

Sygn. akt: KIO 1474/15

WYROK

z dnia 23 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2015 r. przez **wykonawcę Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa –Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie, ul. Syreny 23**

przy udziale **wykonawcy Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Ostrobramska 86** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1474/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę urządzeń, oprogramowania i usług na potrzeby zintegrowanego systemu informatycznego powiadamiania ratunkowego, umożliwiające przyjęcie i obsługę zgłoszeń na numer alarmowy 112 oraz inne numery alarmowe zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 stycznia 2015r. za numerem 2015/S 011-014461.

W dniu 2 lipca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Ostrobramska 86 i o odrzuceniu oferty wykonawcy Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134 – dalej odwołujący.

W dniu 10 lipca 2015r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 lipca 2015r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu na jego biuro podawcze w dniu 10 lipca 2015r.

Odwołujący odwołał się od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty, uznając ją za niezgodną z treścią opublikowanej specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) oraz za zawierającą rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu błędne ustalenie stanu faktycznego oraz naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej) przez zaniechanie właściwego uzasadnienia prawnego, a szczególnie faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez bezprawne uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z siwz,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy przez bezprawne uznanie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 87 ust 1 ustawy polegające na tym, że zamawiający przedwcześnie odrzucił ofertę odwołującego bez zastosowania trybu przewidzianego w ww. art. ustawy,
5. art. 7 ust 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty Atende S.A.,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i, w zależności od ustaleń:
 - 1) właściwego uzasadnienia decyzji o uznaniu, że odwołującego jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę,
 - 2) wezwania odwołującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
 - 3) dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania.

Wnosi o:

1. dopuszczenie jako dowodów dokumentów załączonych do oferty odwołującego oraz stron internetowych przywołanych przez odwołującego, w treści odwołania;
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Ponadto odwołujący wniósł o wyłączenie jawności rozprawy jak i treści uzasadnienia do odwołania bowiem zastrzega uzasadnienie do odwołania jako tajemnice swojego przedsiębiorstwa.

Odwołujący działając na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy wniósł o wyłączenie w całości rozprawy w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym z uwagi na fakt, że meritum sprawy dotyczy utajnionej części oferty odwołującego, zastrzeżonej na podstawie art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, której ujawnienie podmiotom trzecim może narazić wykonawcę na odpowiedzialność odszkodowawczą wobec kontrahenta.

Odwołujący zastrzegł jako tajemnice przedsiębiorstwa uzasadnienie do odwołania.

Uzasadnienie odwołania odwołującego, w jego ocenie, zawiera opis rozwiązania wraz z jego integralnymi elementami, które bezsprzecznie tworzą autorskie rozwiązanie, opracowane przez inżynierów wykonawcy, specjalnie na potrzeby niniejszego zamówienia publicznego. Opis oferowanego przez odwołującego rozwiązania dedykowanego dla zamawiającego zawiera informacje przygotowane na podstawie specjalistycznej wiedzy firmy i ma charakter techniczno-organizacyjny, stanowiący własność intelektualną firmy między innymi w zakresie opracowania koncepcji technicznej, doboru konfiguracji urządzeń i produktów spełniających wymagania siwz. Poszczególne części specyfikacji technicznej oferowanych urządzeń, przygotowane dla potrzeb zamawiającego, stanowią nierozdzielalną całość i ujawnienie jednego z powyżej wymienionych elementów stanowić będzie de facto ujawnienie informacji posiadających dla odwołującego wartość gospodarczą. Odwołujący przedstawiając szczegółowo zasady wykonania prac w postaci usług instalacyjnych i serwisowych

zobowiązany był we własnym zakresie do dokonania odpowiedniego doboru składowych przedmiotu zamówienia (m. in. rodzaju urządzeń wykorzystanych do realizacji zamówienia) opierając się na swojej wiedzy, doświadczeniu i potencjale stanowiącym bezspornie jego własność intelektualną. Sam ten fakt w ocenie odwołującego przemawia za tym, iż element ten podlega ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż opracowanie to jest autorskim utworem stworzonym na potrzeby tego postępowania, niepowtarzalnym i wymagającym wkładu intelektualnego pracowników wykonawcy.

Do poprawnego stworzenia wspomnianej specyfikacji niezbędne było wykorzystanie wiedzy fachowej pracowników odwołującego, co zgodnie z uzasadnieniem do Wyroku Zespołu Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych z dn. 23 stycznia 2007 roku UZP/ZO/0-55/07 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowisko prezentowane przez odwołującego, jego zdaniem znajduje potwierdzenie w utrwalonej już w tej tematyce linii orzecniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, że wykonawcy mają pełne prawo do zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, swojego autorskiego rozwiązania dedykowanego dla zamawiającego, dla potrzeb danego przetargu publicznego, tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2012 r. sygn. KIO 2741/11.

Jako dowód odwołujący powołał swoją ofertę w aktach postępowania.

Wobec powyższego informacje zawarte w uzasadnieniu do odwołania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem w ocenie odwołującego spełniają łącznie wszystkie z trzech przesłanek z art. 11 ust 4 uznk tj.:

- 1) nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- 2) posiadają wartość gospodarczą dla wykonawcy
- 3) wykonawca, co do zastrzeżonych informacji podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Odwołujący wskazał, że zamówienie bowiem jest wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 42-CPI-WZP-2244/14, w ramach części 3 zamówienia i zawarcia przez odwołującego z zamawiającym umowy ramowej i jest postępowaniem szczegółowym o udzielenie zamówienia publicznego w związku z ww. umową ramową.

Odwołujący wskazał, że posiada w niniejszej sprawie interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. ustawy. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej „KIO”) odnośnie przesłanki posiadania interesu w złożeniu środka ochrony prawnej na gruncie ustawy: „Istotne jest, że interes wykonawcy jest związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że odwołujący

winien wykazać, że posiada potrzebę uzyskania konkretnego zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego" - wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 roku, (KIO 637/12). Oferta Odwołującego, wg przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Zatem gdyby zamawiający wykonał wszystkich czynności związane z oceną ofert w sposób prawidłowy to wówczas oferta odwołującego powinna zostać wybrana do realizacji. Dokonane przez zamawiającego naruszenia i zaniechania pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, co stanowi jego szkodę uzasadniającą złożenie odwołania. Dla wykazania rozumienia pojęcia szkody odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 2 października 2012 roku, (KIO 1989/12)

Odwołujący uważa, że ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a niezgodna z prawem decyzja zamawiającego pozbawia go tego.

Pozostałą argumentację odwołujący zawarł w załączniku do odwołania, którego treść objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 13 lipca 2015r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16 lipca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Atende SA z siedzibą w Warszawie, ul. Ostrobramska 86 wnosząc o oddalenie odwołania w całości i wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a w przypadku uwzględnienia odwołania może być pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 16 lipca 2015r.

c

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, siwz, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego z dnia 29 maja 2015r., wyjaśnień odwołującego z dnia 2 czerwca 2015r., informacji o wyniku postępowania, wydruku ze strony producenta urządzenia oferowanego przez odwołującego dotyczącego maksymalnej wydajności, wydruku ze strony producenta urządzenia oferowanego przez odwołującego dotyczącego wydajności określonych modeli routerów, wydruku ze strony venso, sunrise-it, dabacom, router switch.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

Według notatki szacunkowej z dnia 8 maja 2015r. zamawiający oszacował wartość szacunkową zamówienia na kwotę 170 000 zł netto, czyli brutto 209 100zł.

Z rozdziału 3 pkt. 3.1 Urządzenia Routery 2 szt. pkt 10 str. 6 siwz wynika, że zamawiający w poz. US-07 wymagał wydajności urządzenia, która nie powinna być niższa niż 150 mbit/s.

Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 71 317,86zł. brutto. W treści oferty brak jest wskazania jaki model czy rodzaj routera odwołujący oferuje.

W dniu 29 maja 2015r. zamawiający wskazując, że cena zaoferowana przez odwołującego odbiega o ponad 30% od wartości zamówienia zażądał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnień oczekując wskazania oszczędnej metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wskazania rodzajów (producent, model) wykorzystywanych do realizacji zamówienia urządzeń wraz z określeniem źródła ich pozyskania, określenia zakresu prac, ilości roboczogodzin i liczby wykorzystywanych do realizacji zamówienia osób.

W dniu 2 czerwca 2015r. odwołujący złożył wyjaśnienia zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w udzielanych wyjaśnieniach, przedstawiając uzasadnienie dopuszczalności zastrzeżenia tajemnicy oraz odnosząc się do wezwania zamawiającego. Na str. 2 w akapicie 2 i 3 wskazał okoliczności związane z oszczędną metodą wykonania zamówienia dla niego dostępną, w akapicie 5 wskazał producenta i model urządzenia jakie zaoferował, jego cenę katalogową oraz cenę za jaką sam może je uzyskać, w akapicie 1 na str. 3 wskazał ile osób zamierza zatrudnić i jak długo realizować dostawę zarówno w dniach jak i zakładanym wymiarze pracy.

W informacji o wyniku postępowania zamawiający podał, że odrzucił ofertę odwołującego, gdyż nie spełnia ona wymagania US-07 pkt. 10 w rozdziale 3.1. siwz, ponadto oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w siwz, ponieważ odwołujący oferuje urządzenie, które nie spełnia wymagania określonego w US-07 pkt. 10 rozdz. 3.1. siwz. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy.

Z wydruku ze strony producenta urządzenia oferowanego przez odwołującego dotyczącego maksymalnej wydajności wynika, że model zaoferowany przez odwołującego ma maksymalną wydajność powyżej 150 Mb/s, z wydruku ze strony producenta urządzenia oferowanego przez odwołującego dotyczącego wydajności określonych modeli routerów wynika, że model oferowany przez odwołującego działa z wydajnością poniżej 150 Mb/s, a

model wyższy z wydajnością 150 mb/s, z wydruku ze strony venso, sunrise-it, dabacom, router switch wynika, że model zaoferowany przez odwołującego jest dostępny na tych stronach za cenę od 4 375,10 brutto do 7 556,06 zł. brutto jako sugerowanej cenie detalicznej.

Izba nie dopuściła dowodu z wydruku ze strony producenta urządzenia oferowanego przez odwołującego sporządzonego w języku angielskim przedłożonego przez zamawiającego – wskazując, że zasadą postępowania przed Izbą jest język polski i dowodu składane w tym postępowaniu zgodnie z regulaminem postępowania przy rozpoznawaniu odwołania muszą być przedstawione wraz z tłumaczeniem na język polski.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez bezprawne uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeżeli treści tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Z uwagi na to, że odwołujący nie podnosi zaniechania poprawy jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, dla rozstrzygnięcia ma znaczenie jedynie ta część normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, która odnosi się bezpośrednio do skutku odrzucenia oferty. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje ustalić treść siwz oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertę. Odwołujący przyznał w odwołaniu w części tajnej uzasadnienia, że dla podanego przez niego modelu i producenta routera na stronach internetowych producenta jest zamieszczona informacja o wydajności poniżej 150 Mb/s, (co potwierdza też wydruk ze strony internetowej producenta złożony przez zamawiającego) jednocześnie odwołujący wywodził, że wydajność urządzenia jest zależna od wielu czynników i może ulegać zmianom, jednocześnie wskazał, że również ze stron producenta wynika, że urządzenie które zaoferował może osiągnąć maksymalną wydajność powyżej 150Mb/s. W ocenie Izby

odwołujący wadliwie zinterpretował postanowienie pkt. 3.1. US-07 pkt. 10 siwz. Postanowienie to brzmi „wydajności urządzenia, która nie powinna być niższa niż 150 mbit/s”. W ocenie Izby postanowienie to dotyczy minimalnej osiągananej przez urządzenie wydajności, a nie wydajności maksymalnej, jaką urządzenie może osiągnąć. Tym samym skoro odwołujący nie kwestionował, a wręcz sam podawał w odwołaniu, że oferowane przez niego urządzenie pracuje według producenta z wydajnością niższą niż 150 Mb/s, wówczas gdy nie jest to wydajność maksymalna, to tym samym potwierdzona została sprzeczność treści oferty odwołującego z treścią siwz. Jeśli bowiem urządzenie może pracować w pewnym przedziale rozpiętości wydajności, to tak sformułowane postanowienie zamawiającego należało odnosić do wydajności najniższej, a nie jak uczynił to odwołujący najwyższej. W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia nie ma znaczenia podnoszony przez odwołującego argument, że zamawiający w ofercie nie wymagał podania modelu i producenta. Bezsporne jest bowiem, że zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, który to tryb służy wyjaśnieniu elementów oferty mających wpływ na cenę. Tym samym skoro odwołujący podał typ i model urządzenia wyjaśniając przyjętą przez siebie cenę, to należało uznać, że właśnie taki typ i model urządzenia jest elementem złożonej przez niego oferty, a w konsekwencji w ocenie Izby zamawiający miał prawo ocenić ten element ofert pod względem jego zgodności z treścią siwz. W ocenie Izby przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do sytuacji, że zamawiający nie może wyeliminować oferty opartej o niezgodny z siwz przedmiot oferty, tylko z tego względu, że nie nakazywał szczegółowych informacji w tym zakresie w samej ofercie. Konsekwencją tego toku rozumowania byłoby doprowadzenie do nieporównywalności ofert, a w konsekwencji na wybór wykonawcy niezgodnie z ustawą i potrzebami zamawiającego, co w ocenie Izby nie daje się pogodzić z art. 7 ust. 1 ustawy. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie wobec oferty odwołującego i zarzut odwołującego zasługiwał na oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy przez bezprawne uznanie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy przez zaniechanie właściwego uzasadnienia prawnego, a szczególnie faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego

Zarzuty są zasadne. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast art. 90 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który

nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawca, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Bezsporne pomiędzy stronami jest to, że przystępujący złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający jako uzasadnienie rażąco niskiej ceny oferty odwołującego podał oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w siwz, ponieważ odwołujący oferuje urządzenie, które nie spełnia wymagania określonego w US-07 pkt. 10 rozdz. 3.1. siwz, jednocześnie wykazując na rozprawie, że przy wycenie urządzenia zaoferowanego przez odwołującego, to cena oferty odwołującego jest rażąco zawyżona. W zakresie tego zarzutu racje należy przyznać odwołującemu, to że odwołujący wycenił nie przedmiot oferty niezgodny z treścią siwz nie stanowi podstawy do odrzucenia jego oferty jako oferty zawierającej cenę rażąco niską. Celem normy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nie jest bowiem eliminowanie wykonawców, którzy oferują zły przedmiot zamówienia, ale tych którzy oferują zgodny z siwz przedmiot zamówienia ale za cenę, która nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia i zmierzają do uzyskania nie dającej się pogodzić z uczciwymi praktykami konkurencyjnymi przewagi (cena dumpingowa). Tym samym zamawiający oceniając stan faktyczny zaistniały w postępowaniu błędnie przypisał ten stan do normy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, a w konsekwencji uzasadnienie prawne dokonanej przez niego czynności było wadliwe, co naruszało treść art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy. W konsekwencji Izba dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że Izba nie podzieliła zarzutów odwołania co do drugiej z podstaw odrzucenia oferty odwołującego tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, to uwzględnienie powyższego zarzutu nie miało, ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, a zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie miała miejsca, a skutkiem tego była konieczność oddalenia odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust 1 ustawy polegające na tym, że zamawiający przedwcześnie odrzucił ofertę odwołującego bez zastosowania trybu przewidzianego w ww. art. Ustawy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a

wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis ten stanowi normę o charakterze dyspozytywnym, zamawiający może ale nie musi wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, choć w niektórych stanach faktycznych orzecznictwo uznaje, że uprawnienie zamawiającego może przerodzić się w obowiązek. Jednak w okolicznościach niniejszej sprawy Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie miał potrzeby wyjaśniania treści oferty, gdyż ustalenia zamawiającego dokonane na podstawie stron internetowych producenta urządzenia oferowanego przez odwołującego odpowiadały informacjom posiadanym przez odwołującego na podstawie również stron tegoż producenta, co więcej odwołujący nie kwestionował, że producent wskazuje na to, że urządzenie może mieć wydajność poniżej 150 Mb/s, a zarzuty odwołania oparł o przekonanie, że zamawiający oczekiwał wydajności maksymalnej co najmniej 150 Mb/s. Tym samym w ocenie Izby ustalenia zamawiającego były prawidłowe i nie było potrzeby sięgania do instytucji wynikającej z art. 87 ust. 1 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nie potwierdził się. Zamawiający dokonał prawidłowej czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania, choć wyłącznie w oparciu o jedną z wskazanych przez siebie podstaw prawnych. Skoro czynność zamawiającego była prawidłowa, to nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 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. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: