

Sygn. akt: KIO 1505/10

WYROK
z dnia 28 lipca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 16 lipca 2010 r. wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., 45-260 Opole, ul. Olsztyńska 25** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Poczta Polska S.A., 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., 45-260 Opole, ul. Olsztyńska 25** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., 45-260 Opole, ul. Olsztyńska 25**.

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I. „Poczta Polska” S.A. ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa, w imieniu i na rzecz której działa Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Katowicach z siedzibą w Katowicach pl. Oddziałów Młodzieży Powstańczej 7 (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Serwis oraz obsługa instalacji ciepłych” z podziałem na 33 zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2010/S 92-138260 z dnia 12.05.2010 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2009 r., Dz. U. Nr 223, poz. 1778; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 272 175.37 euro.

W dniu 16.07.2010 r. Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL sp. z o.o., ul. Olsztyńska 25. 45-260 Opole, Oddział w Chmielowicach ul. Łąkowa 2 (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 i zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Prawa zamówień publicznych:

1. art. 7 ust. 1 i 2 poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się tym, że Zamawiający nie odrzucił oferty firmy P.P.U.H. PLACEK s.c. w zakresie zadania nr 30 pomimo, że oferta tej firmy zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się tym, że Zamawiający nie odrzucił oferty firmy Zakład Instalacji Gazowej Wod-Kan i CO Antoni Przekota w zakresie zadania nr 26 pomimo, że oferta tej firmy zawiera rażąco niską cenę,
4. art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się tym, że Zamawiający nie odrzucił oferty firmy Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL w zakresie zadania nr 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 pomimo, że oferta tej firmy zawiera rażąco niską cenę,

5. oraz wskazywał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady racjonalnego wydatkowania środków przez Zamawiającego poprzez wybór jako najkorzystniejszych ofert zawierających rażąco niskie ceny, co w sposób znaczny podważa realizację przedmiotu zamówienia w sposób należyty i zgodny z umową.

Zamawiający po pierwsze wnioskował o odrzucenie odwołania, ponieważ nie zostało ono zaadresowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, po drugie - nie zgodził się z postawionymi zarzutami, wskazując na niewielkie różnice w zaoferowanych cenach w postępowaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że mylne oznaczenie adresata odwołania (odwołanie zostało zaadresowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a nie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) nie tamuje możliwości rozpoznania odwołania (art. 187 ust. 3 zd. drugie Prawa zamówień publicznych).

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazywał, że oferty z rażąco niską ceną i których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać wszystkie oferty tańsze od ofert Odwołującego, złożone w częściach 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 postępowania. Wobec tak postawionych zarzutów Izba uznała, że Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Jednak po analizie cen ofert złożonych w postępowaniu i argumentacji Odwołującego, Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie poparł swoich twierdzeń dowodami.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zawarł dwie tabele (strona nr 5 pisma z dn. 26 lipca 2010 r., bez numeracji stron), w których porównał ceny złożone w postępowaniu. I tak, w tabeli nr 1, w kolumnie pierwszej, wyliczył średnią cenę ofert złożonych na dane zadanie, w kolumnie drugiej wskazał cenę oferty najkorzystniejszej dla danego zadania, następnie w kolumnie trzeciej porównał średnią cenę ofert do ceny oferty najkorzystniejszej, a w kolumnie czwartej wyliczył tę różnicę w procentach – wynosi ona: dla zadania nr 26 – 8,40%, dla zadania nr 27 – 6,12%, dla zadania nr 28 – 4,30%, dla zadania nr 29 – 4,20%, dla zadania nr 30 – 3,23%, dla zadania nr 31 – 11,00%, dla zadania nr 32 – 5,70%, dla

zadania nr 33 – 4,83%. W tabeli nr 2 Zamawiający w kolumnie pierwszej podał wartość szacunkową zamówienia brutto dla każdego zadania, w kolumnie drugiej – cenę oferty najkorzystniejszej, natomiast w kolumnie trzeciej porównał wartość szacunkową zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej w danym zadaniu, a w kolumnie czwartej – podał różnicę procentową pomiędzy tymi wartościami. I tak, dla zadania nr 26 – 22,53%, dla zadania nr 27 – 15,77%, dla zadania nr 28 – 10,74%, dla zadania nr 29 – 13,50%, dla zadania nr 30 – 6,65%, dla zadania nr 31 – 24,79%, dla zadania nr 32 – 14,71%, dla zadania nr 33 – 17,19%.

Odwołujący nie zakwestionował obliczeń Zamawiającego, a treść odwołania jest z nimi zgodna – Odwołujący wskazywał, że „różnice pomiędzy cenami ofertowymi pozostałych oferentów i kwotami przeznaczonymi przez Poczta Polską sięgają nawet 25%” – rzeczywiście w dwóch przypadkach różnice te zbliżają się do poziomu 25% - dla zadania 26 i 31, w pozostałych zadaniach oscylują na poziomie 12%.

Odwołujący swoje zarzuty uzasadniał następująco:

- ponieważ do tej pory świadczył usługę będącą przedmiotem zamówienia, dobrze zna warunki lokalne i jest w stanie prawidłowo i rzetelnie wyliczyć cenę z uwzględnieniem zysku,
- zaoferowane przez Odwołującego kwoty są niemal identyczne jak kwoty przewidziane przez Zamawiającego,
- pozostali wykonawcy nie mają doświadczenia na rynku relewantnym, zatem mogli zaproponować nierealne ceny i zapewne nie wzięli pod uwagę tendencje wzrostową płacy minimalnej,
- w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, Odwołujący zaoferował cenę, która okazała się najniższą spośród ze złożonych cen ofertowych i była niższa od wartości szacunkowej. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny „mając na uwadze wzrost kosztów pracy, a co za tym idzie wzrost wynagrodzeń pracowników, a także innych składników mających wpływ na cenę oraz fakt, iż umowa podpisana będzie na okres 14 miesięcy”. Ostatecznie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w tamtym postępowaniu, jako zawierającą rażąco niską cenę.

Biorąc pod uwagę powyższe uzasadnienie zarzutów postawionych Zamawiającemu przez Odwołującego, Izba nie mogła przychylić się do stanowiska Odwołującego.

W ocenie Izby tabela nr 1 z odpowiedzi na odwołanie pokazuje średni poziom cen ofert dla poszczególnych zadań, który można uznać za poziom cen rynkowych. Okoliczność, że Odwołujący złożył oferty z cenami wyższymi nie uprawnia do przyjmowania cen przez niego zaproponowanych za punkt odniesienia.

Z kolei okoliczność, że Odwołujący zaoferował ceny najbardziej zbliżone do wartości szacunkowej zamówienia wynika z faktu, że niewątpliwie Zamawiający szacował wartość zamówienia na podstawie dotychczasowych umów, w częściach, które do tej pory realizował Odwołujący.

Zamawiający na rozprawie wyjaśniał, że celowo podzielił cały przedmiot zamówienia na możliwie „małe” części, aby możliwie zwiększyć krąg potencjalnych wykonawców i umożliwić udział w postępowaniu mniejszym przedsiębiorstwom. W zakresie zadań, których dotyczy odwołanie złożono od 2 do trzech ofert, i w każdej części oferta Odwołującego była najdroższa.

Zasadniczo cała argumentacja Odwołującego odnosząca się do kwestii czynu nieuczciwej konkurencji popełnionego przez tańszych od niego wykonawców i rażąco niskiej ceny w ich ofertach sprowadza się do oświadczenia, że zdaniem Odwołującego nie da się przedmiotu zamówienia zrealizować taniej, niż za kwoty, które zaoferował Odwołujący – jednak Odwołujący nie poparł swoich twierdzeń żadnymi dowodami, choćby kalkulacjami, uwzględniającymi wszystkie czynniki kosztogenne. Odwołujący jedynie wskazywał na tendencję wzrostową płacy minimalnej, jednak takie ogólne twierdzenie nie przekłada się na możliwość uznania określonych cen za zaniżone.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; jeżeli wykonawca wyjaśnień nie złoży lub są one niewystarczające – Zamawiający winien ofertę odrzucić (domniemuje się wówczas, że zawiera ona rażąco niską cenę – art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych). W ocenie Izby w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym złożono rozpatrywane odwołanie, różnice pomiędzy zaoferowanymi cenami nie były tej wielkości, że obligowałyby do przeprowadzenia trybu wyjaśniającego, przewidzianego w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – różnice te oscylują na poziomie kilku procent. Co prawda, nie ma w ustawie ogólnych wskazówek, z których wynikałoby, przy jakiej wielkości różnicach w cenach należałoby przeprowadzić postępowania wyjaśniające – zależy to od specyfiki konkretnego zamówienia, jednak Odwołujący nie wykazał, choćby przez uprawdopodobnienie szczególnej specyfiki przedmiotu zamówienia, że takie badanie należałoby przeprowadzić w tymże postępowaniu.

Argument Odwołującego, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ w innym postępowaniu ten sam Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a następnie odrzucił jego ofertę jako zawierającą niską cenę jest chybiony, bowiem po pierwsze – ewentualne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców może być badane przez Izbę tylko

w granicach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wniesiono odwołanie. Po drugie, art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych określa granice, w których Zamawiający bada złożone przez wykonawcę wyjaśnienia – jeżeli Odwołujący w tamtym postępowaniu nie złożył wyjaśnień bądź zostały one uznane za niewystarczające – nie tyle potwierdza to, że zaoferował on w tamtym postępowaniu rażąco niską cenę, ale stwarza domniemanie prawne, że cena była rażąco niska. Zatem fakt, że Odwołujący w innym postępowaniu nie potrafił wystarczająco opisać obiektywnych czynników, które miały wpływ na wysokość ceny, nie może przekładać się na odrzucenie ofert z niższą ceną w postępowaniu, w którym złożono rozpatrywane odwołanie.

Izba bada odwołanie tylko w granicach postawionych zarzutów, które zostały wniesione w przepisany terminie – na kwestionowanie wymogów Zamawiającego co do doświadczenia zawodowego wykonawców termin upłynął wraz z upływem terminu na stawianie zarzutów postanowieniom SIWZ i ogłoszenia – a zatem Izba nie badała zarzutów zgłoszonych po terminie.

Izba nie badała również zarzutu naruszenia zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych, ponieważ ewentualne uchybienie w tym zakresie nie jest naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych, zatem nie mieści się w kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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:

.....