

Sygn. akt: KIO 995/10

## WYROK

z dnia 10 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek-Bujak

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 maja 2010 r. przez **InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna, 30-081 Kraków, ul. Królewska 57, Łódzka Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., 90-002 Łódź, ul. Tuwima 22/26, Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o., 40-045 Katowice, ul. Astrów 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Łódzkie – Urząd Marszałkowski, 90-051 Łódź, al. Piłsudskiego 8**

orzeka:

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna, 30-081 Kraków, ul. Królewska 57, Łódzka Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., 90-002 Łódź, ul. Tuwima 22/26, Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o., 40-045 Katowice, ul. Astrów 10 i nakazuje**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna, 30-081 Kraków, ul. Królewska 57, Łódzka Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., 90-002 Łódź, ul. Tuwima 22/26, Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o., 40-045 Katowice, ul. Astrów 10**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,
- 2) zasądza od **InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna, 30-081 Kraków, ul. Królewska 57, Łódzka Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., 90-002 Łódź, ul. Tuwima 22/26, Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o.,**

**40-045 Katowice, ul. Astrów 10** na rzecz **Województwa Łódzkiego – Urzędu Marszałkowskiego, 90-051 Łódź, al. Piłsudskiego 8** koszty poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości **3 792 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy).

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania „Wykonanie projektu technicznego, studium wykonalności wraz z opracowaniem wniosku aplikacyjnego o dofinansowanie inwestycji z funduszu UE do projektu Łódzkiej Regionalnej Sieci Teleinformatycznej (ŁRST)”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 marca 2010 r., 210/S 55-081899, wobec czynności oceny oferty wybranej przez zamawiającego, złożonej przez konsorcjum: ITTI Sp. z o.o. i DGA S.A. (dalej konsorcjum ITTI), w dniu 24 maja 2010 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioskodawca – konsorcjum: InforStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna z siedzibą w Krakowie, Łódzka Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Łodzi, Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (odwołujący). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 maja 2010 r.

O czynności zakończenia oceny ofert przez zamawiającego odwołujący został powiadomiony w dniu 13 maja 2010 r. na podstawie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z ceną brutto w wysokości 424.926,00 zł.

W odwołaniu odwołujący wskazał na naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl, do których miało dojść na skutek zaniechania wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwania konsorcjum ITTI do udzielenia wyjaśnień oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący swój interes we wniesieniu odwołania uzasadniał możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta została wskazana przez zamawiającego jako druga, a na skutek naruszenia przepisów ustawy poniósł szkodę.

Odwołujący wskazał, iż wartość oferty wybranej określona ceną brutto w wysokości 424.926,00 zł. była znacznie niższa od kwoty drugiej w kolejności oferty odwołującego, opiewającej na kwotę 887.550,00 zł, jak również od kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej w dniu otwarcia ofert (10 maja 2010 r.) i wynoszącej 1.500.000,00 zł. Zdaniem odwołującego, zamawiający był zobowiązany wszcząć procedurę wyjaśniającą, określoną przepisem art. 90 ust. 1 ustawy PrZamPubl w celu ustalenia, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przy zaistniałej różnicy w cenie

oferty wybranej wynoszącej niespełna 1/3 kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – zaniechanie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, narusza przepisy art. 90 ust. 1 ustawy. Wszczęcie procedury wyjaśniającej, zabezpieczać ma zachowanie uczciwej konkurencji, ale także zabezpieczać zamawiającego przed zagrożeniem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego, które może prowadzić do naruszenia dyscypliny finansów Publicznych. Odwołujący powołał się na treść wyroków KIO, uzasadniających potrzebę wszczęcia postępowania wyjaśniającego przy stwierdzeniu różnic pomiędzy ceną oferty wybranej a ustaloną przez zamawiającego wartością przedmiotu zamówienia oraz średnią ceną grupy ofert o zbliżonych cenach. Odwołujący, uwzględniając zakres zamówienia (studium wykonalności, projekt techniczny oraz komplet dokumentów na potrzeby złożenia wniosku), cel projektu (budowa sieci szerokopasmowej na terenie Województwa Łódzkiego), zasady dotyczące przygotowania dokumentacji w zakresie społeczeństwa informacyjnego, czas niezbędny na jego realizację, uznał, iż cena wybranej oferty jest rażąco niska. Odwołujący wskazał również na konsekwencje złożenia niedostatecznych wyjaśnień, które winny prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PrZamPubl.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili w dniu 28 maja 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne: ITTI Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz DGC S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej konsorcjum ITTI).

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi w pismach i ustnie na rozprawie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że

wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający był zobowiązany wezwać w toku badania oferty konsorcjum ITTI do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Izba uznała, iż zamawiający nie uchybił normie zawartej w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy PrZamPubl, a tym samym nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonych przepisem art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Stanowisko Izby zapadło w oparciu o poczynione na podstawie dokumentacji postępowania ustalenia faktyczne oraz rozważania prawne.

Zamawiający w wyniku przeprowadzonego badania i oceny ofert dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wskazując na ofertę najtańszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu, tj. ofertę konsorcjum ITTI z ceną brutto 424.926,00 zł. W postępowaniu złożone zostały dwie oferty, w tym droższa na kwotę brutto 887.550,00 zł. Zamawiający oszacował wartość przedmiotowego zamówienia na kwotę netto 1.229.508,20 zł., co po zwiększeniu o wartość podatku VAT 22% daje kwotę brutto 1.500.000,00 zł. Ustalenie wartości zamówienia dokonane zostało przez zamawiającego na podstawie rozmów telefonicznych z Urzędami Marszałkowskimi, z firmami konsultingowymi oraz informacjami uzyskanymi z Internetu, w tym ogłoszeń publikowanych na stronie Urzędu Zamówień Publicznych (druk ZP-1 pkt 2 protokołu postępowania).

W toku rozprawy Izba ustaliła, iż zamówienia polegające na wykonaniu projektów technicznych na wybudowanie sieci teleinformatycznej, dotychczas zostały udzielone w ramach postępowań prowadzonych przez 9 województw. Okoliczność ta została powołana przez przystępującego do postępowania odwoławczego – konsorcjum ITTI i nie była kwestionowana przez odwołującego. Izba uwzględniła wyjaśnienia złożone przez przystępującego i dotyczące specyfiki zamówienia polegającego na przygotowaniu dokumentów niezbędnych do złożenia wniosku o dofinansowanie inwestycji, wskazujące na zbieżność przedmiotowego zamówienia z udzielonymi wcześniej przez inne województwa zamówieniami. Również sposób w jaki zamawiający dokonał ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, między innymi zwracając się do innych Urzędów Marszałkowskich, wskazuje na porównywalność przedmiotowego zamówienia z usługami dotychczas realizowanymi na rzecz innych zamawiających. W toku rozprawy przystępujący oraz zamawiający powoływali

się na wysokość cen uzyskanych w postępowaniach prowadzonych na podobny przedmiot zamówienia w latach poprzednich, tj. 2008 i 2009, w szczególności na wysokość cen ofert złożonych we wrześniu 2009 r. w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Dolnośląskie. Jak wynika z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 21.11.2009 r. (2009/S 225-322483), jak również informacji przekazanej przez Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego w piśmie z dnia 12.10.2009 r., wartość oferty wybranej netto wyniosła 486.630,00 zł. (brutto: 593.688,60). W postępowaniu tym złożonych zostało 5 ofert, których ceny wahały się od kwoty brutto 593.688,60 zł. do 3.263.500,00 zł. Jednocześnie, wartość zamówienia szacowana przez tego zamawiającego wyniosła 1.830.00,00 zł. brutto.

Izba uznała, iż specyfika przedmiotowego zamówienia w dużej mierze opierającego się na pracy intelektualnej, a więc trudnej do jednoznacznego oszacowania, nie pozwala na kategoryczne stwierdzenie, iż wystąpienie różnic w cenach samych ofert, jak również w stosunku do wartości szacowanej przez zamawiającego, powodować winno bezwzględny obowiązek zamawiającego zwrócenia się o wyjaśnienie wysokości ceny zaoferowanej przez przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Zamawiający dokonując badania złożonych ofert, w szczególności zobowiązany jest do stwierdzenia, czy jego zdaniem cena badanej oferty może uzasadniać podejrzenie zaproponowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dopiero wykazanie, iż w okolicznościach konkretnej sprawy zamawiający powinien był podjąć takie podejrzenie, może stanowić podstawę do uwzględnienia zarzutu zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W pełni aktualne na gruncie znowelizowanego artykułu 90 ust. 1 pozostaje dotychczasowe orzecznictwo, wskazujące na konieczność uprzedniego podjęcia podejrzenia przez zamawiającego, które winno prowadzić do wszczęcia procedury wyjaśniającej wysokość ceny.

Jak wynika z protokołu nr 4 z posiedzenia Komisji Przetargowej, które odbyło się w dniu 11 maja 2010 r., członkowie komisji przetargowej analizowali wysokość ceny wskazanej w ofercie konsorcjum ITTI i uznali pomimo, iż odbiega ona od oszacowanej wartości zamówienia, za ceną realną za tego typu usługę. Zamawiający uznał, kierując się doświadczeniem i pozycją podmiotu na rynku tego typu usług, iż cena nie jest rażąco niska. W ocenie Izby, ustalenia Komisji Przetargowej wskazują, iż zamawiający nie znalazł uzasadnienia do zwrócenia się o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Mając na uwadze poczynione na wstępie ustalenia, w szczególności dotyczące wysokości cen rynkowych usług tego rodzaju, Izba uznała, iż nie wskazują one na zasadność twierdzenia odwołującego o wystąpieniu okoliczności uzasadniających powzięcie przez zamawiającego podejrzenia możliwości złożenia rażąco niskiej ceny. Co do zasady możliwe jest przyjęcie, iż wystąpienie znaczących różnic

pomiędzy cenami ofertowymi, jak również pomiędzy cenami a wartością szacowaną przez zamawiającego może prowadzić do powzięcia wątpliwości przez zamawiającego. Zasada ta nie wynika jednak z treści art. 90 ust. 1 ustawy, a zatem jej stosowanie wymaga zawsze odniesienia się do okoliczności towarzyszących konkretnemu zamówieniu. Ciężar dowodu wykazania zaistnienia podstaw do wszczęcia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 ustawy spoczywa na wnoszącym odwołanie. Izba uznała, iż samo wskazanie na poziom różnic w cenach dwóch ofert złożonych w postępowaniu było niewystarczające dla potwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Zamawiający posiadając wiedzę o rzeczywistym poziomie cen uzyskiwanych w innych postępowaniach na porównywalny pod względem zakresu przedmiot zamówienia, jak również tendencji spadkowej wysokości cen, mógł na tej podstawie dokonać subiektywnej analizy wysokości zaoferowanej ceny. Ponieważ odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny zasadności stawianego zarzutu, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania. Izba miała również na uwadze okoliczność, iż obie ceny znacząco odbiegały od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, co pozwalało na przyjęcie, iż wartość szacunkowa nie mogła stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu. Na tej podstawie, oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, oparty na założeniu, iż zamawiający był zobowiązany zweryfikować wysokość zaoferowanej przez konsorcjum ITTI ceny.

W oparciu o powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia, a także zasądziła na rzecz zamawiającego koszty przez niego poniesione, obejmujące koszty związane z dojazdem na rozprawę pełnomocników oraz wynagrodzenie pełnomocnika. Izba uznała za uzasadnione koszty dojazdu pociągiem w wysokości 192 zł., ustalonej na podstawie kosztu przejazdu

pociągiem w klasie 2 na odcinku Łódź Fabryczna – Warszawa Wschodnia w wysokości 32,00 zł. od osoby (64 zł. w obie strony od osoby).

**Przewodniczący:**

.....