

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie

w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Nowosądecki ul. Jagiellońska 33, 33-300 Nowy Sącz

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Powiat Nowosądecki prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę digitalizacji dokumentów analogowych Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego prowadzonego przez Wydział Geodezji Starostwa Powiatowego w Nowym Sączu w ramach

projektu pn.: Cyfryzacja zasobów geodezyjnych i kartograficznych Powiatu Nowosądeckiego i Miasta Nowy Sącz.

W dniu 23 marca 2018r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższą czynnością Zamawiającego, MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie wniosła odwołanie wobec czynności oraz zaniechania czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania prowadzonego postępowania polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: Geopartner Geomatics Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, GGPS Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, Geopartner Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz LOGIK Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: Konsorcjum), w sytuacji gdy oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę;
2. niezasadnym wezwaniu Konsorcjum do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
3. niezasadnym uznaniu, że oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum;
5. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez niezasadne wezwanie

Konsorcjum do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy już na podstawie pierwszych wyjaśnień Zamawiający powinien uznać, że oferta złożona przez Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę i nie wystąpiły podstawy do dalszego wyjaśniania tej kwestii;

2. art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez niezasadne uznanie, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum (pierwsze i drugie) zawierają informacje wystarczające aby stwierdzić, że oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny w sytuacji gdy wyjaśnienia te są lakoniczne, ogólnikowe i nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, z czego wynika, że oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu;

3. art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez niedopełnienie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, polegające na wybraniu jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum w sytuacji gdy za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego;

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert, w tym oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem zarzutów opisanych w niniejszym odwołaniu i wyników powtórzonych czynności oceny ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że w postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców. Konsorcjum złożyło ofertę z ceną brutto 1 079 940zł, Odwołujący z ceną brutto 1 386 210 zł oraz konsorcjum firm ARCHUS Sp. z o.o. GROMA Usługi Geodezyjne i Kartograficzne mgr inż. A. B. (partner konsorcjum), GAMA Jacek z ceną brutto 2 502 000zł. Ponieważ cena oferty Konsorcjum była o 34,97 % niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert Zamawiający pismem z dnia 10 stycznia 2018 r. wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. W treści pisma

Zamawiający między innymi wskazał na wymogi i zakres wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny podkreślając, że Zamawiający zwraca uwagę, iż to na Wykonawcy spoczywa dowód wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ocena przedłożonych wyjaśnień powinna utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu, iż cena oferty pozwoli na należyte wykonanie zamówienia w kształcie wynikającym ze specyfikacji. Wykonawca musi wykazać w jakim zakresie i stopniu wykazane okoliczności mają wpływ na całkowitą cenę oferty i w jaki sposób miałyby one kształtować jego pozycję na rynku w sposób wyjątkowy i odmienny od innych podmiotów na nim działających.

W dniu 17 stycznia 2018 r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji złożonych wyjaśnień Zamawiający w dniu 23 stycznia 2018 r. wezwał Konsorcjum do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności uznając, iż posiadanie przez Wykonawcę deklarowanego autorskiego oprogramowania może uzasadniać przyjęcie, że po stronie Konsorcjum występują wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia zwrócił się o wykazanie w jakim stopniu posiadanie autorskiego oprogramowania wpłynęło na obniżenie zaoferowanej ceny za realizację przedmiotowego zamówienia. Ponadto Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do przedłożenia uproszczonej kalkulacji potwierdzającej wskazaną w pierwszych wyjaśnieniach marżę w wysokości 18 %.

W piśmie z dnia 25 stycznia 2018 r. Konsorcjum wyjaśniło, że zastosowane autorskie oprogramowanie zwiększyło wydajność obróbki zeskanowanych pików trzykrotnie. Konsorcjum przedłożyło też uproszczoną kalkulację cenową, z której wynikało, że prognozowany zysk netto ma wynosić 158 432, 65 PLN. Odwołujący podkreślił, iż Konsorcjum do wyjaśnień nie dołączyło żadnych dowodów.

Według Odwołującego, złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia były lakoniczne i ogólnikowe, które sprowadzały się praktycznie tylko do wymieniać kilku okoliczności, które zdaniem Konsorcjum miały wpływ na kalkulację ceny (doświadczenie w realizacji projektów, dysponowanie doświadczoną kadrą, flotą pojazdów, autorskim oprogramowaniem oraz znajomość materiałów będących przedmiotem zamówienia). Wyjaśnienia nie zawierały żadnych kalkulacji cenowych ani informacji w jaki sposób i w jakim stopniu przywołane okoliczności wpłynęły na cenę ofertową oraz jakie oszczędności generują. Do wyjaśnień Wykonawca dołączył tylko referencje/ protokoły odbioru potwierdzające, że wykonał zamówienia, na które w treści pisma się powołuje.

Odnosząc się do poszczególnych elementów wyjaśnienia Konsorcjum warto wskazać, że żadna z przywołanych okoliczności nie może być uznana za sprzyjającą, właściwą jedynie temu Wykonawcy a tym samym pozwalającą na oszczędności. Posiadanie przez Wykonawcę doświadczenia w realizacji podobnych projektów oraz dysponowanie doświadczonym personelem stanowiło warunek udziału w Postępowaniu. Zamawiający wymagał od każdego podmiotu składającego ofertę wykazania, że takie warunki spełnia. Tak więc wszyscy wykonawcy musieli mieć odpowiednie doświadczenie/personel, weryfikowane w ramach procedury przetargowej. Był to warunek brzegowy, a nie szczególna okoliczność pozwalająca na obniżenie ceny ofertowej. Także posiadanie własnej floty nie jest niczym szczególnym. Odnosnie posiadania przez Konsorcjum dedykowanego oprogramowania Odwołujący podkreślił, że w przypadku podmiotów realizujących w działalności w zakresie digitalizacji dokumentów posiadanie różnego rodzaju programów ułatwiających czy automatyzujących niektóre czynności jest racjonalnym i praktykowanym sposobem usprawniającym pracę. Taki autorski program posiada też Odwołujący. Nie jest to okoliczność właściwa tylko dla Konsorcjum.

Nieprzekonywujące jest też twierdzenie o szczególnej (niedostępnej innym wykonawcom) znajomości materiałów, które mają być digitalizowane, nabytej podczas wizyty w siedzibie Zamawiającego. Biorąc pod uwagę różnorodność oraz rozmiar/zakres dokumentów objętych zamówieniem jednorazowa wizyta na pewno nie umożliwi zapoznania się z dokumentacją w stopniu pozwalającym na ocenę tych materiałów. Wykonawca nie wyjaśnił także dlaczego i w jaki sposób podział prac pomiędzy poszczególnych członków Konsorcjum wpłynął na wysokość ceny ofertowej

W opinii Odwołującego, dołączone do wyjaśnień dokumenty potwierdzają jedynie, że podmioty wchodzące w skład Konsorcjum wykonały prace tam opisane za wskazaną cenę. Dokumenty te nie dają podstawy do oceny prawidłowości ceny ofertowej w ramach bieżącego postępowania, chociażby ze względu na brak jakichkolwiek istotnych informacji dotyczących tych zamówień.

W związku z powyższym odwołujący stwierdził, iż Zamawiający nie miał więc informacji pozwalających mu na ocenę, czy okoliczności te faktycznie przekładają się na możliwość zaoferowania przez Konsorcjum ceny wskazanej w ofercie a nie będącej przy tym ceną rażąco niską. W konsekwencji stwierdził, iż Konsorcjum nie sprostало obowiązkowi przekazania Zamawiającemu konkretnego i wyczerpującego uzasadnienia odnoszącego się do poziomu

zaoferowanej ceny.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie powinien zaakceptować już pierwszych wyjaśnień Konsorcjum gdyż ze względu na swoją treść nie pozwalają na ocenę, że cena oferty Konsorcjum nie jest rażąco niska i ma charakter rynkowy. Dlatego też już na tym etapie oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę. W związku z powyższym Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający wadliwie przeprowadził procedurę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czym dopuścił się naruszenia reguł uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie zmienia takiej oceny sformułowanie treści drugiego wezwania sugerujące, że Wykonawca ma doprecyzować niektóre elementy wyjaśnień pierwszych, gdyż biorąc pod uwagę ich treść, trudno znaleźć dane wymagające jedynie uszczegółowienia.

Odwołujący odnosząc się kolejno do drugich wyjaśnień wskazał, że wyjaśnienia te są równie enigmatyczne jak pierwsze, a Konsorcjum dołączyło do nich - dołączenia do nich na wyraźne życzenie Zamawiającego - kalkulację cenową. W odpowiedzi na pytanie dotyczące autorskiego oprogramowania Wykonawca opisuje skrótowo jego funkcjonalności, stwierdzając że zwiększyło wydajność obróbki zeskanowanych plików trzykrotnie. Brak już wzmianki na jakiej podstawie dokonano takiej oceny wzrostu wydajności. Konsorcjum nie podaje także - chociażby skrótowo - jaka była wydajność osiągnięta przed zastosowaniem oprogramowania. Tym samym Zamawiający nie zna żadnych faktów pozwalających mu na ocenę deklarowanego wzrostu wydajności.

W opinii Odwołującego nie jest również pomocna także dołączona kalkulacja cenowa. Wartości w niej przedstawione (koszty, rezerwa, prognozowany zysk) nie są poparte żadnymi wyjaśnieniami czy dowodami. Zamawiający na podstawie takiej kalkulacji nie mógł ocenić realności poczynionych założeń np. co do czasochłonności pacy oraz realnych kosztów czynności niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Podane przez Konsorcjum kwoty nie mogą być poddane kontroli Zamawiającego z punktu widzenia oceny wystąpienia (lub nie) rażąco niskiej ceny.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że z uwagi na fakt, iż wyjaśnienia Wykonawcy są, ze względu na swoją ogólnikowość i zdawkowość niewystarczające do uznania, że oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien ofertę Konsorcjum odrzucić.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie w całości. Zdaniem Zamawiającego, w świetle przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, które poparte zostały stosownymi dowodami oraz po dokonaniu porównania całkowitej ceny złożonej przez Wykonawcę oferty z aktualną wartością zamówienia, która to jest wyższa od złożonej oferty o 18,30% uznał, zaoferowaną przez Wykonawcę cenę za realną i wiarygodną a tym samym zapewniającą, prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem całości odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba ustaliła:

Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia to kwota 1 321 817,75 zł brutto. W postępowaniu oferty złożyli:

1) Konsorcjum z ceną ofertową brutto 1 079 940 zł,

2) Odwołujący z ceną ofertową brutto 1 386 210 zł,

3) konsorcjum firm ARCHUS Sp. z o.o. GROMA Usługi Geodezyjne i Kartograficzne mgr inż. A. B. (partner konsorcjum), GAMA Jacek z ceną ofertową brutto 2 502 000zł.

Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosiła 1.656.050 zł, a oferta Konsorcjum była od niej niższa o 34,74%. W związku z powyższym należy zatem stwierdzić, że ziszcila się przesłanka wszczęcia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie wyliczenia

ceny przedmiotowej oferty przewidziana w art. 91 ust. 1a pkt 1 ustawy. Przeprowadzenie tych

czynności jest dla Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązkowe.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 10 stycznia 2018 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847), pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający poinformował Konsorcjum, że zgodnie z ust. 2 art. 90 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy oraz, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odpowiadając na powyższe wezwanie Konsorcjum w dniu 17 stycznia 2018 r. wyjaśniło, że cena za wykonanie 1mb przyjęta w niniejszym postępowaniu została ustalona w wysokości 5.399,70 zł/ 1mb. Jednocześnie wyjaśniło, iż na kalkulację ceny wpłynęło doświadczenie w realizacji projektów związanych z przetwarzaniem dokumentów zasobów

geodezyjnych i kartograficznych do postaci cyfrowej oraz ich ewidencjonowanie. Konsorcjum

wskazało, że w ramach zamówienia realizowanego dla Powiatu Koszalińskiego cena 1 mb została ustalona w wysokości 4.305 zł, a dla Powiatu Kartuskiego w wysokości 4.743,18 zł/1 mb. Konsorcjum zauważyło, że powyższe wyceny dotyczą projektów zakończonych, których cena uwzględniała pełne koszty zatrudnienia pracowników, koszty transportu, koszty

eksploatacyjne oraz zysk wykonawcy, dlatego jego zdaniem wycena oparta na tej kalkulacji jest wiarygodna i w pełni zaspokaja wynagrodzenie wykonawcy. Konsorcjum na dowód wykonania powyższych zadań przedłożyło Zamawiającemu 1. Protokół odbioru Prac Starostwa Powiatowego w Koszalinie z dnia 17.08.2017 r. (etap I) oraz z dnia 5.12.2017 r. (etap II), a także referencje Starostwa Powiatowego w Kartuzach z dnia 21.12.2017r.

Konsorcjum wskazało ponadto, iż posiada dużą liczbę stanowisk komputerowych, skanerów przemysłowych i wielkoformatowych. Powołało się również za swoje autorskie oprogramowanie służące do kategoryzacji operatów wraz z automatyczną kontrolą błędów, co pozwala na zaangażowanie znacznie mniejszego zespołu pracowników i skrócenie czasu wykonywania tego etapu projektu. Wyjaśniło także, że jest autorem aplikacji do korekty obrazu spełniającego wymagania jakościowe przekazywanych materiałów.

Konsorcjum kolejno wskazało, iż posiada kadrę doświadczonych i wyspecjalizowanych pracowników, własną flotę pojazdów. Podkreśliło, że po wizycie w siedzibie Zamawiającego i zapoznaniu się z dokumentami będącymi przedmiotem zamówienia ustalił, iż 2 zespoły konsorcjantów zajmą się skanowaniem, a pracownicy pozostałych uczestników konsorcjum zajmą się kategoryzacją i analizą atrybutów operatów oraz ładowaniem baz danych.

Podsumowując wyjaśnienia, Konsorcjum stwierdziło, że cena oferowana jest ceną rynkową, gdyż zawiera założone przez niego zoptymalizowane koszty związane z realizacją zamówienia oraz marżę 18%, co stanowi podstawę oferty wolnorynkowej. Ponadto zauważyło, iż cena oferty jest niższa od kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia o 18,30%, w związku z czym nie powinna budzić wątpliwości co do rażąco niskiej ceny.

W dniu 23 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał ponownie Konsorcjum do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie dotyczącym autorskiego oprogramowania w kwestii dotyczącej jego wpływu na obniżenie zaoferowanej ceny oraz o przedłożenie przykładowej kalkulacji potwierdzającej wykazaną marżę w wysokości 18%.

Odpowiadając na powyższe wezwanie Konsorcjum wyjaśniło, iż jest właścicielem oprogramowania GST GeoScanTools składającego się z:

- GST -Interpret - służący do kategoryzacji operatorów;
- GST-Correction - program służący do korekcji obrazu;
- Program do nadawania znaków wodnych.

Jednocześnie wskazało, że oprogramowanie to jest kompatybilne z Systemem Ewid2007 oraz dostosowane do potrzeb operatora, co wpływa na wydajność całego procesu informatyzacji zasobów. Wdrożenie tego rozwiązania zwiększyło wydajność obróbki zeskanowanych plików trzykrotnie.

Ponadto przedłożyło kalkulację cenową której żądał Zamawiający.

Izba zważyła:

Wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, że Zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. To bowiem na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 2 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wskazać dalej należy, że w świetle art. 90 ust. 1 Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zatem, rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności.

Oczywistym jest, iż badanie ceny i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia jest usługa digitalizacji dokumentów analogowych, polegająca na konwersji analogowych zbiorów Wydziału Geodezji Starostwa Powiatowego w Nowym Sączu do danych cyfrowych w celu umożliwienia zautomatyzowania (przyspieszenia) obsługi zgłoszeń prac geodezyjnych w Powiatowym Ośrodku Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Nowym Sączu. Opracowanie wymaga umieszczenia uzyskanych danych cyfrowych w Bazie Danych Systemu Strona 2 z 32 Teleinformatycznego Starostwa Powiatowego w Nowym Sączu (pkt 3 lit. c) SIWZ).

W ocenie Izby powyższe ustalenie ma decydujący wpływ na ocenę wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez Konsorcjum, a w konsekwencji na rozstrzygnięcie Izby w niniejszej sprawie.

Zauważyć bowiem należy, że o ile wycena kosztów realizacji zamówienia związanego z dostawą określonych materiałów czy urządzeń może być zweryfikowana poprzez odniesienie się do wartości rynkowej takich produktów, o tyle wycena usług polegających w dużej mierze na pracy personelu zatrudnionego przez danego wykonawcę i wykorzystaniu posiadanego przez niego sprzętu komputerowego wraz z odpowiednim oprogramowaniem, a

także posiadanym przez personel doświadczeniu czy też przyjętej strategii wykonania zamówienia nie podlega prostej weryfikacji poprzez odwołanie się do obiektywnych czynników rynkowych.

Dalej podkreślenia wymaga, że w kontekście omawianego zarzutu konieczne jest zdefiniowanie samego pojęcia rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być "cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia". Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej Zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m. in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Izba oceniając złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia, uznała, iż były one wystarczające do oceny przez Zamawiającego, czy zaproponowana przez Konsorcjum cena ofertowa jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zaproponowana przez ww. wykonawcę cena za 1 mb jest ceną wyższą, niż cena 1 mb w powoływanych przez Konsorcjum projektach. W ocenie Izby powyższe uzasadnia stwierdzenia, iż jest ona ceną prawidłową ukształtowaną na podstawie doświadczenia Konsorcjum w realizacji podobnych zamówień.

Kolejno należy wskazać, iż Konsorcjum przewidziało do realizacji zamówienia personel w liczbie większej niż określony przez Zamawiającego jako warunek udziału w postępowaniu. Wynagrodzenie personelu uwzględniało koszty osobowe na poziomie wyższym niż wymagane przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. Ponadto zwrócenia uwagi wymaga to, iż przeprowadzona przez Konsorcjum kalkulacja swojej oferty pokazuje, iż wykonawca ten poza marżą przyjętą w wysokości 18%, przewidziało również spory margines na "rezerwę projektową - zabezpieczenie nieprzewidzianych kosztów projektu". Nadto Konsorcjum w swoich wyliczeniach uwzględniło koszty sprzętowe, ogólne koszty prowadzenia przedsiębiorstwa w okresie trwania projektu, a także koszty transportu dokumentów i koszty materiałów biurowych.

Również w ocenie Izby fakt posiadania przez Konsorcjum oprogramowania, które umożliwia mu zwiększenie trzykrotne wydajności obróbki zeskanowanych plików ma zdaniem Izby również duże znaczenie, przy dokonywaniu wyceny.

Zgodzić się należy z Odwołującym, iż na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną realnie niską. Jednakże w opinii Izby w niniejszym postępowaniu, gdzie wykonawca z znacznej mierze będzie korzystał z doświadczenia swojego personelu i posiadanego sprzętu, trudno jest przedstawić dowody obrazujące realność dokonanej kalkulacji cenowej, a Odwołujący oprócz kwestionowania, iż Konsorcjum nie złożyło żadnych dowodów na poparcie swoich wyliczeń, nie wskazało, jaki konkretnie dowód winno przedłożyć Konsorcjum na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny.

Odwołujący kwestionował wysokość wskazaną przez Konsorcjum w kalkulacji cenowej odnoszącej się do kosztów związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa w okresie realizacji projektu, jednakże nie przedłożyło Izbie żadnych dowodów wykazujących, iż cena ta jest ceną zbyt niską, nierealną.

Ponadto stwierdzić należy, iż Zamawiający w treści pierwszego wezwania nie określił szczegółowości ani nie podał konkretnych kosztów, do których powinien odnieść się wykonawca w swojej odpowiedzi. Konsorcjum odpowiedziało na wezwanie na poziomie szczegółowości adekwatnym zarówno do treści wezwania, jak i okoliczności postępowania. Tym bardziej, iż miało świadomość, iż w razie, gdyby udzielona odpowiedź wymagała doprecyzowania lub w dalszym ciągu zaoferowana cena budziła wątpliwości Zamawiającego - ten ma możliwość wezwania go ponownie do uszczegółowienia wyjaśnień w interesującym go zakresie. Tak też się stało i Zamawiający zażądał uzupełnienia wyjaśnień odnośnie

posiadanego przez Konsorcjum autorskiego oprogramowania i złożenia kalkulacji cenowej. W ocenie Izby powyższe postępowanie Zamawiającego nie naruszało przepisu art. 90 ust. 1 ustawy.

Co istotne w niniejszej sprawie, Odwołujący nie wykazał jakiegokolwiek dowodów w oparciu o które można by uznać, że za zaoferowaną cenę Konsorcjum nie będzie w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Izby Odwołujący nie przedstawił w sprawie dowodów, które świadczyłyby w sposób pewny i kategorycznych o tym, że koszty zamówienia będą znacznie wyższe niż przedstawia to Konsorcjum. Swoje stanowisko w tej kwestii

Odwołujący zapewne oparł na podstawie samodzielnych obliczeń kosztów własnej działalności gospodarczej w tym zakresie.

Tym samym nie potwierdziły się zarzuty odwołania dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp. Jak bowiem już wskazano oferta Konsorcjum nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, w związku z czym dopuszczenie tej oferty do oceny ofert nie prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Izba oddaliła obydwa odwołania, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:.....