

WYROK
z dnia 26 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2023 r. przez wykonawcę AJHmedia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Kraków-Urząd Miasta Krakowa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Premium Consulting sp. z o.o., Platforma Biznesu sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3028/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę AJHmedia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AJHmedia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy AJHmedia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Gminę Miejską Kraków-Urząd Miasta Krakowa kwotę 676 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miejska Kraków-Urząd Miasta Krakowa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa uruchomienia, administrowania, serwisowania i rekonfiguracji dostarczonego Centralnego Systemu Kolejowego”, numer referencyjny: IT-03-2.271.25.202.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 090-278129 w dniu 10 maja 2023 r.

W dniu 2 października 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego: AJHmedia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w złożonej przez niego ofercie, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia tej ceny.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 12 października 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 oraz art. 17 ustawy Pzp poprzez skierowanie do Odwołującego w dniu 2 października 2023 roku i podtrzymanego w dniu 10 października 2023 r. wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w ofercie złożonej przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu, pomimo że okoliczności sprawy potwierdzają, że wezwanie Zamawiającego z dnia 2 października 2023 r. podtrzymane pismem z 10 października 2023 r. jest nieuzasadnione w świetle brzmienia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który Zamawiający przywołał jako podstawę prawną wezwania, w szczególności z następujących przyczyn:

a) z uwagi na dokonaną przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp aktualizację wartości zamówienia w dniu 15 czerwca 2023 roku do wysokości 3 886 631 zł brutto nie została spełniona przesłanka co najmniej 30% rozbieżności ceny oferty względem zaktualizowanej wartości zamówienia; z dokumentacji udostępnionej Odwołującemu nie wynika, aby czynność aktualizacji wartości zamówienia została w sposób formalny zmieniona, a więc aby Zamawiający odstąpił od poczynionych przez siebie ustaleń i ocen w tym zakresie;

b) niezależnie od przyczyny wskazanej powyżej, nawet jeżeli uznać że skutek skierowania wezwania do wyjaśnień Zamawiający odstąpił skutecznie od czynności

aktualizacji wartości zamówienia dokonanej na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, to w świetle brzmienia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp in fine przywołanego jako podstawa prawna wezwania, w sprawie zachodzą oczywiste okoliczności uzasadniające zaistniałe rozbieżności cenowe (opisane także w dalszej części niniejszego odwołania), w tym polegające na:

- przyjęciu nieadekwatnej zawyżonej wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, która na potrzeby ustalenia zaistniałej rozbieżności została - jak Odwołujący zakłada - przyjęta ponownie w kwocie 6 150 000 zł brutto, określonej pierwotnie przez Zamawiającego, której zawyżony i nieadekwatny charakter został przyznany przez Zamawiającego i skorygowany działaniem Komisji Przetargowej z 15 czerwca 2023 roku do wartości 3 886 631 zł brutto; wartość 3 886 631 zł brutto była podstawą dla badania i oceny ofert w Postępowaniu na potrzeby pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, gdzie Zamawiający zaniechał wzywania do wyjaśnienia zaoferowanej ceny oferentów o znacznie niższych cenach od Odwołującego z powołaniem się na nieadekwatnie ustaloną wartość zamówienia; Zamawiający swoje stanowisko podtrzymywał także w toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2401/23, uznając, że powyższe zawyżenie ma charakter okoliczności oczywistej w rozumieniu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i zastosowanie jej jako podstawy wezwania prowadziło do nieadekwatnych efektów;

- braku wątpliwości co do realności wyceny oferty wykonawcy Koma Nord Sp. z o.o. w wysokości 2 921 250 złotych brutto z uwagi zbyt wysoką wycenę przy szacowaniu wartości zamówienia jak i merytoryczną wiedzę pracowników Zamawiającego dotyczącą tzw. systemów kolejkowych, co stanowiło oczywiste okoliczności uzasadniające brak zasadności wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na jakiegokolwiek podstawie prawnej, w tym na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, co jednoznacznie Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2401/23, zatem tym bardziej nie były uzasadnione takie wątpliwości względem ceny oferty Odwołującego w wysokości 3 437 850 złotych brutto, który realizował usługi na rzecz Zamawiającego i nadal aktualnie je realizuje po cenie niższej niż wynika z jego oferty, której wyjaśnienia aktualnie Zamawiający żąda;

- Zamawiający oświadczył, że zanim nastąpi obowiązek wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi ocenić sytuację i dopiero jeżeli taka ocena nie pozwoli dojść do wniosku, że mamy do czynienia z oczywistymi rozbieżnościami czy też pierwotna wartość jest nieadekwatna lub też po prostu (lub też wręcz w konsekwencji powyższych) wysokość ceny nie budzi wątpliwości Zamawiającego, nie wydaje się ona rażąco niska, to dopiero wtedy zachodzi obowiązek wystosowania wezwania, jednak w odniesieniu do oferty Odwołującego nie przeprowadził takiego badania, lecz zastosował automatyzm wezwania, powołując się jedynie na rozbieżność procentową względem wartości zamówienia, której nieadekwatny i zawyżony poziom jest oczywisty, a który sam przyznawał i korygował;

- niezastosowaniu w badaniu podstaw wezwania mechanizmów korygujących, pomimo że sam przyznawał konieczność ich zastosowania z uwagi na zawyżony i nieadekwatny poziom inicjalnie ustalonej wartości zamówienia,

- niewykazanie i nie odniesienie się w treści wezwania w jakikolwiek sposób do spełniania przesłanki braku oczywistych okoliczności uzasadniających zaistniałą rozbieżność, co jest elementem obligatoryjnym skutecznego i zgodnego z prawem wezwania,

- braku jakichkolwiek rzeczywistych podstaw dla wątpliwości co do rzetelności wyceny oferty Odwołującego,

- pominięciu innych oczywistych okoliczności uzasadniających zaistniałą rozbieżność, takich jak fakt wykonywania usług na rzecz Zamawiającego, co daje naturalną przewagę w wycenie i możliwość jej optymalizacji w sposób niedostępny dla innych wykonawców, niewielką różnicę względem średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, realizowanie zamówienia w prawidłowy sposób za niższą cenę od zawartej w ofercie potwierdzone referencjami Zamawiającego,

- skierowaniu wezwania pomimo nie zachodzą żadne okoliczności uzasadniające jakąkolwiek wątpliwość, że zaoferowana przez Odwołującego cena może mieć charakter rażąco niski, a Zamawiający przyjął całkowicie nieadekwatny miernik porównawczy dla oceny rzetelności oferowanej przez Odwołującego ceny oraz wezwanie do wyjaśnień skierował na zasadzie automatycznego stosowania przesłanki z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, porównując cenę do inicjalnej wartości zamówienia, którą sam w warunkach tego zamówienia uznawał za nieadekwatną i prowadzącą do niewłaściwych rezultatów, przez co nie stosował jej w poprzednim badaniu i ocenie ofert, uznając, że jej zawyżenie ma charakter oczywistej przesłanki w rozumieniu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wymaga korekty oraz niestosowania w procesie badania i oceny ofert, co skutkować winno zaniechaniem wezwania do wyjaśnień ceny;

2. art. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający równe traktowanie Wykonawców, uczciwą konkurencję oraz zasadę proporcjonalności, polegające na skierowaniu wezwania do Odwołującego pismem z dnia 2 października 2023 roku potwierdzonym pismem z 10 października 2023 roku do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty pomimo że:

a) okoliczności sprawy potwierdzają, że ww. wezwanie Zamawiającego jest nieuzasadnione w świetle art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp in fine, ponieważ w sprawie zachodzą oczywiste okoliczności uzasadniające zaistniałe rozbieżności cenowe (opisane w niniejszym odwołaniu), co zostało przyznane przez Zamawiającego i znalazło potwierdzenie w korekcie wartości szacunkowej i zaniechaniu badania cen w stosunku do innych oferentów, którzy zaoferowali ceny znacznie niższe,

b) Zamawiający zastosował wobec Odwołującego inne zasady badania oferty niż względem pozostałych wykonawców niezajdujące oparcia w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp in fine,

c) Zamawiający dokonał wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny pomimo że zachodzą oczywiste okoliczności uzasadniające rozbieżność pomiędzy ceną oferty a inicjalną wartością zamówienia, których Zamawiający bezprawnie nie uwzględnił oraz nie ma on żadnych obiektywnych wątpliwości względem prawidłowości zaoferowanej ceny, co w ocenie Odwołującego nakierowane jest nie tyle na weryfikację ceny z uwagi na rzeczywistą możliwość jej zniżenia co wykreowanie sytuacji zmierzającej do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 2 października 2023 r. wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, podtrzymanej pismem otrzymanym dnia 10 października 2023 r.;

2) w przypadku ewentualnego ponownego wyznaczenia i upływu terminu na złożenie wyjaśnień (który obecnie został zniesiony pismem z 12 października 2023 r.) przed rozstrzygnięciem odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie zarzutów oznaczonych w petitum odwołania:

- nieuwzględniania podczas badania i oceny ofert wyjaśnień złożonych przez Odwołującego z ostrożności w związku z wezwaniem Zamawiającego i pominięciem ich tak jakby nie zostały złożone (uznanie za niebyłe) z uwagi na brak podstawy prawnej do wezwania do ich złożenia;
- nieudostępniania wyjaśnień złożonych przez Odwołującego z ostrożności w związku z wezwaniem Zamawiającego, skierowanym do Odwołującego z naruszeniem art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 16 i 17 ustawy Pzp w jakimkolwiek zakresie jakimkolwiek podmiotom, w tym Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu oraz utrzymanie pełnej ich poufności, w szczególności w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa;
- zwrot Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez niego.

Odwołujący wnosil także, na podstawie art. 573 ustawy Pzp, o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 2 października 2023 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z treścią wezwania z 2 października 2023 roku

Zamawiający powołał się na art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując na rozbieżność ceny oferty Wykonawcy z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania:

Zgodnie z brzmieniem art 224 ust. 2 pkt 1 ustawy, Zamawiający jest zobowiązany do badania czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską „W przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art 226 ust 1 pkt 1 i 10(...)”.

Podniósł, że w wezwaniu Zamawiający ustalił, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Działając zatem na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy, zwracam się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zgodnie z art. 224 ust, 3 ustawy przedmiotowe wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz.2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający zauważył także, że wyjaśnienia powinny przedstawiać szczegółowy sposób kalkulacji wszystkich elementów składających się na cenę całkowitą zamówienia zaproponowaną w ofercie. Wyjaśnienia winny uwzględniać wszelkie

szczególne okoliczności istniejące po stronie Wykonawcy i mające znaczenie dla ustalenia zaoferowanej ceny na poziomie obniżonym w stosunku do oszacowanego przez Zamawiającego.

Z powyższego wynika, jak wskazał Odwołujący, że jedyne uzasadnienie dla dokonanego wezwania Zamawiający upatruje w treści art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który jakoby wymaga od niego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w każdym przypadku, gdy zaistnieje co najmniej 30% rozbieżność pomiędzy wartością zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług a ceną oferty. Takie samo stanowisko Zamawiający zajął także w piśmie z 10 października 2023 roku stanowiącym odpowiedź na wniosek Wykonawcy o unieważnienie czynności wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że jego wezwanie wynika wyłącznie z zaistniałej rozbieżności procentowej ceny oferty względem wartości zamówienia, nie ma on żadnych konkretnych wątpliwości względem wyceny, stąd ogólnikowo („standardowo”) sformułowane wezwanie.

Zdaniem Odwołującego - czynność wezwania jest całkowicie niezasadna i narusza przepisy wskazane w petitum odwołania.

Odwołujący wywodził, że znamienne jest, że Zamawiający w przedmiotowym wezwaniu pominął zupełnie okoliczność, że na podstawie decyzji Komisji Przetargowej z 15 czerwca 2023 roku nastąpiła aktualizacja wartości zamówienia ze względu na znaczną rozbieżność pomiędzy pierwotnie oszacowaną wartością zamówienia a średnią ceną ofert. W konsekwencji jako zaktualizowana wartość zamówienia została przyjęta kwota 3 886 631 zł brutto, a Komisja nie rekomendowała wzywania żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazując: Ponadto w zakresie oceny ofert wynikającej z art. 224 ustawy Pzp, tj. dot. rażąco niskiej ceny, Komisja rekomenduje zastosować art. 224 ust 2 pkt 2 z uwagi na znaczną rozbieżność pomiędzy pierwotnie szacowaną wartością zamówienia, a średnią ceną ofert. Należy przyjąć zaktualizowaną wartość zamówienia wynikającą ze złożonych ofert gdyż obrazuje ceny rynkowe. Ta zaktualizowana wartość powiększona o podatek wynosi 3 886 631 zł brutto, a tym samym żadna z ofert nie odbiega o co najmniej 30 % od tej wartości. Ceny ofert nie odbiegają także o co najmniej 30 % od średniej cen wszystkich ofert Komisja rekomenduje więc nie wzywanie żadnego z Wykonawców do przedstawiania wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przyznał zatem, że wartość zamówienia ustalona inicjalnie (6 150 000 zł brutto) nie była adekwatna na potrzeby oceny ofert w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ zbyt znacząco odbiegała od średniej arytmetycznej ceny złożonych ofert obrazującej ceny rynkowe. Pozostawała zatem w oderwaniu od cen

rynkowych i zastosowanie jej na potrzeby wezwania do wyjaśnień oznaczało, że wezwanie do wyjaśnienia ceny kierowane byłoby do podmiotów, co do których nie zachodzi żadne uzasadnione podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Okoliczność ta w sposób oczywisty uzasadniała zaistniałą rozbieżność.

Odwołujący zaznaczył, że konsekwencją powyższego był wybór oferty Koma Nord Sp. z o.o., który nie został poprzedzony wezwaniem tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie widział wówczas przesłanek do wzywania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający uznawał wówczas, że na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny konieczne jest przyjęcie zaktualizowanej wartości zamówienia, bądź też nieuwzględnianie dotychczasowej wartości zamówienia z uwagi na jej znaczne zawyżenie w konsultacjach rynkowych. Ponadto wskazywał na swoją wiedzę o rynku systemów kolejowych oraz dostępności ofert na poziomie takim jak Koma Nord Sp. z o.o. Zamawiający uznawał, że nie ma podstawy prawnej dla wezwania Koma Nord Sp. z o.o. także z uwagi na treść przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp in fine, tj. że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Odwołujący przywołał stanowisko Zamawiającego prezentowane w odpowiedzi na odwołanie w postępowaniu odwoławczym KIO 2401/23 zarówno względem nieadekwatności wyceny wartości zamówienia, jak i braku jakichkolwiek wątpliwości względem wyceny oferty Koma Nord Sp. z o.o., ponieważ stanowi ono podsumowanie stanowiska Zamawiającego, które jest w pełni adekwatne do sytuacji prawnej Odwołującego, lecz nie zostało przez Zamawiającego zastosowane.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający oświadczył, co następuje: „Zestawiając inicjalną szacunkową wartość zamówienia ustaloną na podstawie rozeznania rynkowego w czasie przeprowadzonych konsultacji rynkowych z cenami złożonych ofert, Zamawiający doszedł do wniosku, że zastosowanie w ocenie ofert inicjalnej wartości szacunkowej da nieadekwatne efekty. Dopiero po złożeniu ofert, a więc też po wszczęciu postępowania Zamawiający był w stanie dostrzec, że pierwotne szacowanie wartości zamówienia nie było adekwatne do prawidłowej wartości rynkowej przedmiotu zamówienia. W konsultacjach rynkowych wykonawcy nie są zmuszeni do realnej konkurencji rynkowej, a też niejednokrotnie nie zapoznają się odpowiednio z opisem przedmiotu zamówienia. Możliwe, że wręcz celowo zawyżają podawaną wartość licząc na możliwość uzyskania wyższej ceny/marży czy licząc na zaburzenie wartości szacunkowej zamówienia czy kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w celu wykorzystania tego na etapie przetargu. W efekcie dopiero ceny ofert oddają realną wartość danego zamówienia. Odmówienie Zamawiającemu prawa zauważenia tej prawidłowości oznaczałoby odmówienie mu prawa

właściwej oceny ofert. W przedmiotowym przypadku powyższe się potwierdziło, przy czym Zamawiający nie zna powodów działania Wykonawców i może co najwyżej oceniać efekty tych działań. Nie jest też zobowiązany do identyfikowania tych przyczyn. Odwołujący w toku konsultacji rynkowych podał wartość zamówienia na poziomie 5 500 000 zł netto, a następnie zaoferował w toku przetargu cenę odpowiadającą wartości netto wynoszącej 2 795 000 zł. Efekt takich działań Zamawiający ocenił w ten sposób, że inicjalna wartość szacunkowa była nieadekwatna i ustalona na podstawie nierzetelnych danych, tj. wycen wykonawców. Przy wyeliminowaniu z pierwotnego obliczania wartości szacunkowej zamówienia wartości podanej przez Odwołującego czy choćby zastąpieniu jej ceną oferty Odwołującego, w każdym z tych przypadków cena oferty Przystępującego nie jest niższa o co najmniej 30% od tak wyliczanych w poprawiony sposób wartości. Jednocześnie Przystępujące Konsorcjum złożyło ofertę z ceną 6 999 930 zł brutto, tj. dwukrotnie przekraczającą cenę Odwołującego oraz niemal trzykrotnie cenę najniższą, zaoferowaną przez Wykonawcę DASOFT Sp. z o.o. (który w pismach wyjaśniających złożenie przez niego oferty jedynie technicznie nieprawidłowo nawet po złożeniu oferty zapewniał, że jest ona rzetelnie przygotowana), podczas gdy na etapie konsultacji rynkowych wskazywał wartość równoznaczną z 4 806 840 zł brutto. Rozbieżności w wartościach podawanych przez Odwołującego i Przystępujące Konsorcjum między konsultacjami rynkowymi a przetargiem dodatkowo pokazują brak ich wiarygodności. Nie biorąc do obliczeń ewidentnie zawyżonej oferty Przystępującego Konsorcjum (oferta ta oscyluje jedynie w okolicach pierwotnej wartości szacunkowej, która jednakże jak wskazano wyżej została sztucznie zawyżona) żadna z cen ofert nie byłaby niższa o co najmniej 30% od średniej cen ofert, nawet najtańsza oferta DASOFT Sp. z o.o. W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego jak najbardziej istniała nie tylko możliwość, g wręcz konieczność zastosowania zaktualizowanej wartości szacunkowej zamówienia. albo nawet bardziej brak możliwości zastosowania pierwotnej wartości szacunkowej W trakcie oceny ofert. Sam przepis art 224 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp dopuszcza aktualizację wartości zamówienia. Trzeba podkreślić, że przepis ten wymienia istotną zmianę cen rynkowych jedynie jako przykład podstawy do takiej aktualizacji, a więc wyżej wymienione okoliczności, nawet jeżeli nie interpretować ich jako obiektywnych zmiany cen rynkowych powinny były stanowić podstawę aktualizacji. Zmiana cen rynkowych może polegać zarówno na wzroście jak i na obniżeniu cen - ustawodawca nie ogranicza możliwości zastosowania tego przepisu jedynie do wzrostu cen. Ceny ofert w postępowaniu zasadniczo-inaczej niż inicjalne szacowanie wartości zamówienia - stanowią najbardziej reprezentatywną próbkę rynku, gdyż są złożone w warunkach realnej konkurencji rynkowej i co więcej zasadniczo tylko one i dopiero one są w stanie pokazać Zamawiającemu adekwatny obraz właściwej wartości zamówienia, ale też uświadomić już po wszczęciu postępowania nieprawidłowości w zakresie pierwotnego szacowania wartości zamówienia. Nawet jeżeli Zamawiający błędnie przyporządkował ww. sytuację faktyczną do normy

prawnej i powinien był zastosować art. 224 ust. 2 pkt 1 w części, która mówi o tym, że rozbieżność cen W stosunku do wartości szacunkowej i średniej cen ofert wynika z oczywistych okolicznościach. czy też powinien był zastosować inaczej zaktualizowaną wartość szacunkową na jeden z zaprezentowanych wyżej sposobów. to nie zmienia to postaci rzeczy, że jego postępowanie było racjonalne, legalne i uzasadnione. Ta oczywista okoliczność wynika z nieadekwatności wartości, które przy prostym i bezpośrednim zastosowaniu liczenia odchylenia 30% wyrażonego w przepisie prowadziłyby do oczywistego zastosowania nieadekwatnych wartości takich jak kwota podawana przez Odwołującego w trakcie konsultacji rynkowych czy cena oferty Przystępującego Konsorcjum. Zasadnicza przyczyna takiego postępowania Zamawiającego została przez niego wyrażona w informacji o aktualizacji wartości szacunkowej zamówienia i mieści w sobie ww. okoliczności faktyczne, które do tego wynikają także z dokumentacji zamówienia (notatka z szacowania wartości zamówienia oraz same oferty). Także Krajowa Izba Odwoławcza dostrzega w swym orzecznictwie możliwość potraktowania zawyżenia wycen wykonawców (czy to na etapie pierwotnej wyceny czy składania ofert) jako okoliczności oczywistych, z których wynikają rozbieżności w cenach, co powoduje że Zamawiający nie musi wzywać do wyjaśnień w tym zakresie. Przykładowo w orzeczeniu w sprawie KIO 2499/18 Izba podnosi: „Powyższa sytuacja pozwala na uznanie, że rozbieżność pomiędzy ceną wykonawcy E., a średnią arytmetyczną złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych nie wymagających wyjaśnienia. Tą okolicznością oczywistą jest fakt, że to cena oferty odwołującego została zawyżona i sztucznie wpłynęła na wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu zamawiający był zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy E. do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji nie zachodzi także podstawa do stwierdzenia, że cena oferty wykonawcy E. jest ceną rażąco niską”. Zamawiający zwraca uwagę, że pomimo konieczności przeprowadzenia i przedstawienia rzetelnych wyliczeń w niniejszej odpowiedzi na odwołanie okoliczność nieadekwatności wartości, które miałby zastosować do wyliczenia progów od których zasadniczo powinien był wzywać do wyjaśnień rażąco niskiej ceny były oczywiste „na pierwszy rzut oka” po zapoznaniu się z cenami ofert. W piśmiennictwie podnoszona jest możliwość stosowania art. 224 ust. 2 pkt 2 w przypadku nieadekwatnej pierwotnej wartości szacunkowej zamówienia. Przykładowo W. Bereszko (W. Bereszko, Co zrobić ze źle lub nieaktualnie oszacowaną wartością zamówienia, gdy po otwarciu ofert, ceny radykalnie spadły () ,QA 1765589, LEX/el., 2021) podnosi, że „Zgodnie z tym przepisem, zamawiający dokonuje aktualizacji wartości zamówienia uwzględniając okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania (w szczególności wystąpienie istotnej zmiany cen rynkowych), a cenę oferty w kontekście wystąpienia podejrzenia wystąpienia „rażąco niskiej ceny” odnosi do tak zaktualizowanej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.”- Warto także zauważyć, że stan faktyczny w przedmiotowym postępowaniu

powodował, że okoliczności pozwalające na nie wzywanie do wyjaśnień. W zakresie rażąco niskiej ceny były oczywiste, rzucały się na pierwszy rzut oka i nie wymagały żadnego wyjaśnienia. Na konieczność tak rozumianej oczywistości wskazuje H. Nowak: „Taka sytuacja może mieć miejsce co do zdarzeń i faktów od razu przez zamawiającego dostrzeżonych, bez konieczności dokonywania analizy, porównywania i badania innych przypadków” (“Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, str. 706, www.uzp.gov.pl). Warto podkreślić, że sztywne trzymanie się arbitralnej ustawowej granicy 30% wartości odchylenia pomija okoliczność, że każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się pewną dozą indywidualności. Zdaje się dostrzegać to także ustawodawca dając zamawiającym narzędzia do racjonalizowania stosowania tej arbitralnej granicy 30% i w ocenie Zamawiającego zastosował on te narzędzia prawidłowo. Odnosząc się jeszcze do szczegółowych elementów argumentacji Odwołującego warto wylistować jego błędne oceny czy założenia, w szczególności:

- 1) należy jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Przystępującego z uwagi na występujące wyceny na takim poziomie przy szacowaniu wartości zamówienia jak i merytoryczną wiedzę pracowników Zamawiającego dotyczącą tzw. systemów kolejkowych;
- 2) samo orzecznictwo które przywołuje Odwołujący przeczy jego tezom, przywołane przez Niego orzeczenia jakoby mają dowodzić obligatoryjności wezwań do wyjaśnień cen, a tymczasem nawet z zacytowanych w odwołaniu fragmentów jasno wynika, że zasadniczo zanim nastąpi obowiązek wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi ocenić sytuację i dopiero jeżeli taka ocena nie pozwoli dojść do wniosku, że mamy do czynienia z oczywistymi rozbieżnościami czy też pierwotna wartość jest nieadekwatna lub też po prostu (lub też wręcz w konsekwencji powyższych) wysokość ceny nie budzi wątpliwości Zamawiającego, nie wydaje się ona rażąco niska, to dopiero wtedy zachodzi obowiązek wystosowania wezwania;”.

Z powyższego wynika – według Odwołującego, że pozbawione podstawy prawnej jest wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oparte jedynie na porównaniu zaoferowanych cen względem wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania w oparciu m.in. o oszacowanie z konsultacji rynkowych, które sam Zamawiający uznawał za niewiarygodne i zawyżone oraz przyjmował, że to średnia arytmetyczna cena złożonych ofert jest bardziej adekwatna i w prawidłowy sposób obrazuje ceny rynkowe, względnie, że pierwotne oszacowanie należy pominąć przy badaniu rażąco niskiej ceny jako nieadekwatne

i potraktować jako okoliczność oczywistą uzasadniającą istniejącą rozbieżność pomiędzy ceną oferty i wartością zamówienia.

Takie stanowisko zajmował względem wyceny oferty skalkulowanej na kwotę 2 921 250 złotych brutto. Tym bardziej zatem jest ono uzasadnione względem oferty Odwołującego w wysokości 3 437 850 złotych brutto obecnie, ponieważ nie zaistniały żadne okoliczności, które w jakikolwiek sposób uzasadniałyby zmianę stanowiska Zamawiającego. Zamawiający zresztą ich nie przywołuje. Obiektywnie zatem należy uznać, że wystąpiły oczywiste okoliczności, które uzasadniały zaistniałą rozbieżność przekraczającą 30%.

W dniu 6 października 2023 roku Zamawiający, na wniosek Wykonawcy, udostępnił Wykonawcy dokumentację postępowania, z której nie wynika, aby Komisja Przetargowa dokonała zmiany swojej decyzji z czerwca 2023 roku o aktualizacji wartości zamówienia do poziomu 3 886 631 złotych brutto. Oznacza to zatem, że wbrew stanowisku Zamawiającego nie nastąpiła w tym zakresie zmiana i nie została spełniona przesłanka 30% rozbieżności względem wartości zamówienia, skoro wartość ta została dostosowana do cen rynkowych, a wartość zamówienia ustalona przed wszczęciem postępowania nie dawała rzeczywistego obrazu cen rynkowych, ponieważ była zawyżona m.in. z uwagi na inny opis przedmiotu zamówienia, brak konkurencji wykonawców czy chęć zwiększenia budżetu Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że nie udostępniono także żadnego dokumentu, z którego wynikałoby, dlaczego Zamawiający, pomimo że poprzednio zajmował tak jednoznaczne stanowisko względem wadliwości oszacowania i oczywistych okoliczności uzasadniających zaistniałe rozbieżności cen ofertowych i wartości zamówienia, obecnie, gdy zmuszony był odrzucić ofertę Koma Nord Sp. z o.o. z innych przyczyn, uznał, że jednak spełniona jest przesłanka do wezwania z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oparta na rozbieżności względem ceny oferty i wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania. Oznacza to zatem, że Zamawiający z jednej strony formalnie nie zmienił zaktualizowanej wartości zamówienia, z drugiej postanowił powołać się na wartość zamówienia, którą poprzednio uznał za wadliwie ustaloną i która nie powinna być wyznacznikiem wezwania do rażąco niskiej ceny. Uczynił to bez żadnego uzasadnienia.

Zdaniem Odwołującego - zupełnie bezzasadne jest odwołanie się do stanowiska wykonawcy Premium Consulting Sp. z o.o. i Platforma Biznesu Sp. z o.o., który w nieskutecznym przystąpieniu sygnalizował, że wszyscy wykonawcy poza nim powinni być wezwani do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający bynajmniej nie uznawał owej sygnalizacji za zasadną, broniąc oferty Koma Nord Sp. z o.o., a przesłanki do wezwania nie

opierają się na wątpliwościach innych wykonawców, zwłaszcza takich, którzy oferują ceny na poziomie rażąco zawyżonym. Sam Zamawiający w postępowaniu odwoławczym ocenił wycenę tego wykonawcy jako rażąco zawyżoną i niewiarygodną, ponieważ w konsultacjach rynkowych, które zawsze zawierają wyższe wyceny zaoferował on cenę znacząco niższą niż następnie w ofercie. Był to jedyny taki przypadek spośród wykonawców uczestniczących w konsultacjach. Ponadto wykonawca ten nie ma żadnych szans na uzyskanie zamówienia, ponieważ jego oferta przekracza o blisko 850 000 zł zawyżony budżet Zamawiającego. Dla tak doświadczonego Zamawiającego oczywistym też było, że zawyżone ceny ofert często nakierowane są właśnie na wywołanie skutku w postaci wykreowania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny u innych wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w piśmie z dnia 10 października 2023 roku Zamawiający próbował pominąć te okoliczności. Stwierdził, że z uwagi na unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej po wyroku KIO 2401/23 i powtórzenie czynności badania i oceny ofert jego poprzednie decyzje i ustalenia utraciły moc, a w obecnej procedurze nie zdecydował się na powtórne zastosowanie aktualizacji. Zamawiający nie uzasadnił jednak, jakie były merytoryczne powody tej decyzji, a w ocenie Odwołującego nie jest ona merytorycznie uzasadniona w ogóle. Za zupełnie niewiarygodne uznać należy, że przyczyną był zarzut odwoławczy. Zamawiający w postępowaniu odwoławczym nie uznawał przecież tego zarzutu za zasadny. Wręcz przeciwnie, przedstawił szeroką argumentację za tym, jak bardzo nielogiczne i prowadzące do niewłaściwych rezultatów właśnie w kontekście wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny byłoby utrzymanie wartości zamówienia na dotychczasowym poziomie, ewentualnie jej zastosowanie do badania rażąco niskiej ceny, ponieważ została ona znacząco zawyżona. Zamawiający twierdzi, że obecnie nie jest związany swoimi twierdzeniami ze stanowiska prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie. Takie twierdzenia również nie zasługują na wiarę, ponieważ nie sposób uznać, aby Zamawiający prezentował KIO stanowisko niezgodne z jego rzeczywistą oceną.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający stwarza jedynie pozory zaistnienia prawnej podstawy dla wezwania Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które nie było i nie jest zasadne. Z udostępnionych Wykonawcy dokumentów nie wynika, aby Zamawiający uchylił poprzednią decyzję Komisji Przetargowej, uznając jej wadliwość, w tym w jakikolwiek sposób uzasadnił, że poprzednie argumenty dotyczące nieprawidłowego ustalenia wartości zamówienia jako uzasadniające obowiązek aktualizacji zamówienia były niezasadne, a zatem, że to właśnie kwota 6 150 000 zł jest tą właściwą do porównania do cen złożonych ofert.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający jest wybiórczy w swoim stanowisku, ponieważ Wykonawca podnosił w odwołaniu m.in. że nie jest wiadome, dlaczego Zamawiający uznał, że to średnia arytmetyczna cen złożonych ofert stanowi wartość zamówienia. Zamawiający nie poczynił bowiem żadnego rozeznania rynku. Zarzut Odwołującego dotyczył zatem całkowicie dowolnego ustalenia po terminie składania ofert wartości zamówienia w oparciu jedynie o ceny ofert złożone w postępowaniu, co pozwalało Zamawiającemu na „sterowanie” wezwaniem do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zaznaczył, że kwestionował bowiem zaniechanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Koma Nord Sp. z o.o., którego cena oferty odbiegała o zaledwie kilka procent od poziomu 30% od wartości zamówienia zaktualizowanej przez Zamawiającego. Wystarczyło zatem, że wartość zamówienia byłaby ustalona na kilka procent wyższym poziomie i wykonawca ten podlegałby obowiązkowi wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Według Odwołującego - obecne stanowisko Zamawiającego, jakoby zgadzał się z zarzutem odwołania, jest całkowicie niewiarygodne i służy wyłącznie temu, aby stworzyć pozory uzasadnienia odmiennego i nierównego traktowania Odwołującego, którego cena jest wyższa o 20% od ceny oferty wykonawcy, który do wyjaśnień ceny nie został wezwany z uwagi na zastosowanie przepisu w części, której Zamawiający bezzasadnie nie stosuje wobec Odwołującego.

Znamienne jest także, że Zamawiający zarówno w wezwaniu z 2 października, jak i w piśmie z 10 października 2023 roku pominął zupełnie przywołaną przez Odwołującego treść przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp in fine, tj. w części wskazującej na brak podstaw do wezwania, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, na co powoływał się przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wyjaśnił, że Zamawiający jasno wskazywał wówczas na te okoliczności oraz szeroko (w 13 punktach) uzasadniał brak obowiązku wezwania do wyjaśnień Koma Nord Sp. z o.o. m.in. z uwagi na zaistnienie owych oczywistych okoliczności.

Przekonywał, że żadna z okoliczności istniejących wówczas nie uległa zmianie, zatem obecne stanowisko Zamawiającego jest bezzasadne i nie zmierza do wyjaśnienia ceny z uwagi na faktyczne wątpliwości, ale - w ocenie Odwołującego - do wykreowania sytuacji zmierzającej do odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że jej wycena jest prawidłowa i nie budzi żadnych wątpliwości Zamawiającego.

Według Odwołującego - świadczy o tym z jednej strony ogólnikowy charakter wezwania, ponieważ Zamawiający nie jest w stanie przytoczyć żadnych okoliczności, według których wycena nie jest prawidłowa. Z drugiej strony natomiast Zamawiający wymaga: wyjaśnienia powinny przedstawiać szczegółowy sposób kalkulacji wszystkich elementów składających się na cenę całkowitą zamówienia zaproponowaną w ofercie. Wyjaśnienia winny uwzględniać wszelkie szczególne okoliczności istniejące po stronie Wykonawcy i mające znaczenie dla ustalenia, zaoferowanej ceny na poziomie obniżonym w stosunku do oszacowanego przez Zamawiającego.

Dla Odwołującego - jest to oczekiwanie niezrozumiałe i w żaden sposób nieświadczące o zaoferowaniu zaniżonej ceny, skoro sam Zamawiający uznał, że oszacowany przez niego poziom nijak ma się do cen rynkowych.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający w czerwcu ustalił, że jego oszacowanie powinno być niższe o około 40%, aby odpowiadać cenom rynkowym, ponieważ zostało przyjęte na nieracjonalnym poziomie i nie powinno być uwzględniane w takim kształcie na potrzeby wzywania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Następnie cenę Odwołującego, który obecnie realizuje zamówienie i zaoferował cenę zbliżoną do zaktualizowanego oszacowania, wyższą od 2 innych wykonawców, uznaje za rynkowo wątpliwą i wymagającą wyjaśnień, jedynie na tej podstawie, że odbiega ona ponad 30% od ustalonego przez niego w sposób nadmierny oszacowania, a równocześnie nie formułuje wobec niej żadnych konkretnych wątpliwości.

Rekapitulując argumentację odwołania, Odwołujący podniósł, że wobec ceny jego oferty zachodzą oczywiste okoliczności uzasadniające rozbieżność ponad 30% względem inicjalnej wartości zamówienia ustalonej na zawyżonej wartości 6 150 000 zł brutto, co wyłącza obowiązek wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem 30% rozbieżność względem wartości zamówienia uzasadnia wezwanie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP tylko wówczas, gdy rozbieżność nie wynika z oczywistych okoliczności, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający wprowadził obecnie w piśmie z 2 października 2023 roku oraz z 10 października 2023 roku pomija okoliczności, jakie przywoływał w odpowiedzi na odwołanie, ponieważ „nie pasują” one do czynności wezwania Wykonawcy do wyjaśnień zaoferowanej ceny w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jednak zasadne jest ich ponowne przywołanie, ponieważ są adekwatne do sytuacji Odwołującego.

Według Odwołującego - Zamawiający przyznał, że wartość zamówienia ustalona na podstawie rozeznania rynkowego w czasie przeprowadzonych konsultacji rynkowych na kwotę 6 150 000 zł brutto nie jest adekwatna do prawidłowej wartości rynkowej. Tym samym

uznawał, że zastosowanie w ocenie ofert inicjalnej wartości szacunkowej da nieadekwatne efekty. Potwierdzeniem powyższego były ceny ofert złożonych w postępowaniu, gdzie tylko jedna była wyższa od tej wartości. Zamawiający słusznie uznał tę wycenę za niewiarygodną, ponieważ wykonawca ten w konsultacjach rynkowych, gdzie ceny zwykle są zawyżone, zaoferował znacznie niższą cenę niż później w złożonej ofercie.

Argumentował, że Zamawiający uznawał zatem, że z całą pewnością wartość 6 150 000 zł w kontekście zindywidualizowanej sytuacji w tym zamówieniu jest nieadekwatna i zbyt wysoka, przez co uwzględnienie jej przy weryfikacji rażąco niskiej ceny dałoby nieprawdziwe rezultaty. Niezasadnie zatem Zamawiający przyjął ją jako uzasadnienie dla zastosowania art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wobec oferty Odwołującego, której cena była wyższa o 20% (ponad 500 000 zł brutto) od ceny oferty Koma Nord Sp. z o.o. Stanowi ona bowiem oczywistą okoliczność uzasadniającą 30% rozbieżność pomiędzy tą wartością a ceną oferty Odwołującego, co wyłącza zasadność wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w oparciu o ten przepis. Zamawiający nie może ustalać tej rozbieżności, posługując się wartością zamówienia, którą sam ocenił jako .nieadekwatną na pierwszy rzut oka.

Przyznał, że ocena ta jest zresztą słuszna, ponieważ istotnie przyjęta przez Zamawiającego wartość oparta wyłącznie na konsultacjach rynkowych dała nieprawidłowe rezultaty. Zastosowanie jej wobec oferty Odwołującego stanowi zatem naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zakazu dyskryminacji oraz proporcjonalności wyrażone w art. 16 ustawy Pzp, skoro parametr ten był uznawany przez Zamawiającego jako niewłaściwy na pierwszy rzut oka i jako okoliczność oczywista w rozumieniu art. 224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp nawet w stosunku do oferty wykonawcy, który zaoferował cenę znacznie niższą niż cena oferty Odwołującego, znacznie niższą od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert uznanej przez Zamawiającego jako wyznacznik cen rynkowych.

Przypomniał, że przez wartość zamówienia rozumie się poziom wynagrodzenia wykonawcy, za który jest on zdolny zrealizować przedmiot zamówienia. Odwołujący do 8 września 2023 r. realizował zamówienie w sposób prawidłowy za cenę niższą niż ta jaką obecnie oferuje i nadal je realizuje za cenę odpowiednio niższą niż wynika z ceny złożonej oferty, która została skalkulowana w sposób rzetelny i niestwarzający podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Żaden z pozostałych wykonawców nie realizował zamówienia na rzecz Zamawiającego, zatem nie posiadają wiedzy i doświadczenia Odwołującego, a mimo to Zamawiający uznawał, że istnieją oczywiste obiektywne okoliczności, które wyłączają wezwanie do wyjaśnień oferowanej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazywał na swoją znajomość rynku, czy różnice w technologiach. Nie dostrzegł takich okoliczności wobec ceny oferty wyższej o ponad 60% od oferty Dasoft

Sp. z o.o. oraz wyższej o 20% od oferty Koma Nord Sp. z o.o. , a dotyczącej wykonawcy, który od przeszło 5 lat z sukcesem realizuje na jego rzecz zamówienie.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający wskazywał także na konieczność uwzględnienia indywidualnych uwarunkowań danego zamówienia przy ocenie zasadności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jednak swoich deklaracji nie zastosował wobec Odwołującego. Tymczasem indywidualne uwarunkowania są oczywiste, tj. Odwołujący jest aktualnym wykonawcą przedmiotowego zamówienia, zatem korzysta z naturalnej przewagi w możliwości zaoferowania korzystnej ceny. Zna bowiem wszelkie uwarunkowania skutecznego i sprawnego świadczenia usług na rzecz Zamawiającego nabyte przez 5 lat doświadczeń, co limituje jego ryzyka oraz pozwala na oszczędność kosztów. Zamówienie będące przedmiotem postępowania nie różni się w żaden istotny sposób od zamówienia realizowanego do tej pory, z zastrzeżeniem, że obejmuje nieco szerszy zakres. Usługa przewidziana zamówieniem stanowi bowiem de facto kontynuację usług świadczonych do tej pory. Pomimo tego zaoferowana przez niego cena i tak jest znacząco wyższa od cen dwóch wykonawców, którzy wcześniej nie świadczyli usług na rzecz Zamawiającego, zobowiązani są do poniesienia wszystkich kosztów warunkujących uruchomienie usługi, a dodatkowo mieli uwzględnić w cenie oferty rekonfigurację systemu w zakresie 350 godzin, ponieważ taka deklaracja znalazła się w ich ofertach. Ponadto Odwołujący jest podmiotem, który specjalizuje się w świadczeniu usług objętych zamówieniem, co dodatkowo ogranicza poziom ryzyk, jakie musiał wziąć pod uwagę. Cena oferty została zatem skalkulowana w sposób nad wyraz ostrożny.

Przekonywał, że wezwanie do wyjaśnień skierowane do Odwołującego nie znajduje żadnego uzasadnienia w realnych wątpliwościach po stronie Zamawiającego, czy Odwołujący daje rękojmię należytej realizacji zamówienia. O tym, że takie wątpliwości po stronie Zamawiającego nie zachodzą świadczą referencje wystawione Odwołującego przez Zamawiającego potwierdzające należyte wykonanie zamówienia wykonywanego na rzecz Zamawiającego.

Wywodził, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie służą eliminowaniu poprawnie złożonych ofert, a weryfikacji rzetelności wyceny tych ofert, gdzie istotnie wycena budzi wątpliwości, ponieważ jej nierynkowy charakter może zagrażać realizacji zamówienia. W sytuacji gdy takich obaw nie ma ustawodawca stworzył mechanizm, który wyklucza niezasadne wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny nawet, gdy rozbieżność ceny względem wartości zamówienia jest znacząca, ale wynika z okoliczności obiektywnych, które nie wymagają wyjaśnień. Taką okolicznością obiektywną jest m.in. zawyżona wartość zamówienia, która nie stanowi adekwatnego miernika, jak i inne okoliczności przywołane w

odwołaniu. Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny musi też uwzględniać podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia.

Argumentował, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności wyrażone w art. 16 i 17 ustawy Pzp wymagają, aby wezwanie było uzasadnione w sposób obiektywny. Wbrew obecnemu stanowisku Zamawiający jest związany twierdzeniami, jakie podnosił uprzednio przed Krajową Izbą Odwoławczą, a obecne czynności Zamawiającego nie znajdują wiarygodnego merytorycznego uzasadnienia. Okoliczności, na które wówczas Zamawiający się powoływał, nie uległy zmianie, a w stosunku do Odwołującego zachodzą oczywiste okoliczności obiektywne uzasadniające rozbieżność względem oszacowania wartości zamówienia w znacznie większym stopniu niż wobec Koma Nord Sp. z o.o. Zamawiający nie przywołał w wezwaniu żadnego argumentu, który wskazywałby, że obiektywne okoliczności usprawiedliwiająca zaoferowaną cenę nie zachodzą, podczas gdy w stosunku do ceny oferty Koma Nord Sp. z o.o. wskazał dodatkowo na okoliczności oczywistych uzasadniających zaoferowaną cenę i brak potrzeby dokonania wezwania do jej wyjaśnień, pomimo że nie korzystał on z żadnej z przewag, jaka jest w dyspozycji Odwołującego. Wezwanie z 2 października 2023 roku skierowane do Odwołującego jest więc całkowicie pozbawione podstawy prawnej i faktycznej oraz narusza podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę proporcjonalności przywołane w petitum odwołania. Nie zachodzą bowiem żadne okoliczności uzasadniające jakkolwiek wątpliwość, że cena zaoferowana przez Odwołującego może mieć charakter rażąco niski, a Zamawiający skierował wezwanie na zasadzie automatycznego stosowania przesłanki z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przyjmując w sposób sztuczny nieadekwatny miernik porównawczy dla oceny rzetelności oferowanej Wykonawcą ceny, który za taki uznawał wobec innych wykonawców oraz pomimo braku faktycznych wątpliwości względem rzetelności ceny jak też istnienia oczywistych okoliczności uzasadniających zaistniałą rozbieżność cenową niewymagających uzyskania wyjaśnień ceny. Celem Zamawiającego nie jest zatem rzeczywista weryfikacja rzetelności zaoferowanej ceny, lecz podjęcie czynności, które mogą doprowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego. Czynności Zamawiającego nie zmierzają do usunięcia jego uzasadnionych wątpliwości w zakresie rzetelności wyceny, a temu służyć ma art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. O nierównym traktowaniu świadczy także okoliczność, że wobec Odwołującego Zamawiający świadomie pominął okoliczności obiektywnie uzasadniające zaistniałą rozbieżność, które był zobowiązany wziąć pod uwagę, natomiast uwzględniał je poprzednio w procesie badania i oceny innych ofert. Zamawiający wskazał, że oczekuje od Odwołującego wyjaśnienia szczególnie sprzyjających okoliczności pozwalających za oferowanie ceny znacząco niższej od wartości oszacowania, podczas gdy sam uznawał, że takie okoliczności zachodzą wobec

wszystkich wykonawców z uwagi na przyjęcie go na zbyt wysokim poziomie, który w procesie badania i oceny ofert był przez niego skorygowany zarówno przez aktualizację wartości zamówienia jak i uznanie, że zawyżona wartość zamówienia stanowi okoliczność obiektywną uzasadniającą ponad 30% rozbieżność zaoferowanych cen i inicjalnej wartości szacunkowej.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Premium Consulting sp. z o.o., Platforma Biznesu sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 23 października 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 października 2023 r., pism procesowych Odwołującego z dnia 23 i 26 października 2023 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania odwołania w przedmiotowej sprawie, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 oraz art. 17 ustawy Pzp, a także stwierdziła brak naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 i 17 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do żądania wyjaśnienia zaoferowanej przez Odwołującego ceny oferty w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że zostały przeprowadzone dialogi techniczne poprzedzające wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Centralny System Kolejowy - CSK 2.0 - Usługa uruchomienia, administrowania, serwisowania i rekonfiguracji Centralnego Systemu Kolejowego”.

W dialogach wzięło udział 5 firm:

- Platforma Biznesu sp. z o.o.
- INFOBOX sp. z o.o.
- AJHmedia sp. z o.o.
- QMS sp. z o.o.
- PROMEDIO sp. z o.o.

W protokole z przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazano wartość zamówienia w kwocie 6 500 000 zł z informacją, że została ona ustalona w dniu 24 kwietnia 2023 r., zgodnie z notatką z oszacowania i art. 28 ustawy Pzp na podstawie wyceny przekazanej przez uczestników wstępnych konsultacji rynkowych.

Ponadto, Izba zwróciła uwagę, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosiła 6 150 000 zł, co potwierdza informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia z dnia 6 czerwca 2023 r.

Dalej, Izba stwierdziła, że Odwołujący złożył ofertę z ceną 3 437 850,00 zł brutto (oferta nr 1), Przystępujący z ceną 6 999 930,00 złotych brutto (oferta nr 2), wykonawca Koma Nord sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni z ceną 2 921 250,00 złotych brutto (oferta nr 3), wykonawca DASOFT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną 2 187 494,00 złotych brutto (oferta nr 4).

Ustalono również, że w wewnętrznej dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prośba z dnia 15 czerwca 2023 r. o akceptację dla ustaleń Komisji w przedmiotowym postępowaniu dotyczących oceny ofert, gdzie podniesiono: „(...) Ponadto w zakresie oceny ofert wynikającej z art. 224 ustawy Pzp, tj. dot. rażąco niskiej ceny, Komisja rekomenduje zastosować art. 224 ust. 2 pkt 2 z uwagi na znaczną rozbieżność pomiędzy pierwotnie szacowaną wartością zamówienia, a średnią ceną ofert. Należy przyjąć zaktualizowaną wartość zamówienia wynikającą ze złożonych ofert gdyż obrazuje ceny rynkowe. Ta zaktualizowana wartość powiększona o podatek wynosi 3 886 631 zł brutto, a tym samym żadna z ofert nie odbiega o co najmniej 30 % od tej wartości.

Ceny ofert nie odbiegają także o co najmniej 30 % od średniej cen wszystkich ofert. Komisja rekomenduje więc nie wzywaniu żadnego z Wykonawców do przedstawiania wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny.(...)”.

W dniu 2 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku postępowania to jest o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Koma Nord sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni.

W dniu 14 sierpnia 2023 r. Odwołujący wniósł pierwsze odwołanie, gdzie sformułował między innymi następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego: „(...)ewentualne - na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty Koma Nord Sp. z o.o.

7. art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez bezzasadną zmianę (aktualizację] wartości zamówienia ustalonej w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez jej obniżenie do wysokości 3 886 631 zł, skutkującą zaniechaniem wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Koma Nord sp. z o.o. na podstawie obligatoryjnej przesłanki z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy , pomimo że po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zaistniały przesłanki do aktualizacji (obniżenia) wartości zamówienia na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy , tym bardziej dokonanej w sposób i do kwoty wskazanej przez zamawiającego, w szczególności nie nastąpiła istotna zmian cen rynkowych,

8. art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy i art. 16 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Koma Nord Sp. z o.o. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty, pomimo że wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny miało charakter obligatoryjny z uwagi na ponad 30% rozbieżność względem wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, a jedyną przyczyną zaniechania wezwania była aktualizacja wartości zamówienia przez jej obniżenie dokonana z naruszeniem art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy ,

9. art. 224 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Koma Nord Sp. z o.o. pomimo że cena oferty tego wykonawcy wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz obowiązującymi przepisami.(...)”.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 29 sierpnia 2023 r., sygn. akt KIO 2401/23 Izba motywowała, że „(...)Odnośnie zarzutów od siódmego do czternastego, Izba wskazuje, że mają one charakter zarzutów ewentualnych i zostały jak sam oświadczył w odwołaniu

odwołujący sformułowane na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty Koma Nord. W konsekwencji, Izba odstąpiła od ich rozpoznawania.(...).

Opierając się o powyższy materiał dokumentacyjny, Izba doszła do przekonania, że zarzuty odwołania są oczywiście bezzasadne.

Wymaga wskazania, że stosowanie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Z jednoznacznego brzmienia tego przepisu wynika, że stanowi on dyrektywę nakazującą Zamawiającemu podjęcie określonych w tym przepisie czynności, podczas gdy Odwołujący sformułował swój zarzut nr 1 właśnie przytaczając cyt. przepis 224 ust. 1 ustawy Pzp, co prawda w związku z art.224 ust.2 pkt 1 oraz w związku z art. 16 oraz 17 ustawy Pzp, a obecnie domaga się zaniechania tej obligatoryjnej czynności Zamawiającego.

Zdaniem Izby – w ten sposób wskazana przez Odwołującego relacja powołanych przez niego przepisów nie mogła zostać uwzględniona przez Izbę, chociażby z tego powodu, że przepisy te zobowiązują Zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a nie odstąpienia od tej czynności. To samo dotyczy powołanej przez Odwołującego podstawy prawnej do zarzutu nr 2, gdzie również przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp został przytoczony.

Niezależnie jednak od powyższego należy zauważyć, że Odwołujący jako drugą podstawę do zgłoszonego zarzutu wskazał przepis art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W ocenie Izby – cały wywód Odwołującego w tym względzie mający uzasadnić zarzuty odwołania jest niekonsekwentny, mało przejrzysty, a w konsekwencji nielogiczny.

Izba z łatwością dostrzegła, że argumentacja Odwołującego ogniskuje się wokół oświadczenia członków Komisji Przetargowej z dnia 15 czerwca 2023 r. i stanowiska Zamawiającego z postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2401/23.

Z tego powodu - według Izby – stanowisko Odwołującego w istocie zmierza do uznania, że wartością zamówienia jest kwota 3 886 631 zł brutto, podczas gdy z protokołu postępowania wynika, że wartość zamówienia określono na kwotę 6 500 000 zł.

Izba nie podziela takiego poglądu Odwołującego z tego powodu, że zgodnie z art.36 ust. 1 ustawy Pzp ustalenia 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, z tym że w przypadku zamówień udzielanych w częściach powyższe terminy odnoszą się do wszczęcia pierwszego z postępowań.

Jednocześnie ust.2 cyt. wyżej przepisu przewiduje, że jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Z powyższego należy wnioskować, że prośba o akceptację z dnia 15 czerwca 2023 r. nie stanowiła zmiany wartości zamówienia, a była tylko rekomendacją dla Zamawiającego do podjęcia przez Kierownika Zamawiającego decyzji o zaktualizowaniu wartości zamówienia, o której mowa w art. 224 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

W myśl tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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.

Wymaga wskazania, że zarzut naruszenia art.224 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp w ogóle nie został przez Odwołującego podniesiony, a zatem w takiej sytuacji ma zastosowanie przepis art.555 ustawy Pzp, w myśl którego Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Na marginesie jednak należy zaznaczyć, że przepis art.224 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter fakultatywny i stanowi uprawnienie dla Zamawiającego do podjęcia procedury zmierzającej do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a nie jest jego prawnym obowiązkiem.

Zapewne Odwołujący o tym wiedział i dlatego dokonał zupełnie dowolnego kolażu tej sytuacji faktycznej związanej z okolicznością próby aktualizacji przez Zamawiającego wartości zamówienia z treścią art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, który odnosi się w całości do raz ustalonej wartości zamówienia, zaś powołany przepis art.224 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp ma zastosowanie w warunkach aktualizacji wartości zamówienia, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych.

Jednocześnie wymaga zaznaczenia, że prośba taka nie mogła prowadzić do zmiany wartości zamówienia w rozumieniu art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, na której to podstawie został oparty zarzut odwołania.

Idąc dalej, należy zauważyć, że pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie przed Izbą w dniu 26 października 2023 r. przyznał, „(...)iż pierwotnie dokonał obniżenia wartości zamówienia do kwoty 3 886 631 zł brutto, co zostało dokonane dla potrzeb wyboru tamtych wykonawców.(...).

W myśl przepisu art.8 ust.1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Natomiast art.83 § 1 kodeksu cywilnego stanowi, że nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów.

Z powyższych względów należało przyjąć, że próba Zamawiającego aktualizacji wartości zamówienia była bezskuteczna.

Na uwagę zasługuje również fakt, że powołane na wstępie zarzuty Odwołującego podniesione w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 2401/23 były skierowane właśnie przeciwko bezzasadnej aktualizacji wartości przedmiotu zamówienia, a obecnie Odwołujący argumentuje, że ta aktualizacja jest prawnie skuteczna i wobec tego z racji braku przekroczenia 30 % progu cenowego w stosunku do wartości zamówienia Zamawiający nie miał podstawy prawnej do żądania od Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Należy również zaznaczyć, że z powodu ewentualnego zgłoszenia tego zarzutu i wobec uwzględnienia przez Izbę w tamtej sprawie innych zarzutów odwołania, Izba w tamtym Składzie nie przesądziła o charakterze tej próby aktualizacji przedmiotu zamówienia.

Pozostał zatem do rozważenia kolejny wątek części zarzutu odwołania opartego o przepis art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp.

Z przyczyn omówionych wyżej nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający mógł zastosować przepis, o którym wyżej mowa z tego powodu, że cena całkowita oferty Odwołującego złożonej w terminie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Jeszcze raz należy podkreślić, co wyraźnie wynika z komentowanych przepisów, a czego nie dostrzega Odwołujący, że przepis art. 224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp dotyczy wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania, zaś przepis art.224 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp (Odwołujący takiego zarzutu na podstawie tego przepisu nie podniósł w tym postępowaniu odwoławczym) dotyczy wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania.

I również w tym drugim przypadku Zamawiający z racji fakultatywnego charakteru tego przepisu, gdyby zaistniały przesłanki określone w art.224 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, byłby jedynie uprawniony do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Na koniec pozostała do rozważania jedynie przesłanka tzw. „rozbieżności wynikającej z okoliczności oczywistych” opisana w przepisie art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp.

Wymaga wskazania, że ustawodawca nie sprecyzował o jakiego rodzaju rozbieżności chodzi, a także jakie są owe okoliczności oczywiste.

Przy takiej redakcji przepisu obowiązującego prawa wydaje się, że jego znaczenie może być dosyć szerokie, a zatem mogą to być wszelkie rozbieżności cenowe pomiędzy wszystkimi ofertami a wartością zamówienia, a także rozbieżności cenowe występujące pomiędzy tymi ofertami.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący pobieżnie wykazał, że oczywistym jest, że wartość zamówienia została ustalona niewłaściwie.

Przede wszystkim, co zostało potwierdzone na wstępie Zamawiający zmierzał do aktualizacji wartości zamówienia dla pozorów (vide: przyznanie przez Zamawiającego celu aktualizacji dla wyboru oferty z najniższą ceną dokonane na rozprawie przed Izbą), w celu pominięcia procedury, o której mowa w art.224 ust.1 ustawy Pzp. Ten zabieg jednak okazał się bezskuteczny, co zostało wyżej powiedziane i w konsekwencji Zamawiający pozostał przy prawidłowo określonej wartości zamówienia.

Dodatkowo, należy wskazać, że w postępowaniu tym została również złożona oferta przekraczająca wartość zamówienia z ceną 6 999 930,00 złotych brutto (oferta nr 2), co czyni wywód Odwołującego za bezzasadny, co do oczywistości występującej rozbieżności.

Nie jest dla Izby oczywista rozbieżność cenowa pomiędzy złożonymi przez wykonawców ofertami, a także ich rozbieżności w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a w szczególności nie jest jasna wartość powyższej oferty z najwyższą ceną.

Dopiero wyjaśnienie konkretnie złożonych ofert i ich relacji do wartości zamówienia mogłoby wyjaśnić istniejące rozbieżności cenowe i w konsekwencji przesądzić czy taka oczywista rozbieżność występuje.

W ocenie Izby – Odwołujący nie udowodnił oczywistości uzasadniających występujące rozbieżności pomiędzy jego ceną a wartością zamówienia.

Na rozprawie przed Izbą Odwołujący nie był w stanie wykazać i udowodnić podstawowych kosztów istotnie wpływających na okoliczność występujących rozbieżności pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a ceną jego oferty, które uzasadniałyby owe oczywiste rozbieżności, bowiem wyjaśnił, co następuje: „(...)Na pytanie Przewodniczącego jakie ceny w ramach przedmiotu zamówienia uległy zmianie wyjaśnia, że nastąpiła zmiana ceny wynikająca ze zwiększenia liczby lokalizacji (1 lokalizacja). Na pytanie Przewodniczącego jaka jest wartość ceny za jedną lokalizację udziela odpowiedzi, że w chwili obecnej nie ma takiej wiedzy. Znaczenie miało również to, że przy konsultacjach dotyczących ceny była przewidziana wartość kodów źródłowych (około 2 mln zł). Również nastąpiło podwyższenie wymagań sprzętowych – w chwili obecnej nie jest w stanie wyjaśnić jakie to były wartości.(...).”

W przekonaniu Izby - Odwołujący zatem nie przeprowadził dowodu na okoliczność, że wartości zadeklarowanych przez innych wykonawców cen za wykonanie przedmiotu zamówienia w dialogu technicznym i ustalona na ich podstawie wartość zamówienia mogły się w sposób istotny różnić się w stosunku do zaoferowanej przez Odwołującego ceny z powodu zmiany okoliczności związanych z opisem przedmiotu zamówienia, a rozbieżności te wynikały z oczywistych okoliczności.

Co do powyższych oświadczeń Odwołującego odnoszących się zmian przedmiotu zamówienia, Izba uznała je za gołosłowne, a także co do wartości kodów źródłowych za nieoparte żadnymi dowodami, skoro Odwołujący w ogóle nie wykazał jakie wartości cenowe uległy zmianie, a wobec tego nie wykazał oczywistości tych rozbieżności.

Dla możliwości potwierdzenia, że wystąpiły rozbieżności, nie wymagające wyjaśnienia, muszą zaistnieć również oczywiste okoliczności i w związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że ogólne powołanie się przez Odwołującego na zmianę przedmiotu zamówienia z daty dialogu technicznego samo w sobie nie stanowi okoliczności oczywistych i wymaga wykazania, jakie konkretne i wiarygodne wartości cenowe zostały pominięte przy składaniu oferty w danym przetargu w stosunku do wartości zamówienia ustalonej w dialogu technicznym.

Według zapatrywania Izby – za bezzasadny należało uznać również drugi zarzut odwołania oparty między innymi o przepis art.16 i art.17 ustawy Pzp, gdzie Odwołujący stwierdził, że została złamana zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, a wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie było obiektywnie uzasadnione.

Zdaniem Izby – już chociażby wyeliminowanie w przedmiotowym przetargu dwóch wykonawców z niższymi od Odwołującego cenami złożonych ofert świadczy o tym, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest konkurencyjne, a zarzut nierównego traktowania wykonawców w tych okolicznościach sprawy mógłby ewentualnie zgłosić jeden z podmiotów, którego oferta została odrzucona.

Dodatkowo, z racji występującej rozbieżności ceny oferty Odwołującego w odniesieniu do wartości zamówienia w warunkach opisanych w normie przepisu art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp postępowanie Zamawiającego należało uznać również za proporcjonalne i obiektywnie uzasadnione.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający działał w granicach przepisu art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp wzywając Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....