Sygn. akt: KIO 1853/22

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2022 r. przez wykonawcę: ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Konstancin - Jeziorna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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 1853/22

UZASADNIENIE

Gmina Konstancin - Jeziorna z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie (dalej:

„zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych pn. „Budowa budynku administracyjno-biurowego dla potrzeb ZGK w Konstancinie - Jeziornie", numer referencyjny: ZP.271.22.2022 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 maja 2021 r. w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod numerem 00165538/01.

W dniu 12 lipca 2022 r. przez wykonawcę: ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w niniejszym postępowaniu, związanych z badaniem i oceną oferty złożonej przez EKO-INVEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (dalej „EKO-INVEST"), która zdaniem odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy EKO-INVEST o udzielenie stosownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie tego wykonawcy, w tym założenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania robót budowlanych, pomimo iż z informacji z otwarcia ofert wynikało, że pomiędzy rynkową wartością robót budowlanych, a ceną zaoferowaną przez EKO-INVEST, zachodzi rażąca dysproporcja, co potwierdza, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną przez EKO-INVEST, budzi co najmniej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji zamówienia;

2. art. 224 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że złożona przez EKO-INVEST oferta nie budzi wątpliwości po stronie zamawiającego, podczas gdy zamawiający (i) nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych w postępowaniu ofert, (ii) pominął okoliczności, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowana przez EKO-INVEST w obecnych warunkach gospodarczych i geopolitycznych jest niemożliwe, a co za tym idzie zamawiający zaniechał odrzucenia oferty EKO-INVEST, która w ocenie odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy EKO-INVEST do wyjaśnień rażąco niskiej ceny a także obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 2 sierpnia 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Wskutek zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany tj. zaniechania wezwania wykonawcy EKO-INVEST do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, do czego był zobowiązany, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia, poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Powoduje to poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody załączone przez odwołującego do odwołania oraz złożone na rozprawie, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia (dalej „SWZ") przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na budowie budynku administracyjno-biurowego dla potrzeb Zakładu Gospodarki Komunalnej (dalej ZGK) w Konstancinie-Jeziornie. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał, że realizację robót budowlanych należy wykonać na podstawie dokumentacji technicznej, wykonanej przez Pracownię Projektową M. B. „ARCHIGRAF" z siedzibą 02-786 Warszawa przy ul. Jana Rosoła 58 lok 113, która obejmuje projekt budowlany i projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ oraz decyzji o pozwoleniu na budowę nr 384/2022 z dnia 8 marca 2022 r., wydanej przez Starostę Piaseczyńskiego. Termin realizacji zamówienia zamawiający ustalił na 20 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Izba ustaliła ponadto, że załącznikiem nr 1 do SWZ był wzór umowy. Zgodnie z jej postanowieniami (§ 7 ust. 1) zamawiający ustalił za wykonanie zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe. Jednocześnie w § 14 przewidział sytuacje, kiedy możliwe będzie dokonanie zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, pod warunkiem spełnienia przesłanek ustawowych określonych w przepisie art. 455 ustawy Pzp. Dopuszczono zmianę wynagrodzenia, które otrzyma wykonawca w przypadku zmiany: (i) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, (ii) 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, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572), jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (ust. 6). Ponadto przewidziano możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w wypadku udokumentowanych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy o co najmniej 10% względem poziomu tych cen lub kosztów związanych z wykonaniem umowy, jakie były brane pod uwagę przez wykonawcę przy sporządzaniu oferty stanowiącej podstawę do zawarcia umowy lub, w wypadku kolejnej zmiany, względem cen materiałów lub kosztów ustalonych przy ostatniej takiej zmianie. Zmiana wynagrodzenia w tym trybie nie może prowadzić do wzrostu zysku wykonawcy, a jedynie do zrekompensowania kosztów jakie będzie ponosił w związku z realizacją umowy (ust. 7). Pierwsza zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 7 może nastąpić najwcześniej po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Kolejne zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy nie będą dokonywane częściej niż co 6 miesięcy (ust. 8). W celu wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 7 na koszty wykonania umowy, wykonawca przedstawi zamawiającemu szczegółową kalkulację cen materiałów lub kosztów według stanu sprzed danej zmiany cen materiałów lub kosztów oraz szczegółową kalkulację cen materiałów lub kosztów według stanu po danej zmianie cen materiałów lub kosztów oraz wskaże kwotę, o jaką wynagrodzenie powinno ulec zmianie. Zamawiający ustosunkuje się do przedstawionych kalkulacji, w szczególności przez zaakceptowanie wskazanej przez wykonawcę kwoty lub przez zgłoszenie zastrzeżeń, wskazanie omyłek rachunkowych lub żądanie wyjaśnień co do poszczególnych elementów kalkulacji (ust. 9). Zmiany cen lub kosztów, o których mowa w ust. 7 ustalane będą z uwzględnieniem odpowiednich wskaźników tych pozycji ogłaszanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (ust. 10). Łączna wysokość zmian wynagrodzenia, o których mowa w ust. 7 nie może być wyższa niż 10 % wynagrodzenia brutto należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy (ust. 11). Początkowym terminem wprowadzenia zmian

do umowy, o których mowa w ust. 7, będzie miesiąc kalendarzowy następujący po miesiącu w którym wystąpiły okoliczności powodujące zmianę (ust. 12). Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w złożonej przez niego ofercie, lub w przypadku kolejnej zmiany, względem cen lub kosztów ustalonych przy ostatniej takiej zmianie (ust. 13).

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy załączyli do oferty szczegółowe kosztorysy, a byli zobowiązani wskazać cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, która stanowi cenę ryczałtową. Taki szczegółowy kosztorys będzie musiał przedstawić wykonawca, który zawrze umowę na realizację zamówienia.

W wyznaczonym w SWZ terminie swoje oferty w postępowaniu złożyło czterech wykonawców, w tym EKO-INVEST za cenę 8 720 000,00 zł.; odwołujący za cenę 11 250 000,00 zł., MERX Sp. z o.o. oferując 11 900 000,00 zł., Konsorcjum: WIMAKS Hińcza Sp.k. oraz TWD-BUD s.c. D.T., W. T. - 13 860 000,00 zł. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 11 289 000,00 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozstrzygając sformułowane przez odwołującego zarzuty Izba w pierwsze kolejności zwraca uwagę na treść przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp który stanowi, że zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, jeżeli 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 przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W takim przypadku zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, nie podlegających odrzuceniu - zamawiający zwraca się do wykonawców o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Nie ulega zatem wątpliwości, albowiem do takich wniosków prowadzi literalne brzmienie cytowanych wyżej przepisów, że w przypadku, gdy cena złożonej oferty odbiega o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, nie podlegających odrzuceniu zamawiający zwraca się do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień. Jeśli natomiast taka rozbieżność nie ma miejsca, to zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, skierowanie takiego wezwania uzależnione jest od „wątpliwości zamawiającego", który ma obowiązek badania złożonych ofert i w toku ich oceny może stwierdzić, że całokształt okoliczności w danej sprawie wskazuje, że pomimo, iż różnica w cenie oferty jest mniejsza, należy wezwać danego wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Izba podziela jednocześnie pogląd odwołującego, że zwroty użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp „wydaje się" czy „budzi wątpliwości" są nieostre i zostały przez ustawodawcę wprowadzone po to, aby dać zamawiającemu szerokie spektrum działania i, aby mógł on korzystać z tej regulacji w sytuacjach, gdy w wyniku badania złożonych ofert czy to cena jako całość, czy też jej składowe wydają mu się rażąco niskie i nabierze podejrzeń, że za te ceny nie jest możliwa realizacja zamówienia publicznego. Nie zmienia to jednak tego, że przepis ten kierowany jest do zamawiającego i uzależnia możliwość skierowania takiego wezwania od jego oceny.

Powyższe oznacza, że odwołujący może skutecznie podnosić zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeśli wykaże, że zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny pomimo, że takie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia winny zaktualizować się po stronie zamawiającego i w konsekwencji jego zaniechanie naruszało treść cytowanego przepisu. Należało zatem rozważyć czy w niniejszej sprawie zaszły takie okoliczności, które obligowały zamawiającego do tego, aby skierował on do wykonawcy EKO-INVEST wezwanie, albowiem powinny

po jego stronie zaistnieć wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami opisanymi w dokumentach zamówienia lub wynikające z innych przepisów.

Jak zauważono wcześniej przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z jednej strony zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, z drugiej zaś, ustanawiając prawo do zwrócenia się o wyjaśnienia, uzależnia ją od określonych podejrzeń, których zamawiający winien nabrać. Jeśli takie wątpliwości po stronie zamawiającego nie zaktualizują się, to żądanie wyjaśnień w takich przypadkach należy uznać za bezpodstawne. W sytuacji zatem, jeśli brak jest przesłanek do zastosowania przez zamawiającego przepisu, który nakłada na niego obowiązek wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, czynność taka jest kwestią całkowicie ocenną, suwerenną decyzją zamawiającego, uzależnioną od jego wiedzy i doświadczenia w zakresie kosztów świadczenia podobnych dostaw, usług czy robót budowlanych na danym rynku i w danej sytuacji, jak również wynikającą z wiedzy i doświadczenia samego zamawiającego.

W tym miejscu Izba pragnie przywołać stanowisko TSUE (Wyrok z dnia 10 września 2019 r., sygn. akt T-741/17) w którym wskazano, że: „dokonanie przez instytucję zamawiającą oceny, czy występują rażąco niskie oferty, odbywa się dwuetapowo. Najpierw instytucja zamawiająca powinna ocenić, czy złożone oferty „wydają się" rażąco niskie. Użycie czasownika „wydaje się" w rozporządzeniu wykonawczym oznacza, że instytucja

zamawiająca dokonuje oceny prima facie rażąco niskiego charakteru oferty. Rozporządzenie wykonawcze nie wymaga więc, by instytucja zamawiająca z urzędu przeprowadzała szczegółową analizę składników każdej oferty w celu ustalenia, że nie stanowi ona oferty

rażąco niskiej (...). Tym samym, w pierwszej kolejności, instytucja zamawiająca musi jedynie ustalić, czy złożone oferty zawierają oznaki mogące budzić podejrzenie, że mogłyby być rażąco niskie. Następnie, jeżeli istnieją oznaki mogące rodzić podejrzenia, że oferta może być rażąco niska, instytucja zamawiająca powinna, w drugiej kolejności, zweryfikować, z czego składa się ta oferta, aby upewnić się, że nie jest rażąco niska. Przy przeprowadzaniu tej weryfikacji instytucja zamawiająca ma obowiązek umożliwienia oferentowi przedstawienia powodów, dla których uważa on, że jego oferta nie jest rażąco niska. Następnie instytucja zamawiająca powinna ocenić przedstawione wyjaśnienia i ustalić, czy dana oferta ma rażąco niski charakter, w którym to przypadku jest obowiązana odrzucić ofertę".

Przenoszą powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy należy zaznaczyć, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 11 289 000,00 zł., co wynika z protokołu postępowania. Z kolei zaproponowana przez EKO-INVEST cena ryczałtowa za wykonanie przedmiotowego zamówienia wynosi 8 720 000,00 zł. i, co przyznał sam odwołujący jest niższa o 22,76 % od szacunkowej wartości zamówienia. Odnosząc ją natomiast do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert jest ona niższa o 23,73 %. Tym samym nie ulega wątpliwości, że brak było po stronie zamawiającego obligatoryjnej przesłanki do wzywania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że brak było, w jego ocenie, podstaw do żądania takich wyjaśnień, albowiem różnice pomiędzy cenami ofert na tym poziomie nie są znaczne i nie generują po stronie zamawiającego problemów w toku realizacji zamówienia. Sama zaś różnica pomiędzy ceną oferty EKO-INVEST, a ofertą z ceną najwyższą na poziomie 37 % nie świadczy o rażąco niskiej cenie tego wykonawcy i nie jest wystarczająca, aby skłonić go do podjęcia czynności sprawdzenia tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie zgadzał się tym samym z zarzutem odwołującego, że cena ofertowa EKO-INVEST może nosić znamiona ceny rażąco niskiej, a w konsekwencji, że ten powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący z kolei w odwołaniu argumentował, że taka wątpliwość po stronie zamawiającego powinna powstać, co z kolei wynika z analizy obecnej sytuacji na rynku robót budowlanych i okoliczności, że ceny praktycznie wszystkich materiałów budowlanych ulegają zwiększeniu z miesiąca na miesiąc, zaś koszty pracy ze względu na sytuację w Ukrainie

w sposób znaczący wzrosły. Jak podkreślał, okoliczności te są powszechnie znane w branży budowalnej, i są przedmiotem wielu raportów czy konferencji branżowych, na co przedstawił

dowody w postaci wydruków ze stron internetowych, gdzie prezentowano dane na temat wzrostu cen materiałów budowlanych wywołanego inflacją oraz wojną w Ukrainie, jak też danych publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny. Odnosząc się do tej argumentacji należy zauważyć, że okoliczności te są w istocie powszechnie znane i każdy wykonawca, który składa ofertę w postępowaniu, oferując ryczałtową cenę za realizację zamówienia, wymienione wyżej ryzyka musi wziąć pod uwagę w kalkulacji. Nie jest wystarczające jednak samo twierdzenie, że mamy do czynienia z niestabilną sytuacją rynkową, należało bowiem odnieść powyższe do sposobu, w jaki skalkulował swoją cenę EKO-INVEST. Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że wyliczona przez niego cena nie uwzględnia panującej obecnie na rynku sytuacji, wywodził jedynie, że to on skalkulował swoją ofertę z należytą starannością, pozyskując na rynku oferty od swoich poddostawców i podwykonawców i sporządzając szczegółowy kosztorys. Dowody złożone przez odwołującego na rozprawie, w postaci pozyskanych ofert i sporządzonego przez niego kosztorysu ofertowego obrazują jedynie sposób, w jaki przygotował on swoją kalkulację składając ofertę w postępowaniu, nie wskazują na rażąco niską cenę EKO-INVEST.

Trafnie również dostrzegł zamawiający, że z uwagi na przyjęty w tym postępowaniu ryczałtowy charakter ceny, podana przez wykonawców kwota za realizację zamówienia jest stała i nie ulega zmianie, bez względu na ostateczny rozmiar prac. Sam zaś sposób rozliczenia o charakterze ryczałtowym zakłada pewną dowolność w kalkulacjach. Nie budzi również wątpliwości, że wysokość ceny zależy od poziomu zysku, który wykonawca przyjmuje w swoim kosztorysie, a ten ma znaczący wpływ na ostateczną wysokość ustalonej ceny. Sam odwołujący wskazywał, i złożył stosowne dowody w postaci uchwał o podziale zysku EKO-INVEST za lata 2019 - 2020, że pomimo dobrej koniunktury na rynku robót budowalnych w tym okresie, wykonawca ten pomimo, że jest podmiotem podobnym do odwołującego, osiągnął w tym czasie wielokrotnie mniejszy zysk niż odwołujący. Może to wskazywać, że EKO-INVEST uwzględnia w swoich ofertach i przyjmuje niższy poziom zysku, co przekłada się jednocześnie w niższym poziomie cen ofertowych.

Izba nie znalazła zatem podstaw do uznania, że wykonawca EKO-INVEST, który złożył swoją ofertę w postępowaniu, oświadczając jednocześnie w treści formularza ofertowego w pkt 6 i 7, że zapoznał się z treścią SWZ i wzoru umowy, w tym również w zakresie postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz, że jest nimi związany, nie uwzględnił wszystkich okoliczności mających wpływ na sposób kalkulacji ceny ofertowej. Jak zauważył zamawiający wykonawca ten, jako podmiot profesjonalny, kalkuluje

swoją ofertę na poziomie rynkowym, tj. takim który pozwala mu na prawidłową realizację zamówienia, jak również osiągnięcie zysku. Tym samym bez istnienia dodatkowych podstaw i dowodów, które wskazywałyby na nierzetelną i zaniżoną kalkulację, złożenie oferty zawierającej cenę ryczałtową wraz z oświadczeniem o jej zgodności z treścią SWZ, nie daje zamawiającemu wystarczających podstaw do kwestionowania takiego oświadczenia woli.

Dodatkowo, należy zauważyć, że zamawiający chcąc zabezpieczyć się przed zjawiskami o których mówił odwołujący tj., że wykonawcy w związku z drastycznie rosnącymi cenami materiałów budowalnych odstępują od umów zawartych z podmiotami publicznymi uwzględnił okoliczności, że w obecnych warunkach gospodarczych i geopolitycznych zmiany wartości cen i materiałów wykazują tendencje wzrostowe i przewidział i opisał w treści projektu umowy zasady waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na wzrost cen materiałów i usług oraz wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, uwzględniając przy tym długi, bowiem 20-miesięczny termin realizacji zamówienia. Tym samym zamawiający zminimalizował ryzyko, które mogłoby wynikać z kolejnych, nieprzewidzianych zmian cen materiałów i usług, które mogą następować w toku realizacji tego zamówienia.

Za taką okoliczność, która mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty EKO-INVEST nie może być także uznany a wskazywany przez odwołującego brak aktualnego doświadczenia, związanego z realizacją robót budowlanych w budynkach użyteczności publicznej. Jak uzasadniał w treści odwołania podmiot ten ostatnie zamówienie publiczne uzyskał w 2017 roku, od tego czasu specjalizuje się wyłącznie w budownictwie mieszkaniowym, stąd też formułował wnioski w zakresie braku doświadczenia w należytym określaniu wynagrodzenia za realizację robót budowlanych i oferowanie wykonania przedmiotu zamówienia za cenę, która odpowiada warunkom rynkowym. Odnosząc się do tej argumentacji należy podkreślić, że warunki doświadczenia zostały sformułowane przez zamawiającego w SWZ i nie były przez wykonawców kwestionowane. Tym samym EKO-INVEST, który wymagania w tym zakresie spełnia, posiada też wystarczającą wiedzę i doświadczenie aby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie i je wycenić w sposób, który uwzględnia zakres tego zadania.

Kolejną okolicznością, która w ocenie odwołującego miała potwierdzać, że oferta

EKO-INVEST zawiera rażąco niską cenę miał być fakt, że w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego w 2021 r., podmiot ten również zaoferował cenę, która była rażąco niska. Zamawiający wezwał wówczas EKO-INVEST do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, po czym podmiot ten nie złożył wyjaśnień (na potwierdzenie odwołujący przedłożył dowód w postaci zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu ofert z 27 maja 2021 r.) wywodząc, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy może być

podobnie, ponieważ brak jest jakichkolwiek podstaw faktycznych, które mogłyby potwierdzić, że cena oferty EKO-INVEST nie zawiera rażąco niskiej ceny i została skalkulowana przez tego wykonawcę w sposób odpowiadający obecnym warunkom rynkowym. Taka argumentacja, w ocenie Izby, jest nie do zaakceptowania z tego powodu, że sposób działania zamawiającego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak też reakcja samego wykonawcy na wezwanie zamawiającego kierowane wówczas do niego, czy jak w tym przypadku jej brak - nie dowodzą, że w tym konkretnym przetargu mamy do czynienia z analogiczną sytuacją. Ocena czy w danej sprawie zachodzą okoliczności uprawniające zamawiającego do badania rażąco niskiej ceny zależą od okoliczności konkretnego przypadku, zaś oceny dokonuje komisja przetargowa do tego powołana. W jej składzie zasiadają osoby, które legitymują się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem i są władne ocenić czy zaproponowana cena ma charakter rynkowy. Wyłącznie do kompetencji tych osób należy decydowanie o fakcie i treści wezwania do wyjaśnień. Inicjatywa dowodowa, którą przedstawia odwołujący jest zatem bez znaczenia na gruncie niniejszego postępowania.

Ponownie należy podkreślić, że w świetle wskazanej wcześniej regulacji art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jeśli ta wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy, składającego odwołanie, który twierdzi, że zachodzą okoliczności obligujące zamawiającego do skierowania takiego wezwania w danych okolicznościach, jest wykazanie, że zaoferowane ceny odbiegają od cen rynkowych, i to w taki sposób, że nie da się za te ceny zamówienia wykonać.

Wprawdzie przepisy ustawy Pzp ani dyrektywy unijne nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę to jednak w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do kosztu przewidzianego przez samego zamawiającego lub znacząco odbiegająca od ofert, zaproponowanych przez innych wykonawców.

Sam fakt istnienia rozbieżności w zakresie czy to cen oferowanych przez innych wykonawców, czy też odbiegającej od szacunkowej wartości zamówienia, pod warunkiem, że różnica ta nie przekracza 30 % - nie dowodzi rażąco niskiej ceny badanej oferty. Nie jest zatem wystarczające wskazanie na obecną sytuację rynkową, odnoszenie się do sporządzonych przez siebie wyliczeń, obrazujących sposób kalkulacji ceny ofertowej przez odwołującego, czy w końcu kwestionowanie doświadczenia danego wykonawcy i wskazywanie na okoliczności, które miały miejsce w innych postępowaniach prowadzonych

przez tego samego zamawiającego, aby skutecznie zarzut taki podnosić. Także dowody, które odwołujący załączył do odwołania i przedłożył na rozprawie nie tyle odnoszą się do samej ceny, zaoferowanej przez EKO-INVEST w tym postępowaniu, co referują ogólnie do sytuacji na rynku robót budowlanych oraz obrazują w jaki sposób swoją cenę kalkulował sam odwołujący, stąd nie mogą stanowić punktu odniesienia dla ceny zaoferowanej przez EKO-INVEST.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała powyższy zarzut za niepotwierdzony. W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób uznać, że w postępowaniu zachodziły okoliczności, które winny były wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez EKO-INVEST i spowodować wszczęcie procedury wyjaśniającej z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący : .....