Sygn. akt: KIO 692/15

WYROK
z dnia 21 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2015 r. przez **Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Namysłowski,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża **Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o.** 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 tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od **Okręgowego Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego Sp. z o.o.** na rzecz **Powiatu Namysłowskiego** kwotę 286 zł 00 gr (słownie: dwieście osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

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 poźn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 692/15

Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Namysłowski prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego − − postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Założenie inicjalnych baz danych infrastruktury informacji przestrzennej dla miasta Namysłów.*

W dniu 7 kwietnia 2015 r. wykonawca Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 1 kwietnia 2015 r. został poinformowany drogą elektroniczną o wynikach badania i oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Podał, że decyzja o odrzuceniu jego oferty motywowana była tym, że Odwołujący zaproponował w niej gwarancję na 1200 miesięcy tj. 100 lat. Zamawiający stwierdził, że jest to okres nierealnie długi, w praktyce niemożliwy do zrealizowania. Zamawiający zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu gwarancja stanowi kryterium oceny ofert. Ponadto okres gwarancji zaoferowany przez pozostałych pięciu wykonawców zawiera się w przedziale 24 do 72 miesięcy. Dalej Zamawiający stwierdził, że zaoferowanie 1200 miesięcznego okresu gwarancji, tj. 100 lat, całkowicie oderwanej od rzeczywistości w stosunku do gwarancji zaproponowanych przez innych wykonawców, nie jest normalnym przejawem walki konkurencyjnej, a więc można je uznać za próbę eliminowania innych wykonawców. Działanie takie jest szkodliwe, zagraża bowiem interesom innych wykonawców, którzy

podobnej operacji rachunkowej nie dokonali, a zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego zaoferowali realistyczny okres gwarancji. Znaleźli się oni bez żadnych obiektywnych przyczyn w znacznie gorszej sytuacji, podczas dokonywania oceny ich ofert w wymienionym kryterium. Zamawiający stwierdził, że zachowanie wykonawcy jest bezprawne jako sprzeczne nie tylko z przepisami, ale z dobrymi obyczajami, a ponadto szkodliwe, gdyż zagraża lub narusza interes innych wykonawców.

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest niezasadne. Odwołujący podniósł, że SIWZ nie zawiera ograniczeń co do maksymalnego okresu trwania gwarancji, gdyż dłuższa gwarancja jest w interesie Zamawiającego. Z tego względu Odwołujący, który ma duże zaufanie do swoich pracowników uznał, że może sobie pozwolić na ryzyko rezygnacji z ochrony polegającej na czasowym ograniczeniu odpowiedzialności za wady (rękojmia, przedawnienie). Wyraził to poprzez udzielenie gwarancji poprawności wykonania

robót na 100 lat. Równie dobrze mógł to określić gwarancją dożywotnią, choć ta nazwa raczej używana jest przy sprzedaży towarów i usług ściśle materialnych. Każdy z oferentów mógł zrobić podobnie. Zdaniem Odwołującego, rozważania o realności takiej ochrony pozbawione są większego sensu, gdyż nie ma żadnej pewności, że oferent udzielający gwarancji 12-miesięcznej będzie jeszcze egzystował po upływie sześciu miesięcy (szczególnie osoba fizyczna). Jeżeli zatem zamawiający uznał, że w jego ocenie gwarancja trwająca 1200 miesięcy jest zbyt długa, to powinien był uznać, że Odwołujący oferuje gwarancję nie krótszą niż pozostali oferenci i oferty Odwołującego nie odrzucać, ale wybrać ją do realizacji zamówienia. Dla Odwołującego, który wraz z poprzednikami prawnymi istnieje już blisko 70 lat, perspektywa 100-letnia wcale nie jest tak odległa, jak by się to na pozór wydawało. Odwołujący zakwestionował zaprezentowaną przez Zamawiającego tezę, jakoby zrzeczenie się ochrony czasowej przed odpowiedzialnością za ewentualne wady stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazał na to, że producenci dóbr luksusowych od lat udzielają gwarancji dożywotniej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 1.3 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), przedmiotem zamówienia są założenia inicjalnych baz danych infrastruktury informacji przestrzennej dla miasta Namysłów w zakresie:

− geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu (GESUT) dla sieci: elektroenergetycznej, telekomunikacyjnej, innej,
− obiektów topograficznych o szczegółowości zapewniającej tworzenie standardowych opracowań kartograficznych w skalach 1:500 – 1:5000 (BDOT500),
− mapy zasadniczej dla terenów zabudowanych, zainwestowanych, przeznaczonych pod zabudowę w granicach miasta Namysłów.

W punkcie 1.12 SIWZ Zamawiający przedstawił opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jako kryteria oceny ofert ustalone zostały:

− oferowana cena 90%
− okres gwarancji 10%

W odniesieniu do kryterium gwarancji Zamawiający podał, że będzie ono rozpatrywane na podstawie okresu gwarancji ofertowej brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia wpisanej przez Wykonawcę w Formularzu Oferty. Liczba punktów, którą można uzyskać w ramach tego kryterium obliczona zostanie przez podzielenie okresu gwarancji ocenianej oferty przez maksymalny okres gwarancji wśród złożonych ofert i pomnożenie tak otrzymanej liczby przez 100 a następnie przez wagę kryterium wynoszącą 0,10 (10%) .

Odwołujący złożył ofertę, w której zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 83.640,00 zł, oferując jednocześnie termin gwarancji wynoszący 1200 miesięcy licząc od

dnia odbioru przedmiotu zamówienia. Okres gwarancji w ofertach innych wykonawców wynosił od 24 do 72 miesięcy.

Pismem z dnia 31 marca 2015 r. (doręczonym Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 1 kwietnia 2015 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Zamawiający podał, że Wykonawca zaproponował w ofercie gwarancję na okres 1200 miesięcy, tj. 100 lat, który w ocenie Zamawiającego jest okresem nierealnie długim, w praktyce niemożliwym do zrealizowania. W przedmiotowym postępowaniu gwarancja stanowi kryterium oceny ofert, ponadto okres gwarancji zaoferowany przez pozostałych pięciu wykonawców zawiera się w przedziale od 24 do 72 miesięcy. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto uregulowanie zawarte w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że z otwartego katalogu czynności czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie dostępu do rynku. Podobny charakter ma, egzemplifikujący utrudnianie dostępu do rynku, art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający stwierdził, że zaoferowanie 1200-miesięcznego okresu gwarancji nie jest normalnym przejawem walki konkurencyjnej, a więc można je uznać za próbę wyeliminowania innych wykonawców. Działanie takie jest szkodliwe, zagraża bowiem interesom innych wykonawców, gdyż oznacza, że wykonawcy, którzy podobnej operacji rachunkowej nie dokonali, a zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego zaoferowali realistyczny okres gwarancji, znaleźli się bez żadnych obiektywnych przyczyn w znacznie gorszej sytuacji. W związku z tym, działania wykonawcy są sprzeczne nie tylko z przepisami, ale i z dobrymi obyczajami i utrudniają innym dostęp do rynku. Zamawiający stwierdził, że zachowanie obrażające dobre obyczaje, prowadzące w sposób sztuczny do zawyżenia punktacji złożonej oferty, zasługuje na dezaprobatę. Konkurencja powinna bowiem być przejrzysta, czytelna dla wykonawców i Zamawiającego, a jej wyniki nie mogą być zafałszowane. Wykonawca nie był uprawniony do wykorzystania kryterium gwarancji w taki

sposób, aby w oderwaniu od podstawy jej udzielenia, stosując wyłącznie zabiegi kalkulacji matematycznych, otrzymać punktację oferty wyższą niż konkurenci. Okres gwarancji nie może zależeć wyłącznie od polityki wykonawcy, gdyż powinien być realny i możliwy do spełnienia. Zamawiający wskazał, że przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagają przestrzegania w obrocie gospodarczym zasad uczciwej konkurencji. Nakazują zatem Zamawiającemu prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowanie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał, że celem wymienionych przepisów jest nie tylko zwalczanie nieuczciwej konkurencji, lecz także jej zapobieganie. Z tych względów już samo zagrożenie interesu przedsiębiorcy, klienta, czy interesu publicznego uzasadnia działania Zamawiającego, które eliminują takie zagrożenia.

Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez A. R. − − prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Informatyczno-Geodezyjno-Budowlane GEOPLUS A. R. .

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący jako wykonawca, którego oferta, − w przypadku jej nieodrzucenia, mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza spełnia − określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy A. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Informatyczno-Geodezyjno-Budowlane GEOPLUS A. R., ze względu na uchybienie określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp trzydniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia. Kopia odwołania została przekazana temu wykonawcy w dniu 3 kwietnia 2015 r., zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 7 kwietnia 2015 r. (6 kwietnia był dniem ustawowo wolnym od pracy). Przystąpienie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

w dniu 8 kwietnia 2015 r., a więc po upływie ustawowego terminu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji, obok zachowań opisanych

w rozdziale 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), jest zgodnie z art. 3 ust. 1 tej − ustawy działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza − interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, działanie Odwołującego polegające na zaoferowaniu stuletniego okresu gwarancji, ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie zachowanie wykonawcy nie daje się logicznie wytłumaczyć niczym innym, jak tylko zamiarem sztucznego zawyżenia punktacji, którą Odwołujący spodziewał się uzyskać w kryterium „okres gwarancji", jednocześnie uniemożliwiając lub znacznie utrudniając uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres. Należy bowiem zauważyć, że zasady wiedzy i doświadczenia życiowego nakazują przyjąć, iż cykl życia bazy danych będącej przedmiotem zamówienia jest znacząco krótszy niż sto lat (co potwierdzają również okresy gwarancji zaoferowane przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu). Biorąc pod uwagę rodzaj przedmiotu zamówienia (założenie bazy danych) i tempo zmian zachodzących w wykorzystywaniu tego typu narzędzi, należy przyjąć, że stworzona w wykonaniu przedmiotowego zamówienia baza danych nie będzie wykorzystywana dłużej niż kilka lub kilkanaście lat. Z całą pewności natomiast nie można zakładać, że cykl życia takiej bazy i co za tym idzie możliwość zgłaszania roszczeń z tytułu − gwarancji może wynosić sto lat. Zatem wykonawca musiał mieć − świadomość, że zaoferowanie stuletniego okresu gwarancji jest oderwane od realiów przedmiotowego zamówienia i nie będzie wiązać się w rzeczywistości z możliwością wykonywania świadczeń gwarancyjnych w takim okresie. Można bowiem stwierdzić z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że baza danych będąca przedmiotem zamówienia w tak odległej przyszłości nie będzie przez Zamawiającego eksploatowana. Innymi słowy, wykonawca zaoferował udzielenie gwarancji na okres, o którym wiedział, że nie będzie się on wiązał z koniecznością świadczeń na rzecz Zamawiającego. Za tak określonym zobowiązaniem nie stoi odpowiadający jego treści realny obowiązek wykonywania świadczeń na rzecz Zamawiającego. Zatem zobowiązanie to miało na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie ofert, nie w drodze normalnej walki konkurencyjnej, ale w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Celem takiego działania nie było bowiem konkurowanie rzetelną ofertą, złożoną w zgodzie z dobrymi obyczajami, lecz zabieg dający Odwołującemu sztuczną przewagę nad innymi wykonawcami. Takiemu zachowaniu Zamawiający zobowiązany jest przeciwdziałać, odrzucając ofertę.

Nie sposób podzielić stanowiska przedstawionego w odwołaniu, jakoby o realności tak określonego okresu gwarancji miał świadczyć powszechnie znany fakt udzielania dożywotniej gwarancji przez producentów niektórych dóbr luksusowych. Nie ma bowiem żadnej analogii pomiędzy wskazanymi przez Odwołującego dobrami luksusowymi, a bazą danych, której wykonanie jest przedmiotem niniejszego zamówienia.

Nie można również podzielić tezy Odwołującego, że jeżeli Zamawiający uznał okres gwarancji za zbyt długi, to powinien był uznać, że Odwołujący oferuje gwarancję nie krótszą niż pozostali oferenci i oferty Odwołującego nie odrzucać, ale wybrać ją do realizacji zamówienia. Brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych umożliwiających Zamawiającemu przyjęcie odmiennej treści oświadczenia woli niż treść wyrażona w ofercie, w szczególności w odniesieniu do istotnych elementów tego oświadczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne. Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a 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).

Przewodniczący: ……..……..