

**WYROK**  
**z dnia 13 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2019 r. przez wykonawcę: D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIMAX” D. C. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Celestynów

przy udziale wykonawcy: „Uni-Lux” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „Uni-Lux” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z niezgodnością treści oferty z postanowieniem zawartym w rozdziale III pkt 8 ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy „Uni-Lux” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 1/3 i zamawiającego w części 2/3, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.400 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Celestynów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zakup 88 sztuk profesjonalnych oczyszczaczy powietrza”. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 września 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 603396-N-2019.

I. W dniu 29 października 2019 r. D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIMAX” D. C. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego podjętych w ww. postępowaniu, związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy: „Uni-Lux” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 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 „Uni-Lux” sp. z o.o., która podlegała odrzuceniu jako niespełniająca wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), do których każdy z wykonawców zobligowany był się zastosować, oraz jako zawierająca rażąco niską cenę (bez złożenia dostatecznych wyjaśnień);
- 2) art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. 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 „Uni-Lux” sp. z o.o. zawyżoną powierzchnią oczyszczania, sprzeczną z informacją znajdującą się w instrukcji obsługi oraz na stronie internetowej wykonawcy, iż maksymalną powierzchnią oczyszczania jest 60-65 m<sup>2</sup>, podczas gdy zamawiający jasno wymagał, aby oczyszczacze pracowały w pełni

- efektywnie w pomieszczeniach o powierzchni 60-80 m<sup>2</sup>, zaś wykonawca przedstawił sporne oczyszczacze w ofercie jako spełniające wszelkie wymogi zamawiającego i SIWZ;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zgodnie z SIWZ powierzchnia oczyszczania: efektywne oczyszczanie w pomieszczeniach 60-80 m<sup>2</sup>, podczas gdy urządzenia zaproponowane przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. przeznaczone są do pomieszczeń o powierzchni do 65 m<sup>2</sup>, dodatkowo wykonawca ten nie wykazał, iż zaoferowane oczyszczacze spełniają wymogi określone w SIWZ);
  - 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.) i art. 10 ust. 1 u.z.n.k. poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i wybór oferty podlegającej odrzuceniu, tj. zawierającej informacje wprowadzające w błąd co do oferowanego produktu;
  - 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, mimo braku wywiązania się przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. z obowiązku złożenia wyczerpujących wyjaśnień, popartych dowodami, na okoliczność braku stosowania przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, zaś w konsekwencji tej czynności nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. i odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał na następujące okoliczności uzasadniające w jego ocenie uznanie, iż treść oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. jest niezgodna z wymaganiami SIWZ: 1) Zaoferowany przez tego wykonawcę oczyszczacz Super AIR SA500 ma podane w instrukcji obsługi przeznaczenie do pomieszczeń o wielkości do 60 m<sup>2</sup>, a w ofertach wszystkich sprzedawców dostępnych w Internecie (w tym również na stronie „Uni-Lux” sp. z o.o.) podawana jest wydajność do 65 m<sup>2</sup> - oczyszczacz nie pracuje zatem wydajnie w pomieszczeniach do 80 m<sup>2</sup> czego wymagał zamawiający; 2) W SIWZ wymagane było posiadanie przez oczyszczacze powietrza atestu PZH, w żadnych dostępnych źródłach (z wyjątkiem opisu urządzenia przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o.) nie ma potwierdzenia, iż oczyszczacze posiadają w/w atest - biorąc pod uwagę niejasne pochodzenie urządzeń oraz

brak potwierdzonej specyfikacji technicznej oraz fakt, iż standardowo producenci nagłaśniają fakt posiadania przez dane urządzenie atestu PZH, wysoce prawdopodobnym jest, iż urządzenia zaproponowane przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. nie posiadają stosownych oznaczeń CE oraz atestu PZH; 3) Odwołujący nie był w stanie ustalić w oparciu o ogólnie dostępne źródła kto jest producentem zaofiarowanych oczyszczaczy - wg niektórych źródeł producentem oczyszczaczy jest PREM-I-AIR z Wielkiej Brytanii, ale na stronie tego producenta (<https://www.prem-i-air.co.uk>) brak jest informacji o zaofiarowanych przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. produktach; 4) W opisie produktu Super AIR SA500 brak jest informacji o klasie filtra HEPA - zgodnie z SIWZ zamawiający wymagał filtra HEPA H13, spełnienie przez produkt wymogu co do klasy filtra nie zostało zaś zweryfikowane. Podsumowując odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie oferta wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. nie spełnia wymogów SIWZ (a co najmniej wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. nie wykazał spełnienia wymogów SIWZ i nie został wezwany do złożenia wyjaśnień). Do odwołania odwołujący załączył dowody w postaci wydruków ze stron internetowych zawierających opis oczyszczacza, w tym strony internetowej wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o., oraz polskiej instrukcji obsługi oczyszczacza.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. wbrew ustawowemu obowiązkowi i treści wezwania zamawiającego, nie złożył dostatecznych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zauważył, iż zamawiający wezwał wykonawców do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniającej wskazane w treści wezwania aspekty, wraz z dowodami. Jednocześnie zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Złożone wyjaśnienia nie dość, iż nie spełniają wymogów wynikających bezpośrednio z treści wezwania, są enigmatyczne i lakoniczne, to dodatkowo kompletnie nie odnoszą się do kalkulacji ceny, czynników cenotwórczych, marży handlowej, ograniczając się de facto do stwierdzenia, iż pozostali oferenci dali ceny wyższe, zaś wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. udało się zaofiarować cenę niższą i jest to dla niego opłacalne. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w warunkach przetargu została zamieszczona informacja o dostawie i konieczności przeszkolenia personelu, co również wpływa na koszty. W ocenie odwołującego niniejsze koszty w ogóle nie zostały przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. uwzględnione. Z analizy rynku wprost wynika, iż ceny detaliczne urządzeń o takiej wydajności i jakości, jakiej oczekiwał zamawiający, oscylują pomiędzy 2-3 tysiące zł, więc cena poniżej 1000 zł wraz z dostawą i szkoleniem jest co najmniej wysoce podejrzana.

Powołując się na regulacje art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 10 ust. 1 u.z.n.k. odwołujący stwierdził, iż wprowadzające w błąd działania wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. co do przeznaczenia i parametru produktów wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło

do naruszenia interesu pozostałych wykonawców (chcąc zapewnić zgodność produktów z SIWZ, zmuszeni byli sięgnąć po produkty o wyższej jakości i wyższej cenie).

II. Odpowiedzi na odwołanie zamawiający udzielił ustnie do protokołu posiedzenia. Stwierdził, iż wymagania zawarte w rozdziale III pkt 8 ppkt 1 SIWZ należy interpretować w ten sposób, że wystarczające jest spełnienie wymaganych parametrów w ramach zakresu (tzw. widełek) wskazanego w ww. postanowieniu SIWZ. Zauważył, iż deklaracja zgodności CE oraz atest PZH zostały załączone do oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o., a zatem zarzuty podniesione w tym zakresie w odwołaniu są bezpodstawne. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oświadczył, że wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. uznał za wystarczające. Wniósł o oddalenie odwołania.

Natomiast pismem wniesionym drogą elektroniczną w dniu 8 listopada 2019 r. poinformował, iż termin wykonania przedmiotu zamówienia został ustalony na dzień 8 listopada 2019 r. Zauważył, że może utracić pomoc finansową ze środków Województwa Mazowieckiego, co również uniemożliwi realizację przedmiotu zamówienia z powodu braku środków finansowych pozwalających na zawarcie ważnej umowy. W związku z tym stwierdził, iż odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na jego korzyść, ze względu na brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia i konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Mając to na uwadze wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 4 listopada 2019 r. wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. (dalej także jako „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W piśmie (datowanym na dzień 12 listopada 2019 r.) wniesionym na posiedzeniu w dniu 13 listopada 2019 r. przystępujący stwierdził, iż zamieszczona na jego stronie internetowej instrukcja obsługi zaoferowanego urządzenia jest nieaktualna. Natomiast od 2017 r. model SA500 H15 jest wyposażony w nowe filtry klasy U1pa H15, które dają możliwość zastosowania urządzeń do większej powierzchni. Wskazał, iż zaoferowane urządzenia posiadają atest PZH oraz oznakowanie znakiem CE, a stosowne dokumenty zostały przekazane zamawiającemu wraz z ofertą. Poinformował, iż producentem urządzenia jest „firma Uni-Lux” (urządzenia produkowane są pod marką „Super Air”). Przystępujący nie ponosi odpowiedzialności za treści dotyczące tego urządzenia, zamieszczane przez osoby trzecie. Wskazał, iż oferowany model SA500 H15 posiada filtr U1pa (H15). W karcie produktu urządzenia (dołączonej do oferty) jest zawarta informacja, że zastosowany filtr ULPA odpowiada klasie filtra HEPA H15. W SIWZ zamawiający wymagał filtra HEPA co najmniej H13, zaś filtr HEPA 15 jest wyższej klasy niż filtr HEPA 13. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieudzielenia wystarczających wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy

Pzp zauważył, iż odwołujący posługuje się argumentami mającymi zastosowanie przy sprzedaży detalicznej pojedynczych urządzeń. Stwierdził, iż „UNI-LUX jest importerem urządzeń na rynek polski i stosuje standardowo upusty hurtowe przy sprzedaży bezpośredniej do odbiorców finalnych”. Zauważył, iż gdyby udzielił 36 miesięcznej gwarancji (jak odwołujący) to musiałby doliczyć do ceny zestaw filtrów na trzeci rok gwarancji i cena jego oferty wyniosłaby wówczas około 140.955 PLN brutto. W takim przypadku cena taka byłaby niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o 22%. W jego ocenie zamawiający przeznaczył zbyt wysoką kwotę na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Za niepoważny uznał zarzut nieuwzględnienia w kalkulacji kosztów szkolenia personelu w obsłudze urządzeń. Zauważył, iż koszt delegowania jednego lub dwóch pracowników do Celestynowa, który leży w bezpośredniej bliskości jego siedziby, jest niewielki w stosunku do wartości oferty, zaś samo szkolenie jest proste.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, 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 jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego co do braku legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania z uwagi na konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż pismo zamawiającego, w którym wskazał na powyższą okoliczność, zostało przez niego wniesione w dniu 8 listopada 2019 r., natomiast rozprawa przed Izbą odbyła się w dniu 13 listopada 2019 r. i do tego czasu, pomimo upływu wyznaczonego terminu realizacji przedmiotu zamówienia (8 listopada 2019 r.) postępowanie nie zostało przez zamawiającego unieważnione. W tym stanie rzeczy unieważnienie postępowania należy uznać za okoliczność przyszłą i niepewną. Ponadto, jak należy wnioskować z treści pisma zamawiającego z dnia 8 listopada 2019 r., składając w tym piśmie wniosek o oddalenie odwołania zamawiający prawdopodobnie miał na myśli oddalenie odwołania jeszcze przed upływem ustalonego terminu realizacji przedmiotu zamówienia, tj. w dniu wpływu ww. pisma do Prezesa Izby. Należy zatem zauważyć, iż niezależnie od mającego prawie miejsce upływu ww. terminu, nie

jest możliwe oddalenie odwołania (w tym wobec stwierdzenia braku legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania) na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron. W tym kontekście należy również dodać, iż w orzeczeniu wydanym w niniejszej sprawie Izba rozpoznała odwołanie w zakresie podniesionych w nim zarzutów. Izba nie rozpoznawała kwestii unieważnienia postępowania, albowiem żaden z zarzutów odwołania do tego zagadnienia się nie odnosił. Na marginesie należy dodać, iż kwestii tej zamawiający nie podnosił również w toku posiedzenia oraz rozprawy. Wydany w niniejszej sprawie wyrok, odnoszący się wyłącznie do zarzutów odwołania, nie narusza zatem uprawnienia zamawiającego do unieważnienia postępowania, jeżeli zamawiający uzna, iż zaistniała podstawa do zakończenia w ten sposób przedmiotowego postępowania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zostały zawarte w rozdziale III SIWZ. Zgodnie z punktem 1 przedmiotem zamówienia jest zakup 88 sztuk profesjonalnych oczyszczaczy powietrza, w ramach zadania pn. „Poprawa jakości powietrza w placówkach oświatowych w gminie Celestynów poprzez zakup profesjonalnych oczyszczaczy powietrza” realizowany przy pomocy środków z budżetu Województwa Mazowieckiego w ramach „Mazowieckiego Instrumentu Wsparcia Ochrony Powietrza MAZOWSZE 2019”. Zgodnie z punktem 2 oczyszczacze powietrza zostaną umieszczone w świetlicach i salach dydaktycznych przedszkoli oraz szkół podstawowych na terenie Gminy Celestynów. Zgodnie z punktem 5 wykonawca jest zobowiązany do przeszkolenia pracowników placówek przedszkolno-szkolnych w zakresie bieżącej eksploatacji urządzenia, wraz z obsługą wymiany zużytych filtrów na nowe. W pkt 8 zostały wskazane m. in. następujące minimalne parametry techniczne urządzeń:

- 1) Oczyszczacz powinien wydajnie pracować w pomieszczeniu o powierzchni od 60 m<sup>2</sup> do 80 m<sup>2</sup>;
- 3) Filtry: urządzenia muszą być wyposażone w co najmniej 3 filtry: a) filtr wstępny; b) filtr z węglem aktywnym; c) filtr HEPA: klasy co najmniej H13; d) lampę UV – z możliwością jej wyłączenia; e) oczyszczacz powietrza może być wyposażony w dodatkowe filtry.

Zgodnie z punktem 9 każde urządzenie musi być oznakowane znakiem CE oraz powinno posiadać atest higieniczny PZH do pracy w placówkach oświatowo – wychowawczych.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w punkcie 2 rozdziału XIII SIWZ cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ, wszystkie koszty i składniki niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia oraz prace i czynności niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.



W złożonej w postępowaniu ofercie wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. zaoferował dostawę urządzeń Super Air SA500H15 Plazma. W ramach oferty przystępujący złożył m. in. następujące dokumenty: kartę produktu SA500H15 Plazma, deklarację zgodności CE oraz atest higieniczny.

Pismem z dnia 8 października 2019 r. zamawiający wezwał wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie odnoszącym się do wskazanych okoliczności (przytoczono treść punktów 1 do 5 zawartych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający wskazał, iż wzywa do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniającej powyższe aspekty wraz z dowodami.

Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. udzielił pismem z dnia 10 października 2019 r., do którego załączył dwie referencje.

W dniu 24 października 2019 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Porównując treść oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. oraz treść wymagań zamawiającego co do oferowanego przedmiotu zamówienia Izba ustaliła, iż treść oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. jest niezgodna z postanowieniem zawartym w rozdziale III pkt 8 ppkt 1) SIWZ („Oczyszczacz powinien wydajnie pracować w pomieszczeniu o powierzchni od 60 m<sup>2</sup> do 80 m<sup>2</sup>”). Mając na uwadze brzmienie ww. postanowienia należało podzielić stanowisko odwołującego co do tego, iż o zgodności oferty wykonawcy z treścią SIWZ w tym zakresie można mówić w przypadku, gdy oferowane urządzenie będzie wydajnie pracować zarówno w pomieszczeniach o powierzchni 60 m<sup>2</sup>, jak i w pomieszczeniach o powierzchni 80 m<sup>2</sup>, a także – co oczywiste – w pomieszczeniach o powierzchni większej niż 60 m<sup>2</sup> i mniejszej niż 80 m<sup>2</sup>. Zdaniem Izby sposób rozumienia ww. wymogu zaprezentowany przez zamawiającego pozostaje w sprzeczności z jasnym brzmieniem postanowienia zawartego w rozdziale III pkt 8 ppkt 1) SIWZ. Należy podkreślić, iż ww. wymaganie co do przedmiotu zamówienia zostało określone poprzez wskazanie powierzchni pomieszczeń, w których oczyszczacz powietrza powinien wydajnie pracować, tj. od 60 m<sup>2</sup> do 80 m<sup>2</sup>. Zatem w tym zakresie – jeżeli chodzi o powierzchnię pomieszczeń – oferowane urządzenie musiało spełniać wymóg wydajnej pracy. Pomiędzy stronami nie było sporu co do tego w jaki sposób ww. wymóg określany jest w dokumentach dotyczących urządzenia (np. jako „do powierzchni ...”). Z karty produktu załączonej przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. do oferty wynikało, iż oferowany przez tego wykonawcę oczyszczacz powietrza Super Air SA500H15 Plazma przeznaczony jest do powierzchni max. 65 m<sup>2</sup>. Okoliczność ta znajduje również potwierdzenie w treści wydruków ze stron internetowych zawierających opis oczyszczacza, załączonych do odwołania. Wprawdzie

w instrukcji obsługi oczyszczacza załączonej do odwołania wskazano jako maksymalną powierzchnię 60 m<sup>2</sup>, jednakże w świetle pozostałych dowodów, wymienionych powyżej, Izba za wiarygodne wyznała wyjaśnienia wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. dotyczące braku aktualności instrukcji zamieszczonej na jego stronie internetowej. Z ww. dowodów (karty produktu załączonej do oferty oraz wydruków załączonych do odwołania) wynika zatem, iż oczyszczacz powietrza oferowany przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. nie spełnia wymogu w zakresie wydajnej pracy w odniesieniu do powierzchni powyżej 65 m<sup>2</sup>, co czyni ofertę tego wykonawcy niezgodną z SIWZ w zakresie wymagania określonego w rozdziale III pkt 8 ppkt 1).

W pozostałym zakresie, w jakim odwołujący wskazywał w odwołaniu na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba nie stwierdziła niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ. Izba ustaliła, iż do złożonej w postępowaniu oferty wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. załączył m.in. deklarację zgodności CE oraz atest higieniczny. Twierdzenia (a raczej wątpliwości odwołującego) co do braku oznaczeń CE oraz atestu PZH nie potwierdziły się. Także w pozostałym zakresie zarzuty odwołania dotyczące niezgodności oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. z SIWZ stanowiły bardziej wątpliwości odwołującego niż jego stanowcze twierdzenia, co jak okazało się na rozprawie wynikało z braku dokonania wglądu w treść oferty przystępującego. Wprawdzie wątpliwości co do podmiotu będącego producentem oferowanego przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. oczyszczacza nie tylko nie zostały rozwiane w toku postępowania odwoławczego, lecz wręcz pogłębiły się wobec stwierdzenia przez przystępującego w piśmie z dnia 12 listopada 2019 r., iż producentem urządzenia jest „firma Uni-Lux” (urządzenia produkowane są pod marką „Super Air”), a w innym miejscu tego pisma, że „UNI-LUX jest importerem urządzeń na rynek polski” – to jednak odwołujący nie podał w odwołaniu żadnego konkretnego wymagania zawartego w SIWZ, z którym oferta przystępującego miałaby być w powyższym zakresie niezgodna. W odniesieniu do kwestii klasy filtra HEPA wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. wyjaśnił, iż w karcie produktu urządzenia załączonej do oferty jest zawarta informacja, że zastosowany filtr ULPA odpowiada klasie filtra HEPA H15, a powyższa okoliczność znajduje potwierdzenie w ww. dokumencie złożonym wraz z ofertą. Na rozprawie odwołujący potwierdził, iż filtry ULPA spełniają wymaganie SIWZ, jednocześnie dodał, że dostosowanie tego filtra ma wpływ na przepływ powietrza (będzie on zdecydowanie mniejszy), co rodzi również wątpliwość co do zgodności oferty przystępującego z SIWZ. Należy stwierdzić, iż ww. dodatkowe spostrzeżenia odwołującego nie stanowiły zarzutów zawartych w odwołaniu i w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie mogły zostać rozpoznane w niniejszym postępowaniu. Niezależnie od tego należy zauważyć, iż powyższe stwierdzenia stanowiły jedynie wyraz wątpliwości odwołującego.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. nie udzielił kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 8 października 2019 r. wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z treści tego wezwania zamawiający w sposób wyraźny wskazał, iż oczekuje od przystępującego przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej wraz z dowodami. Na podstawie treści wyjaśnień wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. udzielonych w piśmie z dnia 10 października 2019 r. Izba stwierdziła, iż wykonawca ten nie przedstawił szczegółowej (ani jakiegokolwiek) kalkulacji ceny ofertowej wraz z dowodami. W treści ww. pisma przystępujący nie podał konkretnych wartości dotyczących poszczególnych czynników cenotwórczych w odniesieniu do oferowanego przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. zawierają jedynie ogólne informacje dotyczące cen ofert pozostałych wykonawców, ceny detalicznej oferowanego oczyszczacza, poziomu (w %) udzielonego rabatu, poziomu średnich marż dystrybucyjnych na produkty z grupy: oczyszczacze, wentylacja i klimatyzacja oraz zdarzających się sytuacji dużej różnicy pomiędzy cenami oczyszczaczy oferowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia przez różnych wykonawców. Ponadto przystępujący wskazał, iż nie korzysta z pomocy publicznej, zatrudnia pracowników na podstawie umowy na czas nieokreślony w pełnym wymiarze godzin, wypełnia wymogi prawa wynikające z przepisów o ochronie środowiska oraz nie powierza wykonania części ani całości zamówienia podwykonawcy. Należy zauważyć, iż w treści wyjaśnień wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. wskazał poziom zaoferowanego rabatu na ok. 38%, jednakże nie wyjaśnił, czy po zastosowaniu tego rabatu cena jego oferty nie jest rażąco niska, tj. czy zapewnia pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia oraz zapewnia uzyskanie przez przystępującego choćby minimalnego zysku – co winno zostać wykazane przede wszystkim poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, popartej dowodami – zgodnie z wezwaniem zamawiającego. Wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. nie wypełnił również wezwania zamawiającego co do złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów. Za takie nie mogą zostać uznane załączone do wyjaśnień referencje. Wprawdzie zostały tam wskazane wartości zamówień oraz ilość oczyszczaczy powietrza, jednakże nie są wiadome warunki realizacji tych zamówień, czy ich przedmiotem był ten samo model oczyszczacza powietrza jak zaoferowany przez przystępującego w obecnym postępowaniu, i czy podane ceny nie zostały zaniżone (fakt należytego wykonania zamówienia nie jest przesądzający). Ponadto dokumenty te nie mogłyby zostać uznane za dowody złożone na poparcie szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, skoro taka w ogóle nie została przedstawiona.

Izba nie brała pod uwagę treści pisma wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. z dnia 13 listopada 2019 r. oraz załączonych do niego dowodów, gdyż z jednej strony treść tego pisma oraz dowodów została zastrzeżona jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz

przystępujący nie wykazał zasadności poczynionego zastrzeżenia zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a z drugiej strony treść tego pisma oraz załączone dowody nie miały żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W piśmie została bowiem przedstawiona kalkulacja ceny ofertowej, a do pisma zostały załączone dowody na poparcie tej kalkulacji. Treść tego pisma jak i załączone dowody winny zostać złożone w ramach postępowania o udzielenie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Takie wyjaśnienia i dowody nie są brane pod uwagę przez Izbę, jeżeli zostały złożone dopiero w trakcie postępowania odwoławczego. Przedmiotem oceny dokonywanej przez Izbę jest bowiem treść wyjaśnień i dowodów przedstawionych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego – w kontekście regulacji zawartej w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. między innymi czy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami są kompletne i wystarczająco konkretne.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Jak wynika z ustaleń faktycznych przedstawionych przez Izbę w poprzedniej części uzasadnienia Izba ustaliła, iż treść oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w rozdziale III pkt 8 ppkt 1) SIWZ. Mając to na uwadze należy stwierdzić, iż zamawiający obowiązany był odrzucić ww. ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tejże ustawy. Ww. podstawa odrzucenia oferty zachodzi, gdy treść oferowanego przez wykonawcę świadczenia nie odpowiada wymaganiom zamawiającego postawionym co do tego świadczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co niewątpliwie ma miejsce w niniejszej sprawie. Oczyszczacz powietrza zaoferowany przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. nie spełnia bowiem wymogu w zakresie wydajnej pracy w odniesieniu do powierzchni powyżej 65 m<sup>2</sup>, co czyni ofertę tego wykonawcy niezgodną z SIWZ w zakresie wymagania określonego w rozdziale III pkt 8 ppkt 1). Ww. sprzeczność treści oferty przystępującego z SIWZ niewątpliwie nie stanowi omyłki, w tym omyłki podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego, podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z niezgodnością treści oferty z postanowieniem zawartym w rozdziale III pkt 8 ppkt 1) SIWZ należało uznać za zasadne.

W pozostałym zakresie, w jakim odwołujący wskazywał w odwołaniu na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp, Izba nie stwierdziła niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ. W związku z tym zarzuty podniesione w tym zakresie w odwołaniu Izba uznała za niezasadne.

Ponadto jak wynika z ustaleń faktycznych przedstawionych przez Izbę w poprzedniej części uzasadnienia Izba ustaliła, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. nie udzielił wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień. Wyjaśnienia zawierały jedynie ogólne informacje. Przede wszystkim wykonawca „Uni-Lux” sp. z o.o. w żaden sposób nie zadośćuczynił wezwaniu zamawiającego co do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej wraz z dowodami. Mając na uwadze powyższe należało stwierdzić, iż w tej sytuacji została spełniona przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wprawdzie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mowa jest tylko o obowiązku odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże regulację tę należy odczytywać łącznie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ostatnim z wymienionych przepisów zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy nie tylko w sytuacji, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także w sytuacji, w której wykonawca nie udzielił wyjaśnień. Zgodnie natomiast z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny. W konsekwencji powyższego, podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należało uznać za zasadne.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy „Uni-Lux” sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 10 ust. 1 u.z.n.k. Skuteczne podniesienie tego rodzaju zarzutów wymaga wykazania przez odwołującego ziszczenia się wszystkich przesłanek składających się na podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp czy podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku ze wskazywanym przepisem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca. Jak wynika z treści uzasadnienia odwołania ww. zarzuty odwołujący oparł na okoliczności wprowadzenia w błąd zamawiającego przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o. co do parametrów oferowanego urządzenia. W świetle poczynionych przez

Izbę ustaleń faktycznych należało stwierdzić, iż ww. twierdzenie odwołującego nie potwierdziło się. Tylko w jednym przypadku Izba stwierdziła brak spełnienia przez parametry oferowanego przez przystępującego oczyszczacza powietrza wymagań SIWZ (w zakresie wymagania określonego w rozdziale III pkt 8 ppkt 1) SIWZ. W tym jednak przypadku nie można mówić o wprowadzeniu w błąd zamawiającego przez wykonawcę „Uni-Lux” sp. z o.o., skoro do składanej w postępowaniu oferty wykonawca ten załączył kartę produktu, w treści której został wskazany parametr dotyczący powierzchni pomieszczeń, do jakich przeznaczony jest oferowany przez niego oczyszczacz. Twierdzenia odwołującego o wprowadzeniu w błąd zamawiającego przez przystępującego należało zatem uznać za oczywiście niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie 1 i 2 sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, a część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Podobnie w: wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W ostatnim z wymienionych orzeczeń Sąd Okręgowy wskazał, iż „przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów.” W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Kosztami postępowania obciążono odwołującego w części 1/3 oraz zamawiającego w części

2/3. Większość zarzutów została bowiem uwzględniona, jak i odwołujący osiągnął cel, do którego dążył wnosząc odwołanie, polegający na wyeliminowaniu z postępowania oferty konkurencyjnego wykonawcy. Ponadto Izba wzięła pod uwagę fakt, iż część zarzutów została przez odwołującego podniesiona na skutek zaniechania zapoznania się z treścią oferty przystępującego, co stanowi o niedołożeniu przez odwołującego należytej staranności (zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp było to możliwe od chwili otwarcia ofert). Na koszty postępowania odwoławczego składa się kwota 7.500 zł uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwota 3.600 zł poniesiona przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.100 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 3.700 zł (11.100 zł / 3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.400 zł (11.100 zł – 3.700 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

**Przewodniczący:** .....