

Sygn. akt: KIO 1313/16

POSTANOWIENIE
z dnia 1 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 1 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2016 r. przez wykonawcę **Xsystem S.A., ul. Julianowska 54 B, 91-473 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Łódzkie, al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o., ul. Pawłówek 37, 62-800 Kalisz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Xsystem S.A., ul. Julianowska 54 B, 91-473 Łódź** uiszczonej tytułem 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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Województwo Łódzkie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „usługi serwisu i utrzymania urządzeń drukujących”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 kwietnia 2016 r., pod nr 2016/S 072-126287. Zamówienie zostało podzielone na trzy Zadania.

Wykonawca Xsystem S.A. z siedzibą w Łodzi w dniu 15 lipca 2016 r. wniósł odwołanie wobec:

- czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o. w Kaliszu (dalej zwany w skrócie „DIR”), jako najkorzystniejszej,
- czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę DIR,
- czynności wielokrotnego wzywania wykonawcy DIR do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę DIR,
- zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej, w Zadaniu 2.

Odwołujący postawił w odniesieniu do czynności Zamawiającego podjętych w zakresie Zadania 2 zarzuty naruszenia następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę DIR, pomimo że wykonawca nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta wykonawcy DIR zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca DIR nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez wielokrotne wzywanie wykonawcy DIR do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i w związku z art. 82 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DIR jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
- art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DIR jako najkorzystniejszej w Zadaniu 2 oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy DIR jako najkorzystniejszej w Zadaniu 2,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty wykonawcy DIR w Zadaniu 2,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy DIR w Zadaniu 2,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Zadaniu 2.

Odwołujący w dniu 8 lipca 2016 r. otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze oferty wykonawcy DIR jako najkorzystniejszej w Zadaniu 2. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

Odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający aż trzykrotnie, tj.:

- a) pismem z dnia 09 czerwca 2016 r.,
- b) pismem z dnia 14 czerwca 2016 r.,
- c) pismem z dnia 30 czerwca 2016 r.,

wezwał wykonawcę DIR na podstawie art. 90 ust 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Co do zasady, wezwane było w pełni uzasadnione ze względu na dysproporcję pomiędzy ceną zaoferowaną przez wykonawcę DIR, a cenami w pozostałych ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu, jak i ze względu na dysproporcję pomiędzy ceną zaoferowaną przez wykonawcę DIR, a wartością zamówienia (cena oferty wykonawcy DIR jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT).

W odpowiedzi na poszczególne wezwania Zamawiającego, wykonawca DIR złożył odpowiednio pisma:

- a) z dnia 11 czerwca 2016 r.,
- b) z dnia 14 czerwca 2016 r.
- c) z dnia 2 lipca 2016 r.,

stanowiące wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy DIR już po analizie pierwszych wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę pismem z dnia 11 czerwca 2016 r. Odwołujący podkreślił, iż wezwanie Zamawiającego skierowane pismem z dnia 09 czerwca 2016 r., w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nie było wezwaniem lakonicznym i ogólnikowym. Wręcz przeciwnie, w wezwaniu tym Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga udzielenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji dotyczącej zaoferowanej ceny.

Wykonawca DIR złożył wyjaśnienia, w których ograniczył się jedynie do podania ogólnej, zbiorczej kalkulacji ceny oferty brutto, dla której punktem wyjścia są dwie ceny jednostkowe: za 1 stronę wydruku mono (tj. czarno-białego) i za 1 stronę wydruku kolor. Nie

przedstawił jednak kalkulacji mającej podstawowe znaczenie dla badania kwestii rażąco niskiej ceny, tj. kalkulacji obrazującej, w jaki sposób wyliczone zostały ww. dwie ceny jednostkowe, w szczególności, w jaki sposób wyliczone zostały ceny jednostkowe brutto za 1 stronę wydruku osobno dla każdego modelu urządzenia Lexmark posiadanego przez Zamawiającego, a w przypadku urządzeń drukujących w kolorze: ceny jednostkowe brutto za 1 stronę wydruku czarno-białego i ceny jednostkowe brutto za 1 stronę wydruku kolorowego. To bowiem właśnie te ceny jednostkowe brutto, a nie cena brutto oferty (cena sumaryczna), będą decydować o tym, jakie wynagrodzenie za wykonanie zamówienia otrzyma wykonawca. Powyższe wynika w sposób oczywisty z pkt 13 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny.

Ponieważ na dzień składania ofert nie wiadomo ile ostatecznie wydruków i jakiego rodzaju zostanie wykonanych, wykonawcy byli obowiązani skalkulować ceny jednostkowe za 1 stronę wydruku tak, aby pokrywały one faktyczne koszty 1 strony wydruku danego rodzaju na danej drukarce.

Zamawiający nie ograniczył się w SIWZ do żądania podania w ofercie dwóch cen, tj. ceny jednostkowej za 1 stronę wydruku mono i ceny jednostkowej za 1 stronę wydruku kolor. Zamawiający wymagał skalkulowania ceny jednostkowej brutto za 1 stronę wydruku osobno dla każdego modelu urządzenia Lexmark, a w przypadku urządzeń drukujących w kolorze - osobno: ceny jednostkowej brutto za 1 stronę wydruku czarno-białego i ceny jednostkowej brutto za 1 stronę wydruku kolorowego.

Tymczasem kalkulacja przedstawiona przez wykonawcę DIR w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2016 r. skutecznie uniemożliwia sprawdzenie i ocenę, czy ceny jednostkowe brutto podane w ofercie wykonawcy DIR zostały skalkulowane rzetelnie i czy pokrywają wszystkie koszty realizacji zamówienia. Spośród 21 wymaganych w Formularzu cen jednostkowych brutto wykonawca DIR przedstawił kalkulację, jak sam przyznał w wyjaśnieniach - przykładową wyłącznie dla 3 cen jednostkowych.

Zamawiający uznał ww. kalkulację za nieodpowiadającą treści jego wezwania, gdyż w kolejnym wezwaniu z dnia 30 czerwca 2016 r. ponownie zażądał od wykonawcy DIR przedstawienia kompletnej kalkulacji dla wszystkich urządzeń, które miałyby serwisować.

W odpowiedzi wykonawca DIR przedstawił kolejną kalkulację nadal niekompletną. Potwierdził, że kalkulacja przedstawiona w pierwszych wyjaśnieniach miała charakter ogólny, a ponadto opierała się jedynie na szacunkowych składnikach kalkulacji kosztów i przychodów.

W kolejnych wyjaśnieniach wykonawca DIR zaczął wskazywać na innych dostawców materiałów eksploatacyjnych i materiały eksploatacyjne pochodzące od innych producentów niż bliżej nieokreślony niemiecki producent wskazany w pierwszych wyjaśnieniach. W wyjaśnieniach z dnia 14 czerwca 2016 r. wykonawca DIR wskazał, że w Formularzu

ofertowym dla Drukarki X734de - Pozycja Druk kolorowy podano cenę 0,07 zł, co wynika z faktu posiadania przez wykonawcę nadwyżek tonera kolorowego Lexmark do tego modelu drukarki na ilość wydruków: około 42 000 stron. Cena nabycia tej ilości Tonera była zdecydowanie niższa i wynika z faktury likwidacji nadwyżek u jednego z dostawców. Toner jest fabrycznie nowy, nie używany w 100% sprawny. Do wyjaśnień załączono fakturę VAT z 30 kwietnia 2016 r., wystawioną przez Sevencomp M. I., opiewającą na 7 zestawów tonerów kolorowych do drukarki X734de oraz Raport z inwentaryzacji na dzień 14 czerwca 2016 r., obrazujący aktualny stan tonerów m.in. dla drukarki X734de w magazynie wykonawcy DIR. Odwołujący podkreślił, że wszystkie powyższe informacje i dowody zostały przedstawione przez wykonawcę DIR dopiero wskutek kolejnego wezwania do wyjaśnień ceny, tj. wezwania z dnia 14 czerwca 2016 r. Nie ma żadnych wątpliwości, że wykonawca DIR mógł i powinien wszystkie powyższe informacje i dowody zawrzeć w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2016 r.

Dopiero w trzecich wyjaśnieniach wykonawca DIR poinformował Zamawiającego, że przewidział świadczenie usługi za pomocą tonerów AGFAPhoto nabywanych od EET Europarts Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ponadto dopiero do trzecich wyjaśnień załączył dowody na poparcie powyższego twierdzenia, wreszcie dopiero do trzecich wyjaśnień załączył dowody wskazujące, że będzie mógł nabyć od Sevencomp M. I. zestawy tonerów kolorowych do drukarki X743de po tak atrakcyjnych cenach jak na ww. fakturze VAT NR/130/04/2016 z 30 kwietnia 2016 r. Odwołujący podkreślił, że wszystkie powyższe informacje i dowody zostały przedstawione przez wykonawcę DIR dopiero wskutek kolejnego wezwania do wyjaśnień ceny, tj. wezwania Zamawiającego z dnia 30 czerwca 2016 r.

Odwołujący podkreślił, jak „ewoluowały” informacje przekazywane przez wykonawcę DIR na temat tonerów, które zamierza wykorzystać w celu realizacji przedmiotowego zamówienia, i źródeł, w których te tonery zamierza nabywać.

Odwołujący podniósł, że już po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień Zamawiający, mając na uwadze przepisy art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, zobowiązany był do odrzucenia oferty wykonawcy DIR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Wszelkie dalsze czynności wyjaśniające, prowadzone pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą DIR, były zdaniem Odwołującego niedopuszczalne, a zatem stanowiły niedozwolone obejście przepisów ustawy.

W ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z rażącym nadużyciem procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp, która podobnie jak procedura określona w art. 26 ust. 3 jest zdecydowanie czynnością jednokrotną. Prowadzenie przez Zamawiającego z wykonawcą DIR wyjaśnień „do skutku” stanowiło w istocie niedopuszczalne negocjacje w toku badania i oceny złożonych oferty, które świadczą o braku transparentności postępowania przetargowego i braku jego prowadzenia

z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, wobec braku wykazania przez wykonawcę DIR, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, doszło do naruszenia przepisów art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia zarówno z zaferowaniem przez wykonawcę DIR rażąco niskiej ceny, jak i z niezgodnością treści oferty wykonawcy DIR z postanowieniami SIWZ. Powyższe wynika z tego, że wykonawca DIR w celu realizacji przedmiotowego zamówienia zamierza wykorzystać tonery regenerowane, które są znacznie tańsze od tonerów oryginalnych, od tonerów certyfikowanych przez producenta urządzeń objętych Zadaniem 2, jak i od tonerów będących zamiennikami tonerów oryginalnych, a ponadto, których stosowanie zostało jasno i wyraźnie zakazane w SfWZ, co pozwoliło obniżyć ceny jednostkowe brutto wydruków i w rezultacie uzyskać nieuprawnioną przewagę nad konkurencyjnymi wykonawcami.

Zdaniem Odwołującego, jest w ogóle wątpliwe, czy tonery niemieckiego producenta rzekomo dystrybuowane przez polskiego sprzedawcę firmę PrintIN z Poznania faktycznie istnieją.

W świetle odesłania w wyjaśnieniach do strony internetowej firmy PrintIN i zamieszczonego tam katalogu tonerów marki PRINTin uznać należy, że wykonawca DIR przewidział świadczenie usług stanowiących przedmiot zamówienia za pomocą tonerów marki PRINTin dystrybuowanych przez firmę PrintIN. Jednocześnie w świetle powszechnie dostępnych informacji na temat tonerów marki PRINTin nie ma żadnych wątpliwości, że są to regenerowane, wyprodukowane z wykorzystaniem gotowych elementów pochodzących z użytych wkładów. Tym samym treść oferty wykonawcy DIR nie odpowiada treści SIWZ.

Wskazane przez wykonawcę DIR tonery alternatywne pod nazwą AGFAPhoto są produkowane przez firmę AgfaPhoto Holding GmbH i w świetle powszechnie dostępnych informacji na ich temat nie ma żadnych wątpliwości, że są to tonery regenerowane, wyprodukowane z wykorzystaniem gotowych elementów pochodzących z użytych wkładów. Zatem także w przypadku wykorzystania do realizacji zamówienia tonerów AGFAPhoto oferta wykonawcy DIR byłaby niezgodna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona.

Powyższej niezgodności treści oferty wykonawcy DIR z treścią SIWZ nie da się usunąć w żaden przewidziany ustawą Pzp sposób. W szczególności niedopuszczalne byłoby poprawienie wskazanej powyżej niezgodności na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, tj. poprzez zwrócenie się o wyjaśnienie treści oferty. Ewentualne wyjaśnienia wykonawcy DIR polegające na wskazaniu innych tonerów w miejsce tonerów niespełniających wymagań SIWZ, stanowiłyby *de facto* zmianę treści złożonej oferty.

Niedopuszczalne byłoby poprawienie niezgodności treści oferty wykonawcy DIR

z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czyli jako innej omyłki. Dokonanie poprawki na tej podstawie wymagałoby bowiem uprzedniego zwrócenia się do wykonawcy DIR o wyjaśnienie jakie inne tonery zamierza wykorzystać zamiast tonerów niespełniających wymagań SIWZ. Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy. W ofercie brak jest informacji, które pozwalałyby Zamawiającemu na samodzielne jej poprawienie i dostosowanie do treści SIWZ.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DIR jako najkorzystniejszej w Zadaniu 2 oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut jest konsekwencją uprzednio podniesionych i opisanych zarzutów odwołania.

Zamawiający w dniu 15 lipca 2016 r. przekazał pozostałym wykonawcom kopię wniesionego odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. trzech dni od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania, wykonawca Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o., z siedzibą w Kaliszu pismem z dnia 18 lipca 2016 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 26 lipca 2016 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 25 lipca 2016 r.), w której oświadczył, że uwzględni zarzuty zawarte w odwołaniu w całości z uwagi na podstawy faktyczne i prawne uzasadniające zarzuty i żądania Odwołującego.

Pismem z dnia 25 lipca 2016 r. Przystępujący Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o. został wezwany na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

Wykonawca Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o. w wyznaczonym terminie nie zgłosił sprzeciwu.

Wobec powyższego, działając na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 2 lit.b Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: