

Sygn. akt KIO/UZP 454 /09

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Kuciak
Członkowie:	Sylwester Kuchnio
	Luiza Łamejko
Protokolant:	Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Z. Trachimowicz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Projektowe „Geozet”, 57-100 Strzelin, E. Orzeszkowej 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Strzelin, 57-100 Strzelin, ul. Ząbkowicka 11** protestu z dnia **24 marca 2009 r.**

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego się oraz powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Strzelin, 57-100 Strzelin, ul. Ząbkowicka 11 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Z. Trachimowicz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Projektowe „Geozet”, 57-100 Strzelin, E. Orzeszkowej 8**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Strzelin, 57-100 Strzelin, ul. Ząbkowicka 11** na rzecz **Z. Trachimowicz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Projektowe „Geozet”, 57-100 Strzelin, E. Orzeszkowej 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Z. Trachimowicz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Projektowe „Geozet”, 57-100 Strzelin, E. Orzeszkowej 8**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „obsługa geodezyjna Gminy Strzelin”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 27 lutego 2009 r., w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod nr 44048-2009.

W dniu 24 marca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i wnosząc o dokonanie ponownej oceny ofert oraz wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej. Odwołujący się podniósł, iż Zamawiający

odrzucając jego ofertę nie wskazał na konkrety czyn nieuczciwej konkurencji, który zdaniem Zamawiającego Odwołujący się popełnił, lecz ogólnie wskazał, iż "wykonawca zaoferował ceny ryczałtowe brutto wykonania robót za 1,22 zł, co w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji". Odwołujący się zwraca uwagę, iż przy powoływaniu się na ustawę z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej u.z.n.k., należy mieć na względzie fakt, iż przewiduje ona drogę sądową dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia uczciwej konkurencji. Wątpliwa jest zatem, możliwość jednoznacznego stwierdzenia przez Zamawiającego, popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i podejmowania na tej podstawie decyzji o odrzuceniu oferty.

Odwołujący się nie zgadza się z przedmiotowym zarzutem, albowiem nie jest on prawdziwy, na dowód czego wskazuje, iż w prowadzonym poprzednio postępowaniu, oferta wykonawcy, który zaproponował w poz. 3.1 i 3.2 cenę ofertową taką samą, jak w obecnie prowadzonym postępowaniu Odwołujący się tj. 1,22 zł nie została odrzucona (kopia zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 13 kwietnia 2007r.).

Odwołujący się podkreśla, iż Zamawiający dokonywał porównania ofert cenami ryczałtowymi brutto, biorąc za podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, ogólną liczbę punktów przyznaną ocenianym ofertom. Oferta Odwołującego się uzyskała maksymalną ilość punktów i jest ofertą najkorzystniejszą. Zatem, zdaniem Odwołującego się, jej odrzucenie jest nieuzasadnione w świetle obowiązujących przepisów i świadczy wyłącznie o preferencjach dla oferty wykonawcy, którego oferta w przedmiotowych postępowaniach jest wybierana od wielu lat.

Takie działanie Zamawiającego jest nieuprawnione i wysoce naganne, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie. Jeżeli ofertę z taką samą ceną ofertową złożył inny wykonawca, to Zamawiający z tego powodu nie odrzuca jego oferty. Jeżeli ofertę z taką samą ceną składa Odwołujący się, Zamawiający odrzuca jego ofertę.

Odwołujący się z całą pewnością jest w stanie należycie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Realizuje bowiem usługi geodezyjne będące przedmiotem zamówienia, działając od kilkunastu lat na rynku.

Zamawiający protest oddalił wskazując, że w art. 15 ust.1 u.z.n.k. określono działania, które stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Między innymi czynem takim jest, wymieniona w pkt 1 tegoż ustępu, sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. W złożonej ofercie Odwołujący się oferuje świadczenie usług w zakresie: rozgraniczenie nieruchomości - do 4 punktów granicznych nieruchomości za cenę brutto - 1,22 zł, podobnie jak za każdy następny punkt nieruchomości. Ceny te w żaden sposób nie

mogą pokrywać kosztów świadczenia usług w przedmiotowym zakresie, obejmujących między innymi koszt uzyskania niezbędnych materiałów geodezyjnych do wykonania usługi z ODGiK, zakup materiałów do oznakowania nieruchomości, dojazd do miejsca wykonywania usługi itp., a więc, w świetle przepisów prawa, ich zaoferowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkować musi odrzuceniem oferty.

Od przedmiotowego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się podkreśla, iż Zamawiający w niniejszej sprawie najpierw porównał oferty, a dopiero potem widząc, kto złożył ofertę najkorzystniejszą dokonał odrzucenia.

Ponadto Odwołujący się wyjaśnia, iż realizował już zlecenia o podobnym charakterze, stąd jest mu wiadomym, iż usługi rozgraniczenia nieruchomości, za które zaoferował stawkę 1,22 zł są w przeważającej mierze usługami akcesoryjnymi i w praktyce występują zazwyczaj podczas ustalania granic bądź przy podziale nieruchomości, a zatem wszelkie koszty związane z pozyskaniem map itp., skalkulował w cenie tych usług. Sama usługa, nawet jako czynność akcesoryjna, w praktyce występuje niezwykle rzadko, dlatego też Odwołujący się uznał, iż jest to pozycja na tyle mało istotna, iż może sobie pozwolić na zaoferowanie niskiej stawki, zwłaszcza iż podał wyższe ceny dla czynności, które są często wykonywane.

Podkreślenia wymaga fakt, iż w ramach przedmiotowej umowy wykonawca będzie wykonywał różne usługi geodezyjne wg poszczególnych zleceń Zamawiającego, dlatego też istotna jest suma wszystkich cen, a nie poszczególne ceny jednostkowe. Nie można zarzucić Odwołującemu się stosowania cen dumpingowych w sytuacji, gdy w rzeczywistości na podstawie dotychczasowego profilu zleceń w ramach obsługi geodezyjnej, może śmiało zakładać, iż osiągnie zysk. Nie można więc absolutnie mu zarzucić, iż sprzedaje usługi poniżej kosztów ich wytworzenia, ponieważ cenę należy traktować całościowo, a nie wg poszczególnych pozycji.

Jednocześnie Odwołujący się wskazuje, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony powołał się na art. 89 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż wszelkie roszczenia opisane w u.z.n.k. przysługują wyłącznie pokrzywdzonym, czyli ewentualnym konkurentom, do których z całą pewnością nie można zaliczyć Zamawiającego. Nie bez przyczyny ustawodawca kwestię rażąco niskiej ceny zapisał w art. 89 ust. 4 ustawy Pzp, a także przewidział procedurę wyjaśniania przez wykonawcę, czy zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający zastosował nieprawidłową podstawę prawną, zapewne właśnie po to, by uniemożliwić złożenie Odwołującemu się wyjaśnień.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowiska stron zaprezentowanego na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia obejmuje wykonywanie: pomiarów sytuacyjno-wysokościowych, w tym mapy dla celów projektowych, ustalanie przebiegu granic nieruchomości, rozgraniczanie nieruchomości, podziały nieruchomości wraz z okazaniem granic (pkt I ppkt 1 SIWZ). Cenę oferty stanowiła suma cen wskazanych rodzajów usług (załącznik nr 1 do SIWZ), zaś jedynym kryterium oceny ofert była cena (pkt VI ppkt 1 SIWZ). Za najkorzystniejszą ofertę mogła być uznana oferta, która uzyskała największą liczbę punktów, przyznawanych proporcjonalnie do ceny poszczególnych rodzajów usług, przy zastrzeżeniu, że maksymalna ilość punktów, jaką można było uzyskać za podział nieruchomości wynosiła 40, za pomiary sytuacyjno-wysokościowe – 30, za ustalenie przebiegu granic – 20, za rozgraniczenie nieruchomości – 10 (pkt VI SIWZ).

Odwołujący się złożył ofertę, w której dokonał wyceny poszczególnych rodzajów usług, kalkulując rozgraniczenie nieruchomości do czterech punktów granicznych, jak i za każdy następny punkt na poziomie 1,22 zł. Powyższe, stało się podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego się, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. (pismo z dnia 17 marca 2009 r.).

Rozstrzygnięcie zawisłego sporu sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy zaproponowana cena kwestionowanej usługi wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Treść odpowiedzi pozwoli bowiem na ocenę prawidłowości oceny decyzji Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego się, a co za tym idzie, pozwoli na ustalenie, czy w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. jest sytuacja, w której ma miejsce utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż m.in. usług poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Utrudnianie dostępu do rynku pokrywa się z pojęciem „utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej” (J. Szwaja (red.) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz 2006*). Zaś, o sprzedaży poniżej kosztów świadczenia możemy mówić w okolicznościach, gdy sprzedaż nastąpiła poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu. Nie mają w tym kontekście żadnego znaczenia koszty przeciętne ponoszone przez konkurentów, czy tym bardziej, koszty ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem. Sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, iż do transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tak więc dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów,

dokonywana w innym celu, którym w szczególności może być próba wejścia na rynek. W takich wypadkach odniesiony uboczny skutek, nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy nie będzie miał znaczenia. Warunkiem realizacji wskazanej przesłanki celu jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym ten zamiar urzeczywistnić. Zasadniczo warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która oznacza, że nie spotyka się on z istotną konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym (E. Nowińska, M. du Vall *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*).

Biorąc powyższe pod uwagę, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, brak podstaw do stwierdzenia, iż działania Odwołującego się stanowią wskazany czyn nieuczciwej konkurencji. Nie sposób przyjąć, że zaoferowanie wykonania ceny spornych usług po cenie znacznie odbiegającej od cen pozostałych wykonawców spowoduje skutek w postaci utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej przez innych przedsiębiorców. Tym bardziej, że chodzi o jeden z elementów palety usług objętych zamówieniem. Zastosowana metoda wyceny poszczególnych rodzajów usług stanowi czynnik przesądzający o konkurencyjności przedmiotowej oferty i wynika z przyjętej strategii budowania ceny oferty. Każdy z wykonawców miał możliwość przyjęcia takiego sposobu kalkulacji ceny oferty, aby przy uwzględnieniu różnych determinantów (rodzaj usługi, kryterium wagi cen poszczególnych usług), sporządzić ofertę konkurencyjną. Ponadto, złożenie oferty na takich warunkach jedynie w jednym postępowaniu (jednorazowa czynność), w którym zakres zamówienia nie jest duży, trudno uznać za utrudnianie prowadzonej działalności gospodarczej i ograniczanie dostępu do rynku.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, iż podana cena budzi wątpliwości, jednakże nie sposób przyjąć, że jej zaoferowanie doprowadzi do eliminacji z rynku innych przedsiębiorców. Stwierdzić można jedynie, iż wycena spornych usług spowodowała utratę możliwości uzyskania tego, konkretnego zamówienia. Nie oznacza to wcale, że ich działalność z tego powodu ustanie.

Przebieg rozprawy pokazuje, iż Zamawiający w sposób wadliwy rozumie pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Znamiona tego czynu, jak wskazano wyżej, nie ograniczają się jedynie do sprzedaży usługi poniżej kosztów jej świadczenia. Wskazana przez Zamawiającego nierealność ceny, ale tylko ceny oferty, a nie poszczególnych jej składników, mogłaby być co najwyżej podstawą do stwierdzenia ceny rażąco niskiej.

Przedmiotem badania Izby, zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp nie były formalnie zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., art. 91 ustawy Pzp, jednakże podniesiona argumentacja na okoliczność

wykazania naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, doprowadziła do potwierdzenia naruszeń również ww. przepisów.

Brak możliwości przypisania Odwołującemu się czynu nieuczciwej konkurencji, skutkuje uznaniem zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego się stanowi złamanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego się w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 **we Wrocławiu**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....