

WYROK

z dnia 10 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2023 r. przez wykonawcę:

K.M. prowadzącego działalność pod firmą PHU K.M. w Białymstoku ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto Białystok, przy udziale wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia:

Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. w Baranowie Sandomierskim, Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Sp.k. w Baranowie Sandomierskim, Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. w Baranowie Sandomierskim i Elitelas Sp. z o.o. w Baranowie Sandomierskim zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i 373 zł 80 gr (słownie: trzysta siedemdziesiąt trzy złote osiemdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu na rozprawę oraz poniesioną przez wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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

Miasto Białystok (Ul. Słonimska 1 15-950 Białystok) (dalej również: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) w trybie podstawowym pn.: „Pielęgnacja i wycinka drzew oraz krzewów w zabytkowych i miejskich parkach oraz skwerach a także w „Akcencie ZOO” w Białymstoku”, ogłoszenie Dz.U./S S239 12/12/2022 688708-2022-PL, znak postępowania DGK-IV.271.103.2022 (dalej również: Postępowanie). Przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 22 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie K.M. prowadzącego działalność pod firmą PHU K.M. Ul. Jarzębinowa 14 lok 34 15-793 Białystok (dalej również: Wykonawca lub Odwołujący) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

W dniu 27 września 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego „Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. (Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski), Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Sp. k. (Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski), Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. (Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski), Elitelas Sp. z o.o. (Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski) (dalej również: Przystępujący lub Konsorcjum). Wobec zgłoszenia przystąpienia w terminie i zgodnie z warunkami określonymi w art. 525 Pzp Izba uznała przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego za skuteczne.

Odwołujący wniósł odwołanie od nieprawidłowych i niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego z dnia 15 września 2023 r. dokonanych z naruszeniem Ustawy:

1.art. 226 ust 1 pkt 8 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum którego oferta została uznana jako

najkorzystniejsza z uwagi na fakt, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę

2.art. 239 ust 1 i 2 poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum podlegającej odrzuceniu.

Odwolujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Odwolujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów:

- 1.Dokumentów znajdujących się w aktach sprawy Krajowej Izby Odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt: KIO 2179/23
- 2.Wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 21 kwietnia 2023r.
- 3.Wyjaśnień Konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny
- 4.Wezwania Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2023r.
- 5.Wyjaśnień Konsorcjum z dnia 29 sierpnia 2023r.

na okoliczność, że Konsorcjum zaoferowało przystąpienie do realizacji zadań w przypadku wystąpienia sytuacji wymagających pilnych działań w terminie 2 h od zgłoszenia; składając ofertę Konsorcjum miało świadomość, iż aby przystąpić do realizacji zadań w przypadku wystąpienia sytuacji wymagających pilnych działań w terminie 2 h od zgłoszenia będzie zmuszony wykonać część zamówienia przy pomocy podwykonawcy; Konsorcjum zostało wezwane do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224ust 2 pkt 1 Pzp; w wyjaśnieniach Konsorcjum rażąco niskiej ceny, nie wskazano jako czynnika kosztotwórczego wynagrodzenia podwykonawcy; wyjaśnienia Konsorcjum rażąco niskiej ceny są nierzetelne i nie przedstawiają dowodów na potwierdzenie rzeczywistych kosztów związanych z realizacją zamówienia; Konsorcjum w wyjaśnieniach z dnia 22 sierpnia 2023r. wskazało, iż część zamówienia zrealizuje przy pomocy podwykonawcy; Konsorcjum nie posiada dokumentów potwierdzających wysokość kosztów związanych z udziałem podwykonawcy przy realizacji zamówienia, co potwierdza, iż oferta została skalkulowana bez uwzględnienia wszystkich kosztów i jako taka winna zostać uznana za ofertę zawierającą rażąco niską cenę.

Zamawiający pismem z dnia 28 września 2023 r. uwzględnił zarzuty odwołania.

Przystępujący pismem z dnia 4 października 2023 r. wniósł sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania oraz o odrzucenie odwołania jako spóźnionego.

Przystępujący wnosilo o dopuszczenie dowodu z dokumentów: informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 lipca 2023 r. oraz odwołania Odwołującego z dnia 26 lipca 2023 r. na okoliczność niedochowania terminu na złożenie zarzutu rażąco niskiej ceny i odrzucenia odwołania jako spóźnionego.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył dalsze dowody dokumentowe - protokoły konieczności z realizacji zamówienia publicznego wykonywanego przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego w latach 2020-2023 (w okresie marzec 2020 – marzec 2023, tj. 36 miesięcy) na analogiczne do objętych Postępowaniem usług na okoliczność tego, że roboty interwencyjne pilne stanowią znaczną część zamówienia objętego Postępowaniem bowiem w tamtym postępowaniu obejmowały roboty zafakturowane na kwotę ok. 600 000 zł brutto. Zamawiający przedłożył zaś: - dokumentację zdjęciową wiatrołomów celem wykazania zakresu prac objętych Postępowaniem, - wydruki ze stron internetowych dostawcy paliwa, którego faktury załączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępujący na okoliczność nierzetelnej wyceny ceny ofertowej, - tabele sporządzoną przez Zamawiającego zawierającą protokoły konieczności z realizacji zamówienia publicznego przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego przez okres 36 miesięcy (marzec 2020 – marzec 2023) z zaznaczeniem na kolorowo prac interwencyjnych pilnie po intensywnych zdarzeniach pogodowych, celem wykazania, że prace interwencyjne w trybie pilnym nie stanowią niewielkiego zakresu prac objętych zamówieniem w ramach Postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że wobec oświadczenia Przystępującego złożonego w toku Postępowania o woli realizacji zamówienia z udziałem podwykonawcy wobec zmiany sytuacji faktycznej, co stanowiło zmianę pierwotnego założenia Przystępującego, co do planowanej i wyrażonej w złożonej ofercie woli samodzielnej realizacji przedmiotu zamówienia, zarzuty odwołania w zakresie ceny ofertowej zostały złożone w terminie. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji zamówienia oraz złożonych do akt dowodów dokumentowych, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był nie sporny. Spór sprowadzał się do oceny udzielonych wyjaśnień przez Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny wobec późniejszego zasygnalizowania przez Przystępującego zmiany planowanego sposobu realizacji zamówienia z samodzielnego na z udziałem podwykonawcy, w kontekście uznania ich za wystarczające dla oceny przez Zamawiającego, że nie ma tutaj do czynienia z rażąco niską ceną.

Izba ustaliła oparciu o dokumentację Postępowania oraz wyjaśnienia stron i uczestnika bezsporne okoliczności, że

zgodnie z SWZ:

1.przedmiotem zamówienia są usługi polegające na pielęgnacji i wycinie drzew oraz krzewów w zabytkowych i miejskich parkach oraz skwerach, a także w „Akcencie ZOO” w Białymstoku przez okres 36 miesięcy, przyczym zakres rzeczowy prac oraz wykaz lokalizacji zawiera zał. Nr 1 do SWZ

2.Zamawiający określił w SWZ przewidywane ilości prac zleczanych protokołami konieczności w okresie obowiązywania umowy w postaci:

Lp-	Wyszczególnienie	Przewidywana ilość
i	2	3
1	Cięcia pielęgnacyjne drzew	220 000 cm
2	Cięcia techniczne drzew (redukcja koron)	4 000 cm
3	Cięcia techniczne pojedynczych konarów drzew	4 000 cm
4	Frezowanie pni drzew	4 000 cm
5	Karczowanie pni drzew	3 000 cm
6	Założenie drenażu wokół korzeni drzewa	3 000 cm
7	Wymiana podłoża ok. 0,5 m poniżej szyi korzeniowej	300 m ³
8	Nawożenie dokorzeniowe drzewa	300 cm
9	Wycinka krzewów	900 m ²
10	Karczowanie krzewów	300 m ²
11	Wycinka drzew	200 cm
12	Zakup pułapki feromonowej (z usługami towarzyszącymi}	1 500 szt.
13	Zakup feromonu do pułapki feromonowej (z usługami towarzyszącymi)	4 500 szt.
14	Założenie wiązania elastycznego	1 800 szt.
15	Założenie wiązania sztywnego	180 szt.
16	Założenie odciagu linowego > 10 m	90 szt.
17	Cięcie formujące żywotniki kuliste	60 szt.
18	Cięcie formujące żywotniki stożkowe	265 szt.

3.Rozliczanie realizacji zamówienia odbywa się o protokołu konieczności na podstawie zestawień zleconych i faktycznie wykonanych usług w oparciu o ceny jednostkowe z oferty wykonawcy.

4.Zamawiający wymagał wyłącznie wykazania warunku zdolności technicznej lub zawodowej w postaci wykonania lub wykonywania, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - usługi/usług z zakresu pielęgnacji i wycinki drzew na terenie parków/skwerów na łączną kwotę min. 500 000 zł brutto (w przypadku usług w trakcie realizacji - wartość zrealizowanej usługi/usług musi wynosić min. 500 000,00 zł brutto), oraz w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia: 1 osobę nadzorującą przewidzianą do kierowania osobami wykonującymi prace o charakterze technicznym spełniającą wymagania art. 37b ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2022 r. poz. 840) oraz posiadającą min. 2-letnie doświadczenie w realizacji prac związanych z pielęgnacją drzew, co najmniej 1 osobę przewidzianą do wykonywania prac technicznych spełniającą wymagania art. 37b ust. 3 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2022 r. poz. 840) oraz posiadającą ukończony kurs pilarza drzew ozdobnych oraz min. 2-letnie doświadczenie przy pielęgnacji drzew, co najmniej 1 osobę przewidzianą do wykonywania prac technicznych spełniającą wymagania art. 37b ust. 3 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2022 r. poz. 840) oraz posiadającą ukończony kurs pilarza- alpinisty drzew ozdobnych oraz min. 2-letnie doświadczenie przy pielęgnacji drzew metodą alpinistyczną.

5. Zamawiający nie wprowadził ograniczeń, co do zakresu przedmiotu zamówienia, jaki powierzony może zostać realizacji przez podwykonawcę

6. Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert w postaci: cena ofertowa - 60% i czas reakcji w sytuacjach awaryjnych - 40%.

7. Zamawiający nie wprowadził żadnych wskazówek, co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej za poszczególne usługi w rozróżnieniu na usługi realizowane w sytuacjach awaryjnych z wymaganiem czasu reakcji i inne usługi realizowane w trybie normalnym

8. W zakresie usług realizowanych w trybie pilnym wskazał jedynie, że wymagany czas reakcji zależy do zadeklarowanego przez wykonawcę w formularzu ofertowym czasu przystąpienia do realizacji zadań w przypadku wystąpienia sytuacji wymagających pilnych działań związanych z usuwaniem złamanych/wywróconych drzew, uszkodzonych/nadłamanych konarów drzew, uzależniając liczbę przyznawanych z tego tytułu punktów (do 6 godz. - 0,00 pkt, do 4 godz. - 20,00 pkt, do 2 godz. - 40,00 pkt), gdzie czas przystąpienia do wykonywania prac liczony jest od momentu telefonicznego zgłoszenia przez przedstawiciela Zamawiającego o konieczności podjęcia działań.

9. Zamawiający opisał zakres usług w załączniku nr 1 do SWZ wskazując, że zakres rzeczowy zamówienia obejmuje:

1., Cięcia pielęgnacyjne drzew - zabiegi mające cel formujący, prześwietlający, sanitarny, korygujący lub odmładzający koronę drzewa, polegające na usunięciu z korony drzewa żywych i/lub martwych pędów, gałęzi lub konarów przy zachowaniu charakterystycznego dla drzewa pokroju (w zakresie przewidzianym w art. 87a ust. 2 Ustawy o ochronie przyrody).

2. Cięcia techniczne drzew (redukcje koron) - zabiegi mające na celu likwidację zagrożenia bezpieczeństwa ludzi i mienia min. usuwanie niebezpieczeństw spowodowanych ograniczoną widocznością, zawężoną skrajnią jezdni, zasłonięciem latarni, znaków drogowych, sygnalizacji świetlnej, kamer monitorujących, zmniejszeniem dostępu światła do budynków, niszczeniem elewacji i dachów budynków, zabiegi zmierzające do niwelowania wad budowy korony, poprawiające statykę drzewa.

3. Cięcia techniczne pojedynczych konarów drzew - zabiegi mające na celu likwidację zagrożenia bezpieczeństwa ludzi i mienia dot. usuwania uszkodzonych, nadłamanych lub suchych lub zawieszonych pojedynczych konarów i gałęzi stwarzających niebezpieczeństwo złamania / odłamania się w drzewach zlokalizowanych przy ciągach spacerowych, w sąsiedztwie ławek jw.

4. Frezowanie pni drzew - frezowanie pnia należy wykonywać na głębokość 20 cm poniżej poziomu gruntu; po frezowaniu teren należy oczyścić i zniwelować do poziomu terenu otaczającego oraz w zależności od miejsca wykonanego frezowania uzupełnić warstwą ziemi urodzajnej min. 5 cm i wysiać trawę w stosownym terminie (na trawniku, w misie), uzupełnić odpowiednio żwirem itp. (na alejce nieutwardzonej).

5. Karczowanie pni drzew - odkopanie bryły korzeniowej, usunięcie korzeni, po karczowaniu teren należy oczyścić i zniwelować do poziomu terenu otaczającego oraz w zależności od miejsca wykonanego karczowania uzupełnić warstwą ziemi urodzajnej min. 5 cm i wysiać trawę w stosownym terminie (na trawniku, w misie), uzupełnić odpowiednio żwirem itp. (na alejce nieutwardzonej).

6. Założenie drenażu wokół korzeni drzewa - zabieg ma na celu odprowadzenie na zewnątrz nagromadzonej wody z ubytku drzewa.

7. Wymiana podłoża ok. 0,5 m poniżej szyi korzeniowej - zabieg ma na celu wymianę podłoża wokół drzewa do możliwego poziomu systemu korzeniowego ok. 0,5 m poniżej szyi korzeniowej na nowe podłoże zawierające w odpowiednich proporcjach dobrej jakości ziemię ogrodniczą, keramzyt, korę.

8. Nawożenie dokorzeniowe drzewa - zabieg ma na celu wprowadzenie do systemu korzeniowego na głębokość ok. 1 m odżywczych, płynnych pożywek mikoryzowych bogatych w potas, pozostałe makroelementy i mikroelementy.

9. Wycinka krzewów - usuwanie krzewów równo z gruntem, po wycince teren oczyścić poprzez wygrabienie i zebranie biomasy.

10. Karczowanie krzewów — odkopanie bryły korzeniowej, usunięcie korzeni, po karczowaniu teren należy oczyścić i zniwelować

do poziomu terenu otaczającego oraz uzupełnić warstwą ziemi urodzajnej min. 5 cm.

11. Wycinka drzew - usunięcie drzewa jak najniżej podłoża (max 30 cm), wycinkę należy przeprowadzić ze szczególnym uwzględnieniem bezpieczeństwa ludzi i mienia, a także drzew sąsiadujących.

12. Zakup pułapki feromonowej (z usługami towarzyszącymi) - zakładanie i zdejmowanie trwałych pułapek feromonowych kominowych (lejkowych) na drzewa kasztanowców celem zwalczania szrotówka kasztanowcowiaczka. Pułapki należy stosować zgodnie z zaleceniami producenta. Od końca kwietnia - w I dekadzie maja należy zabezpieczyć kasztanowce przed szrotówką kasztanowcowiaczkiem, gdyż w tym czasie można spodziewać się pierwszego w danym sezonie wylotu motyli szrotówka, którego poczwarki zimowały w niezgrabionych liściach i glebie.

Feromon należy wymienić przed każdym wylotem szrotówka, gdyż czas działania pokrywa się z okresem wylotów motyli z kokonów i ich gromadzeniem na pniu drzewa.

Kolejne pokolenie pojawia się za około 2 miesiące i należy wymienić feromon w pułapce. Pułapki feromonowe stosujemy :

> I założenie feromonu na przełomie kwietnia i maja,

> II założenie feromonu od połowy czerwca i stosować do końca lipca,

5* III założenie feromonu od pierwszej połowy sierpnia i stosować do końca września.

13. Zakup feromonu do pułapki feromonowej (z usługami towarzyszącymi) — zakup i wymiana feromonu wabiącego szrotówka kasztanowcowiaczka w pułapce i przenieszenie pułapki w obręb korony drzewa.

14. Założenie wiązania elastycznego — mechaniczne wzmocnienie drzewa stabilizujące koronę drzewa poprzez wprowadzenie wiązania opaskowego typu „kobra” pomiędzy pień i/lub konary w celu zabezpieczenia drzewa przed rozłamaniem, złamaniem lub przewróceniem się.

Do montażu wiązań należy stosować wiązania elastyczne opasowe, dynamiczne z certyfikatem (lina + akcesoria) standard wytrzymałości min. 2 t. — mechaniczne wzmocnienie korony drzewa zapobiegające wyłamaniu odnóg pnia. Certyfikaty powinny potwierdzać wytrzymałość liny, odporność na światło itp. Wykonawca jest odpowiedzialny za użyte i zastosowane materiały do wiązania koron drzew w celu zabezpieczenia ich przed rozłamaniem oraz za zgodność montażu z wiedzą arborystyczną. Wymagane jest zastosowanie wyłącznie materiałów posiadających certyfikaty świadczące o ich przydatności do wiązania drzew, o odporności na warunki atmosferyczne, odporności na UV i odporności na zerwanie.

15. Założenie wiązania sztywnego - mechaniczne wzmocnienie drzewa poprzez wprowadzenie wiązania sztywnego pomiędzy pień i/lub konary w celu zabezpieczenia drzewa przed rozłamaniem, złamaniem lub przewróceniem się. Wymagane jest zastosowanie wyłącznie materiałów posiadających certyfikaty świadczące o ich przydatności do wiązania drzew, o odporności na warunki atmosferyczne, odporności na UV i odporności na zerwanie.

16. Założenie odciągu linowego powyżej 10 m - wybór odpowiedniego miejsca na założenie odciągu, założenie liny i regulacja naprężenia, zabezpieczenie antykorozyjne elementów.

17. Cięcia formujące żywotniki kuliste (rosnące w Alei Zakochanych Parku Planty, 12 szt.) - zabiegi mające cel formujący, prześwietlający, sanitarny, korygujący, polegające na usunięciu martwych pędów i gałęzi przy zachowaniu charakterystycznego pokroju dla tego gatunku drzewa.

18. Cięcia formujące żywotniki stożkowe (rosnące w Alei Zakochanych Parku Planty, 53 szt.) - zabiegi mające cel formujący, prześwietlający, sanitarny, korygujący, polegające na usunięciu martwych pędów i gałęzi przy zachowaniu charakterystycznego pokroju dla tego gatunku drzewa.

UWAGA!

Obwód pnia przy zlecaniu realizacji prac wskazanych w pkt 1-3 i 11 mierzony jest na wysokości 1,30 m od powierzchni gruntu.

ZALECENIA ZAMAWIAJĄCEGO:

Prace przy drzewach i krzewach należy prowadzić zgodnie z aktualną, współczesną wiedzą w zakresie prawidłowej pielęgnacji i wycinki drzew i krzewów, a także zachowaniem poniższych zasad;

• zachowanie charakterystycznego pokroju drzewa/krzewu (wyjątek cięcia techniczne),

- ograniczenie usuwania i skracania gałęzi żywych do niezbędnego minimum,
- podczas jednorazowego cięcia usuwać nie więcej niż 15% żywej korony (w uzasadnionych przypadkach do 30%),
- w przypadku drzew wielopniowych o konarach rozwidlających się poniżej 1,30 m każdy konar liczony jest jako oddzielne drzewo,
- cięcia gałęzi i konarów wykonywać tzw. „metodą na trzy”,
- gałęzie martwe usuwać bez uszkodzenia tkanki żywej,
- powierzchnia rany powinna być gładka,
- usługi mają być kompletne, to jest obejmujące wszystkie konieczne czynności objęte umową,
- zachowanie porządku oraz właściwego oznakowania i zabezpieczenia na terenie prowadzenia prac,

w razie gdy gałęzie drzewa wrastają w linię energetyczną-Wykonawca ma obowiązek wystąpić do PGE o wyłączenie energii, jeśli występuje taka konieczność; wszelkie uzgodnienia leżą po stronie Wykonawcy, prowadzenie prac w sposób niepowodujący zniszczenia miejsca ich wykonania, a po zakończeniu prac uprzątnięcie, przywrócenie terenu do stanu pierwotnego oraz usunięcie ewentualnych zniszczeń zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego”

- 10.Zamawiający zawarł w SWZ ocenę stanu drzewostanu objętego przedmiotem zamówienia wraz z dokumentacją fotograficzną drzewostanu.
- 11.Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił jakiego typu usług dotyczą interwencje awaryjne, w trybie pilnym z zadeklarowanym czasem reakcji.

Izba, w oparciu o oszacowanie ilości wartości zamówienia oraz wyjaśnienia Zamawiającego ustaliła również, że Zamawiający do szacowania wartości (podstawowe zamówienie 3203086,61zł) przyjął usługi i ilości opisane następnie w SWZ i szacując wartość w żaden sposób nie rozdzielił kosztów usług interwencyjnych pilnych od tych realizowanych w trybie normalnym.

Izba w oparciu o dokumenty zamówienia ustaliła bezsporne okoliczności, że:

- 1.Konsorcjum złożyło ofertę na kwotę brutto 1 923 350,00 zł.
- 2.Pismem z 21 kwietnia 2023 r. Zamawiający w sposób ogólny wezwał Konsorcjum w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy w związku z tym, iż cena całkowita oferty była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (tj. niższa od kwoty: 3 203 086,61 zł) o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny ofertowej, zaznaczając, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
- 3.Konsorcjum udzieliło wyjaśnień w terminie załączając kalkulacje kosztów pracowniczych oraz przykładowe faktury kosztowe na paliwo.
- 4.Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako wystarczające dla uznania, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską i 18 lipca 2023 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
- 5.Odwołanie od wyboru złożył Odwołujący z niniejszej sprawy. Odwołanie w sprawie KIO 2179/23 dotyczyło zaniechania wezwania Konsorcjum do wyjaśnień oferty w zakresie zaoferowanego czasu przystąpienia do realizacji zadań w przypadku wystąpienia sytuacji wymagających pilnych działań – tj usług interwencyjnych w trybie pilnym.
- 6.W wykonaniu wyroku wydanego w sprawie o sygnaturze akt. KIO 2179/23 Zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2023 r. wezwał Konsorcjum w trybie art. 223 ust. 1 Ustawy do złożenia wyjaśnienia treści oferty w zakresie pkt II formularza ofertowego (dot. kryterium oceny ofert), tj. zadeklarowanego czasu przystąpienia do realizacji zadań w przypadku wystąpienia sytuacji wymagających pilnych działań związanych z usuwaniem złamanych/wywróconych drzew, uszkodzonych /nadłamanych konarów drzew, zaznaczając, że „Wykonawca w Formularzu ofertowym zadeklarował najkrótszy czas przystąpienia do realizacji ww. zadań, tj. do 2 godzin, a jednocześnie: 1) oświadczył w formularzu ofertowym (pkt III) oraz JEDZ (Część II, sekcja D), iż prace objęte zamówieniem zamierza wykonać bez udziału podwykonawców. 2) w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny przedstawił czynniki cenotwórcze, nie wykazując podwykonawstwa, zabezpieczenia bazy i pracowników na miejscu świadczenia usługi. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę odległość siedziby Wykonawcy od miasta Białegostoku, Zamawiający wzywa do wyjaśnienia w zakresie zadeklarowanego czasu i realności świadczenia usługi przez Wykonawcę w wybranym przedziale czasowym.”
- 7.Konsorcjum w terminie udzieliło wyjaśnień wskazując, że: „w zakresie zadeklarowanego czasu przystąpienia do realizacji zadań w' przypadku wystąpienia sytuacji wymagających pilnych działań związanych z usuwaniem złamanych/wywróconych drzew, uszkodzonych/ nadłamanych konarów drzew w wymiarze 2 godzin, lider konsorcjum- Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o. o. wyjaśnia co następuje. Specyfikacja warunków zamówienia w

rozdziale XII Podwykonawcy, pkt. 3 mówi, że W przypadku, gdy Wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcom, zastosowanie mają odpowiednie postanowienia określone w projekcie umowy. " Paragraf 6 projektu umowy przedstawionego dla ww. postępowania w kwestii podwykonawcy w punkcie 4 określa, że „ Wykonawca może: 1) powierzyć realizację części przedmiotu umowy podwykonawcom, mimo niewskazania w ofercie takiej części do powierzenia podwykonawcom, W świetle powyższych informacji nie nałożono na Wykonawcę obowiązku zadeklarowania zgłoszenia podwykonawcy dla realizacji zadania pn. „Pielęgnacja i wycinka drzew oraz krzewów zabytkowych i miejskich parkach oraz skwerach, a także w „ Akcencie ZOO ” w Białymstoku ” na etapie składania ofert, Warto mieć na względzie fakt, iż przedmiotowe postępowanie znacząco się przedłuża (termin składania ofert przypadał na 10 stycznia 2023r.) zaś na etapie składania ofert Wykonawca posiadał wolną ekipę roboczą w bliskiej odległości, przewidzianą do wykonania zadań w trybie awaryjnym, lecz z uwagi na przesunięcie się rozstrzygnięcia postępowania sytuacja się zmieniła. W przeciągu ostatnich miesięcy Wykonawca zdecydował o zaangażowaniu Podwykonawcy, który jest przewidziany do wykonywania prac w przypadku wystąpienia sytuacji wymagających pilnych działań. Wykonawca przewiduje, iż działania w trybie awaryjnym będą stanowiły znikomy procent prac, w związku z czym nie wpłyną na zwiększenie kosztów' poniesionych z tytułu wykonania całości zadania."

8. Zamawiający uznając wyjaśnienia za wystarczające 15 września 2023 r. poinformował o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Izba przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia Konsorcjum, co do pierwotnie założonej samodzielnej realizacji przedmiotu zamówienia, co potwierdza treść oferty oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz prawidłowość tej wyceny i wyjaśnień, również wobec braku jej zakwestionowania w przewidzianym Ustawą trybie i terminie. Izba ustaliła również, w oparciu o niekwestionowane oświadczenia Zamawiającego, że faktyczna realizacja analogicznego do objętego Postępowaniem przedmiotu zamówienia za lata poprzednie, z uwzględnieniem interwencji w trybie pilnym i normalnym zamknęła się kwotą 2 000 000 zł brutto. Dając wiarę wyjaśnieniom Konsorcjum a także wobec niekwestionowania tej okoliczności przez strony w ramach Postępowania i postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że cena ofertowa ustalona została z uwzględnieniem doświadczenia wykonawcy, warunków atmosferycznych i stanu drzewostanu potwierdzonego oględzinami Konsorcjum. Wobec niekwestionowania, że oferta sporządzona została zgodnie z SWZ i wobec zawartego w niej oświadczenia wykonawcy, Izba przyjęła, że cena ofertowa uwzględniła również opis stanu drzewostanu określony SWZ i całość prognozowanych i opisanych SWZ usług.

Izba stwierdza, że:

Odwołanie sprowadza się do zakwestionowania faktu nie ujęcia w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny podwykonawstwa. Nie zawiera wskazań ani analizy elementów wyceny i przyjętych przez Konsorcjum wartości ani danych w relacji do cen podwykonawstwa i wpływu potencjalnego korzystania zeń przez wykonawców. Sam Odwołujący wskazuje również, że korzystanie z podwykonawców nie musi wpływać na zwiększenie cen ofertowych. Jednocześnie Konsorcjum wskazuje, że zaangażowanie podwykonawcy nie wpływa na cenę ofertową i możliwość wykonania w tej cenie zamówienia przez Konsorcjum. W ocenie Izby treść SWZ nie uzasadnia założenia, że powierzenie podwykonawcy realizacji zlecenia w trybie pilnym polegające na przystąpieniu do wykonania usługi w ciągu 2 godzin od zlecenia jej wykonania (podczas gdy sama realizacja i zakończenie usługi mogą, co przyznaje Zamawiający, być rozciągnięte w czasie, na kilka lub kilkanaście dni, co potwierdzają protokoły konieczności oraz zestawienie usług opracowane przez Zamawiającego) w sposób znaczący wpływa na kalkulację ceny ofertowej ani że zakres usług w trybie pilnym jest znaczący. Logicznym i znajdującym w doświadczeniu życiowym wnioskiem jest, że fakt podwykonawstwa zależy do cech danego podwykonawcy, kosztów dojazdów i kosztów osobowych i materiałowych a te wcale nie muszą być wyższe od kosztów realizacji bezpośredniej przez wykonawcę, czego Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił.

Jednocześnie zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 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 cen lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa co najmniej 30% od: 1)

wartości zamówienia powiększonej o należyty 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.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Wobec celu jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp

(zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia. Podstawą odrzucenia oferty jest zaferowanie ceny „rażąco niskiej”. Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działania zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp, czego w niniejszym przypadku zabrakło.

W niniejszej sprawie, w świetle twierdzeń odwołania, brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do błędnej oceny ceny ofertowej i udzielonych w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnień a odwołanie nie sprostало wymogom ciężaru dowodowego. Wezwanie było ogólne, wyjaśnienia odnosiły się do kwestii sposobu określenia ceny ofertowej i nie były kwestionowane w terminie i trybie przewidzianym Ustawą, podobnie jak podjęta po ich analizie decyzja Zamawiającego w zakresie oceny prawidłowości oceny wyjaśnień. Odwołanie w żaden sposób nie odniosło się do wysokości ceny ofertowej – sprowadzało się do nieuzasadnionego w treści odwołania i niewykazanego twierdzenia o niemożności zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę ofertową przy podwykonawstwie. Izba w tym miejscu dodatkowo wskazuje, że Zamawiający nie doprecyzował jaka część ceny ofertowej stanowić ma wynagrodzenie za realizację usług interwencyjnych w trybie pilnym ani jaki ich zakres powierzony może zostać podwykonawcy. Co więcej wszystkie strony wskazywały na niemożność przewidzenia faktycznej liczby interwencji pilnych, właśnie ze względu na ich nieprzewidywalność. Izba dodatkowo wskazuje, że faktyczny koszt realizacji usług za lata poprzedzające nie wskazuje sam w sobie na nierealność ceny Konsorcjum także w kontekście podwykonawstwa.

Zdaniem Izby, na podstawie okoliczności sprawy i przedstawionych dowodów Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać całego przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie z podwykonawstwem, szczególnie, że nie wykazano ani nie wskazano o ile wpłynie ono na podwyższenie ceny a jednocześnie według niczym niepodważonych twierdzeń Konsorcjum okoliczność ta nie ma znaczącego wpływu na wycenę i koszty realizacji usług w ramach zamówienia.

Odwołujący nie wykazał by cena ofertowa nie pozwoliła na wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ i nie gwarantowała zysku.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący