Sygn. akt: KIO 3710/21

WYROK

z dnia 17 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2021 r. przez wykonawcę ARCO SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu w postępowaniu

prowadzonym przez Studio Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 608 zł 00 gr (słownie:

   cztery tysiące sześćset osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu.

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 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) 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:

Sygn. akt: KIO 3710/21

Zamawiający - Studio Filmów Rysunkowych w Bielsku - Białej [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na budowę Interaktywnego Centrum Bajki i Animacji przy Studiu Filmów Rysunkowych (ICBiA)

w Bielsku-Białej - przetarg w celu wyłonienia Generalnego Wykonawcy ICBiA (znak postępowania: 1/2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2021 r. pod numerem nr 2021/S 182-472490.

W dniu 22 grudnia 2021 r. wykonawca ARCO SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Bielsku - Białej [dalej „BPBP"] do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny pomimo, że cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwy oraz przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane odwołaniem;

3. nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

b) powtórzenie czynności oceny ofert w Postępowaniu i w jej ramach wezwanie wykonawcy BPBP do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na przedmiot niniejszego zamówienia. Uzasadniał, że charakter i znaczenie inwestycji podkreśla także fakt, że zamówienie jest dofinansowane ze środków zewnętrznych, w szczególności pochodzących od: 1. Skarbu Państwa - Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, pełniącego funkcję Operatora Programu dla Programu „Kultura", Działanie 1, Poprawa zarzadzania dziedzictwem kulturowym" w ramach Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego 2014- 202; 2. Skarbu Państwa - Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego w ramach dotacji celowych, 3. Miasta Bielska-Białej w ramach dotacji celowej. Konkurs na zaprojektowanie obiektu zorganizowało Stowarzyszenie Architektów Polskich SARP Oddział Katowice. Projekt Interaktywnego Centrum Bajki i Animacji opracowała renomowana pracownia architektoniczna Nizio International Design, która uczestniczyła w tworzeniu m.in. Muzeum Powstania Warszawskiego i Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN (konsorcjum Nizio Design International i MWE sp. z o.o., Warszawa). Odwołujący wskazał, że niestandardowy charakter projektu potwierdza także fakt, że Zamawiający na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania przeprowadził (maj 2021r.) wstępne konsultacje rynkowe w sprawie postępowania - Załącznik nr 15 do SWZ. Podsumowując stwierdził, że mamy do czynienia z realizacją unikalnego i bardzo wymagającego obiektu budowlanego w dodatku w bardzo niesprzyjającym otoczeniu makroekonomicznym.

Następnie Odwołujący wskazał, że z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę:

27 024 330,00 zł wg kosztorysu inwestorskiego z dnia 27.07.2021 r. - co daje brutto kwotę 33 239 925,9 zł. Wskazał, że kwota jaką podaje Zamawiający w protokole postępowania to wartość zamówienia ta zaś jest wartością netto tj. bez podatku od towarów i usług VAT (art. 28 ustawy Pzp). Powyższe jest jednak sprzeczne z danymi nt. wartości zamówienia zawartymi w ogłoszeniu o zamówieniu w DZUUE zgodnie z którymi podano, że wartość szacunkowa zamówienia bez VAT to 21 971 000 zł. Z kolei kwota podana przez Zamawiającego kwota, o której mowa w art. 222 ust 4 Pzp wyniosła 27 024 330 zł.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wg protokołu szacowanie wartości zamówienia zostało dokonane na dzień 27.07.2021 r. tymczasem przedmiary jakie są zawarte w SWZ pochodzą z początku marca 2021 r. Odwołujący wskazał, że ustalenie wartości zamówienia miało miejsce 27 lipca 2021 r., ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20.09.2021 r., a termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 25 listopada 2021 r.

Odwołujący wskazał, że poziom inflacji osiągnął 7,8%. Stwierdził, że wystarczy przywołać notowane w końcu sierpnia wskaźniki wzrostu cen samych materiałów budowlanych. Przedstawił dane dotyczące najwyższego wzrostu cen materiałów budowlanych w ponad 30-letniej historii SEKOCENBUD. Podobnie prezentuje się dynamika cen materiałów w analizie przeprowadzonej przez Grupę PSB Handel S.A. - Odwołujący przedstawił stosowny wykres. Zdaniem Odwołującego powyższe dowodzi, że wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego na koniec lipca br. w relacji do tempa zmian inflacyjnych oraz kosztów czynników produkcji z czasu złożenia ofert w postępowaniu nie może być w pełni wiarygodną podstawą ustalenia realności wycen ofertowych wykonawców. Odwołujący wskazał, że szacunki Zamawiającego pochodzą z lipca br. podczas gdy sam wzrost inflacji wyłącznie na miesiąc listopad to wartość ponad 7%. Ceny towarów i usług konsumpcyjnych (CPI) w listopadzie 2021 r. w porównaniu z analogicznym miesiącem

ubiegłego roku wzrosły o 7,7 proc. - co wynika z najnowszego komunikatu Głównego Urzędu Statystycznego. Odwołujący uzasadniał, że w ostatnich miesiącach wzrost inflacji jest wyjątkowo szybki. W październiku osiągnął blisko 7 proc., we wrześniu inflacja CPI zbliżyła się do 6 proc., w sierpniu wynosiła 5,5% i po raz pierwszy od 2001 roku przekroczyła barierę 5 proc. Sierpniowy odczyt był też wyraźnie wyższy niż lipcowy (5,0%) oraz zdecydowanie wyższy niż i tak nieniskie odczyty z poprzednich miesięcy: 4,4 proc. w czerwcu i 4,7 proc. w maju. Wystarczy wskazać na wysokie i nienotowane w ostatnich latach zmiany cen samych podstawowych materiałów budowlanych jak stal czy beton.

Odwołujący wskazał, że obowiązkiem Wykonawców była rzecz jasna wycena realna możliwości wykonania zamówienia przy uwzględnieniu realiów rynkowych oraz szacując i kalkulując w cenie oferty ryzyka ekonomiczne w tym związane z zasadniczym wzrostem cen podstawowych materiałów budowlanych, ale i kosztów pracy - wzrost stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę od dnia 1.01.2022 r. przy zastosowanej w postępowaniu klauzuli zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Za sprawą nowego rozporządzenia od stycznia 2022 roku minimalne pensje osiągane na podstawie umowy o pracę wzrosną do poziomu 3010 zł - to 210 zł więcej, niż aktualnie obowiązująca minimalna pensja (2800 zł), co oznacza wzrost o 7,5 proc. w porównaniu do poprzedniego roku. W tym kontekście wobec braku formalnej możliwości aktualizacji wartości przedmiotu zamówienia w trakcie postępowania po jego wszczęciu przez Zamawiającego lepiej odzwierciedla wartość zamówienia wycena rynkowa wykonawców, którzy dokonali wyceny ofertowej w Postępowaniu, zwłaszcza wobec tak dużej konkurencyjności. Na potwierdzenie powyższego przywołał wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2015 r. sygn. akt: KIO 2824/14. Odwołujący wskazał, że także w relacji do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego mamy do czynienia z bardzo podobnym poziomem niedoszacowania oferty BPBP. Skala ponad 20% niedoszacowania w relacji jednocześnie do wartości zamówienia jak i średniej arytmetycznej jest najlepszym potwierdzeniem konieczności zastosowania wezwania do wyjaśnień ceny. Gdyby Zamawiający stwierdził, że wadliwa była informacja zawarta w protokole postępowania odnośnie ustalonej wartości zamówienia i podana kwota jest wartością brutto - o czym świadczyłyby dane z otwarcia ofert oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w DzUUE to relacje wartości przedstawiałyby się następująco (dane zawarte w tabeli s. 13 odwołania). Przedstawione zestawienie dowodzi - zdaniem Odwołującego, że wartość ustalona w ten sposób przez Zamawiającego i jedyna oferta BPBP byłyby w oderwaniu od wycen rynkowych aż 7 innych wykonawców.

Kolejno Odwołujący wskazał, ze zgodnie z opublikowanymi przez Zamawiającego danymi z procedury otwarcia ofert w Postępowaniu złożyło oferty łącznie 8 wykonawców. Ceny ofert oscylują na poziomie od 26 408 100,00 zł brutto do 41 824 367,76 zł, przy czym wycena na poziomie ok. 26 mln zł jest jedyną w całym postępowaniu na tak niskim poziomie. Odwołujący dokonał zestawienia pomiędzy poszczególnymi cenami ofert i ich relacjami. Wskazał, że średnia arytmetyczna cen złożonych ofert to wartość 34 523 610,34 zł przy cenie oferty BPBP na poziomie jedynie 26 408 100,00 zł brutto. Wskazał, że nawet całkowite pominięcie najdroższej oferty nie zmienia zasadniczo średniej ofert. Powyższe zdaniem Odwołujący potwierdza jedynie, że wycena BPBP ma charakter zaniżonej i jedynej na tym poziomie wyceny w stosunku do wszystkich uczestników postępowania. Odwołujący wskazał dodatkowo, że to właśnie wyceny ofertowe konkurencyjnych wykonawców uznać należy za najbardziej wiarygodne i aktualne źródło informacji nt. rynkowej wartości przedmiotu zamówienia.

Następnie Odwołujący zwracał uwagę na długoterminowy charakter umowy, ryczałtowy charakter wyceny oraz brak podstaw obliczenia ceny w ofercie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SWZ termin realizacji przedmiotu zamówienia to aż 87 tygodni od dnia zawarcia niniejszej umowy, z tym zastrzeżeniem, że Wykonawca będzie zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby umożliwić dostawcy Wystawy Stałej i Systemu Audiowizualnego rozpoczęcie montażu urządzeń oraz wystawy stałej począwszy od 56 tygodnia od daty zawarcia umowy. Podał, że z zgodnie z Umową wynagrodzenie wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego (§ 7. Wynagrodzenie). Przywołał również ust. 10 par. 7 Umowy. Wskazał, że przewidziana waloryzacja ma bardzo ograniczony charakter i zgodnie z umową może być

wprowadzana nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy i wyłącznie 1

raz w danym roku kalendarzowym. Dodatkowo poziom zmiany wynagrodzenia zostanie

ustalony na podstawie rocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (inflacja) ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ale nie może być większy niż 2%. Zgodnie z umową (§ 3. Oświadczenia i zobowiązania Stron ust 2) - Wykonawca oświadcza, że w przypadku, gdy w Umowie lub w Dokumentacji oraz załącznikach pewne roboty lub świadczenia (obowiązki Wykonawcy) zostały pominięte, niecałkowicie lub niejednoznacznie przewidziane lub opisane, ale w myśl uznanych zasad techniki, sztuki budowlanej, przepisów prawa lub założeń jakie Inwestycja ma spełniać, są one konieczne w celu wykonania kompletnego Przedmiotu Umowy, z uwzględnieniem jakości i funkcji jaką pełnić ma Inwestycja, Wykonawca zobowiązany jest wykonać je jako roboty lub świadczenia objęte Umową, odpowiadające jakości całej Inwestycji, bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia (klauzula kompletności). Ponadto Zamawiający nie przewiduje udzielania zaliczek. Dodatkowo zgodnie z Umową Zamawiający zastrzega sobie prawo wyłączenia, bez odrębnej zgody Wykonawcy, dowolnej części robót z zakresu objętego Przedmiotem Umowy, ale wyłącznie o wolumen robót o wartości łącznej nie większej niż 10% kwoty wynagrodzenia - w sytuacji wyłączenia części robót z zakresu objętego Przedmiotem Umowy, Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie przewidziane za wykonanie danej części robót wyłączonej z zakresu będącego Przedmiotem Umowy, a Wykonawcy nie przysługują jakiekolwiek roszczenia, w tym m.in. o jakiekolwiek odszkodowania, utracone korzyści, utraconą marżę zysku, utracone przychody itp. Wskazał także na konieczność kalkulacji w cenie ofertowej poważnych ryzyk w tym związanych m.in. z reżimem kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w Umowie - § 10. Kary umowne - w szczególności przewidujących za odstąpienie od Umowy w części przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca - w wysokości 30% łącznego wynagrodzenia netto określonego w § 7 ust. 1 niniejszej umowy niezrealizowanego Przedmiotu Umowy. Powyższe - zdaniem Odwołującego potwierdza, że wyłącznym źródłem wynagrodzenia wykonawcy ma być ofertowa wycena ryczałtowa a zatem tym bardziej istotnie zaniżony poziom wyceny musi być na etapie oceny ofert przedmiotem wyjaśnień.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że w postępowaniu mamy do czynienia z rozliczeniem o charakterze ryczałtowym. Mając na względzie przyjęty ryczałtowy sposób obliczenia ceny oferty i rozliczenia robót, uwzględniając, że oferta zawiera w Formularzu ofertowym wyłącznie podanie jednej ceny ofertowej bez jakichkolwiek obliczeń czy wycen cząstkowych, uznać należy że to właśnie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny faktycznie miały być jedynym źródłem informacji nt. sposobu i poprawności wyceny ofertowej. Ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia zamawiającego ze zbadania czy została ona skalkulowana w sposób prawidłowy. Konieczne jest podniesienie, że w razie wynagrodzenia ryczałtowego, Zamawiający ma również obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, jeśli zajdą ku temu przesłanki określone w Pzp. Ryczałt nie zabezpiecza bowiem Zamawiającego przed możliwością zaoferowania mu ceny, która nie ma rynkowego charakteru. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 5 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 2872/15, wyrok KIO z dnia 21 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2347/17, wyrok KIO z dnia 9 marca 2018 r., sygn. akt KIO 334/18, KIO 336/18 oraz wyrok KIO z dnia 30.01.2020 r. sygn. akt: KIO 82/20.

Odwołujący stwierdził, że o ile faktycznie byłoby tak, że wybrany wykonawca rzetelnie i realnie skalkulował cenę ofertową, to odtworzenie szczegółów kalkulacji i jej podstaw i źródeł nie powinno nastręczać wykonawcy żadnych problemów. Tym bardziej, że zgodnie z Umową (§ 7. Wynagrodzenie ust 2) - sporządzony przez Wykonawcę kosztorys na podstawie, którego Wykonawca określił cenę ryczałtową wskazaną w Ofercie z rozbiciem na co najmniej ceny poszczególnych materiałów, robót, urządzeń, sprzętu, stanowi załącznik nr 6 do Umowy, tak więc musiał być na etapie wyceny ofertowej przygotowany przez wykonawców.

Odwołujący wskazał, że z prezentowanych powyżej danych wynika, że wycena rynkowa zamówienia dokonana przez pozostałych wykonawców ale również przez Zamawiającego zgodnie potwierdzają, że cena oferty BPBP ma znamiona rażąco niskiej i nierynkowej. Sam fakt, że nie został osiągnięty wskaźnik o którym mowa w art. 224 ust. 2

ustawy Pzp nie oznacza braku obowiązku wezwania wykonawcy BPBP do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 15 października 2018 r., sygn. akt KIO 1946/18, wyrok KIO z dnia 18 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1897/20, wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2015 r. sygn. akt: KIO 1781/15, wyrok KIO z dnia 24 lutego 2021 r. sygn. akt: KIO 362/21, wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 820/16. Z ww. orzeczeń zdaniem Odwołującego wynika, że zawsze kiedy zamawiający nabędzie stosownych wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny, będzie on zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej.

Odnośnie ew. argumentacji nt. przypadku nieprzekroczenia wskaźnika 30% jako niepozwalającego na kwestionowanie zaniżonej wyceny, Odwołujący powołał się na wyrok KIO sygn. akt: KIO 945/17. Analiza ceny zaoferowanej przez wykonawcę BPBP w relacji do wartości rynkowej (średniej arytmetycznej) wskazuje, że ma ona znamiona rażąco niskiej, tj. nie umożliwiającej pokrycia obiektywnych i rynkowych kosztów realizacji zamówienia w sposób zgodny z przewidzianym przez Zamawiającego. Rynkowy poziom stawek koniecznych do zaoferowania dla realizacji przedmiotu zamówienia jest znacząco wyższy niż zawarty w ofercie BPBP. Wskazał, że wycena ofertowa nie zawiera jakichkolwiek informacji nt. wyceny elementów składowych zamówienia - brak kosztorysu, tabeli elementów rozliczeniowych itp. Oferta zawiera wyłącznie podaną cenę łączną ryczałtową za całkowity zakres zamówienia, co w trakcie oceny oferty uniemożliwia weryfikację założeń kalkulacyjnych ale także ocenę zgodności oferty z SWZ i jej kompletności w relacji do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentacji przetargowej. Wskazać przy tym należy, że wybrana oferta nie zawiera w wycenie elementu ewentualnie pozwalającego optymalizować cenę, w postaci zastosowania materiałów równoważnych. Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy zawartym w treści formularza ofertowego BPBP nie przewiduje stosowania rozwiązań/materiałów równoważnych - co dowodzi porównywalności wyceny pomiędzy wykonawcami w tym Odwołującym.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że nie tylko Wykonawca BPBP może być traktowany jako lokalny biorąc pod uwagę adres siedziby bowiem Odwołujący aktualnie prowadzi kontrakt w ramach innego zamówienia publicznego w Bielsku-Białej przy ul. Słowackiego tj. w odległości około 1km od placu przyszłej budowy. Kontrakt ten realizowany będzie do marca 2023 r. a zatem prawie przez cały okres trwania przedmiotowej inwestycji.

Możliwość zaoferowania korzystniejszych warunków i obniżenia ponoszonych przez wykonawcę kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, wymaga udowodnienia i wykazania w sposób przewidziany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Dlatego też zasadne jest

wystosowanie do ww. Wykonawcy wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w celu

weryfikacji realnej możliwości zaoferowania ceny niższej niż rynkowy poziom kosztów koniecznych do poniesienia w celu wykonania zamówienia. Powyższe dowodzi, że Zamawiający zobowiązany jest na aktualnym etapie postępowania wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 224 ustawy Pzp - czy oferta złożona przez Wykonawcę BPBP zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonanie zamówienia w cenie wskazanej w ww. ofercie nie jest możliwe bez poniesienia straty przez tych wykonawcę. Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania BPBP do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszyłby zatem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się także na wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1211/21, wyrok KIO z dnia 12 lutego 2021 r. sygn. akt: KIO 131/21, wyrok KIO z dnia 10 lutego 2021 r. sygn. akt: KIO 209/21, wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 893/20.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 stycznia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa wg norm przepisanych.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego, Zamawiający wyjaśnił, iż:

1) Zaplanowana przez Zamawiającego Inwestycja ma charakter unikalny z uwagi na swój cel tj. połączenie nowoczesnego muzeum z jednoczesną edukacją z wykorzystaniem

nowoczesnych technik multimedialnych. Co istotne dla niniejszej sprawy, projekt ten nie ma charakteru niestandardowego w zakresie robót budowlanych, montażowych, warunków geologicznych, czy innych warunków związanych z realizacją prac budowlanych - zaplanowane roboty budowlane będą realizowane zgodnie z ogólnie znanymi rozwiązaniami, które dla profesjonalnej firmy budowlanej nie powinny stanowić prac o nadzwyczajnym czy też niestandardowym charakterze. Zamawiający wskazał, że nie można podzielić stanowiska Odwołującego, który wskazuje, iż przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowych wskazuje na unikalność obiektu oraz jego wymagający charakter. Celem przeprowadzenia

konsultacji poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia jest uzyskanie doradztwa lub informacji, które następnie zostaną wykorzystane przy planowaniu, przygotowaniu lub przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia. W wyniku wstępnych konsultacji rynkowych zamawiający uzyskuje możliwość zaplanowania oraz sprecyzowania swoich potrzeb, co przekłada się na prawidłowe przygotowanie postępowania (w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, dokumentów zamówienia czy też określenia warunków umowy w zgodzie z aktualnymi wymaganiami i standardami rynkowymi), a także wpływa na należyte jego przeprowadzenie. Należy zatem stwierdzić, że przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowych świadczy o należytej staranności Zamawiającego i odpowiednim przygotowaniu do przeprowadzenia procedury przetargowej, a nie o skomplikowanym charakterze przedmiotu zamówienia. Podkreślał, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż przedmiot zamówienia ma charakter niestandardowy i skomplikowany jak i też, że roboty budowlane mają być realizowane w bardzo niesprzyjającym otoczeniu makroekonomicznym. Powyższe twierdzenia zatem nie powinny mieć wpływu na kalkulacje ceny ofertowej.

2) Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 21 971 438,19 zł netto tj. kwotę 27 024 330,00 zł brutto. Protokół przekazany Odwołującemu zawierał omyłkę, która została już poprawiona. Zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, Zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia 27 024 330,00 zł brutto. Szacowanie wartości zamówienia zostało dokonane w dniu 27 lipca 2021 r., a sam przetarg został ogłoszony niecałe dwa miesiące później tj. w dniu 20 września 2021 r. Tym samym, Zamawiający dokonał szacowania w sposób zgodny z art. 28 i 36 ustawy Pzp.

3) Odnosząc się z kolei do wysokości inflacji oraz cen materiałów w budownictwie - Zamawiający nie zgodził się z argumentami wskazanymi przez Odwołującego. Przedstawiony przez Odwołującego wzrost inflacji dotyczy raczej porównania w kontekście rok do roku, które co oczywiste nie jest właściwym porównaniem w kontekście niniejszej sprawy. Wskazał, iż zgodnie z danymi GUSu, przedstawiającymi wzrost cen w branży budowlano - montażowej w porównaniu miesiąc do miesiąca wzrost cen pomiędzy lipcem, czyli miesiącem w którym dokonano oszacowania, a wrześniem tj. miesiącem w którym dokonano ogłoszenia przetargu wynosi 1,8 %. Zamawiający przedstawił stosowny wykres. Uzasadniał, że bez znaczenia w kontekście niniejszej sprawy jest wzrost inflacji rok do roku. Inflacja jest faktem powszechnie znanym, a każdy profesjonalnie działający podmiot dokonując wyceny swojej oferty z pewnością bierze pod uwagę jej wzrost. Co więcej wzrost na poziomie 1,8 % z całą pewnością nie jest wzrostem, który skutkowałby koniecznością przeprowadzenia aktualizacji szacunkowej wartości zamówienia, a co za tym idzie szacunki Zamawiającego pozostawały aktualne. Dodatkowo wzrost cen utrzymuje się na mniej więcej podobnym poziomie, dlatego też profesjonalna firma z całą pewnością jest w stanie oszacować wartość wzrostu inflacji i wiążących się z tym ryzyk, a tym samym odpowiednio wkalkulować te ryzyka w zaoferowaną cenę.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący chcąc wykazać znaczny wzrost cen zastosował swego rodzaju manipulację, przedstawiając w tabeli znajdującej się na stronie 10 odwołania informacje o wzroście cen materiałów, które dla inwestycji będącej przedmiotem nin. Postępowania nie mają w zasadzie większego znaczenia. Jednym materiałem, który może mieć jakikolwiek charakter cenotwórczy dla oferty jest w zasadzie cena prętów stalowych. Zamawiający przedstawił tabelę odnoszącą się do informacji zawartych w tabeli znajdującej się na stronie 10 odwołania, która zawiera wartość przykładowych materiałów według kosztorysów inwestorskich Zamawiającego z uwzględnieniem ich ilości oraz wzrostu cen. Tabela ta jednoznacznie obrazuje, iż na podstawie przedstawionych przez Odwołującego danych dot. maksymalnego wzrostu cen materiałów odnotowanego w branży budowlanej - dla całej inwestycji będącej przedmiotem postępowania - wzrost ten wynosi zaledwie 449 827,80 zł. Kwota ta, co oczywiste nie ma wielkiego znaczenia dla zaplanowanej przez Zamawiającego Inwestycji, a tym samym nie wpływa w sposób istotny na cenę oferty.

Zamawiający wskazał, że przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w branży przemysłowej nie zanotowało znacznych wzrostów, co obrazuje przedstawiony w piśmie wykres. Można stwierdzić, że wynagrodzenie to utrzymuje się na stałym poziomie w ciągu ostatnich kilku miesięcy. Tym samym znaczny wzrost wynagrodzenia, który próbuje udowodnić Odwołujący również nie odnosi się do realiów niniejszej sprawy.

Zamawiający podniósł, że szacując wartość przedmiotu zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego, czynni to w sposób obiektywy i realny, z zachowaniem reguł tzw.: „ostrożnej wyceny wartości wyjściowych", biorąc pod uwagę uśrednione ceny funkcjonujące na rynku. W powyższym zakresie przywołał wyrok KIO z 1 kwietnia 2011 r. KIO 586/11 oraz wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2013 r. KIO 1812/13.

4) Odwołujący wskazuje również, iż elementem wpływającym na cenę oferty jest długotrwały charakter umowy, z czym Zamawiający również nie może się zgodzić. Dwuletni okres prac budowalnych jest obiektywnie standardowym terminem realizacji. Każda profesjonalna firma

zajmująca się robotami budowlanymi, znająca charakterystykę rynku robót budowlanych oraz biorąca pod uwagę skutki wystąpienia pandemii COVID-19 i rosnące w zw. z tym ceny powinna dokonać odpowiedniej kalkulacji ceny.

Zamawiający nie zgadzał się także z twierdzeniami Odwołującego jakoby ustalone w projekcie umowy kary umowne stanowiły poważne ryzyko dla Wykonawcy. Wskazane kary umowne mają charakter rynkowy. Odwołujący nie udowodnił, że wysokość kar umownych nie ma charakteru zwyczajowego na rynku robót budowlanych, a co za tym idzie ich wysokość nie ma szczególnego wpływu na wysokość ceny ofertowej.

Wprowadzone przez Zamawiającego do projektu umowy postanowienia dotyczące waloryzacji mają charakter wyczerpujący i przewidują różne możliwości związanie ze zmianą wynagrodzenia - Odwołujący nie wykazał, aby postanowienia te miały charakter zbyt ogólny, czy też odbiegający od rynkowych standardów w umowach o roboty budowlane. Jak zostało to wskazane wyżej, umowa przewiduje możliwość jej modyfikacji, w tym zakresie wynagrodzenia Wykonawcy.

5) Dodatkowo podkreślił, iż firma BPBP S.A. jest spółką lokalną zajmującą się wieloma wyróżniającymi się i dużymi inwestycjami. Spółka istnieje na rynku od ponad 50 lat i posiada bogate doświadczenie w zakresie realizacji robót budowlanych. Przykładowo spółka realizowała z powodzeniem następujące inwestycje: Biurowiec Carbon Office w Katowicach, Przedszkole integracyjne w Kozach k. Bielska Białej, Budowa stadionu miejskiego w Bielsku Białej, Pływalnia „Start" w Bielsku-Białej, Komenda Miejska Policji w Bielsku Białej, Stary Dworzec w Katowicach. Zamawiający wskazał, że ze sprawozdania finansowego działalności Spółki za rok 2020 wynika, iż Spółka zamknęła rok z zyskiem netto w kwocie: 18 097 194,20 zł. Powyższe oznacza, że Wykonawca, którego oferta została wybrana posiada duże doświadczenie w branży budowlanej w tym w zakresie realizacji dużych obiektów różnej kategorii. Ponadto wskazał, iż ze sprawozdania finansowego działalności Spółki za rok 2020 wynika, iż Spółka zamknęła rok z zyskiem netto w kwocie: 18 097 194,20 zł - wskazuje to więc, że Spółka jest dochodowa. Konkludując, nie sposób uznać, że doświadczona i dobrze prosperująca spółka dokonałaby wyceny w sposób nierzetelny, nie biorąc pod uwagę obecnych uwarunkowań rynku i związanych z nimi ryzyk. Dodatkowo, członkowie komisji przetargowej posiadają doświadczenie w branży budowlanej i wiedzę o firmach funkcjonując na rynkach lokalnych. Spółka BPBP S.A. cieszy się dużym zaufaniem wśród inwestorów, co nie pozostaje bez znaczenia dla oceny ofert przez Zamawiającego.

Zamawiający przedstawił argumentację prawną dotyczącą rażąco niskiej ceny, w szczególności w kontekście art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przywołał wyrok KIO z dnia 25 października 2021 r. KIO 2847/21. Zamawiający zaakcentował, że wykazanie, iż zamawiający powinien rozpocząć procedurę wyjaśniającą kalkulację ceny obciąża wykonawcę, który żąda jej przeprowadzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, oferty złożone w postępowaniu oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 stycznia 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego

zawarte w spisie dowodów z dokumentów z dnia 12 stycznia 2022 r. (dowody nr 1 - 10) oraz dodatkowe dowody stanowiące nr:

- 11 wyliczenie minimalnej stawki kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano - montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami

w Polsce w 2021 r.;

- 12 wyliczenie minimalnej stawki kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano - montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami

w Polsce w 2022 r.;

- 13 sprawozdanie z działalności zarządu BPBP S.A.za rok zakończony dnia 31 grudnia 2020;

- 14 wystąpienie pokontrolne Ministra Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu z dnia

26 listopada 2020 r.

- 15 wydruk ze strony internetowejzawierający artykuł prasowy pt.
Remont jak z kreskówki.

Izba ustaliła, co następuje:

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 14 do SWZ i składała się na niego dokumentacja projektowa tj. projekt, przedmiary robót oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB).

Zgodnie z SWZ termin realizacji zamówienia: do 87 tygodni od daty zawarcia umowy.

W Rozdziale 3 SWZ, wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie zamówienia przyjmuje się jako ryczałtowe, a wysokość wynagrodzenia ustala się na podstawie złożonej przez niego oferty.

Warunki zmiany wynagrodzenia związanego z waloryzacją wynagrodzenia zostały określone w § 7 ust. 15 - 21 projektu umowy. Zgodnie z ww. postanowieniami umowy:

15. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy wskazanego w ust. 1 powyżej w przypadku zmiany:

a) przez ustawodawcę stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,

- jeśli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę, z zastrzeżeniem brzmienia ust. 16 i 17 poniżej. Wykonawca jest zobowiązany wykazać wpływ w/w zmian na wynagrodzenie, w szczególności przedkładając Zamawiającemu szczegółową kalkulację.

16. W przypadku zmiany przepisów, o których mowa w ust. 15 lit. a) powyżej, skutkujących zmianą wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, Wykonawca w terminie od dnia opublikowania przepisów wprowadzających te zmiany do 30 dnia od dnia ich wejścia w życie może wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę wysokości wynagrodzenia określonego w ust. 1 w zakresie wynagrodzenia dotychczas niewypłaconego, dotyczącego części przedmiotu umowy pozostałej do wykonania. W przypadku złożenia terminowego wniosku i po jego zaakceptowaniu oraz zabezpieczeniu środków finansowych stosowna zmiana wynagrodzenia nastąpi na mocy pisemnego pod rygorem nieważności aneksu do niniejszej Umowy.

17. W przypadku zmiany przepisów, o których mowa w ust. 15 lit. b), c) lub d) wniosek Wykonawcy o zmianę wysokości wynagrodzenia powinien zawierać uzasadnienie wraz z należycie udokumentowaną analizą wpływu przedmiotowych zmian na koszt wykonania przedmiotu umowy oraz wyliczenie kwoty wzrostu kosztów wykonania zamówienia. W przypadku wykazania wpływu zmian na koszty wykonania zamówienia i po zaakceptowaniu przedmiotowego wniosku oraz zabezpieczeniu środków finansowych stosowna zmiana wynagrodzenia nastąpi na mocy pisemnego pod rygorem nieważności aneksu do niniejszej Umowy.

18. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ust. 1 powyżej, na zasadach określonych w niniejszym ustępie nie częściej niż raz do roku, wyłącznie w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (innych niż wskazane w ust. 15), z tym zastrzeżeniem, że:

a) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający Stronę do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia wynosi 20% w stosunku do cen lub kosztów wskazanych w kosztorysie, który stanowi załącznik nr 6 do Umowy,
b) poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie rocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (inflacja) ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ale nie może być większy niż 2%.

19. Podstawą do dokonania zmian wysokości wynagrodzenia będzie przedstawiona każdorazowo Zamawiającemu kalkulacja kosztów Wykonawcy wykonana w systemie KNR, wykazująca i potwierdzająca zaistnienie wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na koszty wykonania Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć dokumentację potwierdzająca poprawność dokonanej kalkulacji wraz z dowodami uzasadniającymi zmianę wynagrodzenia. Wykonawca na każde żądanie dostarczy Zamawiającemu dodatkowe informacje, wyjaśnienia i dokumenty o które zwróci się Zamawiający, w terminie przez niego wskazanym. Zamawiający dokona weryfikacji zasadności oraz poprawności obliczeń dokonanych przez Wykonawcę w zakresie żądanej zmiany wynagrodzenia, a także oceny możliwości sfinansowania wyższego wynagrodzenia w ramach środków posiadanych w planie finansowym zamawiającego, zatwierdzonym na dany rok, w tym uwzględniając kwoty i zasady wypłaty środków pochodzących z dofinansowania Inwestycji.

20. Zmiana, o której mowa w ust. 18 powyżej, może być wprowadzana nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy i wyłącznie 1 raz w danym roku kalendarzowym. Zmiana wynagrodzenia może polegać zarówno na jego podwyższeniu jak i obniżeniu.

21. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione na podstawie ust. 18 powyżej, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującemu podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.

Katalog kar umownych zawarto w § 10 projektu umowy.

Zgodnie z punktem 1. Załącznika nr 1 do SWZ: „Oferuję/emy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, obliczone na podstawie zakładanego zakresu rzeczowego za wynagrodzeniem ryczałtowym, które nie przekroczy kwoty wykonania zamówienia:

t Brutto ..... zł słownie złotych:

(na powyższą kwotę składa się cena netto + należny podatek VAT)”.

Zgodnie z sekcją II.2.6) ogłoszenia o zamówieniu: szacunkowa wartość bez VAT: 21 971 000.00 PLN.

Zamawiający ustalił na dzień 27 lipca 2021 r. szacunkową wartość zamówienia w wysokości 21 971 438,19 zł netto. Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w oparciu o kosztorys inwestorski. Zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, Zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia kwotę 27 024 330,00 zł brutto.

W dniu 25 listopada 2021 r. upłynął termin składania ofert. W niniejszym postępowaniu oferty złożyło oferty ośmiu wykonawców, tj. DOMBUD S.A. z ceną 41 824 367,76 zł, Remar R. G. z ceną 35 833 999,93 zł, Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z ceną 26 408 100,00 zł, Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. z ceną 37 380 911,00 zł, PPH Budmex Sp. z o.o. z ceną 35 158 030,43 zł,

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Wodpol Sp. z o.o. oraz PBO Śląsk Sp. z o.o. z ceną 34 871 730,00 zł, INTRAVI Sp. z o.o. sp. k. z ceną 32 899 343,59 zł oraz Arco System Sp. z o.o. z ceną 31 812 400,00 zł. Żadna z ww. ofert nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lub 10 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, że średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosiła 34 523 610,34 zł. Tym samym oferta wykonawcy BPBP stanowiła 76,49 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oraz 97,72% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT.

W dniu 17 grudnia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Bielsku - Białej. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Bielsku - Białej do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny pomimo, że cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwy oraz przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego było to, czy w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający winien powziąć uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawcę BPBP.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do treści 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. Stwierdzić należy, iż użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia" wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Istotne jest, że przepisy ustawy Pzp nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 293/17: „Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt." Jednocześnie wskazać należy, iż zwroty „wydaje się" czy „budzi wątpliwości zamawiającego" są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 820/16). Dodać jednak należy, że uprawnienie wynikające z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie oznacza, iż zamawiający nie może być poddany kontroli w przypadku zaniechania z jego skorzystania. Zauważyć

należy, iż norma prawna wynikająca z powyższego przepisu nakłada na zamawiającego obowiązek żądania stosownych wyjaśnień w zakresie ceny oferty wraz z dowodami, w sytuacji gdy okoliczności sprawy wskazują na istnienie uzasadnionych podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej.

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) 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;

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.

Uwzględniając powyższe rozważania prawne oraz analizując zgromadzony w sprawie materiał dowody Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zaszły przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby nie zostało przez Odwołującego wykazane, by różnica pomiędzy ceną oferty zaoferowaną przez wykonawcę BPBP a ceną oferty Odwołującego, czy też średnią arytmetyczną cen złożonych ofert była tego rzędu, który uzasadniałby podejrzenie, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, tj. oderwaną od realiów rynkowych, niewiarygodną, uniemożliwiającą wykonanie zamówienia w należyty sposób czy niepozwalający wykonawcy na wygenerowanie zysku.

Okolicznością bezsporną było to, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wezwał wykonawcy BPBP do złożenia wyjaśnień w zakresie realności zaoferowanej przez niego ceny oferty z uwagi na brak wystąpienia przesłanek nakładających na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Zauważyć należy, iż cena oferty wykonawcy BPBP w stosunku do wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek VAT wynosiła 97,72%, a w stosunku do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert stanowiła 76,49%. Ponadto gdyby przy obliczaniu średniej arytmetycznej cen złożonych ofert pominąć najdroższą ofertę, to cena zaoferowana przez BPBP odbiegałaby od średniej cen ofert o ok. 21%.

Odnosząc się do poszczególnych aspektów podnoszonych przez Odwołującego mających uzasadniać wszczęcie procedury określonej art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, iż nie zostało przez Odwołującego wykazane jakoby realizacja niniejszego zamówienia miała charakter niestandardowy w zakresie robót budowlanych, montażowych, warunków geologicznych, czy innych warunków związanych z realizacją prac budowlanych. Przedłożone przez Odwołującego na poparcie ww. stanowiska dowody nr 1.1 - 1.7 oraz dowód nr 2 nie zostały omówione przez Wykonawcę pod kątem niestandardowego charakteru zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący nie odparł stanowiska Zamawiającego, który argumentował, że roboty budowlane objęte zamówieniem będą realizowane zgodnie z ogólnie znanymi rozwiązaniami, które dla profesjonalnej firmy budowlanej nie powinny stanowić prac o nadzwyczajnym czy też niestandardowym charakterze.

Rację miał też Zamawiający, że o nietypowym przedmiocie niniejszego zamówienia nie świadczą przeprowadzone przed wszczęciem postępowania konsultacje rynkowe. Wskazać należy, iż celem konsultacji rynkowych jest przygotowanie postępowania i poinformowanie wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia (arg. z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp). A zatem celem ww. instytucji może być należyte przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiednie jego zaplanowanie, przedstawienie potrzeb zamawiającego, zainteresowanie wykonawców danym zamówieniem lub jego istotnymi elementami. Sam fakt przeprowadzenia konsultacji rynkowych nie świadczy o niestandardowym przedmiocie niniejszego zamówienia.

Przechodząc do podniesionej przez Odwołującego kwestii rosnącej inflacji, wzrostu kosztów pracy oraz cen materiałów budowlanych, w szczególności stali i betonu wskazać należy, że nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego występowanie ww. czynników, a złożone przez Odwołującego dowody, tj. dowód nr 3 - wyciąg z publikacji GUS, dowód nr 4 - faktury dotyczące cen stali i betonu w poszczególnych miesiącach roku 2021, dowód nr 8 - raport Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa oraz dowód nr 9 - raport CAS Sp. z o.o., czy też stosowne publikacje, na które powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie potwierdzają tendencję wzrostową ww. czynników w roku 2021. Są to czynniki powszechnie znane, a każdy profesjonalnie działający podmiot dokonując wyceny swojej oferty winien je uwzględnić w kalkulacji cenowej. W ocenie Izby

w okolicznościach przedmiotowej sprawy Odwołujący nie wykazał jednak, w jaki sposób ww. czynniki - których fakt występowania co do zasady nie był osią sporu - przekładałyby się na zaniżenie ceny ofertowej przez BPBP. Innymi słowy, Odwołujący nie wykazał, że różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy BPBP a Odwołującym w wysokości 5 404 300 zł, czy też średnią arytmetyczną cen złożonych ofert była tej wielkości, że uzasadniałaby założenie, iż cena wykonawcy BPBP nosi znamiona ceny oderwanej od realiów rynkowych.

W zakresie podniesionej przez Odwołującego rosnącej inflacji, która jak wskazał w odwołaniu Wykonawca w sierpniu wynosiła 5,5%, we wrześniu zbliżyła się do 6%, a w listopadzie kształtowała się na poziomie ponad 7% w porównaniu z rokiem ubiegłym zauważyć należy, iż Odwołujący porównał wzrost inflacji rok do roku, a nie miesiąc do miesiąca. Odwołujący nie przeprowadził w odwołaniu żadnej analizy wzrostu inflacji pomiędzy momentem sporządzenia kosztorysów inwestorskich stanowiących podstawę oszacowania wartości zamówienia a momentem wszczęcia postępowania. Niemniej jednak zauważyć należy, iż gdyby nawet wartość szacunkowa niniejszego zamówienia ustalona w lipcu 2021 r. na podstawie kosztorysów inwestorskich z kwietnia 2021 r. została zaktualizowana do średniej rynkowej - którą w ocenie Odwołującego potwierdzały ceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu stanowiące bardziej realną wycenę zamówienia - to i tak cena oferty zaoferowana przez wykonawcę BPBP nie byłaby niższa od miernika wskazanego w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp obligującego Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Ponadto zauważyć należy, iż szacując wartość przedmiotu zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego, Zamawiający czynni to w sposób obiektywy i realny, z zachowaniem reguł tzw: „ostrożnej wyceny wartości wyjściowych", biorąc pod uwagę uśrednione ceny funkcjonujące na rynku. Stanowiska Odwołującego w ocenie Izby nie potwierdzają także dowody nr 6 i 7, które zasługiwały na oddalenie. Stwierdzić należy, że przyjęte przez Odwołującego założenia cenowe stanowiące podstawę zbudowania ceny oferty Odwołującego nie podważają, że wartość szacunkowa niniejszego zamówienia została oszacowana w sposób nieprawidłowy z uwagi zaniżenie kosztów realizacji inwestycji w kosztorysach Zamawiającego względem rzeczywistych kosztów, które miałaby potwierdzać zaoferowana przez Odwołującego cena. Zauważyć należy, iż na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy, w tym historia na rynku, relacje handlowe, siatka podwykonawców, specyfika pracy, doświadczenie itp. Powyższe nie świadczy jednak o tym, że wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT została oszacowana nienależycie, w oderwaniu od tzw. „ostrożnej wyceny" opartej na średnich cenach obowiązujących na rynku. Dodać również należy, iż Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu szerszego wywodu dlaczego zdaniem Wykonawcy ubruttowiona wartość szacunkowa zamówienia była mniej miarodajna niż ceny oferowane przez wykonawców.

Odnosząc się do wzrostu cen materiałów budowlanych Izba wskazuje, że złożone przez Odwołującego dowody nr 4 stanowiące faktury VAT na zakup betonu i stali w poszczególnych miesiącach roku 2021 oraz dowód nr 8 - raport Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa referujący do wzrostu cen materiałów budowlanych w roku 2021 nie miały znaczenia dla sprawy. Osią sporu winno być to, czy i w jakim zakresie wzrost cen materiałów przekładał się na cenę ofertową BPBP i realizację przedmiotowego zamówienia. Odnosząc się do zamieszczonego na stronie 10. odwołania wykresu obrazującego wzrost cen towarów w okresie styczeń - sierpień 2021 r. wskazać należy, iż Odwołujący nie wyjaśnił, czy i ewentualnie w jakim wymiarze materiały budowlane objęte wykresem mają znaczenie dla realizacji niniejszej inwestycji. Z kolei jak wskazał Zamawiający jednym materiałem, który może mieć jakikolwiek charakter cenotwórczy dla oferty jest w zasadzie cena prętów stalowych, co nie zostało przez Odwołującego zakwestionowane. Jednocześnie Odwołujący nie odparł twierdzeń Zamawiającego zawartych na s. 9 i 10 odpowiedzi na odwołanie, z których wynika, że podstawie przedstawionych przez Odwołującego danych dotyczących maksymalnego wzrostu cen materiałów odnotowanego w branży budowlanej - dla całej inwestycji będącej przedmiotem postępowania - wzrost ten wynosi 479 827,80 zł, przy czym w zakresie prętów stalowych stanowi 317 923,52 zł. Kwota ta z kolei nie przekłada się znacząco na wartość niniejszej inwestycji, a tym samym nie wpływa w sposób istotny na cenę oferty.

W zakresie kosztów pracy wskazać należy, iż bezspornie od 1 stycznia 2022 r. w związku z wejściem w życie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1690) wzrosła wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej względem obowiązującej w roku 2021 o 7,5%, a zatem powyższe winno znaleźć odzwierciedlenie w oferowanych przez wykonawców cenach. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał jednak w jaki sposób wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę czy też minimalnej stawki godzinowej przekładałby się na rażące zaniżenie ceny ofertowej przez BPBP względem średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert. Tym samym za bez znaczenia dla przedstawionej w odwołaniu argumentacji faktycznej należało uznać dowody nr 11 i 12 stanowiące wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano - montażowych

w Polsce w roku 2021 (23,43 zł) i 2022 (25,32 zł). Z kolei kwestia wynikających z kosztorysów inwestorskich (dowód nr 5) stawek roboczogodzin na poziomie 20,81 zł, 20,99 zł czy 19,27 zł nie stanowiła okoliczności faktycznej odwołania składającej się na podniesiony zarzut, którym Izba jest związana.

Za nieprzekonującą Izba uznała także argumentację Odwołującego dotyczącą długoterminowego przedmiotu umowy, który miałby przekładać się na cenę oferty. Wskazać należy, iż termin realizacji zamówienia określony w specyfikacji na 87 tygodni od daty zawarcia umowy był znany wszystkim potencjalnym wykonawcom niniejszego zamówienia, co też winno znaleźć odzwierciedlenie w dokonanych wycenach oferty. W kontekście powyższej kwestii Odwołujący poza tym, że zwrócił uwagę na długość kontraktu, to nie wykazał, aby ww. okres prac budowlanych miał charakter niestandardowy, który w sposób zasadniczy mógłby wpłynąć na kalkulację ceny oferty.

Co do kwestii ograniczonego charakteru waloryzacji umownej, w szczególności w zakresie określonym w § 7 ust. 18 projektu umowy, katalogu kar umownych określonych w § 10 projektu umowy, braku przewidzenia zaliczek, ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, klauzuli kompletności wynikającej z umowy, możliwości wyłączenia z zakresu zamówienia części robót budowlanych wskazać należy, iż poza oceną Izby na obecnym etapie postępowania odwoławczego jest ocena ww. postanowień dokumentów zamówienia. Skoro ww. postanowienia specyfikacji, w szczególności w zakresie katalogu kar umownych oraz waloryzacji umownej nie zostały zakwestionowane przez wykonawców za pomocą środków ochrony prawnej, to należy przyjąć, iż nie budziły zastrzeżeń, a profesjonalny podmiot zainteresowany danym zamówieniem publicznym, zapoznał się z wymogami i warunkami wynikającymi z dokumentów zamówienia uwzględniając w ofercie ryzyka związane z realizacji niniejszego kontraktu. Poza sporem z kolei w rozpoznawanej sprawie było to, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie zwalnia zamawiającego z obowiązku wszczęcia procedury rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy zajdą ku temu ustawowe przesłanki.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że dokonując ocen oferty wykonawcy BPBP opierał się na własnej wiedzy w zakresie podmiotów funkcjonujących na rynku lokalnym oraz doświadczeniach, w tym wyciągnął wnioski z uchybień popełnionych w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (o których mowa w dowodach złożonych przez Odwołującego nr 14 i 15 niekwestionowanych przez Zamawiającego). Zamawiający uwzględnił również, że wykonawca BPBP jest doświadczoną w branży budowlanej i dobrze prosperującą spółką, która w roku 2020 osiągnęła kilkunastomilionowy zysk netto, co potwierdza sprawozdanie finansowe złożone przez Odwołującego (dowód nr 13). Nie sposób zatem w ocenie Zamawiającego przyjąć, że doświadczona i dobrze prosperująca spółka dokonałaby wyceny w sposób nierzetelny, nie biorąc pod uwagę obecnych uwarunkowań rynku i związanych z nimi ryzyk.

Za bez znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy Izba uznała także złożony przez Odwołującego dowód nr 10 stanowiący umowę o roboty budowlane zawartą między Odwołującym a Skarbem Państwa - Sądem Okręgowym w Bielsku - Białej z dnia 17 lutego 2020 r. na okoliczność ustalenia braku przewagi konkurencyjnej wykonawcy BPBP związanej z lokalizacją inwestycji, jako że Zamawiający nie twierdził, że wykonawca BPBP posiada przewagę konkurencyjną w związku z miejscem realizacji niniejszej inwestycji.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zostało wykazane, że Zamawiający winien powziąć uzasadnione wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez wykonawcę BPBP i wszcząć procedurę przewidzianą art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego brak było podstaw do stwierdzenia, iż wybór oferty wykonawcy BPBP jako najkorzystniejszej naruszał przepisy ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b i d oraz § 8 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu wraz z usługą parkingową.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....