

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2013 r. przez **J..... P....., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą GIS Projekt J..... P..... w Koszalinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego we Wrocławiu**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **J..... P....., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą GIS Projekt J..... P..... w Koszalinie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **J..... P....., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą GIS Projekt J..... P..... w Koszalinie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zebranie o zorganizowanie w odpowiednie struktury Bazy Obiektów Użyteczności Publicznej (BOUP)

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 6 sierpnia 2013 roku J..... P....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą GIS Projekt J..... P..... w Koszalinie (dalej: odwołująca) wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującej jako zawierającej rażąco niską cenę i wyborze oferty Warszawskiego Przedsiębiorstwa Geodezyjnego S.A., ul. Nowy Świat 2,00-497 Warszawa, jako najkorzystniejszej.

Rozstrzygnięciu zamawiającego odwołująca zarzuciła naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art.90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującej z powodu uznania, iż jej treść zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta zawiera cenę realną i rzeczywistą wykonania przedmiotowego zamówienia, co odwołująca wykazała w wyjaśnieniach z dnia 18.07.2013 r.;
2. art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez odrzucenie oferty odwołującej z powodu uznania, iż jej treść zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a następnie wybranie przez zamawiającego oferty innego wykonawcy, który oferował cenę o 8% (4.000,00 zł) wyższą od ceny oferowanej przez odwołującą, podczas gdy cena w ofercie odwołującej była najniższa w przedmiotowym postępowaniu i tym samym najkorzystniejsza;

W związku z powyższym odwołująca wniosła o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującej;

2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Warszawskiego Przedsiębiorstwa Geodezyjnego S.A. z siedzibą w Warszawie, jako najkorzystniejszej, i nakazanie powtórzenia czynności oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującej,

3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie zwrotu kosztów postępowania na rzecz odwołującej.

W uzasadnieniu odwołująca podniosła, iż zamawiający dnia 1 sierpnia 2013 roku faksem poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o dokonaniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz o wynikach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Zgodnie z zawiadomieniem zamawiającego, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne S.A.. ul. Nowy Świat 2.00-497 Warszawa, którego oferta wskazywała cenę 48 000.00 zł brutto.

Jednocześnie wraz z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującej, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, która wskazywała cenę 44.000.00 zł brutto (słownie: czterdzieści cztery tysiące i 00/100 złotych brutto).

W ocenie odwołującej zamawiający naruszył przepisy ustawy, dokonując wskazanych na wstępie czynności, na podstawie przyjętej przez siebie dowolnej oceny stanu faktycznego i obowiązujących przepisów prawa.

Zamawiający pismem z dnia 16.07.2013 r. wezwał odwołującą do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę. Zamawiający wskazywał przy tym, iż oferty dotychczas złożone przez innych wykonawców wynoszą przykładowo

252.150,0 zł, 166 050,00 zł, 149.000,00 zł brutto.

Odwołująca stwierdziła, iż pismem z dnia 18.07.2013 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, szczegółowo wskazała koszty poszczególnych elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, wartość kosztów pośrednich i bezpośrednich, a także szczegółową kalkulację wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Ponadto, co w ocenie odwołującej stanowiło dodatkowy atut, który należało interpretować na jej korzyść, odwołująca odwołała się w swoich wyjaśnieniach do kosztów, jakie poniosła realizując tożsamą inwestycję w województwie łódzkim 6 miesięcy wcześniej. Inwestycja została zrealizowana przez

odwołującą pomyślnie, przy poniesieniu kosztów na poziomie 36.000,00 zł netto, przy czym odwołujący dokonała szczegółowego porównania województw w zakresie parametrów powierzchni, ludności i gęstości zaludnienia, a także poziomu urbanizacji i ilości szkół. Różnice w poszczególnych wskaźnikach kształtowały się na poziomie od 5,00% do max. 15,0%, co wskazywało, iż zakres prac do wykonania, a co za tym idzie całkowity ich koszt, może również kształtować się na podobnym poziomie, jak przy realizacji poprzedniej inwestycji w województwie łódzkim.

Ponadto odwołująca, w przesłanej zamawiającemu ofercie wskazała, że posiada bogate doświadczenie w zakresie realizacji tego typu zamówień oraz wiedzę na temat kosztów, które są niezbędne do jego realizacji. Potwierdza to załącznik do oferty odwołującej, tj. wykaz usług wykonanych przez odwołującą oraz dokumenty do niego załączone w postaci referencji firmy GEOMAR S.A., Protokołów odbioru prac wykonanych na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii w Warszawie, a przede wszystkim protokołów odbioru prac wykonanych na rzecz Urzędu Marszałkowskiego w Łodzi, których zakres i koszt stanowi bezpośrednio odniesienie się odwołującej w wyjaśnieniach skierowanych do zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Zdaniem odwołującej jej doświadczenie przy realizacji wcześniejszych inwestycji, pomyślne ich wykonanie oraz dokładne wyliczenia wskazane w wyjaśnieniach z dnia 18.07.2013 r., przemawiają za uznaniem braku zasadności podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującej z powodu rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu złożono oferty z następującymi cenami:

- 1) Geokart Intemetional Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów 252.150,00 zł
- 2) Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Krakowie Sp. z o.o., ul. Grzegorzewska 10, 31-530 Kraków 149.000,00 zł
- 3) Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „Pryzmat” Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa 166.050,00 zł

- 4) InterTIM P..... L....., Al. Stanów Zjednoczonych 72/180, 04- 036 Warszawa
98.400,00 zł
- 5) Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne S.A., ul. Nowy Świat 2, 00-497
Warszawa 48.000.00 zł
- 6) Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne „OPEGIEKA” Sp. z o.o. w
Elblągu, Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg 109 224,00 zł
- 7) Przedsiębiorstwo Geodezyjno- Kartograficzne OPGK RZESZÓW S.A., Ul. Geodetów
1, 35-328 Rzeszów 188 928,00 zł
- 8) GIS Projekt J..... P..... w Koszalinie – 44 000,00 zł.

Pismem z dnia 16.07.2013 r. wezwał odwołującą do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę. Odwołująca pismem z dnia 18.07.2013 roku udzieliła żądanych wyjaśnień. Wyjaśnienia odwołującej zostały przez nią zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający dnia 1 sierpnia 2013 roku poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Warszawskiego Przedsiębiorstwa Geodezyjnego S.A.. ul. Nowy Świat 2.00-497 Warszawa, którego oferta wskazywała cenę 48 000.00 zł brutto.

Jednocześnie wraz z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującej, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołująca jest uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie

pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy 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 rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. 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 wyznaczone 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... *etc.* Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującą Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do stwierdzenia, że odwołująca nie zaoferowała rażąco niskiej ceny. Odwołująca – oprócz podania wartości poszczególnych czynności – wskazała, iż na realne obniżenie jej ceny ma fakt, iż realizowała tożsamą inwestycję w Województwie Łódzkim 6 miesięcy wcześniej za kwotę 36 000 zł (okoliczność ta została przez odwołującą ujawniona również w treści uzasadnienia odwołania). Tymczasem zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie podnosił, iż obydwie inwestycje różniły się między sobą w sposób zasadniczy, a zatem nie ma możliwości wykorzystania informacji zgromadzonych podczas wykonywania pierwszej inwestycji do realizacji tej, która jest przedmiotem niniejszego postępowania. Zamawiający wskazał na takie aspekty, jak: różnica w czasie wykonania obu zamówień – 4 i 2 miesiące, w materiałach źródłowych i innych materiałach do pozyskania, strukturze bazy danych, kompozycji mapy, symbolach graficznych, wersji oprogramowania i meta danych. Stwierdził

ponadto, że porównywanie województw w zakresie parametrów powierzchni, ludności i gęstości zaludnienia, a także poziomu urbanizacji ma się nijak do przedmiotu zamówienia, ponieważ w tym wypadku istotne są nie podobieństwa, na które wskazuje odwołujący, ale różnice w zakresie czynności, które należy wykonać, aby Baza Punktów Użyteczności Publicznej powstała.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zważyć należy, iż nie chodzi tu o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również – w sytuacji, gdy same wyjaśnienia nie są wystarczające – poparte stosownymi dowodami. Powołując się na fakt realizacji analogicznego zamówienia odwołująca winna wykazać – również za pomocą dowodów – iż zamówienie wykonywane dla Województwa Łódzkiego odpowiadało niniejszemu w takim stopniu i zakresie, iż może być przez odwołującą wykorzystane. Dowody takie nie zostały przez odwołującą przedłożone.

Z kolei taka okoliczność, jak doświadczenie wykonawcy przy realizacji podobnych zamówień, nie stanowi w ocenie Izby obiektywnego czynnika, który z logicznego punktu widzenia może mieć istotny wpływ na obniżenie ceny oferty. Co więcej, taki czynnik powinien być wzięty pod uwagę przez każdego wykonawcę biorącego udział w tego rodzaju przetargu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....