany: Komax 9 Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 2, 10-418 Olsztyn - przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, który powołał się na interes w utrzymaniu w mocy czynności wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: Komax 9 Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym uznając, że przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Skarbowi Państwa - Sądowi Rejonowemu dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) dalej zwaną „ustawą Pzp,” tj.:

1. naruszenie 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. naruszenie art. 7 Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji poprzez niezgodne z przepisami prawa odrzucenie oferty odwołującego i zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a oferta ta została z naruszeniem przepisów prawa odrzucona, mimo że nie zaszły w niniejszym postępowaniu przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego i winna zostać ona uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wyjaśniał, że w toku oceny ofert zamawiający powziął wątpliwości związane z ceną oferty zaproponowaną przez firmę Koma Nord Sp. z o. o. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w których zwrócił wykonawcy uwagę, że oferowana cena odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. W szczególności zamawiający zaznaczał, że cena oferty złożonej przez wykonawcę jest niższa o 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, tj. od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 912.260,35 zł brutto. Wykonawca w ofercie zaproponował wykonanie zamówienia za cenę 563.419,95 zł brutto. W związku z podejrzeniem, że badana oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwano do udzielenia wyjaśnień.

W przekonaniu odwołującego, poprzez odpowiedź na wezwanie zamawiającego udzieloną w dniu 25 kwietnia 2016 r. - w wyznaczonym terminie, wykazał on w sposób jednoznaczny, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, oraz załączył jako dowód oświadczenie producenta zaoferowanych materiałów eksploatacyjnych.

Zamawiający poinformował, iż odrzucił ofertę odwołującego na podstawie z art. 90 ust 3 ustawy Pzp ponieważ złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają że zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska.

Zdaniem odwołującego zamawiający pomimo braku zaistnienia przesłanek wskazujących rażąco niską cenę lub braku udzielonych wyjaśnień - odrzucił złożoną ofertę, wskazując przy tym:

*"Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować, jako wyczerpującą i rozwiewającą*

wątpliwości. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 p. z. p. posiadała walor wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny musi być szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama cena, oraz wskazując: "Wykonawca przedstawił wyjaśnienia na podstawie których Zamawiający nie może zweryfikować poprawności kalkulacji cen, tj. przedstawiono oświadczenie producenta produktów równoważnych, iż ceny w ofercie Wykonawcy nie są cenami dumpingowymi oraz, że wliczone są wszelkie koszty produkcji, a także koszty magazynowania i przesyłek kurierskich. Wykonawca do złożonych wyjaśnień dołączył zestawienie cen zakupu produktów firmy Lexmark, które według Zamawiającego jest zapewnieniem Wykonawcy, że dokona zakupu we wskazanych cenach, a nie wskazane jest potwierdzenie, że są to ceny rzeczywiście zaoferowane przez ewentualnego dostawcę."

Odwołujący nie zgadzał się z powyższymi zarzutami. Na wstępie zauważył, że problem oferowania wykonania zamówienia za cenę niższą od kosztów realizacji, i w konsekwencji niewykonania lub nienależytego wykonania umów o udzielenie zamówienia publicznego, jest obecny i dyskutowany od lat w doktrynie i judykaturze. Za trudne uznał odnalezienie uzasadnienia dla działania zamawiającego w niniejszym postępowaniu, tj. wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Argumentował, że art. 90 Pzp wskazuje konieczność przeanalizowania zasadności i prawidłowości zaoferowania cen niższych niż zwyczajowe za realizację tożsamego zamówienia. Różnica 30%, o której mowa w ustawie, jest jedynie przykładowym wskazaniem, kiedy to zamawiający powinien powziąć wątpliwość co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Każdorazowo zamawiający powinien rozpatrywać różnicę w cenach odpowiednich do przedmiotu ofert - co wykonawcy oferują i jaki sposób realizacji. Podnosił, iż istnieją zamówienia, w których różnica w cenach już na poziomie 10 -15 % powinna wzbudzać wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia za wskazaną cenę, jak i z pewnością są zamówienia, przykładowo na roboty budowlane z wynagrodzeniem ryczałtowym, w których to różnica na poziomie 30 % nikogo nie zaskakuje.

Wskazywał, że oczywistym jest, iż w niniejszym postępowaniu wykonawcy mieli możliwość zaoferowania oryginalnych tuszy i tonerów, oraz ich zamienników - nawet dziesięciokrotnie tańszych od oryginalnych. Jeżeli zamawiający szacując wartość zamówienia przyjął wartość oryginalnych materiałów eksploatacyjnych, wartość ta powinna być kilkakrotnie wyższa od ofert wskazujących zamienniki. Z uwagi na fakt iż wykonawcy, w tym odwołujący, zaoferowali po części materiały oryginalne, a w części zamienniki - różnice w cenach zależą od ilości materiałów, w których zaproponowano zamienniki i nie wskazują aż tak drastycznych różnic jak przy porównaniu cen oryginalnych materiałów z ich

zamiennikami. Powyższe wyjaśnienie w przekonaniu odwołującego - obrazuje zasadność występowania różnicy w cenach.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podnosił, iż przygotował wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzającymi możliwość i gwarancję wykonania zamówienia z należytą starannością za zaoferowaną cenę. Podkreślił, iż wszczęcie procedury w trybie art. 90 Pzp nie jest celem samym w sobie, nie jest też metodą ustalenia sposobu przygotowania oferty, bowiem zadaniu pytania - w tym temacie służy art. 87 ust 1 Pzp. Przedmiotem zainteresowania zamawiającego winno być uzyskanie informacji, czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za cenę wskazaną w ofercie, przy założeniu zgodności treści umowy z ofertą wykonawcy.

W odpowiedzi na zarzut, iż treść wyjaśnień nie zawiera wymaganych elementów, odwołujący przytoczył treść żądania zamawiającego dot. złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp. Zamawiający w piśmie z dnia wskazał: *"Komisja wzywa również na podstawie art. 90 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie ceny. Cena oferty złożonej przez Państwa jest niższa o 30% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (...) która wynosi 912.260,35 zł. brutto. Wykonawca w ofercie zaproponował wykonanie zamówieniu za cenę 563.419,95 zł brutto. Z powyższego wynika, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę może zostać uznana za cenę rażąco niską, i na tej podstawie oferta Wykonawcy może zostać odrzucona zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych."*

Odwołujący podnosił, że zamawiający nie sformułował szczegółowo zaleceń ani oczekiwań wobec żądanych wyjaśnień. Tym samym pozostawił w dyspozycji odwołującego ocenę, jakie wyjaśnienia, z uwagi na specyfikę zamówienia, będą wystarczające i jaki zakres informacji jest konieczny do przekazania. Tym samym po otrzymaniu wyjaśnień – zamawiający nie może formułować zarzutu, w którym wskazuje że odpowiedź nie zawiera zakresu informacji, których złożenia nie wymagał od wykonawcy i nie oczekiwał.

Na potwierdzenie powyższego odwołujący przytoczył tezy wyroku KIO Sygn. akt: KIO 246/14, z dnia 26 lutego 2014 r. *"Rozpoznając następnie zarzuty podniesione w odwołaniu Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że w zawiadomieniu z dnia 6.02.2014 r. w pkt 2 [str2] Zamawiający powołał art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując na jego pismo z dnia 22.01.14 r. w którym wystąpił do wykonawcy o szczegółowe "wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny". Dalej podał, że wykonawca w odpowiedzi [pismo z dnia 24.01.14] poinformował "o posiadaniu bardzo dużej bazy sprzętowej oraz zatrudnieniu dużej ilości pracowników nie przedstawiając żadnych dokumentów, umów, dowodów". W związku z powyższym Zamawiający powołał się na art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i jego treść stwierdzając*

*ponownie, że "Wykonawca poza krótkimi stwierdzeniami o posiadaniu sprzętu i ludzi, nie poparł swojego twierdzenia żadnymi umowami z kontrahentami, korespondencją, zaproponowanymi przez podwykonawców atrakcyjnymi warunkami, wyliczeniami czy kalkulacjami." Zamawiający informując o decyzji jaką musi podjąć dokonując wyjaśnień, w konkluzji stwierdził, że (...) odrzuca ofertę Wykonawcy, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia". W powyższym zakresie Izba stwierdziła: "Mając na uwadze okoliczności faktyczne sprawy, Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że treść wezwania [z dnia 22.01.2014 r.] skierowana do Odwołującego nie precyzuje, które elementy jego oferty uzasadniały wątpliwości Zamawiającego, co do ceny przedstawionej w ofercie. W tym przypadku Zamawiający przytoczył wyłącznie ustawowe regulacje nie wypełniając przepisów treścią własnych żądań, poprzez co w tym przypadku mogło skutkować brakiem możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, co do zaoferowanej ceny, w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego. W tym miejscu Izba stwierdza, że wykonawca, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, udzielając wyjaśnień [z dnia 24.01.14] nie posłużył się ogólnym oświadczeniem, lecz wskazał na posiadaną bardzo dużą bazę sprzętową oraz na zatrudnienie dużej ilości pracowników i które to dane wynikały z treści oferty wykonawcy. (...) Izba zauważa również, że ustawodawca nie zobowiązał wykonawców w sposób bezwzględny do przedstawienia dowodów na poparcie twierdzeń składanych w wyjaśnieniach i tym samym brak dowodów, wobec treści wezwania z dnia 22.01.2014 r. w tym postępowaniu, nie może też stanowić, w tym stanie faktycznym, uzasadnionej podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w związku z art. 90 ust.2 ustawy Pzp. Ponadto w wezwaniu z dnia 22.01.2014 r. Zamawiający nie postawił ofercie Odwołującego wprost zarzutu rażąco niskiej ceny, albowiem w wezwaniu skierowanym do wykonawcy z powołaniem na art. 90 ustawy, żądał jedynie szczegółowych wyjaśnień, co do "powodów zaproponowania tak niskiej ceny". Mając zatem na uwadze przepis art. 90 ustawy Pzp, Izba stwierdza, że przy wykładni i stosowaniu tego przepisu należy brać pod uwagę, że jego celem jest obiektywne wyjaśnienie, czy cena oferty nie jest rażąco niska, a nie ustalenie podstaw oferowanej ceny, która wzbudza wątpliwość Zamawiającego, z uwagi na jej niską wysokość."*

Z powyższego uzasadnienia wyroku w sprawie KIO Sygn. akt: KIO 246/14 z dnia 26 lutego 2014 r. odwołujący wnioskował, że wykonawca posiada dowolność w odniesieniu do udzielanych wyjaśnień - w przypadku gdy zamawiający nie skonkretyzował i nie wyartykułował swoich oczekiwań co do zakresu i szczegółowości żądanych wyjaśnień.

Zaznaczał, iż zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty przywołał wyroki KIO, że w przedmiotowym stanie faktycznym za konieczne uznać należało przedstawienie składników cenotwórczych. Powoływanie się na te wyroki KIO uznał odwołujący za chybione, gdyż stanowisko takie mogłoby mieć uzasadnienie, gdyby odwołujący był producentem

oferowanych towarów. Jednak odwołujący nie jest producentem zaoferowanych produktów 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.

Zdaniem odwołującego - treść udzielonych wyjaśnień nie wskazuje, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska - poprzez brak dostatecznych wyjaśnień. Podtrzymał stanowisko, że zamawiający dokonując analizy wysokości cen i prawidłowości ich wyliczenia, zobligowany był oprzeć się na porównaniu cen analogicznych produktów dostępnych na rynku. Za niemożliwe do porównania uznał porównywanie cen produktów nieporównywalnych cenowo - w tym przypadku materiałów eksploatacyjnych tzw. oryginałów oraz ich zamienników. Produkty zamienne, mimo, że zastępują produkty oryginalne, mają znacznie niższe ceny, stanowiące ułamek ceny materiału oryginalnego. Tym samym, jak już podnosił, samo wystąpienie znacznej różnicy w cenach pomiędzy ofertami obejmującymi dostawę materiałów oryginalnych a cenami ofert opartych w dużej mierze na zamiennikach, jest uzasadnione i wynika z warunków rynkowych, oczekiwanych przez klientów.

Według odwołującego wyjaśnienia złożone wyjaśnienia wymieniały w sposób czytelny powody zaistnienia różnicy w cenach. Oświadczenia oraz dowody wskazywały także, że cena jego oferty jest wiarygodna i nie jest oderwana od realiów rynkowych. Głównym elementem mającym wpływ na cenę oferty jak wskazywał odwołujący w swoim wyjaśnieniu, miało wybrane rozwiązanie techniczne tj. zaoferowanie materiałów zamiennych (równoważnych), które są produktami znacznie tańszymi niż tzw. materiały oryginalne. Odwołujący podał przykład produktu zamiennego CB435A (poz. 4 formularza), którego cena jest znacznie niższa od ceny produktu oryginalnego i ma znaczący wpływ na różnicę ceny oferty. Odwołujący wyjaśniał, że całość jego oferty miała poziom ceny jaki zaoferowano, dzięki szerokiemu zastosowaniu zamienników wszędzie tam, gdzie odwołujący miał dostęp do atrakcyjnych cen i wysokiej jakości produktu.

Odwołujący dalej wyjaśniał, że duży wpływ na finalną cenę oferty miały również przedstawione przez odwołującego ceny zakupu produktów firmy Lexmark, gdyż w ramach współpracy jest uprawniony do zakupu produktów Lexmark w tzw. cenach specjalnych, a więc cenach znacznie niższych niż w cen standardowych, oferowanych na rynku. Przykładowo produkt T654X31E (pozycją 14 formularza ofertowego) jest oferowany na rynku w standardowej cenie 1 684zł, cena specjalna zakupu dla odwołującego to 864 zł, a więc cena o 820 zł (o 48%) niższa co przy 100 sztukach znacznie wpływa na cenę oferty.

Odwołujący zaznaczał, że po sprawdzeniu swojej oferty, dodatkowo zapewnił w swym wyjaśnieniu zamawiającego, że ceny nie są dumpingowe, a zatem wykonanie umowy jest dla wykonawcy opłacalne. Podobne oświadczenie złożył też jego dostawca, producent



materiałów zamiennych IC Plus. Odwołujący przedstawił również ceny zakupów produktów oryginalnych firmy Lexmark.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie ma podstaw, by uznać te oświadczenia za niewiarygodne, a podane fakty według odwołującego - wskazują na rzetelność jego oferty. Odwołujący przypominał, że celem procedury z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp było zbadanie czy jako wykonawca zastosował cenę rażąco niską, a nie jest jej celem poznanie przez zamawiającego szczegółów powstawania oferty danego wykonawcy, w tym przypadku odwołującego, jego marż, kosztów, sposobu realizacji, ale podjęcie obiektywnej decyzji, czy zaoferowana cena ma znamiona rażąco niskiej (nierealnej, nieuzasadnionej) czyli czy wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie, czy daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo celem badania oferty może być też zwrócenie uwagi wykonawcy na to czy nie popełnił błędu w swojej kalkulacji.

Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007r., 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 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 wyższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.”*

Tak więc powtórzył za poglądami doktryny i orzecznictwem, że cena rażąco niska jest ceną niepokrywającą wydatków wykonawcy związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Zaznaczał, że żadna z tych sytuacji nie zaistniała w wypadku oferty złożonej przez niego, jak również uznawał, że wyjaśnienia które złożył nie były zdawkowe, lakoniczne czy ogólnikowe. Przeciwnie, uznał je za konkretne i jednoznacznie potwierdzające, że odwołujący świadomie i prawidłowo skalkulował zaproponowane ceny. Nie miał też wątpliwości, że jest w stanie prawidłowo wykonać zamówienie. Zaznaczał, że przedstawił dowód - oświadczenie producenta zaoferowanego asortymentu, w których producent podkreślił prawidłowość skalkulowania cen, wraz z uwzględnieniem kosztów dostawy, uznał to za najlepszą gwarancję zdolności wykonania zamówienia w przypadku dostaw. Jeśli zamawiający chciał uzyskać dalsze informacje, zobligowany był do skierowania zapytania do odwołującego w trybie art. 87 ust.1 Pzp, jednak tego nie wykonał.

Odwołujący ponowił twierdzenia, że przedstawił fakty i dowody potwierdzające, że cena jego oferty nie jest ofertą z rażąco niską ceną i oferta nie powinna podlegać odrzuceniu. Przywołał kolejny wyrok KIO w „bliźniaczej sprawie” Sygn. akt: KIO 1909/13 (Odwołujący KOMA NORD Sp. z o.o., Zamawiający Sąd Apelacyjny w Krakowie): „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 02612A 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 miałoby być kwestionowane. Uzasadniony jest w kontekście treści pisma wniosek, 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. (...) W ocenie składu orzekającego odwołujący w ustalonych okolicznościach faktycznych wykazał realność zaoferowanej ceny. Izba zauważyła przy tym, że wykonawca nie miał obowiązku przedstawienia szczegółowej kalkulacji wszystkich pozycji cenowych oferty zawierającej ponad 1400 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.”

Podsumowując, odwołujący utrzymywał, że swoją ofertę przygotował z należytą starannością, wszystkie ceny zostały wyliczone w sposób poprawny, zawierają koszty obsługi i doliczoną marżę; dostarczył wszelkich wyjaśnień zamawiającemu i dowód do stwierdzenia, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że wyjaśnienia odwołującego nie w pełni umożliwiły zweryfikowanie czy przedstawione ceny w ofercie nie są cenami rażąco niskimi. Ponadto wykonawca w swoich wyjaśnieniach przedstawił kalkulację jednego z produktów na 63 pozycje formularza cenowego. Odwołujący nie określił na czym polegają ceny specjalne. Nie wyjaśnił zastosowania tego nazewnictwa w stosunku do cen, które zostały zaoferowane. Zamawiający nie posiadał wiedzy o dokumencie złożonym na rozprawie stanowiącym wyspecyfikowanie cen zakupu w stosunku do cen sprzedaży ujętych w przedstawionym formularzu cenowym. Zaznaczał, że z uwagi na charakter działalności jednostki, tj. Sądu, zamawiany asortyment ma duże znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania, dlatego wnosił, jak w odpowiedzi - o oddalenie odwołania.

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca Komax 9 Sp. z o.o. popierał stanowisko zamawiającego. W ocenie przystępującego wykonawca ma obowiązek w ofercie dokonać wyceny na podstawie stabilnych podstaw, czyli konkretnie cen dystrybucyjnych bądź cen producentów - w dacie ofertowania, a nie opierać się na możliwych obniżkach cen w trakcie realizacji zamówienia. Zaznaczał, że komponenty do produkcji pochodzą wielokrotnie z zagranicy i należy liczyć się ze zmianami kursowymi. Zdaniem przystępującego stwierdzenie, że odwołujący przyjął swoje ceny w ofercie na podstawie dostępnych rynkowo, według przystępującego - nie zostały potwierdzone dowodami. Zwracał uwagę na specyfikę przedmiotu zamówienia i podkreślał sukcesywność dostaw w okresie realizacji rocznej umowy. Zaznaczał, że zamawiający nie jest zobowiązany zakupić całego wolumenu. W par. 2 ust. 4 wzoru umowy zamawiający może domagać się także pojedynczych dostaw dla trzech lokalizacji, które są wskazane w SIWZ, co generuje koszty, które to odwołujący spuentował - jako nieznaczące. Przystępujący uznawał, że tylko jemu są dostępne atrakcyjne warunki logistyczne, gdyż koszty z tytułu redystrybucji uznał również za nieznaczące w odniesieniu do całości dostawy. Wskazał, że do obowiązków wykonawcy wezwanego, w tym odwołującego, należało wykazanie wszystkich elementów kosztowych. Przystępujący kwestionował pierwszą stronę cennika, który był załączony we fragmencie do wyjaśnień, dotyczącego produktów firmy LEXMARK. Zaznaczał, że jego zdaniem ceny producenta LEXMARK - takie jakie podał odwołujący w swoich wyjaśnieniach obowiązują w przypadku całościowego złożenia oferty i zakupu określonego zakresu produktów i w określonych ilościach. Zamawiający w tym postępowaniu tych ilości nie gwarantuje, a 5 produktów na które opiewa ów cennik zostało przez odwołującego zaoferowane jako

materiały równoważne, np. pozycje 34 i 35. Podnosił, że dystrybutor nalicza jeszcze własną marżę, standardowo 3% z możliwością negocjacji. Nawiązując do pozycji 14, gdzie pojawia się cena zakupu na poziomie 834 zł - cena dystrybucyjna - tak samo jest wyceniona w pozycji formularza ofertowego. Bez marży dystrybutora. Przystępujący powołał się, że w przeciwieństwie do odwołującego przedstawił konkretną fakturę zakupu w odniesieniu do jego zdaniem znaczących pozycji zakupu tonerów. Faktura ta może być przyjęta jako dowód na realny poziom oferowanych cen. Poza oświadczeniem producentów czy dystrybutorów zbliżonej treści zarówno odwołującego jak i przystępującego - zwracał uwagę, że przedstawił dowód w postaci faktury i wydruk internetowy ze strony firmy POLCAN - systemu sprzedażowego dla odbiorców. Powołał się na argumenty zawarte w swoim piśmie, że obowiązkiem wykonawcy jest dostosowanie wyjaśnień do specyfiki przedmiotu zamówienia i sposobu rozliczenia zamówienia. Podał, w treści swoich wyjaśnień powoływał się, że uzyska na realizacji kontraktu pięciocyfrową marżę. Przystępujący nie zaprzeczył, że faktura, którą przedstawił w wyjaśnieniach obejmuje 4 pozycje i cennik oferty specjalnej POLCAN też obejmuje 4 pozycje. Stwierdził jednak, że są to pozycje znaczące ilościowo. Przystępujący zauważał, że sama pozycja 14 generowałaby dla odwołującego zysk na poziomie ok. 85 tys. zł, wobec czego za niewiarygodne uznał, żeby różnica między wskazaną marżą 111 573,55 zł a kwotą 85 tys. stanowiła wystarczającą marżę zysku w przypadku pozostałych produktów. Może zaistnieć sytuacja, że zamawiający w ogóle nie zakupi produktów z pozycji 14, w związku z czym odwołujący w ogóle by nie miał zysku.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień SIWZ, oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcami, w tym przez odwołującego i przystępującego - w sprawie wyjaśnienia ceny oferty, z protokołów sporządzanych w trakcie postępowania i z zawiadomienia o wyniku przetargu.

Izba dopuściła dowód zgłoszony przez odwołującego – rozwinięcie załącznika 1 do SIWZ - oferty asortymentowo-cenowej

Izba dopuściła dowody zgłoszone na wniosek przystępującego - z uzupełnienia oferty cenowej firmy Lexmark złożonej odwołującemu.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynika następujący stan faktyczny.

## II. PRZEDMIOT I TERMIN REALIZACJI ZAMÓWIENIA

#### 1) Przedmiot zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa tonerów i materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i kserokopiarek na potrzeby Zamawiającego.

Materiały eksploatacyjne muszą być fabrycznie nowe, wykonane z nowych elementów (w tym nowa obudowa, nowy toner, nowy tusz wraz z nowym pojemnikiem w przypadku wkładów do drukarek atramentowych, nowe opakowanie nie noszące znamion otwierania), wcześniej nie używane, nie regenerowane, nie refabrykowane, bez śladów uszkodzenia, pochodzące z bieżącej produkcji, oryginalne, w oryginalnych opakowaniach producenta, ze znakiem towarowym producenta wskazującym typ i model urządzenia, do którego jest przeznaczone oraz oznaczeniem logo, symbolu produktu i terminem przydatności do użycia oraz określeniem pochodzenia.

Za fabrycznie nowy nie uznaje się wyrobu gdzie pojemnik został jedynie wyczyszczony i ponownie napełniony. Produkty muszą być należytej jakości, wolne od jakichkolwiek wad fizycznych, jak również od jakichkolwiek wad prawnych i roszczeń osób trzecich. Oferowane produkty muszą spełniać wymagane prawem normy oraz posiadać wymagane prawem atesty bezpieczeństwa i certyfikaty wydane przez niezależny instytut.

Zamawiający dopuszcza możliwość oferowania produktów równoważnych, pod warunkiem, że oferowane materiały eksploatacyjne zgodne będą z opisem przedmiotu zamówienia pod względem wskazanych parametrów technicznych, będą równoważne pod względem jakościowym i eksploatacyjnym. W przypadku wątpliwości na wykonawcy ciąży obowiązek udokumentowania spełnienia powyższych warunków. Produkty równoważne muszą być kompatybilne z urządzeniami, do których mają być stosowane, zapewniać właściwą eksploatację, bezawaryjność i żywotność urządzeń na poziomie nie gorszym od tego, jaki zapewniają materiały oryginalne, wyprodukowane przez producentów urządzeń, nie mogą pogorszyć jakości parametrów pracy urządzeń. Jakość wydruku, wydajność, szybkość schnięcia (utrwalenia), nie zamazywania się druku musi odpowiadać wyrobowi producenta urządzenia, w tym również w zakresie bezawaryjnej pracy tego urządzenia, w którym będzie zainstalowany. W przypadku materiałów eksploatacyjnych równoważnych, zgodnie z art. 30 ust 5 ustawy, Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego materiały spełniają wymagania opisane przez Zamawiającego.

Termin realizacji zamówienia 12 miesięcy od podpisania umowy.

#### XII . KRYTERIA WYBORU OFERT

Tabela 1. Kryterium oceny ofert i ich znaczenie:

Parametr podlegający ocenie

Max. liczba punktów Cena brutto 90

Czas realizacji dostaw 10

Wzór umowy § 4 cenę netto strony ustalają w wysokości ....

Wartość brutto przedmiotu umowy wynosi ....

Cena brutto, o której mowa w ust. 2 zawiera obowiązujący podatek VAT oraz obejmuje wszelkie inne należności publicznoprawne, jak i wszystkie koszty (w tym koszt transportu, opakowania, koszty załadunku, rozładunku, oraz wszelkie opłaty, w tym ubezpieczenia, jakie powstaną w związku z realizacją przedmiotu umowy i zawartą w niej gwarancją. Ceny jednostkowe będących przedmiotem umowy materiałów eksploatacyjnych, strony ustalają w wysokościach podanych w zał. nr 1 do umowy.

Zał. nr 1 do umowy i do SIWZ obejmował wykaz materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i kserokopiarek użytkowanych przez zamawiającego, z podaniem typu urządzenia, nazwy materiału eksploatacyjnego, orientacyjnej ilości zamawianej. Zadaniem wykonawcy było uzupełnienie wykazu przez podanie nazwy producenta, parametrów oferowanych materiałów, ceny jednostkowej i ceny za całość w danej pozycji. Wykaz zawiera 63 pozycje.

W formularzu oferty zał nr 2 do SIWZ wykonawca potwierdził, że Podane ceny zawierają wszystkie koszty konieczne do prawidłowego zrealizowania zamówienia, w tym koszty transportu, dojazdu oraz innych opłat i ewentualnych utrudnień związanych z wykonaniem ww. dostawy, a ceny brutto zawierają wszystkie ww. koszty i podatek VAT.

Oferty złożyli wykonawcy:

1. MAK Sp. z o.o., ul. Kozacka 3, 87-100 Toruń - cena brutto: 1.122.756,30 zł, punktacja **74,33**,
2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” A. P., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz - cena brutto: 1.174.910,56 zł, oferta odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
3. World Trade Technology Polska Sp. z o.o., ul. Sikorki 23, 31-589 Kraków - cena brutto: 705.008,94 zł brutto, oferta odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
4. Koma Nord Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia - cena brutto: 563.419,95 zł, oferta odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
5. PRAXIS ŁÓDŹ P. P. Sp. J., ul. Wólczańska 66, 90-516 Łódź - cena brutto: 994.994,97 zł, wykonawca wykluczony z postępowania,
6. Komax 9 Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 2, 10-418 Olsztyn - cena brutto: 722.245,64 zł, punktacja 95,00,
7. JOLIMPEX J. R. – J., Al. Na Skarpie 19/1, 00-488 Warszawa - cena brutto: 881.832,76 zł, oferta odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
8. JM DATA s.c. Ż. J., R. M., ul. Trakt Lubelski 233, 04-667 Warszawa - cena brutto: 1.132.913,64 zł, oferta odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia: netto 1 626 016,26 zł, brutto 2 000 000,00 zł, dokonana według oświadczenia zamawiającego „w oparciu o rozeznanie cen rynkowych.”

Kwota podana na otwarciu ofert przeznaczona na realizację zamówienia - brutto 2 000 000,00 zł .

Średnia cena wszystkich złożonych ofert, która wynosi 912 260,35 zł brutto.

Odwolujący Koma Nord Sp. z o.o. w załączniku nr 1 do SIWZ podał jako producenta oferowanych wyrobów firmę Itercom Plus.

Przystępujący Komax 9 Sp. z o.o. w załączniku nr 1 do SIWZ podał jako producenta oferowanych wyrobów firmę Action.

Zamawiający wystąpił pismami do wykonawców:

Zamawiający w piśmie z dnia 22.04.2016 podał: *"Komisja wzywa również na podstawie art. 90 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie ceny. Cena oferty złożonej przez Państwa jest niższa o 30% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (...) która wynosi 912.260,35 zł. brutto. Wykonawca w ofercie zaproponował wykonanie zamówienia za cenę 563.419,95 zł brutto. Z powyższego wynika, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę może zostać uznana za cenę rażąco niską, i na tej podstawie oferta Wykonawcy może zostać odrzucona zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych."*

W odpowiedzi z dnia 25.04.2016 r.

*„Informujemy, że w zakresie przedmiotu zamówienia wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpływ na wysokość zaoferowanej ceny miały poniższe elementy:*

*1. Wybrane rozwiązania techniczne tj. zaoferowanie materiałów zamiennych, równoważnych - Nasza firma w ramach toczącego się postępowania zaoferowała w dużej części materiały równoważne w stosunku do tzw. oryginalnych, pochodzących od producentów urządzeń, z którymi są kompatybilne, o parametrach takich samych lub lepszych. Oferta została oparta na produktach marki Intercom Plus, które zapewniają spełnienie wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ zgodnie z przyjętymi kryteriami. Wiadomym jest, że produkty równoważne dostępne w cenach rynkowych są produktami tańszymi w stosunku do tzw. oryginalnych, co znacząco wpłynęło na końcową wartość oferty. Dodatkowo ściśle współpracujemy ze sprawdzonym producentem i importerem materiałów równoważnych marki IC Plus, tj. Intercom Plus. Firma ta ze względu na dużą wartość zamówienia produktów, zapewniła nam specjalną, bardzo atrakcyjną cenę. Dla przykładu produkt marki HP o symbolu CB435A jest dostępny na rynku jako oryginalny w przeciętnej cenie brutto 245,00 zł tymczasem w naszej ofercie produkt zamienny równoważny oferowany jest w cenie 24,60 zł brutto. Biorąc pod uwagę szacunkową ilość określoną w postępowaniu na 450 sztuk, różnica w cenie wynosi 99 180,00 zł co znacząco wpłynęło na końcową wartość oferty. Zaznaczamy, że cena*

zaoferowana przez nas ma wliczoną marżę, obejmuje całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia. Oświadczamy też, że podobne zależności i różnice cen, korzystne dla obniżenia ceny oferty, występują dla wielu innych produktów w naszym formularzu.

2. Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia: Nasza firma przygotowując ofertę dla niniejszego postępowania dokonała doboru dostawców eliminując zbędnych pośredników co pozwoliło obniżyć koszty produktów o ok. 10-20% wartości oferowanego towaru np. w przypadku produktów marki IC Plus zakup dokonywany jest bezpośrednio u producenta.

3. Oszczędność metody wykonania zamówienia: Nasza firma korzysta z przysługującej mu w ramach współpracy usługi polegającej na świadczeniu usług logistycznych bezpośrednio od Producenta firmy P. W. Intercom Plus pozwalających zaoszczędzić 2-krotność kosztu wysyłki w stosunku do sytuacji gdybyśmy zlecali wysyłkę towaru najpierw do swojej siedziby lub oddziału (pierwszy koszt) a następnie kierowali do jednostki zamawiającej (drugi koszt) co daje kolejne wymierne oszczędności.

4. Ponadto przy materiałach eksploatacyjnych pochodzących od producentów urządzeń korzystamy w ramach naszej współpracy z tymi firmami z cen specjalnych co powoduje możliwość zakupu w cenach specjalnych.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami nawiązującymi do art. 90 ust. 2 ustawy PZP podkreślamy, że oferta złożona w toku sprawy OG-26-1-2/16 nie zawiera rażąco niskiej ceny, a czynności związane z ofertą i jej wysokością nie stanowią nieuczciwej konkurencji. Ceny nie są także cenami dumpingowymi.

Dodatkowo, jako pisemne dowody na poparcie naszego stanowiska załączamy:

1. Oświadczenie firmy IC PLUS dotyczące specjalnych warunków cenowych.
2. Kalkulacja cenowa producenta firmy LEXMARK potwierdzająca ceny gotowych materiałów eksploatacyjnych.”

Oświadczenie firmy IC PLUS z siedzibą w Nowym Sączu - dotyczące specjalnych warunków cenowych z 22.04.2016 r. obejmuje stwierdzenie, że ceny zaoferowanego asortymentu są skalkulowane prawidłowo, nie są wyliczone poniżej kosztów produkcji. Kalkulując ceny swoich produktów IC PLUS Brał pod uwagę koszty wytworzenia, koszty surowców oraz koszty logistyczne i pracy ludzkiej. Dodatkowo w cenę wkalkulowano koszty magazynowania i przesyłek kurierskich.”

Wykonawca przedstawił wyciąg z pozycji cennika dystrybucyjnego firmy Lexmark dla oznaczonych wyrobów.”

Inni wykonawcy również argumentowali, że oferują wyroby równoważne - zamienniki.



Zbliżonej treści wyjaśnienia i dowody złożył wykonawca wybrany Komax 9 Sp. z o.o., jak niżej.

*„W odniesieniu do Państwa pisma z dnia 27 maja 2016r z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rozwiania wątpliwości w odniesieniu do potencjalnych przesłanek dotyczących rażąco niskiej ceny informuję, że oferta KOMAX 9 Sp. z o.o. była przygotowana rzetelnie w oparciu o właściwy rachunek ekonomiczny z uwzględnieniem wszystkich kosztów oraz założonego do osiągnięcia znacznego zysku. Zaoferowane ceny są standardowymi cenami, które stosujemy przy ofertach składanych w postępowaniach w ramach zamówień publicznych (formularze cenowe z innych postępowań w ramach zamówień publicznych są ogólnie dostępne). Nie odbiegają one w znaczący sposób od oferowanych cen przez innych uczestników postępowania z uwzględnieniem porównywalności rodzaju materiałów eksploatacyjnych (ceny materiałów OEM tzw. oryginalnych są znacznie wyższe od cen równoważnych materiałów eksploatacyjnych tzw. zamienników).*

*Należy zauważyć, że cena naszej oferty jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia ze względu na fakt, że wartość zamówienia szacowana była z uwzględnieniem wyceny oryginalnych materiałów eksploatacyjnych (tzw. OEM). Wyższa jest natomiast od konkurencyjnych ofert zawierających wycenę znacznie większej ilości zamienników.*

*Nasza oferta zawierała także równoważne materiały eksploatacyjne. Rynkowe ceny tych materiałów są znacznie niższe. Stąd różnica w wycenie. Taka różnica cenowa jest naturalna i rynkowa. Wystarczy porównać cenę sprzedaży- dowolnego tonera OEM i jego zamiennika w dowolnym sklepie stacjonarnym lub internetowym aby potwierdzić ten fakt. Oferty składane w ramach zamówień publicznych również potwierdzają tę prawidłowość. Nasza oferta zawierała wycenę materiałów eksploatacyjnych równoważnych sygnowanych marką Actis i AstiveJet produktów OEM (tzw. oryginalnych).*

*Dzięki zaoferowaniu produktów sygnowanych marką producenta materiałów eksploatacyjnych (Actis i ActiveJet) a nie tylko OEM (zawierają w sobie bardzo wysokie narzuty marketingowe) byliśmy w stanie zaoferować Zamawiającemu konkurencyjną ofertę. Ceny produktów OEM są kilkukrotnie wyższe od cen producentów materiałów eksploatacyjnych. Producenci OEM praktykują model biznesowy polegający na sprzedaży urządzeń drukujących z minimalnymi narzutami lub je dotując, a następnie generują wysokie marże na materiałach eksploatacyjnych do nich.*

*Oferta nasza złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera znaczną marżę handlową umożliwiającą pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz wygenerowanie znaczącego zysku.*

*Mając na uwadze fakt, że realizacja zamówienia odbywać się będzie sukcesywnie wszystkie koszty związane z realizacją umowy są policzalne i wartościowo nieznaczące przy wysokości wygenerowanej marży. Jedyнным kosztem poniesionym przez nas będzie koszt wysłania materiałów eksploatacyjnych do Zamawiającego (nie ponosimy kosztów dostaw do naszego magazynu). Zgodnie z cennikiem GLS (w załączniku) szacowana dostawa przedmiotowego zamówienia będzie wynosić 2300 zł netto ( 200 paczek x 11,50 = 2300,00+VAT). Obsługa osobowa realizacji zamówienie oraz przygotowania paczek do wysyłki nie wygeneruje żadnych dodatkowych kosztów, które należałoby uwzględnić w ofercie. Osoby pracujące przy obsłudze przedmiotowego zamówienia pobierają wynagrodzenia zgodne z prawem (skontrolowane przez PIP) i niezależnie od przedmiotowego przetargu w ramach zamówień publicznych. KOMAX 9 Sp. z o.o. jest hurtownią art. biurowych i eksploatacyjnych i zatrudnia kadrę do statutowej działalności niezależnie od postępowań w ramach zamówień publicznych. Alternatywą jest możliwość wysłania zamówień bezpośrednio z magazynów producentów i dystrybutorów. Standardowa (rynkowa) stawka to 10 zł netto za paczkę (do 30 kg). Całkowity koszt realizacji zamówienia zamknie się kwotą 1600 zł netto ( 200 paczek x 10.00 - 1600,00+VAT). Przy tej formie realizacji zamówienia nie ma innych kosztów. Jest to typowa usługa z której często firmy korzystają, jak również KOMAX 9 Sp. z o.o.*

*KOMAX 9 Sp, z o.o. nie korzysta z pomocy publicznej. Przedmiotowe postępowanie wygeneruje typowe zamówienie, na standardowe produkty nie wymagające specyficznych rozwiązań technicznych.*

*Złożona Państwu oferta, w przypadku jej wyboru umożliwi KOMAX 9 Sp. z o.o. osiągnięcie zysku w kwocie pięciocyfrowej. Taka marża została narzucona na standardowe ceny zakupu. W załączniku przedkładamy faktury zakupu, oraz potwierdzenia zamówień naszych dostawców na asortyment mający największy wpływ na wartość oferty. Dokumenty te potwierdzają zastosowaną przez nas właściwą kalkulację cenową.*

*Do przedmiotowego postępowania nasza firma otrzymała wsparcia cenowe od producentów i dystrybutorów materiałów eksploatacyjnych Action. OKI i Lexmark. Przedmiotowe pisma w załączniku.*

*Firma Handlowa KOMAX 9 Sp. z o. o. wchodzi w skład Grupy KOMAX. Mamy dzięki temu dostęp do bardzo konkurencyjnych cen zakupowych. Stosując właściwy rachunek kosztów i generując znaczące obroty mamy możliwość zaoferowania naszym klientom bardzo konkurencyjne ceny. Specjalizujemy się w sprzedaży komputerowych materiałów eksploatacyjnych do drukarek. Korzystamy z wielu możliwości dokonywania zakupów po zdecydowanie niższy cenach (duży wolumen zakupowy, płatności gotówkowe i inne mechanizmy pozwalające na znaczące obniżki), by móc później przenieść je z korzyścią na*

*swoich Klientów. Oferta, która Państwu przygotowaliśmy uwzględniała wszelkie obniżki, które otrzymujemy.*

*Powyższe potwierdza poprawność przygotowanej przez nas kalkulacji cenowej oraz gwarantuje pełną możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. KOMAX 9 Sp. z o.o. obsługuje klientów w całej Polsce. Z podpisanych umów wywiązujemy się rzetelnie, czego dowodem są liczne referencje (w załączeniu kilka przykładowych)."*

Ww. wykonawca załączył fakturę firmy Action S.A., gdzie 4 pozycje odnoszą się do tonerów, załączył wydruk internetowy cennika POLCAN, gdzie 4 pozycje dotyczą cen tonerów oraz ofertę cenową GLS, w tym na transport paczek.

Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2016 r. powiadomił o wyborze oferty wykonawcy Komax 9 Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, z podaniem następującego uzasadnienia.

*„Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta Wykonawcy zostaje odrzucona ponieważ dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdza, że zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska.*

*Uzasadnienie faktyczne.*

*W toku oceny ofert Zamawiający powziął wątpliwości związane z ceną oferty zaproponowaną przez firmę Koma Nord Sp. z o.o. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Zamawiający zwrócił wykonawcy uwagę, że oferowana cena odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców. W szczególności Zamawiający zwrócił uwagę, że cena oferty złożonej przez Wykonawcę jest niższa o 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, tj. od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 912.260,35 zł brutto. Wykonawca w ofercie zaproponował wykonanie zamówienia za cenę 563.419,95 zł brutto.*

*W związku z podejrzeniem, że badana oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwano do udzielenia wyjaśnień. Ponadto Wykonawca został wezwany do udzielenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie braków określenia terminu, w jakim Wykonawca w przypadku braków ilościowych i wad jakościowych zapewni usunięcie ww. braków.*

*W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył wyjaśnienia w terminie. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę miały umożliwić zamawiającemu zweryfikowanie poprawności dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji ceny. Wyjaśnienia z tego powodu powinny być wyczerpujące i*

*przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt zakupu przedmiotu zamówienia, czy też marża Wykonawcy.*

*KIO w wyroku z dnia 13 października 2014 r. (KIO 2031/14), uznało m.in.: „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Izba uznała, że odwołujący nie sprostął powinności nałożonej przez przepisy ustawy, zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.”.*

*Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować, jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 p.z.p. posiadała walor wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny musi być szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta. „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności.” (KIO 1287/13). Przepis art. 90 ust. 3 „nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę [...] przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych.” (KIO 2031/12). Ponadto zgodnie ze stanowiskiem zawartym w wyroku KIO sygn. KIO 2712/12 „celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. (...) z tego powodu powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen”, (tak też: SO w Warszawie sygn. V Ca 2214/16; SO w Poznaniu sygn. X Ga 127/08). Konsekwencją złożenia takich „wyjaśnień” powinno de facto być uznanie ich za w ogóle niezłożone (tak: KIO/2498/10; KIO 2712/12 czy*

*KIO 2031/12). Wykonawca przedstawił wyjaśnienia na podstawie, których Zamawiający nie może zweryfikować poprawności kalkulacji cen, tj. przedstawiono oświadczenie producenta produktów równoważnych, iż ceny w ofercie Wykonawcy nie są cenami dumpingowymi oraz, że wliczone są wszelkie koszty produkcji, a także koszty magazynowania i przesyłek kurierskich. Wykonawca do złożonych wyjaśnień dołączył zestawienie cen zakupu produktów firmy Lexmark, które według zamawiającego jest zapewnieniem Wykonawcy, że dokona zakupu we wskazanych cenach, a nie wskazane jest potwierdzenie, że są to ceny rzeczywiście zaoferowane przez ewentualnego dostawcę.*

*W związku z powyższym przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień niepełnych lub niejasnych naruszałoby zasadę równego traktowania Wykonawców oraz zasadę konkurencyjności.*

*Reasumując, Wykonawca nie uzasadnił Zamawiającemu w sposób możliwy do zaakceptowania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, wobec czego jego oferta polega odrzuceniu.”*

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

Materiał dowodowy sprawy potwierdził znaczne rozwarstwienie cenowe ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i rozbieżność cen wszystkich ofert z wartością szacunkową zamówienia przyjętą przez zamawiającego.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przesłanki wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mają charakteru wyczerpującego chociaż stanowią istotną wskazówkę interpretacyjną, a ponadto nie muszą występować łącznie. Sama zatem rozbieżność między wartością szacunkową zamówienia a ceną ofert stwarzała podstawy do żądania wyjaśnień, a wezwani wykonawcy nie kwestionowali zasadności wezwania i się do niego dostosowali.

Przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Przepis art. 35 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu ustalenie wartości zamówienia nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania, o ile przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi w oparciu o zamówienia udzielone w okresie poprzednich 12 miesięcy z uwzględnieniem prognozowanych zmian ilościowych (art. 34 ust. 1 ustawy Pzp). Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Zamawiający w tym postępowaniu przetargowym oszacowanie wartości zamówienia przeprowadził 4 lutego 2016 r. Łączna kwota, jaką zamawiający przewidział na realizację zamówienia w okresie 12 m-cy wynosi brutto - 2 000 000,00 zł. Przy ustalaniu wartości szacunkowej kierował się „rozeznaniem cen rynkowych.” Nie ujawnił jakie ceny rynkowe przyjął do kalkulacji wartości szacunkowej - oryginalnych tonerów i materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i kserokopiarek, czy i w jakim stopniu uwzględnił ceny zamienników.

Wobec powyższego, szacunki zamawiającego nie mogły stanowić jedynej miarodajnej podstawy do porównania oferty wykonawcy Koma Nord Sp. z o.o. i zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny za realizację zamówienia oraz badania, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny. Szacunki zamawiającego nie odnoszą się do konkretnych możliwości każdego z wykonawców, ale zawierają koszty uśrednione, najczęściej kalkulowane na takim poziomie, aby zabezpieczyć finansowanie dla danego zamówienia w całym okresie realizacji.

Zamawiający wzywając 6 wykonawców, którzy złożyli oferty, w tym odwołującego i przystępującego - do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny miał na względzie, że ceny całkowite w tych ofertach są niższe o ponad 30%

w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, a więc wskazywał na arytmetyczną rozbieżność tych cen z kwotą wartości szacunkowej zamówienia.

Arytmetyczna rozbieżność ceny oferty z kwotą wartości szacunkowej zamówienia stwarza jedynie podstawy do żądania wyjaśnień, natomiast nie może automatycznie przesądzać o uznaniu ceny badanej oferty za rażąco niską, gdyż szacunki zamawiającego nie były w tym postępowaniu wiarygodne, wobec odnotowanej średniej cen złożonych ofert - wynoszącej 912 260,35 zł brutto - w najlepszy sposób oddającej aktualny średni poziom cen rynkowych stosowanych przez podmioty z danej branży.

Cena oferty odwołującego wynosząca brutto: 563 419,95 zł, była również niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Nie można było jednak pominąć, że zamawiający dopuścił w SIWZ możliwość oferowania produktów równoważnych, pod warunkiem, że oferowane materiały eksploatacyjne zgodne będą z opisem przedmiotu zamówienia pod względem wskazanych parametrów technicznych, będą równoważne pod względem jakościowym i eksploatacyjnym. Produkty równoważne muszą być kompatybilne z urządzeniami, do których mają być stosowane, zapewniać właściwą eksploatację, bezawaryjność i żywotność urządzeń na poziomie nie gorszym od tego, jaki zapewniają materiały oryginalne, wyprodukowane przez producentów urządzeń, nie mogą pogorszyć jakości parametrów pracy urządzeń. (...) W przypadku materiałów eksploatacyjnych równoważnych, zgodnie z art. 30 ust 5 ustawy, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego materiały spełniają wymagania opisane przez zamawiającego.

Jest rzeczą powszechnie wiadomą i nie wymagającą dowodu - w oparciu o art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, że materiały oryginalne, wyprodukowane przez producentów urządzeń drukujących i kopiujących kosztują wielokrotnie drożej, niż ich zamienniki spotykane na rynku. Na tę okoliczność wskazywali wszyscy wykonawcy poproszeni o wyjaśnienie ceny oferty, włącznie z wybraną przez zamawiającego firmą Komax 9 Sp. z o.o. z ceną brutto: 722.245,64 zł, jedynie o 158 825,69 zł wyższą niż cena oferty odwołującego.

Izba uznała, iż okoliczności przywoływane przez wykonawcę Koma Nord Sp. z o.o., takie że:

- 1) wykonawca wybrał rozwiązania techniczne, tj. w większości zaoferowanie materiałów zamiennych, równoważnych,
- 2) wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, tj. dobór dostawców bezpośrednich, eliminując zbędnych pośredników,
- 3) oszczędność metody wykonania zamówienia, jako polegającą na korzystaniu z przysługującej mu w ramach współpracy z dostawcami/ producentami - usługi

logistycznej polegającej na realizacji dostawy bezpośrednio od producenta do odbiorcy końcowego, wliczonej w cenę produktu,

- 4) przy zakupie materiałów eksploatacyjnych pochodzących od producentów urządzeń - wykonawca odwołujący korzysta w ramach współpracy z tymi firmami z cen specjalnych, co powoduje możliwość zakupu w cenach specjalnych,
- 5) wykonawca posiada doświadczenie własne w zakresie danego rodzaju dostaw i był w stanie wypracować metody pozwalające na oszczędności w wykonaniu zamówienia

- miały istotne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty, z podaniem wartości procentowej możliwości obniżenia ceny elementów mających wpływ na cenę ogólną oferty.

Dodatkowo, jako pisemne dowody na poparcie swego stanowiska wykonawca załączył:

1. Oświadczenie firmy IC PLUS głównego dostawcy - dotyczące specjalnych warunków cenowych - w odniesieniu do danego zamówienia.
2. Ofertę cenową producenta firmy LEXMARK potwierdzającą ceny gotowych materiałów eksploatacyjnych oznaczonych pozycji formularza cenowego - w odniesieniu do danego zamówienia.

Należało zważyć, iż przedmiotem zamówienia są dostawy, zatem główny koszt - to cena nabycia produktów. Nie było więc możliwe, aby odwołujący wykazywał koszty produkcji materiałów nabywanych przez zamawiającego. W tym przypadku kontrakty odwołującego z głównym producentem zamienników (ponad 50% asortymentu) obejmują także usługi logistyczne i towar trafia wprost od producenta do odbiorcy końcowego.

Ponadto zarówno odwołujący, jak i przystępujący, uznawali koszty dostawy za nieznaczące w cenie zamówienia.

W podobny sposób złożył swoje wyjaśnienia i je również wrywkowo, fragmentarycznie udokumentował - wykonawca wybrany - firma Komax 9 Sp. z o.o. i nie budziły one żadnych wątpliwości zamawiającego.

Warunki zamówienia nie narzucały z góry wzoru prawidłowej kalkulacji kosztów, gdyż to właśnie wykonawcy posiadają najlepszą wiedzę w zakresie sposobu kalkulowania ceny ofertowej i własnych możliwości w tym zakresie. Z kolei konsekwencje w postaci odrzucenia oferty można zastosować jedynie wówczas, gdy istnieją prawne i faktyczne podstawy do uznania, że cena jest rażąco niska. Za trafny należy uznać pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 24 czerwca 2010 roku (KIO/UZP 1135/10, KIO/UZP 1136/10) że: *„Biorąc pod uwagę doniosłość czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Zamawiający*



*winien wykazać przy użyciu dostępnych środków dowodowych w sposób bezsprzeczny, że w konkretnym stanie faktycznym każdy podmiot uznałby taką cenę za rażąco niską".*

Wykonawca wezwany ma udowodnić, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Natomiast ciężar dowodowy, że złożone wyjaśnienia wraz z przedstawionymi dowodami nie pozwalają na usunięcie wątpliwości co do możliwości wykonania danego zamówienia za zaoferowaną cenę - nadal obciąża zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie zamawiający bezpodstawnie uznał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Koma Nord Sp. z o.o. były nieprzekonywujące, a jednocześnie brak było podstaw, aby wykazać faktycznie, w sposób obiektywny, że cena wskazana przez ww. oferenta była rażąco niska, w szczególności spekulacyjna, oparta na nierzetelnych kalkulacjach, co mogłoby stwarzać zagrożenie należytego wywiązania się przez wykonawcę z umowy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, XIX Ga 3/07). Poza tym, należało także podkreślić, że przepisy ustawy Pzp wymagają dla odrzucenia oferty, aby cena była nie tylko niska, ale rażąco niska w sposób nieodparcie narzucający takie wnioski. Odwołujący udzielając wyjaśnień potwierdził, że brał pod uwagę cały zakres zamówienia i dokonał rzetelnej kalkulacji ceny oraz przedstawił stosowne wyjaśnienia (merytorycznie i dowodowo zbliżone do wyjaśnień wykonawcy wybranego), czego zamawiający nie był w stanie obiektywnie podważyć. Wykonawca Koma Nord Sp. z o.o. składając swoje wyjaśnienia dostosował się do treści przepisu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz wezwania zamawiającego, które nie precyzowało zakresu żądanych wyjaśnień oraz nie wspominało o dowodach, jakich zamawiający wymaga od wykonawcy, mimo że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego, w przypadku zastosowania tej normy obowiązek żądania wskazanych dowodów.

Izba zgadza się z poglądem, że wykonawca winien udzielić stosownych wyjaśnień i poprzeć je dowodami, ale również może się kierować treścią wezwania zamawiającego. W przypadku ceny ryczałtowej za całość zamówienia wezwanie do wyjaśnień ceny może mieć postać ogólną. W okolicznościach tego postępowania zamawiający był w stanie ocenić jakie pozycje formularza asortymentowo-cenowego budzą jego wątpliwości i żądać wyjaśnień skonkretyzowanych - czego nie uczynił.

Ceny ofert za elementy przedmiotu zamówienia, a zatem i całkowite poszczególnych oferentów różnią się znacznie i właśnie w tym tkwi siła konkurencyjna poszczególnych wykonawców, że potrafią uzyskiwać najbardziej korzystne ceny dla rozwiązań wymaganych przez zamawiającego. Istotne znaczenie dla ustalanych cen ma organizacja, metody wykonania, rozłożenie kosztów ogólnych, posiadane rezerwy, nawiązane kontakty handlowe, doświadczenie przy realizacji poprzednich kontraktów. Zamawiający w swojej ocenie, którą

przedstawił w sposób taki sam w stosunku do wszystkich wykonawców, których oferty odrzucił jako rażąco niskie - pomija wszystkie indywidualne cechy i możliwości skarżonych wykonawców, ich specyfikę i organizację pracy. Nie ulega wątpliwości, że każdy z wykonawców odmiennie rozkładał również kwestie związane z zyskiem, za poszczególne pozycje zamówienia, jak wynika to uzupełnionego przez odwołującego formularza cenowego - złożonego na rozprawie, jako dowód. Pominięcie indywidualnych możliwości i właściwości wykonawcy Koma Nord Sp. z o.o. również w sposób negatywny obciążało rzetelność i celność argumentacji przedstawionej przez zamawiającego i przystępującego. Trudno doszukać się logiki i konsekwencji w działaniach zamawiającego, skoro uznaje za możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę firmy Komax 9 Sp. z o.o. - brutto: 722.245,64 zł, a odrzuca jako rażąco niskie większość ofert z cenami przewyższającymi 1 000 000,00 zł.

Abstrahując od faktu, iż wyjaśnienia i dowody w przedmiotowej sprawie po stronie odwołującego były wystarczające - w świetle sformułowanego wezwania, należy dodać, iż oceniając wyjaśnienia, zamawiający nie może rozstrzygać ewentualnych wątpliwości na niekorzyść wykonawcy udzielającego wyjaśnień, o ile nie jest w stanie podważyć (obiektywnie) wyjaśnień wykonawcy, gdyż byłoby to przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji, w takiej sytuacji, nie było uzasadnienia (faktycznego/prawnego) dla odrzucenia oferty odwołującego - z podanych w odwołaniu przyczyn.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że jego cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska, tj. niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu rynkowymi podobnych zamówień i nie można postawić zarzutu, że wskazuje na możliwość realizacji zamówienia poniżej kosztów zakupu i świadczenia dostawy. Zobrazowane koszty w części poparte dowodami bilansują się z ceną oferty. Przedstawione wyjaśnienia zostały złożone według wskazań art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, i nie zachodzą żadne podstawy, aby zamawiający mógł ocenić te wyjaśnienia jako niespełniające warunków dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i odrzucić obiektywnie najkorzystniejszą ofertę.

Z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Takie same wytyczne zawiera art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, że zamawiający odrzuca ofertę 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. W nawiązaniu do zakresu żądanych wyjaśnień szczegółowych, mających udowodnić realność zaoferowanej ceny i możliwość należytego wykonania zamówienia w ramach tej ceny, zamawiający ma obowiązek uwzględnić cenę całkowitą oferty. W świetle materiału dowodowego nie zostały też skutecznie podważone

znaczące ceny jednostkowe. Przystępujący również wybiórczo przedstawił ceny zakupu w odniesieniu do swojej oferty.

Reasumując, złożone wyjaśnienia przez odwołującego zostały nieprawidłowo ocenione przez zamawiającego, jako że są one pełne, mają charakter szczegółowy, konkretny, weryfikowany, odnoszący się do danego postępowania przetargowego, a ponadto potwierdzone zostały wiarygodnymi dowodami, poświadczającymi możliwość realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę. Wykonawca wykazał zysk w każdej jednej pozycji, ponieważ wartość sprzedaży na rzecz zamawiającego w poszczególnych pozycjach jest wyższa niż wykazana wartość zakupu od producenta lub dystrybutora. Poziom marży jest zróżnicowany na różnych produktach, ale ogółem wykazany zysk wynosi 111 573,55 zł na rocznym kontrakcie.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

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. naruszenie art. 7 Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji poprzez niezgodne z przepisami prawa odrzucenie oferty odwołującego - znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Na podstawie § 3 pkt 1 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty wpisu.

**Przewodniczący:.....**