

Sygn. akt: KIO 852/18

WYROK
z dnia 1 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **D.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MULTIMAX" D.C. z siedzibą w Zamościu** w postępowaniu prowadzonym przez **Wrocławski Zespół Żłobków we Wrocławiu,**

przy udziale wykonawcy **MEGA OFFICE Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 852/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - **Wrocławskiemu Zespołowi Żłobków we Wrocławiu** unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego – wykonawcy **D.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MULTIMAX" D.C. z siedzibą w Zamościu,** a także nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Wrocławski Zespół Żłobków 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 Odwołującego

– wykonawcę **D.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MULTIMAX" D.C. z siedzibą w Zamościu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Wrocławskiego Zespołu Żłobków we Wrocławiu** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **D.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MULTIMAX" D.C. z siedzibą w Zamościu** kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 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

Zamawiający – Wrocławski Zespół Żłobków we Wrocławiu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę oczyszczaczy powietrza do sal wielofunkcyjnych (bawialni) oraz sypialni w 15 obiektach Wrocławskiego Zespołu Żłobków* (znak postępowania: ZP 5/WZZ/2018).

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

W dniu 30 kwietnia 2018 r. wykonawca D.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MULTIMAX" D.C. [dalej „Odwołujący” lub „MULTIMAX”] wniósł odwołanie zarzucając 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, tj. poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo że Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia w terminie określonym przez Zamawiającego (zdecydowanie bardziej szczegółowe niż uprzednie wyjaśnienia któregośkolwiek z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, które to wyjaśnienia były przez Zamawiającego w toku postępowania akceptowane);
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo że Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia i wykazał, iż zaofferowana cena jest uzasadniona gospodarczo i ekonomicznie, uwzględnia wszystkie koszty i czynniki cenotwórcze oraz marżę handlową, zaś wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny miało charakter ogólnikowy;
3. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przypadku, gdy w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny budziły wątpliwości, w szczególności wobec faktu, iż Zamawiający nie doprecyzował w wezwaniu do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jakich okoliczności mają

dotyczyć te wyjaśnienia i jakie dowody Odwołujący winien był złożyć (ogólnikowe wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny);

4. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne mimo braku zaistnienia ku temu ustawowych przesłanek, w tym w postaci braku złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu).

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego (oferta nr 5);
2. unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
3. unieważnienie (nakazanie Zamawiającemu unieważnienia) czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
5. dopuszczenie dowodów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
6. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu faktycznym odwołania Odwołujący argumentował, iż nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, iż złożone wyjaśnienia ceny były zbyt ogólne. Odwołujący podał, iż uwzględnił w ofercie i wyjaśnieniach wszystkie istotne koszty i czynniki cenotwórcze oraz marżę handlową. Argumentował, że koszty, o których wspomniał Zamawiający mają charakter drobny, pomijalny, biorąc pod uwagę wartość zamówienia oraz wysokość skalkulowanej przez Odwołującego marży. Podkreślał, że wysokość skalkulowanej marży w ocenie Odwołującego potwierdza, iż złożona przez niego oferta cenowa gwarantuje zachowanie oczekiwanej rentowności oraz brak ryzyka poniesienia straty.

Odnosząc się do poszczególnych okoliczności faktycznych wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 23 kwietnia 2018 r., wykonawca MULTIMAX wskazał, że nie polega na prawdzie twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący nie uwzględnił kosztu transportu oczyszczaczy do placówek Zamawiającego - został uwzględniony zarówno koszt transportu oczyszczaczy z fabryki do miejsca ich magazynowania, który stanowił jeden z podstawowych elementów kalkulacji ceny, jak również koszt dostawy oczyszczaczy do Zamawiającego środkiem transportu Odwołującego (środek transportu 1350 zł + koszt pracy 600 zł). Koszt transportu oczyszczaczy do Wrocławia własnym środkiem transportu Odwołującego jest praktycznie żaden, a złożenie

dowodów na jego poniesienie jest niemożliwe, jedyną możliwością jest wykonanie szacunkowej kalkulacji, co Odwołujący uczynił. Wskazał, że bezpośredni dla Odwołującego koszt związany z dostawą przedmiotowych oczyszczaczy do Zamawiającego to koszt paliwa (około $1200\text{km} \times 11\text{l}/100\text{km} = 132$ litry ON, po średniej cenie $4,70/\text{litr} = 620,40$ zł brutto ($504,39$ zł netto) - w kalkulacji Odwołujący przyjął koszt transportu na poziomie 1350 zł brutto ($1097,56$ zł netto) - a więc ponad dwukrotnie wyższy niż koszty paliwa. W koszcie całkowitym Odwołujący uwzględnił również szacunkowo dodatkowe koszty związane z wykorzystaniem własnego środka transportu, tj. amortyzację, ubezpieczenie, zużycie eksploatacyjne. Kalkulując koszty pracy Odwołujący założył, że przedmiotową dostawę wraz ze szkoleniem jeden pracownik będzie w stanie zrealizować maksymalnie w ciągu 3 dni roboczych, pod warunkiem, że Zamawiający w żaden sposób nie będzie utrudniał wykonania zadania. W 2018 roku będzie 251 dni roboczych, za cały rok łączne minimalne wynagrodzenie wyniesie $2100 \times 12 = 25\ 200$ zł. A więc średnio wynagrodzenie za 1 dzień roboczy w 2018 roku wyniesie $100,40$ zł brutto, do tego doliczona została dieta $30\text{zł}/\text{dzień}$ oraz ryczałt za nocleg $45\text{zł}/\text{dzień}$ (Odwołujący posiada środek transportu z kabiną sypialną), sumując $100,40 + 30 + 45 = 175,40\text{zł} \times 3$ dni = $526,20\text{zł}$ wyniesie całkowity koszt pracy. W tym miejscu należy podkreślić, że Odwołujący przyjął koszt pracy na poziomie 600 zł, a więc wyższy niż wynika z bezpośredniej kalkulacji.

Następnie Odwołujący wskazał, iż podobna sytuacja dotyczy przewidywanych kosztów serwisu/reklamacji. Odwołujący przyjął szacunkowy koszt serwisowania urządzeń na podstawie dotychczasowych doświadczeń. Jest to koszt hipotetyczny, a więc nie jest możliwy do formalnego udokumentowania dopóki faktycznie nie zostanie poniesiony. Odwołujący przyjął przewidywany szacunkowy koszt serwisu na poziomie 2% wartości zamówienia, ryzyko ewentualnego przekroczenia założonego kosztu jest minimalne i wchodzi w ryzyko bieżącej działalności gospodarczej i nie ma bezpośredniego związku z przedmiotowym postępowaniem.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zażądał od Odwołującego przedłożenia jakichkolwiek skonkretyzowanych dokumentów na potwierdzenie kalkulacji kosztów, stąd też Odwołujący przedstawił w jego ocenie wszystkie dokumenty mające istotne znaczenie dla kalkulacji oferty. Dodatkowo wskazał, iż Odwołujący stale wynajmuje magazyn, którego koszty wynajmu ponosi niezależnie od składowania w nim 155 szt. oczyszczaczy dla Zamawiającego. Objętość magazynowa jednego oczyszczacza to $0,1$ m³, a więc przy 155 szt. całkowita zajmowana objętość wyniesie $15,5$ m³. Odwołujący wynajmuje magazyn o wysokości składowania 4 m ponosząc koszt miesięczny $7,5\text{zł}$ netto za 1 m². Dla zmagazynowania 155 szt. oczyszczaczy ($15,5$ m³) potrzeba zająć około 5 m², a więc koszt miesięczny nie przekroczy (5 m² \times $7,5\text{zł}/\text{m}^2$) $37,50$ zł. Gdyby chciał wyliczyć koszt magazynowania tych oczyszczaczy przez okres 80 dni, koszt ten nie wyniósłby więcej niż

100 zł, stąd też Odwołujący ten koszt pominął. Podkreślał, iż koszt ten jest ponoszony niezależnie od składowania tam oczyszczaczy i stanowi dla Odwołującego koszt uzyskania przychodu, odliczany przez Odwołującego od podatku z uwagi na prowadzoną działalność gospodarczą. Analogicznie Odwołujący potraktował koszty administracyjne, związane z prowadzoną działalnością gospodarczą - pomijalne, ponoszone niezależnie od udzielenia niniejszego zamówienia z uwagi na prowadzoną przez Odwołującego działalność gospodarczą, stałe zatrudnienie pracowników i utrzymanie sprzętu.

Odwołujący uzasadniał, że Zamawiający winien był przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę, pomimo że samo wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było bardzo ogólne, w żaden sposób nie precyzowało na wyjaśnieniu jakich okoliczności Zamawiającemu szczególnie zależy oraz przedłożenia jakich dokumentów na potwierdzenie wyjaśnień oczekuje. SIWZ nie zawierał konieczności przedstawienia przez wykonawców szczegółowej kalkulacji ceny, Odwołujący przedstawił komplet dokumentów potwierdzających, iż przy złożonej ofercie cenowej jest w stanie wygenerować marżę w wysokości ponad 53.000,00 zł netto przy złożonej ofercie cenowej na 193.750,00 zł brutto. W opinii Odwołującego oczywistym jest, że realizacja dostawy wiąże się ze zdecydowanie niższymi kosztami niż chociażby roboty budowlane, stąd nawet uwzględnienie kosztów, na które wskazał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty, nie rzutowałoby w istotny sposób na wysokość marży Odwołującego. Powyższe czyniło ofertę Odwołującego jak najbardziej wykonalną i uzasadnioną gospodarczo oraz ekonomicznie z punktu widzenia przedsiębiorcy. Wskazał, że wcześniejsze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, składane przez Odwołującego oraz innych Uczestników postępowania, nie budziły wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty z uwagi na zastrzeżenia co do złożonych wyjaśnień (zdecydowanie bardziej szczegółowych niż w przypadku innych Uczestników) stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości.

Następnie Odwołujący podkreślał, że nie ulega wątpliwości, iż wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powinno być precyzyjne, wskazywać elementy oferty budzące wątpliwości zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść i udzielić odpowiednich wyjaśnień. Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zostały przez niego zakwestionowane i które budzą jego wątpliwości. Zamawiający wzywając wykonawcę w sposób ogólny nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty. W sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego nie będzie odnosiło się do

konkretnych elementów oferty wykonawcy i będzie ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to nieuprawnionym będzie stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i że wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (tak m. in.: M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018).

Odwołujący wskazywał, iż zarówno doktryna jak i orzecznictwo KIO wskazują na dopuszczalność i zasadność powtórnego wezwania do wyjaśnień ceny oferty (tak KIO w wyroku z dnia 28 kwietnia 2017 r. sygn. akt: KIO 686/17). Odwołujący przywołał również wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 466/17 wskazujący na sytuacje, w których ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest możliwe, a także wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r. sygn. akt: KIO 2017/16 definiujący rażąco niską cenę oferty.

Finalnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne mimo braku zaistnienia ku temu ustawowych przesłanek, w tym w postaci braku złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Z przyczyn wskazanych powyżej, w ocenie Odwołującego, jego oferta nie podlegała odrzuceniu, zaś katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty. Skoro zatem złożono w postępowaniu ofertę, która nie podlegała odrzuceniu, nie zaistniały ustawowe przesłanki do umorzenia postępowania, a czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym miejscu w ocenie Izby ustalenia wymagało, czy wykonawca MULTIMAX wniósł odwołanie w terminie związania ofertą. W ww. zakresie Izba podzieliła stanowisko

zaprezentowane przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 29 maja 2018 r., który wskazywał, że termin związania ofertą wykonawcy MULTIMAX upływał w dniu 30 kwietnia 2018 r., tj. w dniu wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie.

Izba ustaliła, że termin składania ofert upłynął w dniu 13 lutego 2018 r. W dniu 28 lutego 2018 r. zostało wniesione odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze akt: KIO 393/18. Wyrok w ww. sprawie został wydany w dniu 15 marca 2018 r. Zatem 30 - dniowy termin związania ofertą zaczął biec z dniem 13 lutego 2018 r. i upłynąłby w dniu 14 marca 2018 r., gdyby nie zostało wniesione odwołanie w sprawie KIO 393/18.

W związku z wniesieniem do Izby odwołania w dniu 28 lutego 2018 r. oraz ogłoszeniem orzeczenia w dniu 15 marca 2018 r. termin związania ofertą uległ zawieszeniu na 16 dni (1 dzień lutego oraz 15 dni marca). Tym samym termin związania ofertą zaczął biec dalej w dniu 16 marca 2018 r. i upływał w dniu 30 marca 2018 r. Jednakże pismem z dnia 22 marca 2018 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 31 dni, tj. do dnia 28 kwietnia 2018 r. Nadto w ww. piśmie Zamawiający wskazał, że termin związania ofertą upływał w dniu 29 marca 2018 r. W świetle powyższego w ocenie Izby Zamawiający błędnie wskazał w treści ww. pisma, iż termin związania ofertą upływał w dniu 29 marca 2018 r. (zamiast 30 marca 2018 r.), jak również błędnie wyliczył, że przedłużony o kolejne 31 dni termin związania ofertą upłynie w dniu 28 kwietnia 2018 r. (zamiast 29 kwietnia 2018 r. licząc od dnia 29 marca 2018 r. jak przyjął Zamawiający).

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert w przedmiotowej sprawie upłynął w dniu 13 lutego 2018 r., zatem bieg terminu związania ofertą rozpoczynał się z dniem 13 lutego 2018 r. Natomiast koniec terminu związania ofertą następuje z upływem terminu określonego w SIWZ, tj. w przedmiotowej sprawie z upływem 30 dni.

Z kolei stosownie do treści art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. W niniejszej sprawie odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty wpłynęło w dniu 28 lutego 2018 r., czyli po upływie terminu składania ofert. Zdarzeniem, które spowodowało zawieszenie biegu terminu związania ofertą było wniesienie odwołania co nastąpiło 28 lutego 2018 r., a zdarzeniem, które spowodowało odwieszenie zawieszzonego terminu było ogłoszenie przez Izbę orzeczenia w dniu 15 marca 2018 r.

W tym miejscu Izba wskazuje, że liczenie terminu biegu związania ofertą jest uregulowane odmiennie od regulacji kodeksu cywilnego w art. 111 § 2 w zakresie początku

biegu terminu, ponieważ art. 85 ust. 5 ustawy Pzp nakazuje rozpoczynać liczenie biegu terminu związania ofertą wraz z upływem terminu składania ofert a nie od następnego dnia od upływu terminu składania ofert. Przy czym należy mieć na uwadze, że reguła kodeksu cywilnego zawarta w art. 111 § 2 dotycząca nieliczenia dnia, w którym nastąpiło zdarzenie dotyczy terminów oznaczonych w dniach. W związku z tym nie dotyczy ona liczenia terminów nieoznaczonych w dniach np.: oznaczonych zdarzeniami, jak ma to miejsce w przypadku regulacji określonej w art. 182 ust. 6 ustawy Pzp. Wówczas liczy się dni od zdarzenia do zdarzenia to jest włącznie z dniem, w którym nastąpiło zdarzenie zawieszające bieg związania ofertą jak i dzień, w którym nastąpiło zdarzenie odwieszające bieg związania ofertą.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, odwołanie wykonawcy MULTIMAX zostało wniesione w przedmiotowej sprawie w ostatnim dniu terminu związania ofertą w świetle złożonego przez wykonawcę oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 31 dni. Błędne wskazanie przez Zamawiającego, jako daty, w której termin związania ofertą upływał - 29 marca 2018 r., jak również błędne wyliczenie przez Zamawiającego, że przedłużony o kolejne 31 dni termin związania ofertą upłynie w dniu 28 kwietnia 2018 r., nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawcy. Wykonawca MULTIMAX pozostawał bowiem w przekonaniu, że wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22 marca 2018 r. daty zostały obliczone w sposób prawidłowy. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy oświadczenie wykonawcy MULTIMAX z dnia 22 marca 2018 r. dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 31 dni należało liczyć od dnia następnego po dniu 30 marca 2018 r., a zatem termin związania ofertą ww. wykonawcy upłynąłby w dniu 30 kwietnia 2018 r., gdyby nie wniesione w niniejszej sprawie odwołanie. Ponadto Izba wskazuje, że Odwołujący w toku rozprawy oświadczył, że w dniu 30 maja 2018 r. złożył Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 31 dni. Nie potwierdziła się zatem w okolicznościach przedmiotowej sprawy argumentacja Zamawiającego, jakoby upływ terminu związania ofertą uniemożliwił Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty wykonawcy MULTIMAX.

Zamawiający w dniu 18 maja 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba, na posiedzeniu niejawnym po wysłuchaniu stanowisk Stron, oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy Mega Office Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę, który zgłosił przystąpienie w dniu 21 maja 2018 r.

Odwołujący wniesioną opozycję uzasadniał tym, iż wykonawca Mega Office Sp. z o.o. nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Nadto wskazywał, że ww. wykonawca nie ma możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ jego oferta została odrzucona zgodnie z dyspozycją wyroku KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 393/18, a samo postępowanie zostało unieważnione. W ocenie Odwołującego nie sposób upatrywać interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego w unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Uznając za dopuszczalne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy, którego odrzucenie oferty nie jest przedmiotem zarzutów, Izba miała na uwadze, że interes, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp należy rozumieć odrębnie od interesu w uzyskaniu zamówienia, jako przesłanki do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp).

W ocenie Izby interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje wykonawca, winien być interpretowany szeroko i można go upatrywać w dążeniu do utrzymania wyniku postępowania w sposób zgodny z ustawą Pzp. W ocenie Izby nie można odmówić wykonawcy interesu w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione skoro, zdaniem wykonawcy, w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Tym samym wskazać należy, iż przystąpienie wykonawcy Mega Office Sp. z o.o. nie miało na celu przywrócenia oferty Przystępującego do oceny, lecz zmierzało do wykazania prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania.

W świetle powyższego Izba oddaliła opozycję Odwołującego i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Mega Office Sp. z o.o. w charakterze jego uczestnika.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę wykonawcy MULTIMAX wraz z wyjaśnieniami ceny z dnia 20 lutego 2018 r. oraz z dnia 16 kwietnia 2018 r. wraz z dowodami, wezwania Zamawiającego skierowane do Odwołującego w zakresie ceny oferty z dnia 19 lutego 2018 r. oraz z dnia 12 kwietnia 2018 r., a także informację o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 23 kwietnia 2018 r.

Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 maja 2018 r., jak również pismo procesowe Uczestnika postępowania odwoławczego z dnia 29 maja 2018 r., w którym wykonawca Mega Office Sp. z o.o. przedstawił uzasadnienie prawne i faktyczne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia była dostawa 155 sztuk oczyszczaczy powietrza do sal wielofunkcyjnych (bawialni) oraz sypialni w 15 obiektach Wrocławskiego Zespołu Żłobków. Zgodnie z punktem 2 ppkt 5 SIWZ, oczyszczacze należało dostarczyć do poszczególnych obiektów Zamawiającego, zgodnie z wykazem adresowym obiektów stanowiącym załącznik nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została oszacowana na kwotę netto 197 782,50 zł, która powiększona o należny podatek VAT stanowiła 243 272,50 zł brutto.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło sześciu wykonawców, tj.: Fellowes Polska S.A. z ceną 333 250 zł, Intec Medical Sp. z o.o. z ceną 395 250 zł, Werton A.K. z ceną 381 300 zł, P.W. Mutlimax D.C. z ceną 193 750 zł, Mega Office Sp. z o.o. z ceną 180 926,85 zł oraz Zakład Handlowo Usługowy „Klima – Spec” (oferta wycofana przed upływem terminu składania ofert).

Z powyższego zatem wynika, że średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert stanowiła kwotę 296 895,37 zł. Tym samym oferta Odwołującego stanowiła ok. 80% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 65 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

W dniu 19 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż komisja przetargowa ustaliła, że średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosiła 296 895,37 zł. Z uwagi na to, iż cena oferty Odwołującego stanowiła kwotę 193 750 zł brutto, zachodziła przesłanka do wezwania ww. wykonawcy do wyjaśnień ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 20 lutego 2018 r. wskazał okoliczności, które w jego ocenie pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty, tj.:

- 1) wykonawca jest bezpośrednim importerem oczyszczaczy powietrza, dzięki czemu eliminuje koszty pośredników handlowych,
- 2) urządzenia zostały zakupione w bardzo korzystnej sytuacji na rynku walutowym (USD po 3,35 zł, EUR po 4,16),
- 3) wykonawcy udało się wynegocjować bardzo dobrą cenę zakupu w fabryce, ze względu na fakt, że jest ważnym klientem dla tej fabryki, w której zakontraktował zakup ponad 3000 szt. urządzeń w ciągu roku,
- 4) zoptymalizował koszty transportu z fabryki, zamawiając towar w bardzo dużych ilościach,
- 5) posiada własny środek transportu oraz
- 6) ma niskie koszty pracy w regionie (podstawą są minimalne wynagrodzenia za pracę).

Ponadto wykonawca podał: 1) średnią cenę nabycia

(importu) jednego oczyszczacza za kwotę 808,11 zł brutto, 2) koszty dostawy całości zamówienia: 1950 zł brutto (środek transportu 1350 zł, koszt pracy 600 zł), 3) przewidywany koszt serwisu/reklamacji: 2% wartości oferty ($193\,750 \times 2\% = 3\,875$ zł brutto) oraz 4) marżę w wysokości 50 949,55 zł netto. Wykonawca wyjaśnił, że wysokość skalkulowanej marży potwierdza, że złożona oferta cenowa gwarantuje zachowanie oczekiwanej rentowności oraz brak ryzyka poniesienia straty. Dodał, że zaoferowane oczyszczacze spełniają wymagania Zamawiającego oraz są dostępne w magazynie wykonawcy, co gwarantuje 100% możliwość realizacji zamówienia po podpisaniu umowy.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2018 r. Zamawiający wystosował kolejne wezwanie do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 16 kwietnia 2018 r. powielił argumentację z pisma z dnia 20 lutego 2018 r. w zakresie okoliczności umożliwiających wykonawcy obniżenie ceny oferty, jak również ponownie przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferty obejmującą: 1) cenę nabycia (importu) oczyszczaczy, 2) koszty dostawy zamówionych oczyszczaczy do żłobków – środek transportu i koszty pracy, 3) przewidywany koszt serwisu (2% wartości zamówienia) oraz 4) marżę. Ponadto wykonawca wskazał, że przy szacowaniu oferty uwzględnił wszystkie czynniki i ryzyka cenotwórcze, wszelkie koszty realizacji zamówienia oraz uzyskane oszczędności (upusty handlowe), co pozwoliło mu na skalkulowanie niższej ceny od konkurencji przy zachowaniu najwyższych standardów, rzetelnym podejściu do wymogów stawianych przez Zamawiającego w SIWZ oraz specyfiki zamówienia (realizacja w żłobkach, gdzie konieczne jest zapewnienie dobrej jakości powietrza). Jednocześnie Odwołujący wskazał, że posiada duże doświadczenie w branży, bowiem realizował podobne zamówienia m.in. na terenie m. st. Warszawy – nie było jakichkolwiek zastrzeżeń co do realizacji zamówień oraz jakości dostarczonych towarów.

Do złożonych wyjaśnień z dnia 16 kwietnia 2018 r. wykonawca MULTIMAX załączył dowody potwierdzające zakup oczyszczaczy w fabryce, poniesione koszty transportu urządzeń z fabryki, poniesione należności celne oraz zawarcie transakcji walutowej. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w ww. zakresie i dowody zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 23 kwietnia 2018 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jako zawierającą rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał, że wykonawca przedstawił w szczegółowej kalkulacji koszty dostawy zamówionych oczyszczaczy do żłobków – środek transportu i koszty pracy, nie przedstawił natomiast dokumentów (dowodów) kosztu transportu oczyszczaczy do placówek Zamawiającego do czego wykonawcy byli zobowiązani zgodnie z pkt 2 ppkt 5 SIWZ, jak również dokumentów

(dowodów) na poniesione koszty pracy, do czego wykonawcy byli zobowiązani zgodnie z § 2 ust. 2 projektu umowy (załącznik nr 7 do SIWZ), w tym: a) załadunku, rozładunku i wniesienia do wskazanego przez upoważnionego pracownika Zamawiającego pomieszczenia, b) uruchomienia i przeszkolenia w zakresie obsługi i konserwacji. Następnie Zamawiający wskazał, że wykonawca nie przedstawił dokumentów (dowodów) na poniesione koszty serwisowe. Nadto Odwołujący nie ujął w szczegółowej kalkulacji kosztów magazynowania, ani nie przedstawił dowodów na poniesione koszty magazynowania oczyszczaczy (z dokumentów wynika, iż rozładunek w Zamościu nastąpił w dniu 26 stycznia 2018 r., a wyjaśnienia złożone zostały z datą 16 kwietnia 2018 r., tj. 80 dni, 155 szt.). Dalej Zamawiający wskazał, że wykonawca nie przedstawił w szczegółowej kalkulacji kosztów administracyjnych ani dowodów na poniesione koszty administracyjne.

Ww. pismem Zamawiający odtajnił wyjaśnienia Odwołującego dotyczące ceny oferty z dnia 16 kwietnia 2018 r. Za tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiający uznał załączniki do ww. wyjaśnień.

W dniu 23 kwietnia 2018 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, w ocenie Izby, potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy

z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp).

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełniła się obligatoryjna przesłanka wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż cena zaoferowana przez Odwołującego była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu ofert.

Następnie Izba wskazuje, iż Odwołujący był dwukrotnie wzywany do udzielenia wyjaśnień przez Zamawiającego w przedmiocie ceny oferty, a złożone przez Odwołującego drugie wyjaśnienia z dnia 16 kwietnia 2018 r., poparte dowodami, były bardziej szczegółowe niż wyjaśnienia z dnia 20 lutego 2018 r., do których Odwołujący nie załączył żadnych dowodów.

W tym miejscu podkreślić również należy, iż obydwa wezwania Zamawiającego skierowane do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp sprowadzały się w istocie do przywołania treści przepisów ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie skonkretyzował jakie elementy cenotwórcze winny zostać przez wykonawcę wyjaśnione, czy też jakie dowody obowiązany był złożyć wykonawca w celu wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Podkreślić należy, że okoliczność, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), nie zwalnia zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania wezwania w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, w granicach których następnie

Zamawiający będzie dokonywał oceny oferty wykonawcy. Nie można uznać za prawidłowego działania Zamawiającego, który sformułował lakoniczne wezwanie w ww. zakresie, podejmując następnie decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie swoich oczekiwań, które nie zostały wyartykułowane w treści wezwań wystosowanych do wykonawcy.

Zdaniem składu orzekającego Izby analiza wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 19 lutego 2018 r. oraz z dnia 12 kwietnia 2018 r. potwierdziła rzeczywistą możliwość wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawcę MULTIMAX. W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, jakoby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę MULTIMAX w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp miały charakter ogólny oraz że wykonawca nie przedstawił założeń przyjętych na etapie kalkulacji ceny oferty, które pozwalały mu na jej obniżenie.

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty zawierały sprzyjające wykonawcy warunki wykonania zamówienia, uwzględniały istotne elementy kosztotwórcze oraz marżę handlową, a podnoszone przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego elementy, jako nieuwjęte w kalkulacji cenowej, tj. koszty magazynowania oczyszczaczy powietrza oraz koszty administracyjne, mają charakter drobny, pomijalny, biorąc pod uwagę wysokość skalkulowanej przez Odwołującego marży. Wykonawca MULTIMAX w złożonych wyjaśnieniach przedstawił nadto szczegółową kalkulację ceny oferty obejmującą koszty zakupu oczyszczaczy powietrza, koszty dostawy oczyszczaczy do żłobków, na które składały się koszty transportu oraz koszty pracy, przewidywane koszty serwisu oraz marżę, wraz z dowodami potwierdzającymi zakup oczyszczaczy w fabryce, poniesione koszty transportu urządzeń z fabryki, poniesione należności celne oraz dokument zawarcia transakcji walutowej.

Przechodząc zatem do analizy okoliczności faktycznych wskazanych przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 23 kwietnia 2018 r., będących przedmiotem oceny Izby w ramach zaskarżonej przez wykonawcę MULTIMAX czynności, odnosząc się do braku złożenia przez Odwołującego dowodów potwierdzających wysokość oszacowanych kosztów transportu oczyszczaczy do placówek Zamawiającego oraz kosztów pracy (załadunek, rozładunek, wniesienie i uruchomienie i przeszkolenie personelu), wskazać należy, iż w tym zakresie Odwołujący w wyjaśnieniach ceny oferty oszacował przedmiotowe koszty na poziomie 1950 zł. Jednocześnie w wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że posiada własny środek transportu oraz że ma niskie koszty pracy w regionie, które oparte są na minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Ponadto bezspornie Odwołujący ujął w wyjaśnieniach z dnia 16 kwietnia 2018 r. koszty transportu oczyszczaczy powietrza z fabryki do magazynu Odwołującego podając ich

wysokość, koszty cła oraz przedstawiając na ich poparcie m.in. dokumenty celne, jak również dokumenty związane z transportem urządzeń do Polski.

Odnosząc się do powyższego elementu cenotwórczego, w ocenie Izby, wyjaśnienia wykonawcy udzielone w zakresie kosztów poniesionych z tytułu transportu i pracy, były adekwatne do treści wezwań wystosowanych przez Zamawiającego do wykonawcy MULTIMAX. Zauważyć należy, iż gdyby Zamawiający oczekiwał uszczegółowienia ww. składników ceny, to w wezwaniu z dnia 12 kwietnia 2018 r. winien był dać temu wyraz i żądać od wykonawcy dalszych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ww. kosztów oraz przedstawienia dowodów.

Nadto Izba wskazuje, że złożenie dowodów na poniesienie kosztów przyszłych, bowiem do takich kosztów należy zaliczyć koszty transportu oczyszczaczy powietrza do Wrocławia, w tym do poszczególnych placówek Zamawiającego, jest znacząco utrudnione i niejednokrotnie jedyną możliwością wykazania uwzględnienia ich w cenie oferty, jest przedstawienie szacunkowej kalkulacji, której wynik Odwołujący zawarł w treści złożonych wyjaśnień. Jednocześnie Izba wskazuje, że Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 23 kwietnia 2018 r. nie kwestionował wysokości przyjętych kosztów transportu oraz kosztów pracy.

Co do zaniechania złożenia przez Odwołującego dowodów w zakresie kosztów serwisowych wskazać należy, iż bezspornie ze złożonych przez wykonawcę MULTIMAX wyjaśnień ceny oferty wynika, iż jednym z czynników cenotwórczych były koszty serwisu, które wykonawca przewidział, na podstawie dotychczasowych doświadczeń, na poziomie 2% wartości zamówienia. Zgodzić należy się z argumentacją Odwołującego, że koszty serwisowe są niemożliwe do formalnego udokumentowania, dopóki faktycznie nie zostaną poniesione w toku realizacji danego zamówienia publicznego. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy złożenia konkretnych dowodów na potwierdzenie przyszłych, hipotetycznych kosztów serwisowych dostarczonych Zamawiającemu urządzeń. Tym samym w ocenie Izby przyjęte przez Odwołującego założenia cenowe w zakresie ww. elementu należało uznać za wystarczające, w świetle niekwestionowanego przez Zamawiającego poziomu tych kosztów.

Przechodząc do kolejnych okoliczności faktycznych mających uzasadniać odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rażące zaniżenie ceny oferty, tj. nieuwzględnienia przez wykonawcę MULTIMAX w kalkulacji ceny kosztów magazynowania zamawianych urządzeń oraz kosztów administracyjnych, jak również niezłożenia dowodów na poniesienie kosztów z ww. tytułu Izba wskazuje, że w ww. zakresie uznała argumentację Odwołującego za przekonującą, który wskazywał, iż ww. koszty mają charakter marginalny oraz ponoszone są przez wykonawcę w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, niezależnie od uzyskania niniejszego zamówienia. Odwołujący podniósł, że stale wynajmuje magazyn, którego koszty wynajmu ponosi niezależnie od składowania w nim 155 sztuk oczyszczaczy

zamawianych dla Zamawiającego oraz że koszt zmagazynowania ww. ilości oczyszczaczy zajmujących około 5 m² powierzchni, przy cenie wynajmu 1m² za kwotę 7,50 zł netto, w skali miesiąca wyniesie 37,50 zł netto (5m² x 7,5 zł/m²). Tym samym koszt zmagazynowania zamawianych urządzeń przez okres 80 dni nie wyniósłby więcej niż 100 zł.

Dodatkowo w zakresie kosztów administracyjnych Izba wskazuje, że nie jest rolą wykonawcy, którego oferta zostaje odrzucona, domyślanie się jakie koszty administracyjne miał na myśli Zamawiający, w szczególności wobec braku wyartykułowanego żądania Zamawiającego do wyjaśnienia kosztów w ww. zakresie.

Ponadto, zdaniem Izby, Zamawiający nie dokonał oceny wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych przez Odwołującego wraz z dowodami w sposób kompleksowy. W szczególności Zamawiający pominął wysokość marży skalkulowanej przez Odwołującego i nie odniósł jej wysokości do realnej możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawcę z jednoczesnym zapewnieniem zysku. Nie można bowiem pominąć, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący skalkulował marżę na kwotę ok. 65 tysięcy złotych brutto, co stanowiło ok. 33% ceny oferty. Tym samym ocena oferty odwołującego się wykonawcy nie mogła zostać dokonana w oderwaniu od tak ważnego i znaczącego pod kątem wartości elementu cenotwórczego, jakim była przyjęta przez wykonawcę marża.

Biorąc pod uwagę powyższe, w tym argumentację Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie ujął w kalkulacji ceny kosztów magazynowania oraz kosztów administracyjnych, a także twierdzenia Odwołującego co do marginalnego znaczenia ww. kosztów wskazać należy, iż nie sposób wykluczyć, że przyjęta przez wykonawcę marża na tak wysokim poziomie skonsumowałaby m.in. rzeczony koszty, bez jakiegokolwiek ryzyka dla utraty rentowności kontraktu. Podkreślić bowiem należy, iż o cenie rażąco niskiej można mówić, w sytuacji gdy jest ona ceną niemożliwą, niewiarygodną, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej rzeczywistych kosztów jego realizacji, które obowiązują na rynku w danej branży. Tym samym w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie sposób uznać, by oferta wykonawcy MULTIMAX, który przyjął marżę na tak wysokim poziomie zawierała rażąco niską cenę.

Podsumowując powyższe, w ocenie składu orzekającego Izby, cena zaoferowana przez wykonawcę MULTIMAX za realizację przedmiotowego zamówienia była ceną realistyczną, nieodbiegającą znacząco od cen rynkowych, umożliwiającą należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz pozwalającą na wygenerowanie zysku. Brak było zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego potwierdził się również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1

pkt 1 ustawy Pzp polegający na niezasadnym unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak zaistnienia ku temu ustawowej przesłanki w postaci niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Za niezasadniony natomiast Izba uznała zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie uznała za zasadne kontynuowanie procedury wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty, a to z uwagi na okoliczność, iż złożone przez Odwołującego dotychczas, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami potwierdzały, że zaoferowana przez wykonawcę MULTIMAX cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 t.j.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 11 100 zł.

Przewodniczący: