

Sygn. akt: KIO 393/18

WYROK
z dnia 15 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie 12 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 lutego 2018 r. przez Odwołującego – **D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIMAX” D. C., ul. Peowiaków 9, 22-400 Zamość**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Wrocławski Zespół Żłobków, ul. Fabryczna 15, 53 - 609 Wrocław**, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług zmian i utrzymania rozwiązań systemu SAP” (znak postępowania: ILG8c-231-09/2017)

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert w tym odrzucenie oferty firmy MEGA OFFICE Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.**
W pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Wrocławski Zespół Żłobków z siedzibą we Wrocławiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIMAX” D. C. z siedzibą w Zamościu**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Wrocławskiego Zespołu Żłobków z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIMAX” D. C. z siedzibą w Zamościu**, kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t.. Dz.U.2017.1579, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wrocławski Zespół Żłobków z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa oczyszczaczy powietrza do sal wielofunkcyjnych (bawialni) oraz sypialni w 15 obiektach Wrocławskiego Zespołu Żłobków” (znak postępowania: ZP 5/WZZ/2018), (dalej: „Postępowanie”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 stycznia 2018 r. pod nr 505469-N-2018.

28 lutego 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIMAX” D. C. z siedzibą w Zamościu (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie zapewnienia przez Zamawiającego przy zaskarżonej czynności zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz poprzez wybór oferty Wykonawcy, która podlegała odrzuceniu jako niespełniająca wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), do których każdy z Wykonawców zobligowany był się zastosować;
- 2) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu przedstawienia (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które to informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (posłużenie się przez

- Wykonawcę zawiżoną powierzchnią oczyszczania, sprzeczną z powierzchnią oczyszczania wskazywaną przez producenta oczyszczaczy Ideal AP 40 - do 40 m²);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ (zgodnie z SIWZ powierzchnia oczyszczania do 60 m², podczas gdy urządzenia zaproponowane przez Wykonawcę przeznaczone są do pomieszczeń o powierzchni do 40 m²);
 - 4) art. 89 ust. 1 pkt. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu;
 - 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, zaś w konsekwencji tej czynności nakazanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy MEGA OFFICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej MEGA OFFICE) i odrzucenia oferty firmy MEGA OFFICE;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- 5) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów niniejszego postępowania według norm przepisanych, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący przedstawiając argumentację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania wskazał, że w dniu 23 lutego 2018 r. otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez firmę MEGA OFFICE, która uzyskała 95 pkt, podczas gdy oferta Odwołującego otrzymała 89,24 pkt i została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Dokładny opis przedmiotu zamówienia zawarty został w pkt. 2 SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, z którego wprost wynika jedno z podstawowych kryteriów, którymi winien był się kierować Zamawiający przy ocenie zgodności oferty z wymaganiami co do przedmiotu zamówienia. W pkt. 2 ppkt. 6 SIWZ zawarte zostały bowiem niezbędne parametry oczyszczaczy. Zgodnie z pkt. 2 ppkt. 6 lit. b) SIWZ, oczyszczacze powinny być właściwe dla powierzchni oczyszczania 35-60m². Uwzględnić należy przy tym fakt, iż

oczyszczacze przeznaczone są do zastosowania w żłobkach, gdzie wysokość pomieszczeń wynosić powinna co najmniej 2,5m. Na potwierdzenie spełnienia wymogów wynikających z SIWZ (parametry oczyszczacza), Wykonawca MEGA OFFICE przedstawił załącznik w postaci karty katalogowej produktu, której treść rażąco odbiega od treści zawartych w specyfikacji produktu (Oczyszczacza powietrza Ideal AP 40) zawartych na:

1. stronach internetowych dystrybutora oczyszczaczy powietrza Ideal w Polsce, tj. OPUS Sp. z o. o. z siedzibą w Gliwicach (<http://opus-zdrowie.pl/produktv/ideal-ap-40-med-edition/>):
2. stronie internetowej dedykowanej dla sklepu internetowego OPUS Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach;
3. karcie katalogowej pobranej ze strony niemieckiego producenta, tj. K. & P. GmbH & Co. KG, S.-S.-Strasse 34, D 72336 Balingen (Germany), tel. +49 (0) 7433-269-0, fax +49 (0) 7433-269-200, e-mail: center@ideal.de (<https://www.ideal.de/en/air-purifiers/air-purifiers/ap40>),
4. polskiej instrukcji w/w oczyszczacza powietrza.

We wszystkich w/w źródłach widnieje, iż zaproponowany przez MEGA OFFICE oczyszczacz powietrza dedykowany jest dla pomieszczeń o powierzchni do 40 m². Odwołujący podnosił, że nie są mu znane okoliczności w jaki sposób doszło do złożenia przez Wykonawcę MEGA OFFICE karty produktu zawierającej inne dane niż wynikające chociażby z informacji udzielanych przez producenta czy polskiego dystrybutora w innych materiałach ogólnodostępnych za pośrednictwem Internetu. Zaproponowany przez MEGA OFFICE model oczyszczacza powietrza, przy nawet założeniu 2,5 m wysokości pomieszczeń w żłobkach (zachodzi duże prawdopodobieństwo, iż pomieszczenia w żłobkach są wyższe), nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie parametrów urządzeń. Z tabeli dystrybutora OPUS Sp. z o.o. wynika, iż dedykowanym dla pomieszczeń o powierzchni do 60 m² jest oczyszczacz IDEAL AP 60 Pro, gdyż IDEAL AP 40 będzie zwyczajnie nieefektywny. Oczywiście każdy oczyszczacz powietrza może być użyty w pomieszczeniu o dowolnej powierzchni, nie spełni jednakże należycie swojej funkcji. W przypadku przyjęcia przez Zamawiającego w SIWZ powierzchni pomieszczeń w zakresie 35-60 m², dobór modelu oczyszczacza powinien być taki, by działać prawidłowo w każdym pomieszczeniu z w/w zakresu (w tym przy powierzchni 60 m²). W zaistniałym stanie faktycznym, nawet producent urządzenia wskazuje w karcie produktu na powierzchnię oczyszczania do 40 m².

Odwołujący ocenił, że wybór oferty MEGA OFFICE jako najkorzystniejszej stanowił naruszenie szeregu przepisów ustawy Pzp, w tym art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy

Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający winien był przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający w SIWZ przedstawił oczekiwane parametry urządzeń, które Wykonawcy winny byli uwzględnić przy przygotowaniu oferty. Oczywistym jest, iż przyjęcie urządzeń o gorszych parametrach rzutuje na możliwość zaproponowania przez Wykonawcę niższej ceny, co z kolei przekłada się na konkurencyjność oferty. Brak należytego zweryfikowania ofert podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia spowodował, iż Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę sprzeczną z SIWZ, która winna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

W ofercie złożonej przez MEGA OFFICE brak jest formularza oferty dotyczącej filtrów. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do wskazania rocznych kosztów eksploatacji oczyszczaczy w postaci filtrów, nie precyzując które dokładnie filtry zostaną zastosowane, jakie filtry zostały uwzględnione przy oszacowaniu kosztów ich wymiany, a także nie wskazując zakładanej częstotliwości wymiany filtrów. Odwołujący w ofercie założył dwukrotną wymianę filtrów (kompletu filtrów eksploatacyjnych) w ciągu roku, natomiast nie wiadomo co zaoferował Wykonawca MEGA OFFICE - czego Zamawiający zaniechał ustalić.

Na karcie katalogowej do oczyszczacza AP40 (załączonej do oferty przez MEGA OFFICE), określono, że żywotność filtrów wynosi od 0,5 roku do 3 lat. Ten parametr nie pojawia się jednak w oryginalnej karcie katalogowej. Zachodzi znaczne prawdopodobieństwo, że parametr ten Wykonawca przyjął samodzielnie i na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia założył maksymalną żywotność, co w przypadku żłobków jest nieuzasadnione i nie zapewni efektywnej pracy oczyszczaczy. W ocenie Odwołującego powinna zostać założona minimalna żywotność, czyli wymiana filtrów co 0,5 roku (dwie wymiany na rok eksploatacji) - tak jak to zrobił Odwołujący. Co istotne, na stronie Dystrybutora (opus-zdrowie.pl) znajduje się informacja, że filtry należy wymieniać średnio co najmniej co 12 miesięcy (analogicznie do informacji zamieszczonych w karcie katalogowej producenta). Powyższych okoliczności Wykonawca nie wyjaśnił a Zamawiający ich nie ustalił. Nie można zatem mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, skoro oferty Wykonawców są w tym zakresie nieporównywalne. Nie sposób również mówić o zgodności

oferty z SIWZ, skoro nie zawiera ona informacji niezbędnych do oceny przydatności oczyszczaczy do założonego przez Zamawiającego użytku.

Ponadto, MEGA OFFICE w złożonej Zamawiającemu ofercie zaproponowała urządzenie, którego parametry odbiegają do parametrów przyjętych w SIWZ, mając pełną wiedzę, iż producent do pomieszczeń o powierzchni do 60 m² proponuje inny model oczyszczacza powietrza. Posługując się zmodyfikowaną względem pozostałych materiałów dystrybutora kartą produktu, Wykonawca MEGA OFFICE wywołał u Zamawiającego błędne przeświadczenie, iż oferowane oczyszczacze posiadają parametry odpowiadające wymogom SIWZ, co doprowadziło do błędnego wyboru oferty MEGA OFFICE jako najkorzystniejszej. Już z samego tego powodu Wykonawca MEGA OFFICE winien być wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona.

Jak wynika z załączonych do odwołania dokumentów, oczyszczacze Ideal AP 40 przeznaczone są do oczyszczania pomieszczeń o powierzchni do 40 m² (maksymalnie do 50 m²). Nawet przy posłużeniu się tabelą stworzoną przez dystrybutora OPUS Sp. z o.o. można bez problemu wyprowadzić wniosek, iż oczyszczacze te nie zapewniają nawet minimalnego akceptowalnego poziomu oczyszczenia powietrza w pomieszczeniach o wysokości 2,5 m i wyższych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ, podlega odrzuceniu. Kwestia niezgodności oferty z treścią SIWZ jako podstawa odrzucenia oferty w orzecznictwie oceniana jest jednolicie - o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której wystąpienie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie w/w przepisu, można mówić m.in. gdy wykonawca zaoferował inny przedmiot zamówienia, nieodpowiadający wymaganiom określonym w SIWZ.

Odwołujący wskazał również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W niniejszym postępowaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny został wezwany Odwołujący. Wykonawca MEGA OFFICE, pomimo zaoferowania ceny niższej niż Odwołujący, nie został wezwany do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający nie dość zatem, iż nie odrzucił oferty Wykonawcy zawierającej rażąco niską cenę, to w ogóle nie zażądał złożenia przez tego Wykonawcę wyjaśnień. Fakt zaoferowania przez MEGA OFFICE rażąco niskiej ceny zdaniem Odwołującego nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Cena katalogowa ujętego przez MEGA OFFICE w ofercie oczyszczacza Ideal AP40 wynosi 3072,72 zł brutto, podczas gdy w złożonej Zamawiającemu ofercie wskazano kwotę 1167,27zł (czyli prawie 1/3 ceny). Natomiast komplet filtrów do w/w oczyszczacza

katalogowo kosztuje 774,67 zł brutto x 155szt. = 120.073,85zł, zaś w ofercie wskazano ich cenę w wysokości 37.167,75zł (więc również za 1/3 ceny). Zaoferowanie przez Wykonawcę MEGA OFFICE ceny na poziomie 1/3 ceny katalogowej, zarówno w przypadku oczyszczaczy powietrza jak i filtrów do tych oczyszczaczy, ponad wszelką wątpliwość stanowi złożenie oferty z rażąco niską ceną, której Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 243.272,50 zł brutto. Wykonawca MEGA OFFICE zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 180.926,85 zł brutto.

Cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie MEGA OFFICE w sposób znaczący odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia wskazanej przez Zamawiającego (o 26%) jak i od cen zaproponowanych w pozostałych ofertach. Z tego powodu, Zamawiający zobowiązany był, w ocenie Odwoływającego, wszcząć postępowanie wyjaśniające czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwoływającego, Zamawiający bezpodstawnie zaniechał badania ceny w tej ofercie, ponieważ zmuszony byłby ją uznać za podlegającą odrzuceniu. Wykonanie zamówienia nie jest możliwe dla potencjalnego Wykonawców bez poniesienia straty. Oznacza to równocześnie naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto Odwoływający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z powołanych w treści odwołania, a także tych przedłożonych na rozprawie.

Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz odniósł się do poszczególnych zarzutów.

Zarzut nr 1 tj. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, że SIWZ w rozdziale 2 - Opis przedmiotu zamówienia punkt 6 wskazał, że Oczyszczacze winny charakteryzować się następującymi parametrami:

- a) Maksymalna wydajność oczyszczania nie mniej niż 480 m³/h lub wyższa;
- b) Powierzchnia oczyszczania 35-60m²;
- c) Oznakowane znakiem CE;
- d) Funkcja usuwania pyłów zawieszonych PM_{2,5}, PM₁₀;
- e) Filtr wstępny;
- f) Filtr HEPA;
- g) Filtr węgla aktywowanego.
- h) Praca w trybie cichym;
- i) Urządzenie powinno być bezpieczne w czasie pracy i nie stwarzać zagrożenia dla

dzieci."

Do oferty Wykonawca MEGA OFFICE dołączył karty katalogowe z, których wynika, iż zaproponowany oczyszczacz IDEAL AP 40 ma powierzchnię oczyszczania do 60m². Zamawiający w SIWZ żądał dostarczenia wraz z ofertą kart katalogowych zaproponowanych oczyszczaczy i na tej podstawie zostały zweryfikowane parametry urządzenia. W opinii Zamawiającego to Wykonawca musi wykazać/udowodnić Zamawiającemu, że zaproponowane urządzenia spełniają wymogi Zamawiającego opisane w SIWZ. Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem Zamawiający wybrał ofertę, która nie podlega odrzuceniu. Tym samym Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2 tj. naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt.17 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 02 marca 2018 roku po powzięciu informacji zawartych w odwołaniu wezwał Wykonawcę MEGA OFFICE, do wyjaśnienia kwestii podniesionych przez odwołującego, dotyczących parametrów zaoferowanego oczyszczacza. Wobec treści oferty oraz udzielonych wyjaśnień, uznał, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem zaproponowane urządzenia spełniają wymogi Zamawiającego opisane w SIWZ, a tym samym wybór oferty Wykonawcy MEGA OFFICE był w pełni zasadny.

Zarzut nr 3 tj. naruszenie art. 89 ust, 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podał, że w SIWZ zaznaczył, że powierzchnia oczyszczania wynosi 35-60m². Z dostarczonych wraz z ofertą przez Wykonawcę MEGA OFFICE dokumentów (strona katalogowa oraz załącznik nr 10 do SIWZ wymagane parametry dla oczyszczaczy powietrza) wyraźnie wynika, że zaproponowany oczyszczacz ma powierzchnię oczyszczania do 60m². Jednocześnie Zamawiający zauważył, że Wykonawca w załączniku nr 10 do SIWZ sam wskazywał parametry oczyszczaczy wpisując przy określonym parametrze słowo TAK. Załącznik ten został podpisany przez przedstawicieli Wykonawców i stanowi integralną część oferty. Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem zarówno wybrana oferta - Wykonawcy MEGA OFFICE, jak i oferta Odwołującego wskazują na te same wielkości powierzchni oczyszczania.

Zarzut nr 4 tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający argumentował, że Zamawiający zapewnił zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wszyscy uczestnicy zostali wezwani do wyjaśnienia treści złożonej oferty, zostały poprawione omyłki zgodnie z art. 89 Pzp. Dwaj Wykonawcy z przesłanką rażąco niskiej ceny zostali wezwani do złożenia wyjaśnień. Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać czynności Zamawiającego różnicujące wykonawców. Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem wszystkim uczestnikom postępowania zostały

zapewnione takie same warunki uczestnictwa, na co wyraźnie wskazują dokumenty tego przetargu.

Zarzut nr 5 tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zamawiający w dniu 19.02.2018 roku wezwał Wykonawcę MEGA OFFICE, do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 21.02.2018 r. dotyczące rażąco niskiej ceny przedstawiając pismo Firmy Opus, która jest przedstawicielem IDEALA na Polskę, z którego wynika, że cena zaproponowana w postępowaniu nie stanowi rażąco niskiej ceny. W związku z tym, zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem wyjaśnienie złożone przez Wykonawcę MEGA OFFICE, w pełni wyczerpuje wszelkie wątpliwości dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę dowody, oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w pismach procesowych oraz w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez strony postępowania stan faktyczny sprawy, nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją Postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 2 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) przedmiotem zamówienia jest dostawa 155 szt. oczyszczaczy powietrza do 15 obiektów Wrocławskiego Zespołu Żłobków. W ppkt 5 pkt 2 SIWZ Zamawiający określił, że oczyszczacze należy dostarczyć do Zamawiającego, tj. do poszczególnych obiektów Żłobków, zgodnie z wykazem adresowym obiektów, stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszego Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Z kolei pkt 2 ppkt 6 SIWZ określa parametry jakimi oczyszczacze winny się charakteryzować:

- a) Maksymalna wydajność oczyszczania nie mniej niż 480 m³/h lub wyższa;
- b) Powierzchnia oczyszczania 35-60m²;

- c) Oznakowane znakiem CE;
- d) Funkcja usuwania pyłów zawieszonych PM2,5, PM10;
- e) Filtr wstępny;
- f) Filtr HEPA;
- g) Filtr węgla aktywowanego.
- h) Praca w trybie cichym;
- i) Urządzenie powinno być bezpieczne w czasie pracy i nie stwarzać zagrożenia dla dzieci.

Pkt 17 SIWZ jako jedno z kryteriów oceny ofert wymienia „Roczne koszty eksploatacji oczyszczaczy w postaci wymiany filtrów po zakupie produktu” waga 20%. Zgodnie z wzorami załączonymi do SIWZ a zatytułowanymi „oferta” oraz „Formularz cenowy” wykonawca zobowiązany był podać roczne koszty eksploatacji oczyszczaczy w postaci wymiany filtrów dla wszystkich oczyszczaczy w kwocie brutto.

Pkt 11.4. 6) i 7) SIWZ stanowią, że wykonawcy do oferty mają załączyć Karty katalogowe zaproponowanych oczyszczaczy oraz wymagania techniczne zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ. Zamawiający określił wzór Załącznika nr 10 do SIWZ „wymagane parametry dla oczyszczaczy powietrza” w którym wymagał podania m.in. nazwy oczyszczacza, jego typu i modelu oraz potwierdzenia poprzez udzielenie odpowiedzi TAK/NIE wymienionych jedenastu parametrów.

W dniu 26 stycznia 2018 r. Zamawiający na pytanie nr 2 „*Jak obliczyć pierwszoroczny koszt wymiany filtra przy stosunku żywotności filtra dłuższej niż 1 rok zaznaczając, że przy zakupie oczyszczacza powietrza zamawiający dokonuje zakupu oczyszczacza razem z kompletem tych filtrów? Proszę o precyzyjną odpowiedź.*”

Udzielił następującej odpowiedzi „*W kolumnie 7 Formularza cenowego (załącznik nr 2 do SIWZ) Wykonawca ma dokonać oszacowania kosztów, które Zamawiający będzie ponosił w związku z eksploatacją urządzeń.*”

Wykonawca winien dokonać oszacowania w następujący sposób:

- a) *np. przy potwierdzonej żywotności filtra(ów) 3 miesiące wymiana będzie następowała 4 razy w ciągu roku, tj. $4 \times \text{cena filtra(ów)} [\text{PLN}] \times \text{ilość oczyszczaczy na danym obiekcie} = \text{kwota brutto} [\text{PLN}]$,*
- b) *np. przy potwierdzonej żywotności filtra(ów) 5 lat wymiana będzie następowała 1 raz na pięć lat, tj. $1/5 \times \text{cena filtra(ów)} [\text{PLN}] \times \text{ilość oczyszczaczy na danym obiekcie} = \text{kwota brutto} [\text{PLN}]$,*

W przypadku innej potwierdzonej żywotności oryginalnych filtra(ów) niż wskazano w punkcie 2a) i 2b) roczne koszty eksploatacji oryginalnych filtrów [PLN] dla wszystkich oczyszczaczy

na obiekcie (kolumna 7 w formularzu cenowym, tj. załączniku nr 2 do SIWZ) należy wyliczać analogicznie do przykładów podanych w podpunkcie a i podpunkcie b.”

Wykonawca MEGA OFFICE z siedzibą we Wrocławiu złożył ofertę w której zaoferował oczyszczacze IDEAL AP 40. W złożonym wraz z ofertą formularzu „Wymagane parametry dla oczyszczaczy powietrza” potwierdził spełnianie określonych przez Zamawiającego parametrów. Załączył również do oferty kartę katalogową oferowanego produktu.

Zamawiający w dniu 19 lutego 2018 r. wezwał wykonawcę MEGA OFFICE. Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. MEGA OFFICE udzielił takich wyjaśnień w dniu 21 lutego 2018 r.

Zamawiający w dniu 23 lutego 2018 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w niniejszym Postępowaniu, uznając za ofertę najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy MEGA OFFICE.

Izba zważyła, co następuje.

Postępowanie przed Izłą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izłą Odwoławczą, i stanowi, że *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne* (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16). Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich

twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradictoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest Stroną ofensywną i jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem czynności Zamawiającego jako niezgodnej z prawem i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Powyższa argumentacja znajduje zastosowanie wobec zarzutu niewłaściwej oceny oferty wykonawcy MEGA OFFICE i naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp w zw. art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący formułując zarzuty, zobowiązany był do podania podstawy prawnej i faktycznej zarzutu tj. okoliczności w których upatrywał niezgodności działań lub zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp. Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były w odwołaniu zawarte. Przepis ten wyznacza granice badania odwołania i wyrokowania przez Izbę. Zakres rozstrzygnięcia określa treść odwołania i podniesione w nim zarzuty.

Mając powyższe na uwadze Izba rozstrzygając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, rozstrzygnęła go w oparciu o określony przez Odwołującego dla tego zarzutu stan faktyczny. Co do zasady art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, jako przepis określający ogólne podstawy systemu zamówień publicznych, nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutów odwołania i zawsze powinien być skorelowany z wskazaniem konkretnego przepisu ustawy Pzp, któremu dokonana przez Zamawiającego czynność lub zaniechanie uchybiło. Opisując zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący, odniósł go do zaniechania zapewnienia przestrzegania zasad wyrażonych w tym przepisie przy dokonywaniu wyboru oferty wykonawcy, która podlegała odrzuceniu jako niespełniająca wymogów SIWZ, do których każdy z wykonawców zobligowany był się zastosować.

Odwołujący jednocześnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ (zgodnie z SIWZ powierzchnia oczyszczania do 60m², podczas gdy urządzenia zaproponowane przez Wykonawcę MEGA OFFICE przeznaczone są do pomieszczeń o powierzchni do 40 m². Odwołujący zwrócił również uwagę, że uwzględnić należy przy tym fakt, że oczyszczacze przeznaczone są do zastosowania w żłobkach, gdzie wysokość pomieszczeń wynosić powinna co najmniej 2,5 m.

Fakt, że w karcie katalogowej przedstawionej przez Odwołującego zawarto informację, że oczyszczacz o symbolu AP 40 przeznaczony jest do powierzchni 40 m², w ocenie Izby nie przesądza o tym, że nie spełni on swojej funkcji dla powierzchni 60 m². W karcie katalogowej poprzez użycie sformułowania „przeznaczony do” podano optymalną dla danego urządzenia powierzchnię oczyszczania, co nie oznacza jednocześnie, że jest to powierzchnia maksymalna. Ponadto, zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego oświadczeniem dystrybutora oferowanych urządzeń firmy OPUS Sp. z o.o. z dnia 02 marca 2018 r. wydanym w konsultacji z producentem firmą Krug&Priester GmbH Co KG, oferowane urządzenie osiągnie zakładane efekty oczyszczania również dla powierzchni 60 m². Przy czym nie można czynić wykonawcy zarzutu, iż dla obliczenia tych efektów przyjął wysokość pomieszczeń na poziomie 2,5 m – co jest standardową wysokością pomieszczeń, jeżeli Zamawiający nie określił tych danych w opisie przedmiotu zamówienia i nie wymagał aby wykonawcy uwzględnili faktyczną wysokość pomieszczeń. Dlatego też, Izba uznała za nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, dowód przedłożony przez Odwołującego w postaci SIWZ z poprzedniego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego dotyczącego podobnego przedmiotu zamówienia, przedłożony na okoliczność wykazania wysokości pomieszczeń żłobków. Zamawiający aktualnie w stosunku do poprzedniego postępowania zmienił opis przedmiotu zamówienia m.in. poprzez usunięcie informacji co do wysokości pomieszczeń, tym samym brak jest podstaw aby Wykonawcy posługiwali się tą dokumentacją tworząc ofertę w odpowiedzi na aktualne zapotrzebowanie Zamawiającego.

Drugim aspektem podnoszonym przez Odwołującego m.in. w kontekście niezgodności oferty wykonawcy MEGA OFFICE z treścią SIWZ, jest brak formularza oferty dotyczącej filtrów oraz przyjęcie zawyżonej żywotności filtrów. Izba zważyła, że dostawa filtrów nie jest objęta niniejszym postępowaniem, za wyjątkiem filtrów niezbędnych do natychmiastowego uruchomienia urządzenia. Zamawiający, odnośnie filtrów i sposobu obliczenia ich żywotności nie postawił w SIWZ żadnych wymagań. Zamawiający wymagał jedynie, podania przez Wykonawcę rocznych kosztów eksploatacji oczyszczaczy w postaci wymiany filtrów ocenianych w kryterium oceny ofert pn. *”roczne koszty eksploatacji*

oczyszczaczy w postaci wymiany filtrów po zakupie produktu – waga 20 %”. Na pytanie jednego z wykonawców odnośnie sposobu obliczenia pierwszoročznego kosztu wymiany filtrów przy stosunku żywotności filtra dłuższej niż 1 rok, Zamawiający wskazał, że wykonawca powinien dokonać oszacowania mając na uwadze m.in. potwierdzoną żywotność filtra (ów). Przy takiej konstrukcji SIWZ, wobec jej niekwestionowania przez wykonawców, to na wykonawcach spoczywał obowiązek wyliczenia kosztów filtrów, w oparciu o posiadane przez siebie dane dotyczące ich żywotności, która w zależności od oferowanych urządzeń może być różna. Filtry stanowią materiał eksploatacyjny, którego żywotność uzależniona jest od wielu zewnętrznych czynników m.in. zanieczyszczenia powietrza czy też czasu użytkowania. Wykonawca MEGA OFFICE założył wymianę filtrów raz na dwa lata (zasadność takiego założenia potwierdził oświadczeniem z dnia 02 marca 2018 r. dystrybutor oferowanych urządzeń firma OPUS). Fakt przyjęcia przez Odwołującego innych założeń do kalkulacji rocznych kosztów eksploatacji (założenie minimalnej żywotności filtrów – dwie wymiany na rok eksploatacji) nie może świadczyć o niewłaściwym działaniu wykonawcy MEGA OFFICE. Każdy z wykonawców ma pewną dowolność w konstruowaniu oferty w oparciu o dokumentację Zamawiającego i przyjmuje własne założenia. Dopóki założenia te nie są sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego lub przepisami ustawy Pzp brak jest podstaw do ich kwestionowania.

W SIWZ nie zawarto wymagania przedstawienia „formularza oferty dotyczącej filtrów”, tym samym brak takiego dokumentu w ofercie nie stanowi o jej niezgodności z treścią SIWZ.

Karta katalogowa nie ma charakteru dokumentu urzędowego, wymagania co do jej treści nie zostały określone w przepisach prawa, stanowi ona jedynie informację producenta, czy też tak jak w tym przypadku - dystrybutora, o oferowanym produkcie. Podmiot ten jest dysponentem zakresu informacji ujawnionych w karcie katalogowej. W ocenie Izby dopuszczalne jest rozszerzenie informacji zawartych w karcie katalogowej o informacje dotychczas nie ujawnione, z tego tytułu nie można czynić zarzutu.

Jako dowody potwierdzające postawione przez Odwołującego tezy przedstawił on:

- 1) wydruk ze strony internetowej dystrybutora OPUS Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach <http://opus-zdrowie.pl/produkty/ideal-ap-40-med-edition/>;
- 2) wydruk ze sklepu internetowego OPUS Sp. z o.o.;
- 3) karta katalogowa producenta;
- 4) wydruk ze strony producenta;
- 5) polska instrukcja obsługi oczyszczacza;

Izba oceniając powyższe dowody stwierdziła, że przedłożone materiały mogą mieć jedynie walor informacyjny, żaden z nich nie jest opatrzony podpisem osoby, która go

wytworzyła, a więc oświadczyła, że potwierdza treść w nich zawartą. Zdaniem Izby, żaden z wydruków przedłożonych przez Odwołującego nie spełnia cech dokumentu, który korzystałby z domniemania zgodności zawartej w nim treści z prawdą i tym samym nie może zostać uznany za dowód bezpośrednio wskazujący na zasadność podniesionych zarzutów. Tym samym, materiały te nie są wystarczające dla skutecznego zakwestionowania oświadczenia wiedzy jakie wykonawca MEGA OFFICE złożył w Ofercie oraz w załączniku zatytułowanym „Wymagane parametry dla oczyszczaczy powietrza”. Informacje pozyskane z Internetu nie mogą stanowić wyłącznej podstawy dla stwierdzenia, że zaoferowane urządzenia charakteryzują się parametrami innymi niż parametry wskazane przez wykonawcę w ofercie. Oczywiście informacje te mogą uprawdopodobniać pewne okoliczności, ale ich w bezpośredni sposób nie dowodzą.

W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, iż powierzchnia oczyszczania oczyszczacza zaoferowanego przez MEGA OFFICE, jest mniejsza od wymaganej przez Zamawiającego, a przyjęta żywotność filtrów nie odpowiada rzeczywistości. Izba przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia złożone przez wykonawcę MEGA OFFICE (pismo z dn. 02 marca 2018 r.) uznając jednocześnie, że decydującymi dowodami w tej sprawie są: oświadczenie złożone przez producenta oferowanych urządzeń, który potwierdził, że zgadza się z założeniem dystrybutora firmy OPUS, że oczyszczacz AP 40 jest efektywny dla powierzchni 60m², oraz oświadczenie dystrybutora firmy OPUS z dnia 02 marca 2018 r. potwierdzające, że wydajność filtrów do urządzenia IDEAL AP40 wynosi 24 miesiące lub więcej w zależności od jakości powietrza i czasu pracy urządzenia. Producent oferowanych urządzeń stwierdził również, że jedynym parametrem technicznym rzetelnie opisującym wydajność oczyszczaczy powietrza jest przepływ powietrza (mierzony w m³/godzinę). Oczyszczacze oferowane przez firmę MEGA OFFICE osiągają maksymalną wydajność oczyszczania wymaganą przez Zamawiającego tj. nie mniej niż 480 m³/h.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględnia również zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem przepis ten odnosi się do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami, a na obecnym etapie postępowania nie doszło jeszcze do udzielenia zamówienia, które należy rozumieć jako zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec argumentacji przedstawionej powyżej, nie zaistniały przesłanki do uznania, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp tj. że MEGA OFFICE wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących powierzchni oczyszczania, zaoferowanego urządzenia.

Tym samym, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp będący niejako konsekwencją nie uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, co wobec stwierdzenia przez Izbę braku podstaw do wykluczenia wykonawcy MEGA OFFICE na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, nie może mieć miejsca.

Izba stwierdza, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp gdyż przepis ten dotyczy postępowań wieloetapowych, a niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, ze względu na jego niedookreślenie i nie skonkretyzowanie przez Odwołującego nie podlegał rozpatrzeniu przez Izbę. Odwołujący formułując ten zarzut przytoczył jedynie podstawę prawną tj. i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowiący, że oferta podlega odrzuceniu gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednocześnie nie określając z jakiego typu czynem określonym w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) mamy do czynienia i na czym on w tej konkretnej sprawie polega.

Odwołujący formułował zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty MEGA OFFICE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską ceną, w oparciu o niepełną znajomość stanu faktycznego zaistniałego w Postępowaniu. Odwołujący dopiero po złożeniu odwołania powziął informację o przeprowadzeniu przez Zamawiającego wobec MEGA OFFICE procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym, zasadniczo Odwołujący kwestionował brak wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty MEGA OFFICE. Niemniej jednak, nie przeszkodziło to Odwołującemu w sformułowaniu, słusznego w ocenie Izby, zarzutu nie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący jako podstawę prawną zarzutu podał art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jako podstawę faktyczną zarzutu wskazał, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub

kosztu obciąża wykonawcę, ponadto Odwołujący argumentował (przedstawiając własne wyliczenia), że zaoferowanie ceny realizacji zamówienia przez MEGA OFFICE w sposób tak znacząco odbiegający zarówno od cen zaproponowanych przez innych wykonawców jak i od wartości szacunkowej zamówienia nie jest możliwe bez poniesienia straty.

W toku Postępowania o udzielenie zamówienia, podczas badania ofert, w związku z wystąpieniem ustawowych przesłanek (art. 90 ust. 1a ustawy Pzp) Zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy zaoferowana przez MEGA OFFICE cena nie jest rażąco niska. Wyrazem tych wątpliwości było wezwanie wykonawcy MEGA OFFICE do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podkreśla, że z tym wezwaniem wiązały się określone konsekwencje prawne. Otóż konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma jednak charakter wzruszalny - może zostać obalone przez złożenie stosownych wyjaśnień popartych dowodami przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez Zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. To wykonawca, obciążony został obowiązkiem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny. Dlatego też wykonawca musi dochować szczególnej staranności przedkładając Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia służą bowiem uzyskaniu informacji, które pozwolą ocenić realność zaoferowanej ceny. Jeśli nie sprostą spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty została skonstruowana w sposób zapewniający należyłą realizację zamówienia, w mocy pozostaje domniemanie, że zaoferowana cena oferty jest ceną rażąco niską.

Wykonawca MEGA OFFICE, udzielając wyjaśnień w dniu 21 lutego 2018 r. nie przedstawił żadnej kalkulacji elementów mających wpływ na cenę. Przedmiotowe wyjaśnienia zawierają ogólnikowe informacje o możliwości zrealizowania umowy w oparciu o zaproponowaną cenę, przy jednoczesnej realizacji marży handlowej i wypracowaniu zysku netto. Ponadto wykonawca argumentował, że konstruując cenę brał pod uwagę fakt, że przetarg dotyczy placówek edukacyjno – wychowawczych, uwzględnił niedofinansowanie całego sektora i podjął decyzję o rezygnacji z części możliwego zysku, pozostawiając marżę na poziomie gwarantującym realizację zadania i niewielki ale jednak zysk operacyjny, zastosował własną politykę marżowości czy też miał na względzie racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi. Jako dowód na potwierdzenie należytej wyceny przedmiotu zamówienia przedłożył wyjaśnienie firmy OPUS Sp. z o.o. – generalnego i wyłącznego dystrybutora urządzeń marki IDEAL na Polskę zawierające zapewnienie, że firma MEGA OFFICE zaprojektowała swoją cenę na poziomie 949,00 zł netto za jeden oczyszczacz IDEAL AP 40 i całą pewnością proponowana cena jest wyższa niż cena zakupu

zapropnowana przez firmę OPUS, w związku z tym przedmiotowa cena jest ceną handlową zawierającą marżę.

Biorąc pod uwagę różnicę między ceną oferty MEGA OFFICE a wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert wykonawca ten, aby wykazać realność ceny, powinien wskazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji. MEGA OFFICE, nie przedstawił jednak założeń poczynionych na etapie kalkulacji oferty w sposób umożliwiający Zamawiającemu stwierdzenie, że oferowana cena jest ceną realną. Przedłożone wyjaśnienia, trudno uznać, za szczegółowe wyjaśnienie elementów kalkulacji ceny – brak w nich jest precyzyjnych i wyczerpujących danych uzasadniających zaoferowanie niskiej ceny. Oprócz zapewnień wykonawcy i dystrybutora o osiągnięciu marży, a nawet niewielkiego zysku, wyjaśnienia nie zawierają choćby wskazania kosztów pozyskania oczyszczaczy czy kosztów ich transportu do placówek Zamawiającego, do czego wykonawcy są zobowiązani zgodnie z pkt. 2 ppkt 5 SIWZ. W ocenie Izby, działanie Wykonawcy nie zasługuje na aprobatę. Wyjaśnienia złożone przez MEGA OFFICE nie czynią zadość obowiązkowi ustawowemu nałożonemu w tym zakresie na wykonawcę tj. wykonawca nie wykazał, że cena oferty została skalkulowana rzetelnie i umożliwia należyłą realizację zamówienia. Izba, stwierdziła, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę MEGA OFFICE, wobec braku informacji na temat sposobu kalkulacji ceny oferty, nie obaliły domniemania wystąpienia w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny oferty. Ugruntowany jest pogląd, iż złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zatem potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MEGA OFFICE jako zawierającej rażąco niską cenę.

Izba uznała, że doszło w niniejszej sprawie do naruszenia przepisów powołanych w odwołaniu w sposób mający lub mogący mieć wpływ na wynik postępowania, w związku z powyższym Izba zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględniła odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Mając powyższe na uwadze o kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: