

**WYROK**  
**z dnia 15 stycznia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Jolanta Markowska  
**Członkowie:** Lubomira Matczuk-Mazuś  
Izabela Niedziałek  
**Protokolant:** Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2009r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **B3 System S.A. ul. Taneczna 7, 02-829 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Rezerw Materiałowych ul. Nowy Świat 6/12 00 -400 Warszawa** protestu z dnia 15 grudnia 2008 r

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx po stronie zamawiającego\*,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **B3 System S.A. ul. Taneczna 7, 02-829 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczonego przez **B3 System S.A. ul. Taneczna 7, 02-829 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **B3 System S.A. ul. Taneczna 7, 02-829 Warszawa.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Agencja Rezerw Materiałowych w Warszawie prowadzi postępowanie na dostawę przełączników sieciowych dla Agencji Rezerw Materiałowych oraz zapewnienie wsparcia technicznego producenta dla dostarczanych i posiadanego przez Zamawiającego przełącznika przez okres min. 36 miesięcy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1/08 poz. 293273 w dniu 31 października 2008 r.

W dniu 9 grudnia 2008 r. zamawiający poinformował wykonawców, w tym odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez AppNet Bednarz i Wspólnicy s.j. z siedzibą w Białymstoku oraz o odrzuceniu m.in. oferty złożonej przez B3 System S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wobec powyższych czynności wykonawca B3 System S.A. wniósł protest. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 180 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej Pzp oraz wniósł o dokonanie ponownej oceny ofert i unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty. Argumentując stwierdził, że odrzucenie oferty B3 System S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 stanowi rażące naruszenie ustawy. Wykonawca podniósł, że na mocy art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Żadna z tych dwóch przesłanek nie wystąpiła. W złożonych przez protestującego wyjaśnieniach została wskazana przyczyna zaferowania

określonej w ofercie ceny w wyniku specjalnych warunków dostępnych dla wykonawcy. Powyższe wyklucza pierwszą przesłankę odrzucenia oferty. Wykonawca dodał, że szczegółowe wyjaśnianie możliwości zaoferowania takiej ceny nie było możliwe z uwagi na ochronę pewnych informacji posiadających wartość gospodarczą, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, powołując się przy tym na treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. sygn. akt V CSK 444/06. Wykonawca podniósł także, iż postępowanie obarczone jest wadą wynikającą z niezgodnego z prawem rozstrzygnięcia protestu wniesionego wcześniej przez SeveNet S.A. z siedzibą w Gdańsku na wybór oferty B3 System S.A. Wykonawca SeveNet S.A. podnosił w proteście zarzuty jedynie do oferty wybranej jako najkorzystniejsza, nie kwestionował natomiast pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Protest winien zostać odrzucony, gdyż oferta tego wykonawcy uzyskała czwartą pozycję, a w związku z tym wykonawca nie posiadał interesu prawnego do wniesienia protestu.

Zamawiający oddalił protest jako nie zasługujący na uwzględnienie. W uzasadnieniu stwierdził, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia w pkt XIX stanowi, iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, którego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryterium wyboru.

W wyniku uwzględnienia protestu firmy SeveNet S.A zamawiający powtórzył oprotestowaną czynność i zwrócił się o złożenie wyjaśnień odnośnie treści oferty w zakresie rażąco niskiej ceny do wykonawców: B3 System S.A., Poltel Paweł Rózga oraz AppNet Bednarz i Wspólnicy s. j. Wyjaśnienia złożyła firma AppNet Bednarz i Wspólnicy s. j. oraz firma B 3 System S.A. Zamawiający przyjął wyjaśnienia spółki AppNet Bednarz i Wspólnicy s. j., z których wynikało, że spółka zaoferowała realną cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Natomiast B3 System S.A. nie wskazał w wyjaśnieniach, jakiego rodzaju sprzyjające warunki miały wpływ na zaoferowaną cenę, stwierdził jedynie, iż „cena zaoferowana, jest wynikiem wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla spółki B3 System S.A.". Zamawiający nie uznał tych wyjaśnień za wystarczające oraz na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, odrzucił ofertę. Przywołał wyrok SO w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. akt VI Ca 464/05.

Odnosząc się do kwestii ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia co do zasady jest jawne. Ograniczenie zasady jawności dotyczyć może wyłącznie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca zobowiązany był udzielić szczegółowych informacji. Składając wyjaśnienia mógł zastrzec

informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, przesyłając je w zamkniętej kopercie z oznaczeniem „tajemnica przedsiębiorstwa”.

W odpowiedzi na zarzut braku interesu prawnego SeveNet S.A. do wniesienia protestu zauważył, że był zobowiązany do merytorycznego rozstrzygnięcia protestu. Do protestu wniesionego przez SeveNet S.A. przyłączyła się firma Poltel Paweł Różga, znajdująca się na drugim miejscu wg. klasyfikacji punktowej.

Wykonawca B3 System S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa UZP. W odwołaniu podtrzymał w całości zarzuty i żądania zawarte w proteście oraz przedstawioną w tym zakresie argumentację. Dodatkowo odwołujący zauważył, że art. 90 Pzp upoważnia zamawiającego do żądania wszelkich wyjaśnień, w stosunku do elementów oferty, w tym dokumentów i zestawień, które zdaniem zamawiającego mogą mieć wpływ na wysokość ceny. Odwołujący uznał, iż złożone oświadczenie jest wystarczające, ponieważ nie wezwano go do przedłożenia jakiegokolwiek dokumentu.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu analizy dokumentów, przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania udostępnionej przez zamawiającego oraz wyjaśnień stron, złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania. Kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu stanowi cena z wagą 100 %. Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę spośród złożonych ofert. W tej sytuacji należało przyjąć, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się domniemanych naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, podniesionych w odwołaniu (i proteście). W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Stosownie do treści przepisu art. 184 ust. 1a Pzp w przedmiotowym postępowaniu, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (wartość zamówienia według szacunku zamawiającego wynosi 60 000,00 zł co stanowi równowartość 15475,48 euro), odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba nie rozpoznawała zatem odwołania w tym zakresie. Rozpoznaniu podlegało odwołanie w części dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło siedmiu wykonawców. Ceny zaofertowane przez wykonawców za realizację przedmiotu zamówienia wynosiły odpowiednio od najwyższej: 73 502,56 zł, 54 778,00 zł, 46 891,92 zł, 46 311,20 zł, 37 210,00 zł, 34 839,89 zł oraz 29 266,58 zł. Zamawiający wezwał trzech wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, którzy zaofertowali cenę o około 50% i więcej, niższą niż wartość zamówienia oszacowana przez zamawiającego po uwzględnieniu podatku VAT. Czynność powyższa została podjęta przez zamawiającego w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 28 listopada 2008 r., który został wniesiony przez SeveNet S.A. Zamawiający uwzględnił zarzut protestu dotyczący zaniechania przez zamawiającego czynności wynikających z art. 90 ust. 1-3 Pzp oraz postanowił dokonać zaniechanej czynności i powtórzyć czynność badania i oceny ofert. Odwołujący był uczestnikiem postępowania wszczętego protestem SeveNet S.A., na skutek przystąpienia do protestu (pismo z dnia 1 grudnia 2008 r.). Zamawiający, pismem z dnia 4 grudnia 2008 r., poinformował odwołującego o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert oraz wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w terminie do dnia 8 grudnia 2008 r. Pismo zawierało pouczenie, że zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi odwołujący złożył pismo z dnia 5 grudnia 2008 r., doręczone zamawiającemu w dniu 8 grudnia 2008 r., w treści którego wykonawca stwierdził „informujemy, iż cena zaofertowana jest wynikiem wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla naszej spółki i nie stanowi rażąco niskiej ceny.”

Zamawiający odrzucając ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp uznał, że odwołujący nie złożył wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a jedynie informację. Przyjął, iż wyjaśnienia odwołującego są niewystarczające.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że zamawiający podjął działanie zmierzające do wyjaśnienia kwestii wysokości ceny zaofertowanej przez odwołującego w sposób całkowicie uzasadniony. Cena 29 266,58 zł. jest o ok. 60 % niższa niż wartość zamówienia oszacowana przez zamawiającego (z VAT). Podkreślić należy, że ceny czterech ofert złożonych w postępowaniu są zbieżne z wartością zamówienia lub też nie odbiegają wysokością w sposób znaczny. Potwierdza to, zdaniem Izby, że wartość zamówienia została oszacowana z należytą starannością i z uwzględnieniem warunków rynkowych. Wysokość zaofertowanej przez odwołującego ceny mogła wzbudzić uzasadnione

wątpliwości zamawiającego co do jej rzetelności. Z powyższych względów zamawiający prawidłowo zażądał od wykonawcy złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Izba uznała również, że zamawiający zgodnie z wymogiem art. 90 ust. 2 Pzp dokonał oceny treści pisma (wyjaśnień) złożonego przez odwołującego w dniu 8 grudnia 2008 r. Oceniając wyjaśnienia wykonawcy, zamawiający, stosownie do brzmienia tego przepisu, powinien wziąć pod uwagę zawarte w wyjaśnieniach okoliczności, w tym m.in. „wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy”. Oczywiście jest zdaniem Izby, że aby ocenić takie szczególne warunki niezbędna jest wiedza na czym one polegają. W swoim piśmie odwołujący nie wskazał w zasadzie żadnych okoliczności, które mogłyby zostać merytorycznie ocenione przez zamawiającego. W tej sytuacji zrozumiałe jest stanowisko zamawiającego wyrażone w decyzji o odrzuceniu oferty, iż wykonawca „nie złożył wyjaśnień”. Od strony formalnej należy uznać, że chociaż w ogólnej formie, ale stanowisko wykonawcy zostało wyrażone, a zatem wyjaśnienia w sensie formalnym (pismo) zostały złożone, natomiast pod względem treści z pewnością pismo nie zawierało szczegółowych wyjaśnień. Wzywając do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający nie ma obowiązku wskazywać wykonawcy jakie dokumenty lub inne dowody należy złożyć - leży to po stronie i w interesie wykonawcy, który wezwany do złożenia wyjaśnień powinien dążyć do przekonania zamawiającego, iż jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Obowiązek przeprowadzenia dowodu spoczywa w tym przypadku na wykonawcy, co wynika również z treści przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, w którym jest mowa, iż zamawiający ocenia wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami.

W powyższych okolicznościach decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego nie narusza przepisu art. 90 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 tj. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco nisko cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, fakt złożenia lub nie złożenia wyjaśnień należy oceniać od strony materialno – technicznej tj. jako dostarczenie do zamawiającego przez wykonawcę w stosownym terminie pisma w odpowiedzi na wezwanie. Następnie wyjaśnienia (treść pisma i/lub innych dokumentów), podlegają ocenie i jeżeli, na podstawie dokonanej oceny, zamawiający przyjmie, że cena oferty nie może być uznana za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest zobowiązany poddać ofertę dalszej ocenie merytorycznej.

W przypadku oferty odwołującego, w świetle złożonych wyjaśnień, zamawiający słusznie, w ocenie Izby, nie znalazł podstaw do przyjęcia, że zaoferowana cena jest ceną wiarygodną, która nie została skalkulowana w sposób nierzetelny, znacząco odbiegający od cen

rynkowych, wskazujący na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, w tym przypadku dostawy, co groziłoby niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Informacja, że cena zaoferowana jest wynikiem wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla odwołującego i nie stanowi rażąco niskiej ceny, wręcz nie mogła być podstawą do stwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Ponad to stwierdzenie, odwołujący nie przedstawił żadnych szczegółowych informacji ani też dowodów w tym zakresie.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia argumentacji odwołującego, iż szczegółowe informacje stanowiące uzasadnienie dla wyceny oferty nie zostały zawarte w wyjaśnieniach z uwagi na konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503). Należy podkreślić, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 8 Pzp) dopuszczają możliwość zastrzeżenia i ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, pod warunkiem, że informacje te zostały zastrzeżone przez wykonawcę oraz, że rzeczywiście taką tajemnicę stanowią. Jak wynika z akt sprawy i z wyjaśnień stron, odwołujący nie podjął w tym zakresie żadnych czynności.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 180 ust. 7 Pzp poprzez nie odrzucenie protestu SeveNet S.A. z dnia 28 listopada 2008 r. Izba stwierdziła, że nie podlega on rozpoznaniu w ramach niniejszego postępowania odwoławczego. Protest powyższy został ostatecznie rozstrzygnięty w dniu 4 grudnia 2008 r. na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 184 ust. 1a Pzp wraz z rozstrzygnięciem protestu przez zamawiającego.

Zważywszy, że nie potwierdziły się zarzuty odwołującego uzasadniające naruszenie wskazanych przepisów art. 90 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza, w konsekwencji, nie znalazła podstaw do uznania, iż w toku postępowania zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 ze zmianami), wysokość wpisu od odwołania wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 7 500 zł. Zamówienie publiczne, w sprawie którego zostało wniesione odwołanie, obejmuje dostawy, a jego wartość jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący się wykonawca B3 System S.A. wniósł wpis od odwołania w wysokości 20 000,00 zł, tj. w wysokości przewyższającej należną kwotę wpisu. Z uwagi na powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zwrot na rzecz odwołującego kwoty 15 426,00 zł obejmującej kwotę 12 500,00 zł stanowiącą nadpłatę ponad kwotę należnego wpisu.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*