

Sygn. akt: KIO 1570/22

WYROK
z dnia 6 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 roku przez **Wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa** w imieniu którego działa **Zarząd Zieleni m. st. Warszawy**,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego punktem III.1. *petitum* odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Odwołującego - Wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawy

w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy 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 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp mającego za przedmiot *Wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją psiego parku wraz z ciągami pieszymi w ramach projektu budżetu partycypacyjnego nr 955, pn. „Żoliborz Południowy przyjazny dla każdego – Psi Park” oraz zadania inwestycyjnego pn. Infrastruktura „Zielone ulice – etap I.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 maja 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00153767/01.

W dniu 7 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania.

W dniu 13 czerwca 2022 r. Wykonawca Remondis Sp. z o.o. (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na sprzedaży robót budowlanych poniżej kosztów ich wykonania; ewentualnie
- 2) art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania AG-Complex Sp. z o.o. budzi w tym zakresie wątpliwości i jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Podstawowe żądanie Odwołującego to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez AG-Complex Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty AG-Complex Sp. z o.o.;
4. ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie oferty AG-Complex Sp. z o.o. wezwania ww. Wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w szczególności w zakresie sposobu kalkulacji kosztów materiałów budowlanych i przedstawienia dowodów potwierdzających stałość ceny na okres trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i realizacji zamówienia.
5. ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że cena brutto zaoferowana przez Wykonawcę AG-Complex w wysokości 756.478,95 zł powinna budzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości pokrycia kosztów związanych z należytą i terminową realizacją zamówienia oraz w zakresie jej rażąco niskiego charakteru. Odwołujący wskazał, że średnia arytmetyczna ceny brutto dla ofert złożonych w tym postępowaniu wynosi 1.257.962,63 zł.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał: „Biorąc pod uwagę obecną sytuację rynkową (presja płacowa, brak dostępnego personelu oraz materiałów budowlanych, znaczący wzrost kosztów materiałów budowlanych etc.) to AG-Complex składając ofertę z ww. ceną w Postępowaniu dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, ze względu na oferowanie wykonania robót budowlanych poniżej kosztów ich wykonania. Naruszeniem uczciwej konkurencji jest oferowanie towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia. W niniejszym postępowaniu, oznacza to, że koszty związane z realizacją zamówienia powinny znaleźć pokrycie w wynagrodzeniu wskazanym jako cena ofertowa. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe pokrycie kosztów realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za cenę zaoferowaną przez AG-Complex. Zaoferowana cena, biorąc przy tym pod uwagę okres trwania zamówienia, nie umożliwia Wykonawcy pokrycia minimalnych kosztów poniesionych z realizacją zamówienia w sposób zgodny z OPZ. Cena brutto zaoferowana przez AG-COMPLEX stanowi w przybliżeniu 66% średniej arytmetycznej dla ofert złożonych w tym postępowaniu. Fakt tak niskiej - aż o 34% - wyceny brutto ma charakter obiektywny i powinien co najmniej wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za cenę przewidzianą w ofercie. (...).

Ponadto również realia rynkowe AG-COMPLEX jako wykonawcy na rynku warszawskim oraz fakt, iż nie jest to przedsiębiorca budowlany (co do zasady świadczy usługi porządkowe i utrzymania zieleni) a co za tym idzie jest mało prawdopodobne, iż na potrzeby realizacji tego

zamówienia posiada już na obecnym etapie zakupione wcześniej po niższych stawkach materiały niezbędne do realizacji zamówienia - powinny te wątpliwości dodatkowo wzmóc i spowodować wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Celem art. 224 ust. 2 Pzp jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy oferują ceny nierealistyczne, niewiarygodne, za które nie będą w stanie zrealizować zamówienia. Ma to służyć ochronie Zamawiającego przed zawarciem umowy obciążającej dużym ryzykiem jej niewykonania. W kontekście obecnej sytuacji rynkowej i drastycznego wzrostu cen materiałów budowlanych (ceny materiałów budowlanych w ciągu roku wzrosły o 34% a niektóre o ponad 60%) koniecznym jest zweryfikowanie czy wybrany wykonawca zapewnił sobie dostęp do materiałów, które spełniają wymagania Zamawiającego opisane w OPZ a jednocześnie w cenie, która pozwala na nie ponoszenie straty w trakcie realizacji zamówienia.

W kontekście powyższych okoliczności, wszczęcie przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego nie jest jedynie jego uprawnieniem. Ma on obowiązek wszcząć je w przypadku, gdy okoliczności sprawy wskazują na występowanie uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Na obligatoryjność wszczęcia postępowania wyjaśniającego w przypadku ziszczenia się wskazanych przesłanek wskazuje brzmienie analizowanego przepisu, w którym ustawodawca posłużył się kategorią *zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień.*

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie na piśmie. Przedstawił swoje stanowisko na rozprawie wnosząc o oddalenie odwołania i prezentując argumentację.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją psiego parku wraz z ciągami pieszymi w ramach projektu budżetu partycypacyjnego nr 955, pn. „Żoliborz Południowy przyjazny dla każdego – Psi Park” oraz zadania inwestycyjnego pn. Infrastruktura „Zielone ulice – etap I”.

Zgodnie z protokołem postępowania – druk ZP-TP – wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę zamówienia 638 290,00 zł., co stanowi równowartość kwoty 143 320,01 euro.

Pismem z dnia 17 maja 2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 222 ust. 4 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poinformował, że na realizację przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę: 785 096,70 zł brutto.

Pismem z dnia 27 maja 2022 r. Zamawiający poinformował o złożonych ofertach:

1. oferta złożona przez Odwołującego – z ceną 2.837.700,00 zł;
2. oferta złożona przez Wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. – z ceną 756.478,95.

Pismem z dnia 7 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyniku postępowania. Jako ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron Odwołujący złożył przedstawione do protokołu rozprawy oświadczenie, zgodnie z którym cofa zarzut oznaczony numerem 1 *petitum* odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi powyższe oświadczenia stron Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim Odwołujący wycofał zarzut – na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu, który nie został wycofany – tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp – Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z przepisem 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.

W myśl przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, 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.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy Izba uznała, że zarzut naruszenia przepisu art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożone zostały dwie oferty: jedna z ceną na poziomie 756.478,95 zł (oferta złożona przez Wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o.), druga z ceną na poziomie 2.837.700,00 zł (oferta złożona przez Odwołującego). Szacunkowa wartość ustalona przez Zamawiającego wynosi 638 290,00 zł., natomiast kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wyniosła 785 096,70 zł brutto (co stanowiło szacunkową wartość zamówienia powiększona o podatek VAT).

Powyższe okoliczności prowadzą do ustaleń, że cena oferty złożonej przez Wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. stanowi 96,35% kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi 1.797.089,48 zł, zatem cena oferty złożonej przez AG-Complex Sp. z o.o. stanowi ok. 42% średniej arytmetycznej złożonych ofert, jest więc od niej o ok. 58% niższa.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że Zamawiający słusznie podniósł, iż

wysokość średniej arytmetycznej jest wynikiem znaczącego jej zawyżenia przez bardzo wysoką cenę oferty złożonej przez Odwołującego. Dodatkowo należy wskazać, że fakt złożenia tylko dwóch ofert w postępowaniu spotęgował efekt zawyżenia średniej arytmetycznej złożonych ofert. Cena zaoferowana przez Odwołującego stanowiła ponad 3,5-krotność ceny oferty złożonej przez Wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. oraz kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (odpowiednio 3,75-krotność oraz 3,61-krotność).

Izba zwróciła uwagę na fakt, że zarówno szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego powiększona o podatek VAT, jak również cena oferty złożonej przez Wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. są na zbliżonym poziomie – cena oferty złożonej przez Wykonawcę AG-Complex jest nieznacznie niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT.

W tym miejscu należy wskazać, że szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego nie była kwestionowana ani na właściwym do tego etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani pomocniczo – jako część argumentacji służącej poparciu podniesionego w odwołaniu zarzutu – w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Tym samym w ocenie Izby Zamawiający słusznie uznał, że rozbieżność, która wystąpiła pomiędzy średnią arytmetyczną cen złożonych ofert, a ceną oferty złożonej przez Wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. wynika z oczywistych okoliczności, niewymagających wyjaśnienia – tj. ze znaczącego zawyżenia ceny oferty złożonej przez Odwołującego. Zatem zaistniała przesłanka do odstąpienia od obowiązku wzywania Wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, by w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy cena oferty złożonej przez Wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub by mogła budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia – Odwołujący nie wykazał zatem, by ziszczała się przesłanka do wezwania Wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, o których mowa w przepisie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w tym zakresie powołał się na te same okoliczności faktyczne, które już zostały przez Izbę ocenione.

Odwołujący podniósł, że mało prawdopodobnym jest, by Wykonawca AG-Complex Sp. z o.o., jako firma o profilu pozabudowlanym, posiadała już w swoich zasobach materiały niezbędne do realizacji zamówienia nabyte po niższych stawkach. Izba uznała ten argument za wysoce spekulatywny i nieudowodniony. Ponadto Odwołujący nie wykazał związku ww. okoliczności z kalkulacją ceny oferty złożonej przez Wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o.

Odnosząc się do złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci zrzutu ekranu prezentującego artykuł pochodzący ze strony internetowej murator-dom.pl na okoliczność wzrostu cen materiałów budowlanych wskazać należy, że Izba dowód ten uznała za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Artykuł w nim zaprezentowany dotyczy cen materiałów budowlanych takich jak materiały murowe, służące do ocieplenia i wykończenia domu, podczas gdy przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie psiego parku wraz z ciągami pieszymi – tym samym złożony przez Odwołującego dowód, wobec jego nieadekwatności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, został przez Izbę pominięty.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: