

WYROK
z dnia 12 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.P.H.U. GEPOL Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 75/44, 60-523 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce** protestu z dnia 1 października 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **P.P.H.U. GEPOL Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 75/44, 60-523 Poznań**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **P.P.H.U. GEPOL Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 75/44, 60-523 Poznań**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **P.P.H.U. GEPOL Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 75/44, 60-523 Poznań**.

Uzasadnienie

Ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 31.07.2008r. o nr S 147.

Przedmiotem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest „Zebranie i zorganizowanie w zdefiniowane struktury danych dotyczących sieci kolej, sieci cieków, obszarów wód, budowli hydrotechnicznych i innych obiektów z nimi związanych dla potrzeb Bazy Danych Obiektów Topograficznych (TBD) dla obszaru województwa świętokrzyskiego” - obiekt nr 1 i nr 2.

Pismem z dnia 01.10.2008r. protest złożyła spółka Geopol Sp. z o.o. w Poznaniu, 60 -523 Poznań, ul. Dąbrowskiego 75/44 zwana dalej „Odwołującym” na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2007r. Nr 223 poz.1655) zwana dalej „ustawą Pzp” poprzez nie odrzucenie ofert następujących firm :

W zakresie obiektu nr1

1. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno -Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie ;
 - 2.Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie;
 3. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera "POLKART" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
-
4. Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne SA z siedzibą w Warszawie;
 5. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera Inter TiM Pietrzak Ludmiła z siedzibą w Suwałkach,
 6. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera GEOMATIC Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;
 7. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W zakresie obiektu nr 2:

1. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno -Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie;
 2. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera "POLKART" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
 3. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne w Krakowie Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie;
 4. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" inż. Zenon Kulesza z siedzibą w Częstochowie;
 5. Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne SA z siedzibą w Warszawie;
 6. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
 7. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu.
-

Wskazane oferty zawierają rażąco niskie ceny i ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Powyższe powoduje naruszenie interesu prawnego Odwołującego się, ponieważ w razie słusznego odrzucenia wskazanych ofert, za ofertę najkorzystniejszą zostałaby uznana, zarówno w zakresie Obiektu nr 1, jak i Obiektu nr 2, oferta Odwołującego się - co stanowi wystarczającą przesłankę dla skorzystania z uprawnień przewidzianych w art. 179. ustawy Pzp.

Odwołujący w złożonym proteście wniósł o odrzucenie ofert powyżej wymienionych Wykonawców.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że wykonawcy go poprzedzający złożyli następujące oferty.

W zakresie obiektu nr1

1. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno -Kartograficzne OPGK Rzeszów SA z siedzibą w Rzeszowie – 135.191,68 zł.
2. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – 185.440,00 zł.
3. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera "POLKART" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 216.184,00 zł.

4. Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne SA z siedzibą w Warszawie – 247.050,00 zł.
 5. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera Inter TiM Pietrzak Ludmiła z siedzibą w Suwałkach - 269.620,00 zł.
 6. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera GEOMATIC Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – 279.990,00 zł.
 7. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 317.200,00zł.
-

W zakresie obiektu nr 2

1. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne OPGK Rzeszów SA z siedzibą w Rzeszowie – 175.779,19 zł.
2. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera "POLKART" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 283.284,00 zł.
3. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne w Krakowie Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie – 285.480,00 zł.
4. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" inż. Zenon Kulesza z siedzibą w Częstochowie – 329.400,00 zł.
5. Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne SA z siedzibą w Warszawie – 363.560,00 zł.
6. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - 439.200,00zł.
7. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu – 488.000,00 zł

W ocenie Odwołującego wszystkie poprzedzające jego oferty są ofertami zawierającymi ceny rażąco niskie, co wynika z jego wieloletniego doświadczenia jako wykonawcy wykonującego tego rodzaju prace, w tym prace polegające na tworzeniu Topograficznych Baz Danych.

Ta ocena wynika również z faktu, że niektóre zaoferowane ceny stanowią poniżej 30 % w stosunku do obiektu nr 1 i poniżej 25 % do obiektu nr 2 wartości szacunkowej zamówienia brutto.

Powyższe twierdzenie wynika również z faktu, że Zamawiający ma obowiązek wycenić przedmiot zamówienia z należytą starannością, a ponadto nie jest to praca, którą Zamawiający wycenia po raz pierwszy.

Kwoty ustalone przez Zamawiającego 488 tys. zł dla obiektu nr 1 i 732 tys. zł. dla obiektu nr 2 wynikają z rodzaju prac będących przedmiotem zamówienia, a w szczególności ze znacznego rozmiaru prac, jak i kosztów charakterystycznych dla tego rodzaju prac.

Zaistniała sytuacja powinna motywować Zamawiającego do żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp co potwierdza wyrok zespołu arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/ - 936/03.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie skorzystał z wyjaśnienia tego rodzaju wątpliwości.

Powyższe spowodowało naruszenie art.7 ust.1 i art. 89 ust.1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego wszystkie złożone prace nie umożliwiają pokrycia kosztów realizacji zamówienia i gotów jest przedstawić szczegółową kalkulację kosztów niezbędnych dla prawidłowej realizacji zadania.

Złożenie ofert poniżej kosztów stanowi dowód na brutalną walkę pomiędzy wykonawcami w celu eliminacji z rynku, a obowiązkiem Zamawiającego w tej sytuacji jest odrzucenie ofert, których wykonawcy stosują ceny dumpingowe.

Tym samym Zamawiający podjął ryzyko, iż zadania nie zostaną wykonane w sposób prawidłowy, rzetelny i terminowy.

W ocenie Odwołującego złożenie protestu w tych okolicznościach stało się konieczne i uzasadnione.

Zamawiający pismem z dnia 08.10.2008r. oddalił protest w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu przedstawił następującą argumentację formalno prawną.

Zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 90 ustawy Pzp.

Zamawiający określając szacunkową wartość zamówienia wziął pod uwagę ceny uśrednione z lat poprzednich z innych województw na podobne zadania.

Co nie oznacza, że złożenie oferty z niższą ceną niż wartość szacunkowa zadania oznacza wprost rażąco niską cenę.

Należy również wziąć pod uwagę, że wykonawcy działają na rynku konkurencyjnym i naturalnym zjawiskiem jest obniżanie cen w stosunku do cen konkurencji.

Z wyjaśnień złożonych przez wezwanych wykonawców wynika, że każdy z nich skalkulował cenę biorąc pod uwagę własne doświadczenie i dysponowanie odpowiednim potencjałem ludzkim i technicznym.

W ocenie Zamawiającego zaoferowanie przez wykonawców niższych cen wynikało z optymalizacji kosztów w celu zwiększenia konkurencyjności ofert, a nie w celu wyeliminowania konkurencji.

Wszystkie złożone wyjaśnienia przez wykonawców zostały uznane przez Zamawiającego za wiarygodne.

W ocenie Zamawiającego złożone oferty stanowią dowód na odstąpienie przez wykonawców dyktowania Zamawiającemu wysokich dotychczas cen.

Reasumując Zamawiający uważa, że dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty nie zaniechał żadnych czynności i nie naruszył żadnego z przepisów ustawy Pzp.

Pismem z dnia 10.10.2008r. Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście.

Nie zgadzając się z argumentacją Zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu podniósł przede wszystkim, iż w 2008r. na rynku przedmiotowych usług nie pojawiła się żadna nowa firma stosująca nowatorskie techniki, które upoważniałyby Zamawiającego do twierdzenia, że obniżenie cen jest zjawiskiem wzrostu konkurencyjności. Kolejnym argumentem Odwołującego jest to, że w poprzednich latach firmy stosowały ceny kilkakrotnie wyższe od zaproponowanych w przedmiotowym postępowaniu.

Dokonana przez Zamawiającego próba wyjaśniania złożonych cen w ofertach nie dała odpowiedzi, jakie elementy kosztowe poszczególni wykonawcy zawarli w wycenie prac. Zamawiający zadowolili się ogólnikowymi wyjaśnieniami wezwanych wykonawców.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przedkłada własny kosztorys, z którego wynika, że niezbędny koszt wykonania obiektu nr 1 to kwota 341.600,00 zł, a obiektu nr 2 to kwota 512.000,00 zł, co czyni wiarygodnym jego twierdzenia.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z powodu braku interesu prawnego Odwołującego we wniesieniu odwołania.

Odwołujący zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty, wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie odrzucenie ofert poprzedzających jego ofertę

zarówno co do obiektu nr 1 i nr 2, przez co w jego ocenie Zamawiający naruszył zasadę obligatoryjnego odrzucania oferty z ceną rażąco niską jak i odrzucania oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu złożono następujące oferty, które zgodnie z żądaniem Odwołującego powinny być odrzucone.

W zakresie obiektu nr 1 :

1. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno -Kartograficzne OPGK Rzeszów SA z siedzibą w Rzeszowie – 135.191,68 zł.
2. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – 185.440,00 zł.
3. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera "POLKART" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 216.184,00 zł.
4. Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne SA z siedzibą w Warszawie – 247.050,00 zł.
5. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera Inter TiM Pietrzak Ludmiła z siedzibą w Suwałkach - 269.620,00 zł.
6. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera GEOMATIC Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – 279.990,00 zł.
7. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 317.200,00zł.

W zakresie obiektu nr 2 :

1. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne OPGK Rzeszów SA z siedzibą w Rzeszowie – 175.779,19 zł.
2. Konsorcjum reprezentowane przez Lidera "POLKART" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 283.284,00 zł.
3. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne w Krakowie Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie – 285.480,00 zł.
4. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" inż. Zenon Kulesza z siedzibą w Częstochowie – 329.400,00 zł.
5. Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne SA z siedzibą w Warszawie – 363.560,00 zł.
6. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - 439.200,00zł.
7. Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu – 488.000,00 zł

Przy czym Zamawiający określił w następujący sposób wartość szacunkową przedmiotu zamówienia :

W obiekcie nr 1 :

na kwotę - 488.000,00 zł.

W obiekcie nr 2 :

na kwotę - 732.000,00zł.

Odwołujący składając ofertę skosztorysował cenę w następujących wysokościach :

W obiekcie nr 1 :

na kwotę - 341.600,00zł.

W obiekcie nr 2 :

na kwotę - 512.000,00zł.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, przy obowiązującym kryterium wyłącznie cena :

W obiekcie nr 1

na kwotę - 135.191,68 zł.

W obiekcie nr 2

na kwotę - 175.779,19zł.

Odwolujący wnosząc o ponowny wybór najkorzystniejszej oferty zażądał odrzucenia wszystkich ofert jego poprzedzających, które powyżej przedstawiono.

Wśród ofert poprzedzających ofertę Odwołującego bezpośrednio poprzedzała jego oferta :

W obiekcie nr 1

Oferta Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 317.200,00zł.

W obiekcie nr 2

Oferta Okręgowego Przedsiębiorstwa Geodezyjno - Kartograficznego OPEGIEKA Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu – 488.000,00 zł

Zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Z brzmienia powyższego przepisu wynika, że wykonawcy przysługuje środek ochrony prawnej, jeżeli jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia, został naruszony lub może zostać naruszony.

W związku z tym Izba przed przystąpieniem do zbadania czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, bada najpierw czy Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania. To znaczy czy wykonawca ma możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli w wyniku wyroku Izby uchylone zostaną podnoszone przez wykonawcę naruszenia przepisów prawa.

Z powyżej przedstawionych zestawień ofert zarówno co do obiektu nr 1, jak i co do obiektu nr 2 wynika, że Odwołujący w rankingu cenowym ofert zajął 8 miejsce zarówno na obiekt nr 1 i nr 2.

Odwolanie zostało złożone z powodu zarzutu rażąco niskiej ceny, a zażądano odrzucenia ofert wszystkich, które poprzedzały oferty Odwołującego.

Z zestawień cyfrowych wynika, że różnice cenowe pomiędzy ofertą Odwołującego, a ofertą bezpośrednio jego poprzedzającą różniły się następująco:

W obiekcie nr 1 :

Oferta poprzedzającą 317.200,00 zł, a oferta Odwołującego 341.600,00 zł różnica cenowa pomiędzy tymi ofertami wynosi 24.400,00zł. Przy czym obydwie oferty były powyżej 50 % wartości szacunkowej zamówienia (488.000,00 zł).

W obiekcie nr 2 :

Oferta poprzedzająca wynosi 488.000,00 zł, a oferta Odwołującego 512.000,00 zł. różnica cenowa wynosi 24.000,00 zł. Przy czym obydwie oferty były powyżej 50 % wartości szacunkowej zamówienia (732.000.00,00 zł).

Co do zasady Odwołujący kwestionuje wszystkie oferty jego poprzedzające, czyli również

oferty z poz. 7 to jest bezpośrednio poprzedzające jego ofertę. Niemniej zarzuty jakie Odwołujący formułuje odnoszą się do ofert, które zostały wybrane w obydwu obiektach podnosząc, że klasyfikują się na poziomie poniżej 25 % (24%) i 30 % (28%) wartości szacunkowej Zamawiającego, co w jego ocenie oferty dyskredytuje. Przedstawia również w odwołaniu kosztorys swoich cen, które kształtują się na poziomie cen ofert jego bezpośrednio poprzedzających. Reasumując wbrew wnioskowi zawartym w proteście i w odwołaniu, Odwołujący nie podnosi zastrzeżeń wobec oferty bezpośrednio jego poprzedzających w obydwu obiektach.

W związku z powyższym Odwołujący nie ma interesu prawnego w złożeniu odwołania, ponieważ cena jego oferty jest porównywalna z ceną oferty bezpośrednio poprzedzającej, a zarzut rażąco niskiej ceny postawiono ofertom na poziomie 25 -30% wartości szacunkowej zamówienia, gdzie oferta Odwołującego i oferta bezpośrednio jego poprzedzająca wynosi ponad 50% wartości szacunkowej zamówienia. W tym stanie rzeczy Izba nie dokonywała oceny czy oferta wybrana zarówno co do obiektu nr 1 i obiektu nr 2 jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę.

Reasumując Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

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

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/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* niepotrzebne skreślić