

Sygn. akt UZP/ZO/0-825/06

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 24 marca 2006 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Leszek Marcin Budkiewicz**

Arbitrzy: **Ryszard Marek Solowiej**

Agnieszka Katarzyna Staszek

Protokolant **Rafał Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24.03.2006 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Agencję Ochrony i Detektywistyki "GWARANT" Sp. z o.o. Opole, ul. Cygana 2

od oddalenia przez zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad**

Oddział w Opolu Opole, ul. Niedziałkowskiego 6

protestu z dnia 1 marca 2006 r.

orzeka:

1. *Oddala odwołanie.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Agencję Ochrony i Detektywistyki "GWARANT" Sp. z o.o. Opole, ul. Cygana 2**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 346 zł 79 gr**
(słownie: **trzy tysiące trzysta czterdzieści sześć złotych siedemdziesiąt dziewięć groszy**)
z kwoty wpisu uiszczanego przez **Agencję Ochrony i Detektywistyki "GWARANT" Sp. z o.o. Opole, ul. Cygana 2**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**
(słownie: **xxx**)
przez **xxx** na rzecz **xxx**
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**
(słownie: **xxx**)
przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP
- 4) dokonać zwrotu kwoty **1 397 zł 21 gr**
(słownie: **jeden tysiąc trzysta dziewięćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia jeden groszy**)
z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Agencji Ochrony i Detektywistyki "GWARANT" Sp. z o.o. Opole, ul. Cygana 2.**

3. Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dozorowanie, sprzątnięcie i utrzymanie czystości wraz z usługami konserwacyjnymi i utrzymaniowymi na MOP-ach: Jankowice Wielkie, Wierzbnik, Młyński Staw, Rzędziwojowice, Przypiecz, Proszków, Wysoka, Góra św.- Anny w ciągu autostrady A-4 na terenie woj. Opolskiego w okresie 01.03.2006r. - 28.02.2007r.

Ofertę w powyższym postępowaniu złożył między innymi Odwołujący - „GWARANT” Agencja Ochrony i Detektywistyki Sp. z o.o. ul. J. Cygana 2, 45-131 Opole.

Pismem z 1 marca 2006 Odwołujący złożył protest na czynność wyboru oferty jako oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy P2-P poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy P2P poprzez uznanie za ważną oferty złożonej przez „ABC-Service” Sp. J. pomimo, iż oferta ta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP poprzez uznanie oferty złożonej przez „ABC-Service” Sp.J. Za ważną, pomimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z tym, Odwołujący zażądał:

1. odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę „ABC-Service” Sp.J, „ABC-Service” Sp.J. R. Rząkała, K- Gawron, M. Nazaruk, Zakład Pracy Chronionej ul. Bolesławiecka 15, 53-614 Wrocław, a w konsekwencji

2. unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że:

W dniu 24-02-2006. Zamawiający dokonał czynności:

- 1. wyboru oferty „ABC”Service” Sp. J. jako oferty najkorzystniejszej oraz*
- 2. wykluczenia z postępowania m.in. Wykonawcy „GWARANT” Agencji Ochrony i Detektywistyki Sp. z o.o. w Opolu wyboru.*

Wybór oferty złożonej przez „ABC--Service” Sp. J. nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz postanowień zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez nie odrzucenie oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153 póź. 1503), polegający na utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...)

Wykonawca „GWARANT” Agencja Ochrony i Detektywistyki Sp. z o.o. w Opolu, podnosi, że „ABC-Service” Sp.J. za realizację całości zamówienia, zaoferowała kwotę 687.494,40 złotych brutto (miesięcznie 57.291,20 złotych brutto). Kwota ta nie jest kwotą, która może zagwarantować pokrycie kosztów związanych z realizacją zamówienia i jest. kwotą poniżej poziomu gwarantującego opłacalność świadczenia usługi.

Wykonawca „GWARANT” Agencja Ochrony i Detektywistyki Sp. z o.o- wskazuje, że obliczając całkowity minimalny koszt realizacji zamówienia należy mieć na uwadze następujące składniki;

- koszty pracownicze;

732 rbg/m-c x 8 MOPów = 5856 rbg /168 godz. miesięcznie = 35 osób

35 osób x 899,10 złotych brutto = 31.468,50 złotych brutto + 10 % zastępstwo urlopowe + 19,91 % ZUS pracodawcy = 42,046,32; złotych - koszt pracowników przewidzianych do realizacji zadania.

Ponadto Zamawiający wymaga, aby przy realizacji zadania zatrudniony był:

- Koordynator całości prac objętych zamówieniem,*
- Elektryk z uprawnieniami,*
- Instalator urządzeń sanitarnych,*
- Pracownik usług remontowo - budowlanych*

Zatrudnienie ww. osób kształtować się będzie na poziomie 4.672,08 złotych miesięcznie.

(4 os. x 899,10 złotych miesięcznie + 10 % zastępstwo urlopowe + 19,91 % ZUS pracodawcy = 4,672,08 złotych).

Łączny koszt pracowniczy miesięcznie należy szacować na poziomie 46.718,40 złotych (42.046,32 + 4.672,08)

- pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia (zabezpieczeniem środków czystości, amortyzacja, koszt paliwa, koszt ubioru roboczego dla pracowników, itp.). Wykonawca „GWARANT” Agencja Ochrony i Detektywistyki Sp. z o.o. szacuje, że koszty te stanowią ok. 23% miesięcznej kwoty (brak dokładnych danych dot. wyliczeń firmy ABC, gdyż kwotę za jaką firma zamierza realizować zadanie należało podać formie ryczałty za całość zamówienia).

Dodatkowo należy zauważyć, że Wykonawca „ABC-Service” Sp- J' określiła również kwotę jaką zamierza przeznaczyć na podwykonawstwo usług wywozu nieczystości, w wysokości: 1.756,80 brutto miesięcznie.

Ponadto Wykonawca „GWARANT” Agencja Ochrony i Detektywistyki Sp. z o.o. zwraca uwagę, że Zamawiający przeznaczył na wykonanie całości zamówienia kwotę 1.668.960,00 złotych brutto (miesięcznie 139.080,00 złotych brutto), określając jednocześnie wartość szacunkową zamówienia na kwotę 1.368.000,00 złotych (Pismo Zamawiającego z dnia 08-02.2006r. odpowiedź nr 5).

Niewątpliwie jest, że Zamawiający ustalając ww. kwoty kierował się regułą określoną w art. 32 ust. 1 Ustawy PZP, zgodnie z którą podstawa ustalenia wartości zamówienia jest

całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy (...) ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Należy zatem domniemywać, że Zamawiający określając wartość zamówienia jak również kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, dokonał swoistej wyceny wartości tej usługi. Zamawiający przeznaczając na realizację całego zamówienia kwotę 1.668.960,00 złotych uznał, że jest w stanie zapłacić taką kwotę, jak również stwierdził, że realizacja całości zamówienia może kształtować się na zbliżonym poziomie.

Jednocześnie Wykonawca „GWARANT” Agencja Ochrony i Detektywistyki Sp. z o.o. zauważa, że złożone oferty przez pozostałych oferentów kształtowały się następująco:

- Remondis i Era (konsorcjum) 1.084.092,00 złotych brutto*
- „GWARANT” Agencja Ochrony i Detektywistyki Sp. z o.o. 1.099.464,00 złotych brutto*
- Konsalnet Inovopol 1.292.296,83 złotych brutto*
- Zieleń Miejska - 1.657.248,00 złotych brutto.*

W świetle powyższych okoliczności, należy stwierdzić, że kwota oferowana przez Wykonawcę — „ABC-Service” Sp. J, znacznie odbiega od kwot zaoferowanych przez pozostałych oferentów, oraz bardzo znacznie różni się od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Zaoferowana przez „ABC-Service” Sp. j. kwota stanowi bowiem niespełna 42% kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację całości zamówienia oraz stanowi w przybliżeniu 50% wartości szacunkowej zamówienia, dokonanej przez Zamawiającego. Ponadto czynnikiem decydującym o fakcie stosowania cen dumpingowych przez „ABC-Service” Sp. J. jest fakt, że zaoferowana cena nie wystarcza na pokrycie kosztów realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, należy dojść do wniosku, że złożenie oferty przez „ABC-Service” Sp.J. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w świetle ustawy o zwalczaniu jest niedozwolone, a w świetle art, 89 ust.1. pkt. 3 skutkuje odrzuceniem tej oferty

przez Zamawiającego. Nieodrzućenie oferty przez Zamawiającego oferty jest naruszeniem Ustawy PZP, a w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 7 ust 1 i 2 tej ustawy.

Prócz powyższych okoliczności Wykonawca „GWARANT” Agencji Ochrony i Detektywistyki Sp. z o.o., nadmienia, że oferta „ABC-Service” Sp. j. obarczona była dodatkowymi wadami, które winny skutkować jej odrzuceniem.

„ABC-Service” Sp. j. przedstawiła w ofercie osobę (na podstawie pkt 8,2d SIWZ), a jako świadectwo kwalifikacji tej osoby przedłożyła zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej nr WSO.RG.I.6411-2339/IV/2004 z dnia 07.02.2005r. (już nie aktualne), więc można przypuszczać, że osoba ta nie jest zatrudniona przez firmę ABC, tym bardziej, że w innym przypadku firma ta przedstawiła umowę o pracę zawartą z osobą, mającą wykonywać określone w pkt. 8,2d SIWZ. W załączniku nr 4 do oferty należało wskazać podwykonawców, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, a skoro ww. osoba nie jest zatrudniona w firmie ABC oraz posiada działalność gospodarczą, powinna być ujęta wśród tych podwykonawców, a nie jest.

Powyższe uchybienia sprawiają, że oferta „ABC-Service” Sp.j. nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, a zatem winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy P2P. Nie odrzucenie ww. oferty będzie naruszeniem Ustawy PZP, a zawarcie umowy z mocy art. 146 Ustawy PZP będzie skutkowało jej nieważnością.

Wykonawca nadmienia, że odrzucenie oferty „ABC-Service” SP, J. w sytuacji gdy wszystkie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały odrzucone lub wykonawcy zostali wykluczeni, Zamawiający jest zobowiązany unieważnić postępowanie (art. 93 Ustawy P2P).

W świetle powyższych okoliczności należy uznać za słuszne twierdzenia Wykonawcy „GWARANT” Agencji Ochrony i Detektywistyki Sp.z o.o. zgłoszone w niniejszym proteście, a żądania za w pełni uzasadnione.

Zamawiający pismem z 8 marca 2006 oddalił protest w całości. W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia wskazał, że Protestujący twierdzi, że przedstawiona przez firmę „ABC-Service” sp.j. w ofercie w wykazie osób przewidzianych do realizacji zamówienia osoba, dla której załączono zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, winna być wykazana jako podwykonawca i można przypuszczać, że osoba ta nie jest zatrudniona przez firmę „ABC Service”, A to jest dowodem na to iż treść oferty nie odpowiada treści siwz. Zdaniem zamawiającego twierdzenia Protestującego oparte na przypuszczeniach są bezpodstawne, gdyż przytaczane argumenty nie stanowią podstawy do stwierdzenia, że firma „ABC-Service” nie może dysponować taką osobą i że nie spełnia warunku określonego przez Zamawiającego w siwz w pkt 8.2.d. Należy nadmienić, że przedłożenie zaświadczenia (na dodatek nieaktualnego) o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej wcale nie świadczy, że osoba ta winna być wykazana jako podwykonawca i że nie może być zatrudniona przez firmę „ABC-Sevrice” jako osoba fizyczna ,

Również twierdzenie Protestującego, że kwota zaproponowana przez firmę „ABC-Service” jest kwotą, która nie gwarantuje pokrycia kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia i jest kwotą poniżej poziomu gwarantującego opłacalność świadczenia usługi, co w konsekwencji winno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, jest całkowicie chybione. Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty, zwrócił się na podstawie art. 90 ust. 1 do firmy „ABC-Service” z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - w celu ustalenia czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający, na podstawie otrzymanej kalkulacji oraz wyjaśnień dot. między innymi przyjętego sposobu realizacji zamówienia i dotowania przez budżet państwa oraz PFRON zakładów pracy chronionej stwierdził, iż nie można uznać ceny tej za rażąco niską.

W sytuacji kiedy wykonawca uzasadnił wysokość ceny ofertowej, duża rozbieżność w stosunku do wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego czy też w stosunku do

wysokości środków, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie stanowi w świetle obowiązujących przepisów jak i orzecznictwa, jakiegokolwiek podstawy do odrzucenia oferty. Należy również nadmienić, że kalkulacja przedstawiona przez Protestującego potwierdza realność ceny zaproponowanej przez „ABC-Service” Sp. J. po uwzględnieniu dofinansowania przysługującego zakładowi pracy chronionej i założeniu, że osoby przewidziane do realizacji zamówienia (dot. koordynatora, elektryka, instalatora urządzeń sanitarnych oraz pracownika do usług remontowo-budowlanych) będą zatrudnione również przy realizacji innych zamówień.

Jak wykazano powyżej bezpodstawne są zarzuty Protestującego co do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp zawartych w art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3; stąd też całkowicie chybiony jest zarzut prowadzenia postępowania przez Zamawiającego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji - naruszający art. 7 ustawy Pzp. Należy również nadmienić, że Protestujący nie wykazał, iż jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku, gdyż został on wykluczony z przedmiotowego postępowania, a jego oferta odrzucona.

Oddalając niniejszy protest Zamawiający podtrzymuje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 24.02.2006r. dot. wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy „ABC-Service” Sp. J. R.Brząkała, R.Gawron, M.Nazaruk, Zakład Pracy Chronionej ul. Bolesławecka 15, 53-614 Wrocław.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący, który pismem z 13 marca 2006 wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym w całej rozciągłości podtrzymał wnioski i zarzuty zawarte we wcześniej złożonym proteście.

Zespół Arbitrów po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie rozpatrywanego postępowania oraz po wysłuchaniu stron ustalił i zważył co następuje:

Zwrócić należy uwagę w pierwszym rzędzie na okoliczność, iż pismem z dnia 1 marca 2006. Odwołujący złożył protest na wybór najkorzystniejszej oferty

Zespół Arbitrów analizując na rozprawie merytorycznie treść protestu i odwołania stwierdził, że Odwołujący zarówno w proteście jak i w odwołaniu nie przytoczył żadnego zarzutu, żadnych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu w zakresie wykluczenia go jako wykonawcy, nie przedstawił żadnego argumentu, który kwestionowałby decyzję Zamawiającego o jego wykluczeniu.

Zgodnie z art. 180 ust. 6 ustawy pzp protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. Jest to minimalna treść, jaką winien zawierać protest. Brak tych elementów w proteście Odwołującego w zakresie wykluczenia go z postępowania powoduje, że protest dotyczący tej czynności Zamawiającego nie został w ocenie Zespołu Arbitrów skutecznie wniesiony, a konsekwencją tego jest to, że wykluczenie Odwołującego z postępowania stało się prawomocne.

W tym stanie rzeczy Odwołujący utracił interes prawny w tym, aby w tej sytuacji złożyć środek zaskarżenia na wybór oferty najkorzystniejszej.

W myśl bowiem przepisu art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują Wykonawcy i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Interes prawny posiada wykonawca, który ubiega się o zamówienie publiczne w tym konkretnym postępowaniu a nie jakimkolwiek innym.

Zespół Arbitrów wskazuje ponadto, że Odwołujący w niniejszym postępowaniu wnosił o unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne.

Zespół Arbitrów uznał, że Odwołujący nie może mieć interesu prawnego w unieważnieniu przetargu polegającego na tym, że w ewentualnym nowym przetargu (w przyszłości) mógłby uczestniczyć i go wygrać. Interes prawny powinien dotyczyć tego postępowania przetargowego,

do którego zgłoszono środki odwoławcze. Nie można się powoływać na przyszły, ewentualny, hipotetyczny interes prawny. Nie ma bowiem pewności, że Zamawiający po unieważnieniu tego postępowania ponownie ogłosi przetarg albo że Odwołujący złoży nową ofertę, i że wygra ten nowy przetarg.

W sytuacji, kiedy Odwołujący został wykluczony z postępowania, a Odwołujący nie podjął skutecznie próby podważenia tej decyzji, Zespół Arbitrów uznał, że Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia w niniejszym postępowaniu, a tym samym utracił interes prawny w zaskarżeniu czynności Zamawiającego – wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe stanowisko w zakresie braku interesu prawnego Zespół Arbitrów w tym stanie rzeczy nie ocenił, czy oferta w/w wykonawcy w istocie podlegała odrzuceniu jak również zmuszony był pominąć merytoryczne rozstrzygnięcie podnoszonych przez Odwołującego zarzutów.

Biorąc powyższe pod uwagę zdaniem Zespołu Arbitrów odwołanie z tejże przyczyny winno zostać oddalone, wyrażając również pogląd, że badanie interesu prawnego w niniejszej sprawie winno nastąpić na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z treścią art. 191 ust. 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:

Arbitrzy:

.....

¹ Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.