

WYROK
z dnia 16 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **Grafiko Projekt Sp. z o.o. Sp. k, Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersytet Warmińsko Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2, 10-719 Olsztyn,

przy udziale wykonawcy AKINT Sp. z o.o., ul. Wandy Rutkiewicz 9, 02-956 Warszawa,
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża odwołującego Grafiko Projekt Sp. z o.o. Sp. k, Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Grafiko Projekt Sp. z o.o. Sp. k, Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 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 Olsztynie.

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

Zamawiający - Uniwersytet Warmińsko Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2, 10-719 Olsztyn, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie okresowej kontroli jednorocznej 129 budynków wraz z instalacjami i przewodami kominowym oraz wykonanie okresowej kontroli pięcioletniej 65 budynków Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie”, numer referencyjny: 147/2020/PN/DZP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 maja 2020 r., nr 540441-N-2020.

Pismem z dnia 10 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AKINT Sp. z o.o.

W dniu 15 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Grafiko Projekt Sp. z o.o. Sp. k, Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty wykonawcy Akint Sp. z o.o.,
- 2) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty wykonawcy Akint Sp. z o.o., który nie udzielił wyjaśnień, ewentualnie wyjaśnienia bez dowodów nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3)art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców albowiem mimo że oferta złożona przez wykonawcę odpowiada wszelkim wymaganiom siwz, zamawiający nie wybrał oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Odwołujący zarzuca w szczególności Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Akint Sp. z o.o. albowiem Zamawiający albo nie wezwał ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny albo uznał, że cena złożonej oferty nie jest ceną rażąco niską i to w sytuacji gdy ewidentnie wskazana w ofercie cena jest rażąco niska. Niestety w chwili składania odwołania Odwołujący nie posiada informacji od Zamawiającego o przebiegu postępowania (...)

Mając na uwadze art. 90 ust. 1a p.z.p. w realiach przedmiotowej sprawy, w przypadku wskaźników dotyczącego wartości zamówienia, cena oferty wykonawcy Akint Sp. z o.o. jest zdecydowanie niższa od wskazanych w przepisie 30%. Jak bowiem wynika

z matematycznego działania różnica pomiędzy ceną ofertową Akint Sp. z o.o., a szacunkową wartością zamówienia wynosi 48%. (...)

Cena zaoferowana przez Akint Sp. z o.o. jest nierealistyczna i niewiarygodna. Nie jest możliwe w ww. kwocie świadczenie przedmiotowej usługi zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz w zgodzie z warunkami określonymi przez zamawiającego w SIWZ tj. przy zachowaniu odpowiednich standardów świadczenia usługi. Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawca Akint Sp. z o.o. nie daje rękojmi należytego wykonania umowy albowiem cena jego oferty zawiera rażąco niską cenę, Tym samym oferta tegoż wykonawcy jako taka winna zostać przez Zamawiającego odrzucona.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty AKINT Sp. z o.o.,
- 2)dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oferty wykonawcy AKINT Sp. z o.o.,
- 3)wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 30.06.2020 r., które wpłynęło do Izby w dniu 13.07.2020 r., odwołujący złożył „uzupełnienie odwołania”, w którym podniósł nowy zarzut dotyczący wprowadzenia zamawiającego w błąd przez wykonawcę AKINT Sp. z o.o. co do spełnienia warunku zdolności zawodowej i technicznej w zakresie doświadczenia.

Pismem z dnia 22 czerwca 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że zarzut taki nie może zostać podniesiony w postępowaniu o wartości niższej od kwot wskazanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a także o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że nie wzywał wykonawcy AKINT Sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ w sprawie zachodziły oczywiste okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. W odniesieniu do „uzupełnienia odwołania” o nowy zarzut, zamawiający w piśmie z dnia

14.07.2020r. wniósł o jego odrzucenie z powodu wniesienia go po upływie ustawowego terminu.

Pismem z dnia 17.06.2020 r., wykonawca AKINT Sp. z o.o., ul. Wandy Rutkiewicz 9, 02-956 Warszawa (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie okresowej kontroli jednorocznej 129 budynków wraz z instalacjami i przewodami kominowym oraz wykonanie okresowej kontroli pięcioletniej 65 budynków Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT wynosi 390.000,00 zł. W postępowaniu zostały złożone

dwie oferty z cenami:

- 202.950,00 zł brutto - oferta przystępującego,
- 248.884,31 zł brutto - oferta odwołującego.

Średnia arytmetyczna ofert wynosi 225.917,16 zł brutto. Oznacza to, że oferta przystępującego jest o ok. 48% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej

0VAT oraz o ok. 10% niższa od średniej arytmetycznej ofert. Oferta odwołującego jest niższa o ok. 36% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT.

Zamawiający nie wzywał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie cen ich ofert. Pismem z dnia 10.06.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie
uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz
stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania w zakresie podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że niezasadna jest argumentacja zamawiającego podniesiona w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymana na posiedzeniu. Przede wszystkim zauważyć należy, że zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty należy rozumieć jako wszystkie czynności lub zaniechania zamawiającego, których wynikiem jest wybór takiej a nie innej oferty. Tym samym w sformułowaniu „wybór najkorzystniejszej oferty” mieszczą się również takie zachowania zamawiającego, jak zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, czy też zaniechanie wezwania wykonawcy, którego ofertę wybrano do wyjaśnienia ceny oferty. Należy bowiem zauważyć, że bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, niedopuszczalne jest ewentualne odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym czynność wezwania do wyjaśnień w tym przypadku jest nierozłącznie związana z czynnością ewentualnego odrzucenia oferty wykonawcy, i co za tym idzie - z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Dodatkowo należy zauważyć, że zarzut zawarty w niniejszym odwołaniu dotyczy m.in. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który przewiduje obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy w określonych okolicznościach. Tym samym odrzucenie przewidziane w tym przepisie (art. 90 ust. 3) również mieści się, jak wskazano już wyżej, w pojęciu wyboru oferty. Przy czym pogląd o szerokim rozumieniu sformułowania „wybór najkorzystniejszej oferty” zawartego w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. I tak przykładowo można wskazać na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17, w której Sąd Najwyższy stwierdził: „Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty,

Okórym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu”. Podobnie Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt IX Ga 502/16 stwierdził: „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest ukoronowaniem szeregu czynności i działań lub zaniechań i to ta końcowa czynność w łańcuchu decyzyjnym podlega odwołaniu. W świetle wykładni celowościowej nie ma znaczenia jaki element procesu decyzyjnego wcześniej był wadliwy - jak to zawiązując w świetle wykładni językowej zdaje się sugerować uzasadnienie rozstrzygnięcia KIO. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp w żaden sposób nie wartościuje czy też nie uzależnia dopuszczalności odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - od zaistnienia określonych przyczyn leżących u podstaw wadliwej

1niezgodnej z prawem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. (...) W konkluzji należy uznać, że dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, iż zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed KIO podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa - ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechania odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona". W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zaniechanie wezwania wykonawcy Akint do wyjaśnień ceny oferty, jak i zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, są zachowaniem zamawiającego mieszczącym się w szerokim pojęciu „wyboru najkorzystniejszej oferty”, a w konsekwencji mieszczą się w normie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Jedynie na marginesie należy dodać, że z kolei art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w ogóle nie odnosi się do żadnego obowiązku zamawiającego i nie ma znaczenia z punktu widzenia prawidłowości wniesienia odwołania.

Odnosząc się do wniosku zamawiającego o odrzucenie „uzupełnionego” odwołania w zakresie zarzutu wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełnienia przez przystępującego warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania upłynął odwołującemu w dniu 15.06.2020 r. (5 dni od zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty). Oznacza to, że wniesienie odwołania z nowym zarzutem po tym terminie skutkuje koniecznością jego odrzucenia na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie są przy tym zasadne argumenty odwołującego, zgodnie z którymi nie mógł on podnieść tego zarzutu wcześniej, gdyż z uwagi na „długi weekend” zamawiający udostępnił mu ofertę przystępującego dopiero w dniu 16.06.2020 r. Po pierwsze, przepisy ustawy Pzp nie przewidują żadnych okoliczności powodujących wydłużenie terminu na wniesienie odwołania, w tym również okoliczności związanych z „długimi weekendami”. Po drugie, nie było przeszkód, aby odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie oferty przystępującego przed „długim weekendem”, gdyż zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oferty udostępnia się od ich otwarcia. Po trzecie, już tylko na marginesie należy zauważyć, że nawet gdyby uznać argumentację odwołującego (mimo jej oczywistej bezzasadności), to odwołujący powinien był wnieść odwołanie w terminie 5 dni od dnia 16.06.2020 r., kiedy udostępniono mu dokumenty. Tymczasem odwołujący wniósł odwołanie z nowym zarzutem w piśmie z dnia 30.06.2020 r., które dodatkowo przekazał Prezesowi Izby dopiero w dniu 13.07.2020 r., czyli prawie miesiąc od zapoznania się z dokumentami. W tym stanie rzeczy nie można uznać argumentacji odwołującego za zasadną, przy czym podstawowym powodem jej nieuznania jest fakt, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości wydłużenia terminu na wniesienie odwołania bez względu na okoliczności faktyczne.

Nie można się także zgodzić z argumentacją odwołującego, zgodnie z którą zarzut dotyczący spełnienia warunku przez przystępującego, podniesiony dopiero w „uzupełnieniu odwołania” wniesionym w dniu 13.07.2020 r., stanowił uzupełnienie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp podniesionego już w odwołaniu wniesionym w dniu 15.06.2020 r. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z powyższego wynika, że samo wskazanie naruszonego przez zamawiającego przepisu ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Tym samym nie jest dopuszczalne wskazanie w odwołaniu określonego przepisu ustawy, a następnie „wrzucanie” do niego po upływie terminu na wniesienie odwołania różnorodnych okoliczności faktycznych z uzasadnieniem, że za każdym razem stanowią one jedynie „uzupełnienie” zarzutu określonego tym przepisem. Takie działanie prowadziłoby do obejścia przepisów określających termin na wniesienie odwołania i w istocie zwolniłoby wykonawców z obowiązku ich przestrzegania.

W niniejszej sprawie w odwołaniu wniesionym w dniu 15.06.2020 r. odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego. Z kolei w „uzupełnionym odwołaniu” z dnia 30.06.2020 r. (wniesionym w dniu 13.07.2020 r.) odwołujący podniósł zarzut wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu. Są to dwa zupełnie odrębne zarzuty, oparte nie tylko na różnych niezwiązanych ze sobą

podstawach prawnych, ale także dotyczące całkowicie różnych okoliczności faktycznych. Tym samym odwołanie wniesione do Prezesa Izby w dniu

13.07.2020r. zawierające zarzut dotyczący spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie stanowi żadnego „uzupełnienia” zarzutu określonego przepisem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i podniesionego w dniu 15.06.2020 r. Jest to nowy zarzut, a odwołanie, które go zawiera zostało wniesione po upływie terminu przewidzianego ustawą Pzp i w związku z tym podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej, podniesionego w odwołaniu złożonym w dniu 15.06.2020 r., należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś 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. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie zamawiający nie wezwał żadnego z wykonawców uczestniczących w postępowaniu do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cen ich ofert, mimo że ceny obu ofert były niższe o ponad 30% od wartości szacunkowej powiększonej o VAT. Zamawiający wyjaśnił, że odstąpił od wezwania z uwagi na treść art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp przewidującego wyjątek od obowiązku takiego wezwania. Wyjątek ten dotyczy sytuacji, gdy wprawdzie cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, ale jednocześnie sytuacja ta jest wynikiem okoliczności oczywistych, nie wymagających wyjaśnienia.

W niniejszej sprawie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że mamy do czynienia z takim właśnie wyjątkiem. Należy zwrócić uwagę, że wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wyniosła 390.000,00 zł, zaś w postępowaniu zostały złożone dwie oferty i każda z nich miała cenę niższą o ponad 30% od ww. wartości. Powyższa sytuacja pozwala na uznanie, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty przystępującego, której dotyczy zarzut odwołania, a wartością szacunkową powiększoną o VAT, wynika z okoliczności oczywistych nie wymagających wyjaśnienia. Tą oczywistą okolicznością jest fakt, że to wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT została zawyżona. Powyższe dodatkowo potwierdza okoliczność, że cena oferty przystępującego była tylko o 10% niższa od średniej arytmetycznej ofert. Zatem w niniejszym postępowaniu ceny ofert, w tym cena oferty przystępującego, były realne, natomiast zamawiający „przeszacował” wartość zamówienia. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu ziszcila się przesłanka, o której mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp zwalniająca zamawiającego z obowiązku wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji nie zachodzi także podstawa do stwierdzenia, że cena oferty przystępującego jest ceną rażąco niską.

Odnosząc się do argumentów odwołującego, zgodnie z którymi po zorientowaniu się, że wartość zamówienia jest zawyżona, zamawiający powinien obliczyć ją jeszcze raz i dokonać oceny zasadności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

1. Ustalenie wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed

dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

2. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Z ww. przepisów wynika, że zamawiający może zmienić wartość szacunkową zamówienia najpóźniej do dnia wszczęcia postępowania (czyli w trybach z ogłoszeniem - do dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu). Nie jest natomiast dopuszczalna taka zmiana po terminie składania ofert, jak postuluje w niniejszej sprawie odwołujący.

Ponadto odwołujący dokonał samodzielnie obliczenia „nowej” wartości szacunkowej zamówienia, wyliczył ją na kwotę ok. 300.000,00 zł brutto i na tej podstawie wywiódł, że przystępujący powinien być wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty, gdyż cena ta nadal byłaby niższa o ponad 30% od „nowej” wartości. Należy jednak zauważyć, że art. 34 ustawy Pzp przewiduje dla usług powtarzających się okresowo lub podlegających wznowieniu dwa sposoby obliczenia wartości szacunkowej:

1) jako łączną wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo

2) jako łączną wartość zamówień tego samego rodzaju, których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

Wybór przez odwołującego pierwszej z tych metod poprzez oparcie się tylko na własnej cenie z poprzedniego roku, w dodatku bez uwzględnienia prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, nie pozwala na stwierdzenie, że wyliczona przez odwołującego kwota 300.000,00 zł brutto jest wiarygodna.

Przede wszystkim jednak należy stwierdzić, że po terminie składania ofert zamawiający nie może dokonywać zmian w szacunku wartości zamówienia, co oznacza, że cenę oferty wykonawcy należy odnosić do wartości szacunkowej ustalonej przed wszczęciem postępowania (powiększonej o VAT). Tym samym prawidłowość zastosowania przez zamawiającego wyjątku, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, również musi być oceniana w stosunku do wartości ustalonej przed wszczęciem postępowania. Prowadzi to do wniosku, że w przedmiotowej sprawie cenę oferty przystępującego należy porównywać do kwoty 390.000,00 zł i w świetle tej kwoty, wyżej wskazane ustalenia co do zasadności odstąpienia od wzywania przystępującego do złożenia wyjaśnień i braku podstaw do stwierdzenia ceny rażąco niskiej, pozostają aktualne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym w dniu 15.06.2020 r. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący