

WYROK

z dnia 23 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawcę – **AG- Complex sp. z o.o. ul. Płytowa 14 (03-046 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białoleka ul. Modlińska 197 (03-122 Warszawa),**

przy udziale wykonawcy - **T. Ś. TESTA ul. Wańkowicza 4/116, (02-798 Warszawa),**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - T. Ś. TESTA z Warszawy;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy – Prawo zamówień publicznych oferty wnoszącego odwołanie - AG- Complex sp. z o.o. z Warszawy;
- 3) ponowne badanie oferty wnoszącego odwołanie i ocenę niepodlegających odrzuceniu ofert zgodnie z kryteriami oceny określonymi w SIWZ.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białoleka ul. Modlińska 197 (03-122 Warszawa):**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15. 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AG- Complex sp. z o.o. ul. Płytowa 14 (03-046 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego - **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białoleka ul. Modlińska 197 (03-122 Warszawa)** na rzecz wnoszącego odwołanie - **AG-Complex sp. z o.o. ul. Płytowa 14 (03-046 Warszawa)** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 923/17

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę AG - Complex Sp. z o. o. z Warszawy [Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw, terenów rekreacyjnych, miejsc pamięci i nieurządzonych terenów zieleni oraz pielęgnacja zieleni wysokiej na obszarze Dzielnicy Białoleka m. st. Warszawy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie Dz. Urz. UE w dniu 18/01/2017 pod nr 2017/S 012- 017752. Zdaniem wnoszącego odwołanie, Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białoleka naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp] w zakresie:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na brak wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest nieprawidłowa, albowiem oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 91 ust 1 Pzp z uwagi na wybór oferty wykonawcy: T. Ś. TESTA Urządzenie i Pielęgnacja Zieleni w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny a po ocenie oferty Odwołującego, oferta ta przedstawia najkorzystniejszy bilans w kryteriach oceny ofert określonych w SIWZ,
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)powtórzenie czynności badania oferty Odwołującego,
- 2)dokonanie czynności oceny ważnych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp,

3)dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Stwierdził, że Odwołujący posiada interes do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust 1 Pzp, albowiem z uwagi na wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przepisów ustawy, nieudzielenie przedmiotowego zamówienia Odwołującemu prowadzi do powstania szkody po jego stronie w postaci utraconych korzyści, z jakimi wiąże się uzyskanie zamówienia, bowiem oferta Odwołującego przedstawia najwyższą liczbę punktów

w kryteriach oceny ofert, a zatem jest ofertą najkorzystniejszą, którą powinien Zamawiający wybrać w niniejszym postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów podał w szczególności:

W postępowaniu zostało złożonych siedem ofert, w tym Odwołującego z ceną 923.438,95 zł

- pierwsze kryterium – oraz z „Czasem reakcji na zgłoszenie” – drugie kryterium – 4 godz. Zamawiający – zgodnie ze specyfikacją - oceniał oferty w tych dwóch kryteriach oceny: Kryterium nr 1 — Cena — waga 60% oraz Kryterium nr 2 - Czas reakcji na zgłoszenie - waga 40%. Stosownie do treści SIWZ (str. 19) wybór oferty najkorzystniejszej poprzedzony został aukcją elektroniczną przeprowadzoną w dniu 17.03.2017 r. W toku aukcji elektronicznej jedynym licytowanym kryterium oceny ofert była cena brutto za realizację przedmiotowego zamówienia. W wyniku aukcji elektronicznej Odwołujący złożył ofertę cenową: 395.000,00 zł. W dniu 28.04.2017 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy T. Ś. Testa Urządzanie i Pielęgnacja Zieleni, z ceną 552.758,59 zł jako najkorzystniejszą, jednocześnie informując o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust 3 Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 92 ust.1 pkt 3 Pzp podał:

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazał, że:

- 1)Poddał szczegółowej analizie wyjaśnienia Wykonawcy (...) w szczególności stawki za usługi mające największy wpływ na cenę przedmiotu zamówienia tj. stawki w zakresie koszenia mechanicznego trawników, posprzątania terenu parków, placów zabaw, terenów zieleni wraz z opróżnianiem koszy ulicznych oraz wiosennego i jesiennej wygrabiania liści z trawników na terenie parków, placów zabaw, terenach zieleni.
- 2)Dokonał porównania cen jednostkowych odpowiednich usług w postępowaniach o podobnym zakresie dla umów realizowanych w Dzielnicy Białoleka, w postępowaniach przeprowadzonych na rynku warszawskim (w Dzielnicy Ursynów, Ursus) na rok 2017 r. o podobnym zakresie - stawki zaproponowane przez Wykonawcę AG- Complex Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, były znacznie niższe (25-300%) od stawek zaproponowanych w ww postępowaniach.
- 3)Na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i dowodów cen jednostkowych poszczególnych usługą które obejmował przedmiot zamówienia, w porównaniu z cenami ofert złożonymi przez innych uczestników przetargu, cenami ofert złożonych przez wykonawców w przetargach o podobnym zakresie usług na Rynku warszawski, cenami ofert w postępowaniach przetargowych o podobnym przedmiocie zrealizowanych na podstawie umów w Dzielnicy Białoleka w roku 2016 r. oraz w doniesieniu do wzrostu kosztów pracy w roku 2017 r. (wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę (...)) — Zamawiający uznał, iż

cena oferty jest rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia, jak i do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Zdaniem wykonawcy, brak jest chociażby dwóch konkretnych przykładów wraz z podaniem podstawowych elementów cenotwórczych - cena jednostkowa, okres realizacji zamówienia, założenia do kosztów osobowych oraz ilości zamawianych usług po danej cenie. Powyższe uniemożliwia weryfikację Odwołującego, jakie dane Zamawiający przeciwstawił i co konkretnie przesądziło o tym, że Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego. Uzasadnienie odrzucenia oferty powinno umożliwiać zweryfikowanie przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona - toku rozumowania zamawiającego. Wskazał na orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej (KIO 918/13).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z 90 ust. 3 Pzp podał: Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odrzuca również ofertę, jeżeli Wykonawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie albo, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 Pzp). Dalej podał, że „Zgodnie z ustalonym w orzecznictwie, jak i doktrynie nurtem w zakresie badania ceny oferty pod kątem uznania ceny za rażąco niskiej,

Zamawiający dokonując badania ofert w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien cenę zaproponowaną w ofercie odnieść do ustalonej przez siebie wartości zamówienia (powiększoną o podatek VAT), jak również do cen innych ofert, z uwzględnieniem specyfiki zamówienia". Wskazał, że zaoferowana cena za realizację zamówienia jest niższa o 37,32% od średniej ceny ofert złożonych w toku aukcji elektronicznej (średnia cena ofert, które złożyły postąpienia w toku aukcji wynosi 630 210,86 zł). Cena oferty Odwołującego jest, zatem porównywalna z cenami rynkowymi. Wykonawca podkreślił, że Zamawiający w dniu 21.03.2017 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust 1a Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wezwał do złożenia szczegółowych wyjaśnień oraz wskazał, że Wykonawca winien wykazać, jakie cenniki (upusty, rozwiązania techniczne, technologiczne, organizacyjne) spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody (koszty zakupu materiałów, urządzeń pracy, obsługi umowy, ubezpieczeń itp.) na potwierdzenie zaistnienia okoliczności obniżenia ceny przez Wykonawcę. Zamawiający wskazał również, że wyjaśnienia oraz dowody i wyliczenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia powinny zawierać m.in.:

- 1)szczegółowe wyjaśnienia cen poszczególnych pozycji formularza cenowego z podaniem czynników oraz dowodów, które miały wpływ na ich obniżenie wobec cen podanych w formularzu cenowym złożonym wraz z ofertą w dniu 24.02.2017 r.
- 2)koszty zatrudnienia pracowników biorących udział w poszczególnych pracach np. mechanicznym koszeniu, wygrabianiu liści, pielęgnacji i wycinaniu drzew, cięciach technicznych drzew, skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia/w szczególności koszty zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, 2 osób świadczących pracę związaną z wykonywaniem czynności w trakcie realizacji przedmiotu umowy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (1 pracownik do wykonania czynności: pielienia, sadzenia, grabienia, 1 pracownik do wykonania czynności mechanicznej ścinki drzew),
- 3)koszty utrzymania i eksploatacji maszyn i urządzeń niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia: ciągniki z kosiarkami, podnośnik koszowy do pielęgnacji i wycinki drzew, pilarki spalinowe, kosiarki (koszty paliwa, ubezpieczenia, przeglądów, konserwacji, amortyzacji itp.) przypadające na realizację przedmiotowego zamówienia,
- 4)koszty związane z wiosennym i letnim sadzeniem roślin sezonowych, w tym koszty robocizny i koszty materiału roślinnego,
- 5)koszty związane z mulczowaniem korą krzewów, bylin, pnączy, traw rabatowych w parkach, na placach zabaw, na zieleńcu przed urzędem dzielnicy w rozbiciu na koszty robocizny i koszty materiału,
- 6)koszty związane z wykonaniem trzebieży selektywnej drzew i krzewów w rozbiciu na koszty robocizny, użycia sprzętu lub narzędzi, koszty transportu i utylizacji urobku,
- 7)koszty utylizacji i transportu odpadów pochodzących ze sprzątania oraz utylizacji masy zielonej z podaniem stawki na transport i utylizację 1 tony (Mg) odpadów,
- 8)pozostałe koszty Wykonawcy (np. koszty polisy ubezpieczenia).

Odwołujący w dniu 27.03.2017 r. złożył wyjaśnienia. Złożenie wyjaśnień zostało poprzedzone uzasadnieniem zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący w wyjaśnieniach dot. rażąco niskiej ceny wskazał, że: (....) [Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa]. (....). Zamawiający w dniu 28.03.2017 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazując, że ponownie wzywa do złożenia zestawienia cen poszczególnych pozycji formularza cenowego z podaniem czynników oraz dowodów, które miały wpływ na ich obniżenie wobec cen podanych w formularzu cenowym złożonym wraz z ofertą w dniu 24.02.2017 r. w tym kosztów związanych z zakupem kory do mulczowania, roślin sezonowych przewidzianych do sadzenia w okresie wiosennym i letnim. Odwołujący w dniu 03.04.2017 r. złożył wyjaśnienia. (...) [Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa]. (....).

Wskazując na cel wyjaśnień oraz orzecznictwo KIO i Sądów Okręgowych wykonawca stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy są szczegółowe oraz wystarczające do uznania, że nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał wartości, które uwzględnił przy kalkulacji ceny, i które są czytelne i rzeczowe. Spójne ze złożonymi wyjaśnieniami. Przyjęte przez Odwołującego stawki są stawkami realnymi wynikającymi z przepisów prawa (wynagrodzenia osobowe) oraz zawartych umów z kontrahentami (wywóz odpadów). Odwołujący przedstawił konkretne dane, — co umożliwia ocenę zasadności przyjętych wartości. Wskazał, że dowodami przedstawionymi przez Odwołującego są szczegółowe kalkulacje, które w sposób bezpośredni uszczegóławiają czynniki, umożliwiające zastosowanie czynników cenotwórczych na określonym poziomie. Podkreślił, że na etapie składania ofert żaden wykonawca nie ma szczegółowej wiedzy, kiedy i jakie czynności będzie wykonywał, kalkulacja dotyczy umowy w

sprawie zamówienia publicznego, która jeszcze nie została zawarta i zawiera szacunek wyliczony w oparciu o planowane koszty i szacunkowe ilości określone przez Zamawiającego. Nie jest możliwe dokładne określenie poszczególnych składników kosztów: materiałów czy kosztów eksploatacyjnych sprzętu, jak również ich dokładna wycena, co uzasadnia uznanie za wystarczające zaplanowanie tych kosztów w orientacyjnej, racjonalnej wysokości - tak też uczynił Odwołujący. Kalkulacja jest zawsze dostosowana do konkretnego zamówienia, bowiem każde zamówienie jest inne i wymaga przyjęcia innej metodologii obliczenia ceny. Doświadczenie Odwołującego pozwala jedynie zaplanować te koszty w orientacyjnej, racjonalnej wysokości. Faktyczne koszty realizacji zamówienia będą znane nie wcześniej niż po zakończeniu realizacji zamówienia. Doświadczenie wykonawcy zdobyte po realizacji konkretnego zamówienia, może jednym razem skutkować przyjęciem większych stawek, za drugim - ich obniżeniem. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający na etapie oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może zakwestionować metodologię wyliczenia ceny lub uznać, że jest ona spójna. W omawianym przypadku, Zamawiający nie zakwestionował przyjętej metodologii obliczenia ceny, nie wskazał, które z przyjętych przez Odwołującego konkretnych czynników cenotwórczych są nierealne np. ilości pracowników, czy udziału sprzętu w realizacji zamówienia czy też wycena i udział materiałów w cenie realizacji zamówienia. Zamawiający nie wykazał również, że cena, jaką zaoferował Odwołujący jest niższa niż całkowity koszt wykonania zamówienia — brak jest chociażby jednego takiego przykładu. Zamawiający nie zarzucił Odwołującemu pominięcia w wycenie jakiegokolwiek elementu opisu przedmiotu zamówienia czy warunków

świadczenia usług wynikających wprost ze wzoru umowy. Zamawiający nie zakwestionował wysokości zysku, który Odwołujący wykazał. Wreszcie, Zamawiający nie wskazał, że jakiś element ryzyka został pominięty w kalkulacji ceny przedstawionej przez Odwołującego. Zamawiający nie wskazał, że jakikolwiek element cenotwórczy został uwzględniony w zaniżonej, nierealnej cenie. Dodatkowo wskazał, że w latach poprzednich:

- 1)w 2015 r. w postępowaniu o tożsamym przedmiocie zamówienia: „Utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw i nieurządzonych terenów zieleni oraz pielęgnacja zieleni wysokiej na obszarze Dzielnicy Białoleka m.st. Warszawy” Zamawiający udzielił Wykonawcy - Testa T. Ś. zamówienia, które w stosunku do wartości szacunkowej było znacznie niższe. Wartość szacunkowa zamówienia określona przez Zamawiającego wynosiła 597.557,62 zł. brutto. Wartość oferty Testa T. Ś. przed przystąpieniem do aukcji wynosiła 797.537,57 zł. brutto, zaś cena po aukcji i wartość udzielonego zamówienia wynosiła 399.092,78 zł. brutto. Z powyższego zestawienia wynika, że różnice cenowe były znaczne i wówczas Zamawiający nie kwestionował, że zaproponowana cena jest rażąco niska i nie odrzucił z tego powodu oferty.
- 2)w 2013 r. w postępowaniu o tożsamym przedmiocie zamówienia: „Utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw i nieurządzonych terenów zieleni oraz pielęgnacja zieleni wysokiej na obszarze Dzielnicy Białoleka m.st. Warszawy” Zamawiający udzielił Wykonawcy - Testa T. Ś. zamówienia, które w stosunku do wartości szacunkowej było znacznie niższe. Wartość szacunkowa zamówienia stanowiła kwotę 1.336.071,28 zł. Wartość oferty Testa T. Ś. przed przystąpieniem do aukcji wynosiła 1.140.877,32 zł. brutto, zaś cena po aukcji i wartość udzielonego zamówienia wynosiła 805.000,00 zł. brutto., co po przeliczeniu usługi na wartość roczną daje kwotę 402.500,00 zł. Z powyższego zestawienia wynika, że różnice cenowe były znaczne i wówczas Zamawiający nie kwestionował, że zaproponowana cena jest rażąco niska i nie odrzucił z tego powodu oferty. Podkreślił, że zaproponowana wówczas cena 402.500 zł. jest zbliżona do ceny zaproponowanej przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Trudno, zatem mówić o nierealności rynkowej zaproponowanej przez Odwołującego ceny.
- 3)w 2011 r. w postępowaniu o tożsamym przedmiocie zamówienia: „Utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw i nieurządzonych terenów zieleni oraz pielęgnacja zieleni wysokiej na obszarze Dzielnicy Białoleka m.st. Warszawy” Zamawiający udzielił Wykonawcy — Testa T. Ś. zamówienia, które w stosunku do wartości szacunkowej było znacznie niższe. Wartość szacunkowa zamówienia określona przez Zamawiającego wynosiła 1.009.963,88 zł. brutto. Wartość oferty Testa T. Ś. przed przystąpieniem do aukcji wynosiła 988.558,24 zł. brutto, zaś cena po aukcji i wartość udzielonego zamówienia wynosiła 490.000 zł. brutto., co po przeliczeniu usługi na wartość roczną daje kwotę 245.000,00 zł. Z powyższego zestawienia wynika, że różnice cenowe były znaczne i wówczas Zamawiający nie kwestionował, że zaproponowana cena jest rażąco niska i nie odrzucił z tego powodu oferty. Należy również podkreślić, iż zaproponowana wówczas cena 245.000 zł. jest zdecydowanie niższa od ceny zaproponowanej przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Trudno, zatem mówić o nierealności rynkowej zaproponowanej przez Odwołującego ceny.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp podał:

Oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz przedstawia najkorzystniejszy bilans w kryteriach oceny ofert określonych w SIWZ. Dokonane przez Zamawiającego czynności: 1) odrzucenie oferty Odwołującego oraz 2)

wybór oferty wykonawcy - T. Ś. TESTA Urządzanie i Pielęgnacja Zieleni są nieprawidłowe. Podkreślił, że Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw, jakie przypisuje mu PZP, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad PZP oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający poprzez odrzucenie oferty Odwołującego a przez to - zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, naruszył podstawowe zasady PZP, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp podał, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty (28.04.2017r.) opisał wnioski z przeprowadzonej analizy wyjaśnień Wykonawców na okoliczność możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny oferty złożonej w toku aukcji elektronicznej, w zakresie:

a)szczegółowej analizie wyjaśnienia Odwołującego z dnia 27.03.2017r oraz wyjaśnienia uzupełniające z dnia 03.04.2017r., w szczególności stawki za usługi mające największy wpływ na cenę przedmiotu zamówienia, tj. stawki w zakresie koszenia mechanicznego trawników, posprzątania terenu parków, placów zabaw, terenów zieleni wraz z opróżnianiem koszy ulicznych oraz wiosennego i jesiennego wygrabiania liści z trawników na terenie parków, placów zabaw, terenach zieleni,

b)porównania cen jednostkowych odpowiednich usług w postępowaniach o podobnym zakresie dla umów realizowanych w Dzielnicy Białoleka, w postępowaniach prowadzonych

na rynku warszawskim, po przeprowadzonych postępowaniach przetargowych na rok 2017. Zarówno w umowach (B1A/KŚ/B/K/3/2/40/16, BIA/KŚ/B/III/3/3/125/15) zrealizowanych w roku 2015 i 2016 na obszarze Dzielnicy Białoleka, jak również w postępowaniach przeprowadzonych na rynku warszawskim {w dzielnicach Ursynów, Ursus) na rok 2017r. o podobnym zakresie gdzie stawki zaproponowane przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, były znacznie niższe (25%-300%) od stawek zaproponowanych w ww postępowaniach,

c)w odniesieniu do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów cen jednostkowych poszczególnych usług, które obejmował przedmiot zamówienia, w porównaniu z cenami zaproponowanymi przez innych uczestników przetargu, cenami ofert złożonych przez wykonawców w przetargach o podobnym zakresie usług na rynku warszawskim, cenami ofert postępowań przetargowych o podobnym przedmiocie zrealizowanych na podstawie umów w Dzielnicy Białoleka w roku 2016, oraz w odniesieniu do wzrostu kosztów pracy w roku 2017r., (wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2016r., poz. 1456 ze zm.) - Zamawiający uznał, iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia jak i do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zdaniem Zamawiającego, zawiadomienie z dnia 28.04.2017r. zawierało wszystkie przyczyny oraz czynności jakie legły u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego na okoliczność rażąco niskiej ceny złożonej oferty. Brak w uzasadnieniu przytoczenia konkretnych cen oraz szczegółowych wskaźników procentowych wynikała z faktu, iż wszystkie wyjaśnienia składane przez Odwołującego oraz innych Wykonawców, na okoliczność badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny zostały w całości utajnione. Na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty (28.04.2017r.) wszystkie wyjaśnienia i dowody dotyczące rażąco niskiej ceny złożonej oferty złożone przez Wykonawców: AG - COMPLEX sp. z o.o. (pismo Wykonawcy z dnia 27.03.2017r., 03.04.2017r.), T. Ś. TESTA Urządzanie i Pielęgnacja Zieleni (pismo Wykonawcy z dnia 27.03.2017r.), PARTNER D.A. (pismo Wykonawcy z dnia 23.03.2017r./31.03.2017r), z ich woli pozostawały w całości utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający nie mógł zatem uwzględnić w treści Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z dnia 28.04.2017r.) konkretnych wartości, kalkulacji i obliczeń dokonanych na podstawie dokumentacji złożonych przez Wykonawców w toku wyjaśnień rażąco niskich cen złożonych ofert. W związku z powyższym, Zamawiający przeprowadził procedurę odtajnienia, tj: w dniu 05.05.2017r. wystąpił z wnioskiem o wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia, informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa dot. Wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych ofert. Wykonawcy odpowiedzi, w tym AG - COMPLEX sp. z o.o. który odtajnił jedynie formularz cenowy (sporządzony na

wzór - zał.nr 2 do SIWZ) złożony po aukcji. Wykonawcy T. Ś. TESTA Urządzanie i Pielęgnacja Zieleni oraz PARTNER D.A. odmówili odtajnienia jakichkolwiek dokumentów stanowiących wyjaśnienie rażąco niskiej ceny złożonej ofertą. Zamawiający dokonał ponownej analizy założeń dokumentów i w konsekwencji na podstawie art. 8 ust.1 oraz ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, w dniu 16.05.2017 r." Zamawiający odtajnił wyjaśnienia wykonawców, a w przypadku AG-COMPLEX sp. z o.o w zakresie: formularz cenowy (sporządzony na wzór - zał.nr 2 do SIWZ) złożony po aukcji, zgodnie z wolą Wykonawcy - pismo z dnia 08.05.2017r., pismo Wykonawcy z dnia 27 marca 2017r., pismo Wykonawcy z dnia 03 kwietnia 2017r. oraz umowy: nr UD-XVII-WOŚ-B/tti/3/3-17-2016-1241; UD-XVII-WOŚ-OŚ-BM/3/2-18-2016-1242; nr 718/2014; umowa nr 47/13, w których stroną był Odwołujący. W związku z powyższym

Zamawiający odtajnił również w całości protokół członków komisji wydziału merytorycznego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp stwierdził, że wywód Odwołującego oparty jest na błędnym wnioskowaniu, albowiem:

1. Cena za realizację zamówienia Odwołującego jest niższa o 52,18% od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

2. W przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie wykonawcy nie jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Będzie obliczone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym, tak więc Zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia analizy pod kątem rażąco niskiej ceny, odnosząc się do cen jednostkowych zawartych w formularzach cenowych. Zgodnie z zapisami wzoru umowy (zał. nr 9 do SMWZ), podstawą do wystawienia faktury oraz wypłaty wynagrodzenia wykonawcy są kosztorysy powykonawcze obejmujące rzeczywiste obmiary robót i ceny jednostkowe oraz protokoły odbioru podpisane i zaakceptowane przez strony umowy. Wskazał na wyroki KIO i podał, że w wyjaśnieniach z dnia 27.03.2017 r., Odwołujący udowadnia Zamawiającemu, iż cyt.,... "jest przedsiębiorcą zajmującym się i specjalizującym m. in. w wykonywaniu prac związanych z utrzymaniem czystości terenów publicznych. (...) W związku z tym posiadamy bardzo dobrą znajomość specyfiki przedmiotu zamówienia.". Jest to niekonsekwencja, której Zamawiający nie rozumie i która potwierdza słuszność podjętej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na okoliczność rażąco niskiej ceny złożonej oferty, gdyż na etapie składania oferty Odwołujący nie wie, kiedy i jakie czynności będzie wykonywał i ile będą kosztowały, a w konsekwencji jaka cena będzie gwarantowała odpowiedni przychód dający choć minimalny zysk. (Tym bardziej, że pozostali wykonawcy wezwani na tę samą okoliczność złożenia szczegółowych wyjaśnień i dowodów, przedstawili Zamawiającemu szczegółowe wyliczenia poszczególnych cen jednostkowych wraz z potwierdzającymi je dowodami). Powyższe potwierdza postępowanie prowadzone przez Zamawiającego w roku 2016 dotyczące

„Pielęgnację zieleni niskiej i utrzymanie czystości wzdłuż dróg gminnych, uporządkowanie i pielęgnacja miejsc pamięci, terenów rekreacyjnych, ekologicznej ścieżki edukacyjnej na terenie Dzielnicy Białoleka przeprowadzonym w 2016r.” nr sprawy UD-II- WZP.271.II.2016.MLU/PNzAU-u, w którym Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, po uprzednim wyczerpaniu procedury na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie w dniu wyznaczonym na podpisanie umowy Odwołujący odmówił jej podpisania przesyłając Zamawiającemu informację, cyt. „W odpowiedzi na Państwa e-maila z dnia 20.04.2016r., w nawiązaniu do naszych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz wyboru naszej oferty, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, uprzejmie informujemy, iż po ponownej i dokładnej analizie kosztów wykonania niniejszego zamówienia, jesteśmy zmuszeni do podjęcia decyzji o odstąpieniu od podpisania umowy po stawkach zaproponowanych po przeprowadzonej aukcji elektronicznej, gdyż nie zagwarantuje to naszej firmie osiągnięcia należytego przychodu”. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 21.03.2017r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a PZP do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający szczegółowo określił zakres swojego wezwania podając, że Wykonawca winien wykazać, jakie czynniki (upusty, rozwiązania techniczne, technologiczne, organizacyjne) spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody (koszty zakupu materiałów, urządzeń pracy, obsługi umowy, ubezpieczeń itp.) na potwierdzenie zaistnienia okoliczności obniżenia ceny przez Wykonawcę. *„Wyjaśnienia oraz dowody i wyliczenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia powinny zawierać m.in.: 1)szczegółowe wyjaśnienia cen poszczególnych pozycji formularza cenowego z podaniem czynników oraz dowodów, które miały wpływ na ich obniżenie wobec cen podanych w formularzu cenowym złożonym wraz z ofertą w dniu 24.02.2017 r.; 2) koszty zatrudnienia pracowników biorących udział w poszczególnych pracach np. mechanicznym koszeniu, wygrabianiu liści, pielęgnacji i wycinaniu drzew, cięciach technicznych drzew, skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności koszty zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, 2 osób świadczących pracę związaną z wykonywaniem czynności w trakcie realizacji przedmiotu umowy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (1 pracownik do wykonania czynności: pelenia, sadzenia, grabienia, 1 pracownik do wykonania czynności mechanicznej ścinki drzew); 3) koszty utrzymania i eksploatacji maszyn i urządzeń*

niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia: ciągniki z kosiarkami, podnośnik koszowy do pielęgnacji i wycinki drzew, pilarki spalinowe, kosiarki (koszty paliwa, ubezpieczenia, przeglądów, konserwacji, amortyzacji itp.) przypadające na realizację przedmiotowego zamówienia; 4) koszty związane z wiosennym i letnim sadzeniem roślin sezonowych, w tym koszty robocizny i koszty materiału roślinnego; 5) koszty związane z mulczowaniem korą krzewów, bylin, pnączy, traw rabatowych w parkach, na placach zabaw, na zieleńcu przed urzędem dzielnicy w rozbiciu na koszty robocizny i koszty materiału; 6) koszty związane z wykonaniem trzebieży selektywnej drzew i krzewów w rozbiciu na koszty robocizny, użycia sprzętu lub narzędzi, koszty transportu i utylizacji urobku, 7)koszty utylizacji i transportu

odpadów pochodzących ze sprzątnia oraz utylizacji masy zielonej z podaniem stawki na transport i utylizację 1 tony (Mg) odpadów; 8) pozostałe koszty Wykonawcy (np. koszty polisy ubezpieczenia). Wyjaśnienia Wykonawcy oraz dowody i wyliczenia ceny powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia”.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przesłał w dniu 27.03.2017r. Zamawiającemu wyjaśnienia wraz dowodami, które odnosiły się do ogólnej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący do wyjaśnień załączył kalkulację, która również nie obejmowała dyspozycji Zamawiającego tj. przedstawienia formularza cenowego ze szczegółowym wyjaśnieniem cen poszczególnych pozycji formularza cenowego z podaniem czynników oraz dowodów, które miały wpływ na ich obniżenie. Jego zdaniem, Odwołujący potwierdził w odwołaniu str. 7-8, w części opatrzonej klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa pisząc, że do wyjaśnień załączył szczegółowy kosztorys składający się na realizację całego zamówienia, a do poszczególnych pozycji kosztowych dopisał zdanie Zamawiający mógł tym samym samodzielnie przeliczyć koszty i ustalić, czy w kalkulacji znajdują się jakiekolwiek błędy. Wobec powyższego w dniu 28.03.2017r. Zamawiający ponownie wystąpił do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazując, że ponownie wzywa do złożenia zestawienia cen poszczególnych pozycji formularza cenowego z podaniem czynników oraz dowodów, które miały wpływ na ich obniżenie wobec cen podanych w formularzu cenowym złożonym wraz z ofertą w dniu 24.02.2017 r. w tym kosztów związanych z zakupem kory do mulczowania, roślin sezonowych przewidzianych do sadzenia w okresie wiosennym i letnim. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 03.04.2017r, Odwołujący złożył wyjaśnienia w których ponownie odniósł do ceny za realizację całego zamówienia i do procentowego udziału poszczególnych kosztów w całości zamówienia. Do wyjaśnień załączył również, formularz cenowy po aukcji, bez podania szczegółowej kalkulacji cen poszczególnych pozycji

formularz cenowego oraz oferty i faktury od kontrahentów z którymi współpracuje. W wyjaśnieniach Odwołujący zaznaczył, że przygotowując kalkulację zakładał konkretny udział procentowy materiałów i na tych wyliczeniach opierał swoją wycenę, zaznaczył, że na tym etapie przedmiotowego zamówienia nie jest dla Odwołującego możliwe określenie ostatecznych upustów i przedłożenia dowodów zakupu konkretnych materiałów jakie będą użyte do realizacji tego zamówienia. Odwołujący wskazał również, że posiada na stanie magazynowym część materiałów zakupionych wcześniej, stąd zdaniem Odwołującego, możliwe było również ujęcie ich w wycenie praktycznie w kosztach zerowych. Potwierdza to również sam Odwołujący w Odwołaniu str. 8-9, w części opatrzonej klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał analizy i porównania cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu odniósł je również do wartości zamówienia {powiększonej o podatek VAT) oraz średniej arytmetycznej złożonych ofert. Następnie dokonał pełnej analizy cen jednostkowych zaoferowanych w zakresie poszczególnych zadań i czynności, ze szczególnym uwzględnieniem cen, które mają znaczący wpływ na ostateczną cenę oferty (porównanie stawek AG Complex Sp. z o.o., Testa T. Ś., Partner D.A. - zawartych w formularzach cenowych złożonych na wezwanie Zamawiającego po aukcji elektronicznej) tj: koszenie mechaniczne z wygrabianiem i wywozem pokosu; sprzątnie terenu parków, placów zabaw, terenów zieleni; wiosennego wygrabiania liści i zanieczyszczeń z trawników w parkach placów zabaw, terenów zieleni. Następnie pogłębił analizę dotyczącą cen jednostkowych dokonując porównania z cenami jednostkowymi obowiązującymi na rynku warszawskim (ceny jednostkowe z formularzach cenowych obowiązujące w umowach u innych Zamawiających) dla postępowań o podobnym zakresie, które obejmowały tożsame zadania i czynności występujące u Zamawiającego (Utrzymanie parków i zieleńców na terenie Dzielnicy Ursus. St. Warszawy w zakresie zieleni i czystości od dnia podpisania umowy do 31.12.2017r. znak sprawy UD-XI-ZZP.271.40.WOŚ.2016; Utrzymanie zieleni parkowej Dzielnicy Ursynów - z podziałem na zadania: Zadanie 1: Park im. R. D.; Zadanie 2: Park im. J. P. II; Zadanie 3: Park im. Cichociemnych Spadochroniarzy AK, znak sprawy KZP- XII.271.63.2016; Utrzymanie i konserwacja zieleni parków, skwerów, zieleńców, terenów zieleni oraz zieleni przyulicznej w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy - Obszar I, II, III, umowa nr UD-XVII-WOŚ-OŚ-B/III/3/3-17-2016-1241, umowa nr UD-XVII-WOŚ-OŚ-B/III/3/2-18-2016-

1242 z dnia 01.09.2016r. - umowa na którą powołuje się Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach z dnia 27.03.2017r., dotyczących rażąco niskiej ceny). Zamawiający przeanalizował również ceny jednostkowe z postępowania prowadzonego w roku 2016 na

„Pielęgnację zieleni niskiej i utrzymanie czystości wzdłuż dróg gminnych, uporządkowanie i pielęgnacja miejsc pamięci, terenów rekreacyjnych, ekologicznej ścieżki edukacyjnej na terenie Dzielnicy Białoleka przeprowadzonym w 2016 r.” (nr sprawy:

UD~II~WZP.271.II.2016.MLU/PNzAU-u, w którym Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, po uprzednim wyczerpaniu procedury na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie w dniu wyznaczonym na podpisanie umowy Odwołujący odmówił jej podpisania. Odnosząc się do stawek za prace, których dotyczy zawiadomienie z dnia 28.04.2017 r. Zamawiający podał:

1) Stawki dotyczące koszenia mechanicznego trawników wraz ze zgrabieniem i usunięciem pokosu w parkach, na zieleńcach, placach zabaw, terenach rekreacyjnych, wokół miejsc pamięci oraz niezagospodarowanych terenach zieleni, które są znacznie zaniżone w stosunku do stawek innych Wykonawców. Zarówno w stosunku do cen innych wykonawców z przedmiotowego postępowania o ok. 24% i aż 46% w stosunku do uśrednionych cen rynkowych warszawskich, jednocześnie na tym samym poziomie co cena zaoferowana przez Odwołującego w postępowaniu w roku 2016, w którym to Odwołujący odmówił podpisania umowy ze względu na zbyt niską kalkulację ceny. Zatem biorąc pod uwagę powyższe oraz aktualny wzrost kosztów pracy, podyktowany wynagrodzeniem nie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2016r., poz. 1456 ze zm.), dodatkowo brak w przekazanych przez Odwołującego wyjaśnieniach szczegółowego wyliczenia cen poszczególnych pozycji formularza cenowego z podaniem czynników oraz dowodów, które miały wpływ na ich obniżenie, Zamawiający stwierdził, iż zaproponowane stawki jednostkowe za koszenie mechaniczne 1 ha trawników są zdecydowanie zbyt niskie i nie gwarantują Zamawiającemu, wykonania zadania przez Odwołującego.

2) Stawki dotyczące posprzątania terenu parków, placów zabaw, terenów zieleni wraz z opróżnianiem koszy na śmieci, które są znacznie zaniżone w stosunku do stawek innych Wykonawców. Zarówno w stosunku do cen innych wykonawców z przedmiotowego postępowania o ok. 57% i 70% w stosunku do uśrednionych cen rynkowych warszawskich i dodatkowo niższe o ok. 25% od ceny zaoferowanej przez Odwołującego w postępowaniu w roku 2016, w którym to Odwołujący odmówił podpisania umowy ze względu na zbyt niską kalkulację ceny. Za jednorazowe posprzątanie 1 ha terenu parku Henrykowskiego oraz na terenów rekreacyjnych przy ul. Strumykowej, Picassa, Ceramicznej, Magicznej, Myśliborskiej, wraz z opróżnianiem koszy na śmieci oraz interwencyjne posprzątanie w/w terenów Odwołujący zaoferował cenę w wysokości 15 zł, podczas gdy kolejni Wykonawcy Partner i Testa przedstawili stawki na poziomie 30-40zł., na rynku warszawskim obowiązują ceny w przedziale od 30,00 zł do 60,00 zł za ha. Natomiast, za jednorazowe posprzątanie 1 ha terenu placów zabaw, siłowni, plaży z opróżnieniem koszy na śmieci, AG-Comp!ex Sp. z

o.o. przedstawił cenę 12,04 zł, natomiast Partner i Testa przedstawili stawki na poziomie 30- 40zł.

Należy w tym miejscu również podkreślić, że zadanie polega na sprzątnięciu terenu parków, zieleńców, placów zabaw, terenów rekreacyjnych wraz z opróżnieniem koszy na śmieci, natomiast u większości Zamawiających czynność opróżniania koszy jest dodatkowo płatna. Cena za opróżnienie jednego kosza w zależności od Zamawiającego waha się od 1,5 zł do 4,69 zł. I tak, z umów podpisanych przez Urząd m. st. Warszawy Dzielnica Białoleka w 2016

r. wynika, że Wykonawca Partner w zrealizowanej w 2016 r. umowie BIA/KŚ/B/i 1/3/2/40/16 na pielęgnację zieleni niskiej i utrzymanie czystości wzdłuż dróg gminnych, uporządkowanie i pielęgnacja miejsc pamięci, terenów rekreacyjnych, ekologicznej ścieżki edukacyjnej na terenie Dzielnicy Białoleka (postępowanie w którym Odwołujący odmówił podpisania umowy ze względu na zbyt niską kalkulację ceny) zaoferował stawkę za opróżnienie 1 szt. kosza przyulicznego, w wysokości 4,50 zł. Jednocześnie, w ramach umowy BIS/KŚ/B/I i t/1/5/44/2016 realizowanej w 2016r. obejmującej roboty porządkowe na terenie Dzielnicy Białoleka m. st. Warszawy w zakresie opróżniania i zakupu koszy ulicznych, usuwania podłych zwierząt, sprzątania niezagospodarowanych terenów, w tym likwidacji dzikich wysypisk odpadów, za opróżnienie 1 szt. kosza przyulicznego, ten sam Wykonawca Partner zaoferował stawkę w wysokości 4,69 zł. Zatem biorąc pod uwagę powyższe oraz aktualny wzrost kosztów pracy, podyktowany wynagrodzeniem nie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2016r., poz. 1456 ze zm.), dodatkowo brak w przekazanych przez Odwołującego wyjaśnieniach szczegółowego wyliczenia cen poszczególnych pozycji formularza cenowego z podaniem czynników oraz dowodów, które miały wpływ na ich obniżenie, Zamawiający stwierdził, iż zaproponowane stawki jednostkowe za sprzątanie 1 ha terenu parku, placu zabaw, zieleńców wraz z opróżnianiem koszy na śmieci są zdecydowanie zbyt niskie i nie gwarantują Zamawiającemu wykonania zadania przez Odwołującego.

3) Stawki dotyczące wiosennego wygrabiania liści i zanieczyszczeń z trawników w parkach, placów zabaw, terenach zieleni są znacznie niższe od stawek podanych przez innych Wykonawców oraz stawek obowiązujących na rynku warszawskim. Stawki zaproponowane przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu są niższe średnio o ok. 74% od cen rynkowych warszawskich oraz o ok. 60% od cen w przedmiotowym postępowaniu i wyższe o ok. 16% od ceny z oferty Odwołującego z roku 2016. Za wiosenne wygrabienie liści i zanieczyszczeń z trawników na terenie parku Henrykowskiego, z terenów rekreacyjnych przy ul. Strumykowej, Picassa, Magicznej, Myśliborskiej oraz placów zabaw i zieleńców zgodnie z załącznikiem nr 1 do protokołu, AG-Complex Sp. z o.o. zaoferował cenę w wysokości 150 zł, podczas gdy kolejni Wykonawcy Partner i Testa przedstawili stawki na poziomie 450-500 zł. Wykonawca Testa w 2016r. (umowa BIA/KŚ/B/III/3/3/125/15 na

utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw i nieurządzonych terenów zieleni oraz pielęgnację zieleni

wysokiej na obszarze Dzielnicy Białoleka) w wysokości 400 zł, za wiosenne wygrabienie liści i zanieczyszczeń z 1 ha parków, placów zabaw, zieleńców. Wykonawca AG Adendron sp. j. w dzielnicy Ursus w postępowaniu z 2017r. na utrzymanie parków i zieleńców na terenie Dzielnicy Ursus, za wiosenne wygrabienie liści i zanieczyszczeń z trawników przedstawił cenę w wysokości 1000 zł/ ha. Biorąc pod uwagę fakt, że wiosenne wygrabienie liści z trawników wiąże się z wygrabianiem innych zanieczyszczeń pozimowych (zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w S1WZ), których na początku sezonu wiosennego jest dużo, co wiąże się z większymi kosztami związanymi z załadunkiem, wywozem oraz utylizacją masy organicznej i odpadów, dowodzi Zamawiającemu, że zaoferowana przez Wykonawcę AG -Complex Sp. z o.o. stawka nie została obliczona z należytą starannością i przedstawia rażąco niską cenę. Zatem biorąc pod uwagę powyższe oraz aktualny wzrost kosztów pracy, podyktowany wynagrodzeniem nie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2016r., poz. 1456 ze zm.), dodatkowo brak w przekazanych przez Odwołującego wyjaśnieniach szczegółowego wyliczenia cen poszczególnych pozycji formularza cenowego z podaniem czynników oraz dowodów, które miały wpływ na ich obniżenie, Zamawiający stwierdził, iż zaoferowana cena jednostkowa w zakresie wiosennego wygrabiania liści i zanieczyszczeń z trawników w parkach placów zabaw, terenów zieleni za 1 ha są zdecydowanie zbyt niskie i nie gwarantują Zamawiającemu wykonania zadania przez Odwołującego. Dodatkowo, zwrócił uwagę, na zmianę przepisów od 1 stycznia 2017r. (ustawa z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2016r., poz. 1456 ze zm.) dotyczące wzrostu minimalnego wynagrodzenia osób pracujących na umowę o pracę oraz wzrostu stawki minimalnej stawki godzinowej dla osób pracujących na umowach zlecenia oraz fakt, że Odwołujący pomimo to zaproponował stawki za wykonanie usług tj. za usługę sprzątanie terenu parków, placów zabaw, terenów zieleni, koszenie, na tym samym poziomie cen lub niższym co ceny zaoferowane w przetargu nieograniczonym z aukcją elektroniczną z 2016 r. , w którym odmówił podpisania umowy argumentując to zbyt niskimi stawkami a w konsekwencji brakiem należytego przychodu. Powyższe ma potwierdzać, że ceny zaproponowane przez Odwołującego pozostają na poziomie zagrażającym należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił również uwagę, iż w przedmiotowym postępowaniu wartość oferty Odwołującego (395 000,00 zł) - pomimo zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia (wskazano poniżej) oraz płacy minimalnej, pozostaje na poziomie ceny oferty najkorzystniejszej (399.092,78 zł) wybranej w przetargu nieograniczonym z przeprowadzoną aukcją elektroniczną na „Utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw i

nieurządzonych terenów zieleni oraz pielęgnacja zieleni wysokiej na obszarze Dzielnicy Białoleka m.st. Warszawy" na rok 2016. Zwiększenie zakresu przedmiotowego zamówienia w stosunku do zamówienia z roku 2016 obejmuje: - zwiększenie powierzchni o 2,2547 ha tj. 3,58%, tj. w stosunku do 2016r. o nowy park przy ul. Myśliborskiej, plac zabaw przy ul. Żywicznej, tereny rekreacyjne w tym siłownię plenerową przy ul. Aluzyjnej i Ostródzkiej, plażę nad Wisłą oraz miejsca pamięci, które wymagają przez cały czas trwania umowy regularnego sprzątania i opróżniania koszy na śmieci z częstotliwością 4 razy w tygodniu, koszenia z częstotliwością 5 razy w ciągu sezonu, wiosennego i jesiennego wygrabiania liści z trawników, całorocznego prowadzenia prac pielęgnacyjnych drzew, krzewów oraz utrzymania pozostałej zieleni, wywozu wiatrołomów, zanieczyszczeń gabarytowych oraz utrzymania elementów małej architektury; - zwiększenie częstotliwości sprzątania i opróżniania koszy na śmieci we wszystkich parkach i placach zabaw do 4 razy w tygodniu (w roku 2016 - 3 razy w tygodniu); - zwiększenie częstotliwości sprzątania i opróżniania koszy na śmieci na zieleńcach na 2 razy w miesiącu (w roku 2016 - 1 raz w miesiącu); - zwiększenie ilości drzew do pielęgnacji, cięć technicznych; - zwiększenia powierzchni nasadzeń roślin sezonowych wiosną oraz dwukrotnie latem z 32m do 60m2 oraz w donicach o 14 szt.

W podsumowaniu stwierdził, że z przeprowadzonej analizy wynika, że cena oferty Odwołującego w stosunku do wartości zamówienia (cena Odwołującego odbiega od kolejnego z Wykonawców o 28.54%); średniej arytmetycznej złożonych ofert (cena odwołującego odbiega o 52,18%) od uśrednionych cen jednostkowych zaoferowanych przez innych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nawet o 74% a uśrednionych cen jednostkowych obowiązujących na rynku warszawskim nawet o 70%. Ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wynika, iż nie dokonał szczegółowej kalkulacji poszczególnych cen formularza cenowego. Nie wykazał szczególnych obiektywnych okoliczności pozwalających tylko Odwołującemu na obniżenie ceny za realizację zamówienia, które uprawdopodobniłyby, że ceny przez niego zaoferowane można uznać za ceny rynkowe, gwarantujące realizację zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż cena oferty na którą składają się ceny jednostkowe za poszczególne zadania i czynności, jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał na orzecznictwo KIO i orzecznictwo sądowe podnosząc, że (...) zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89

ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp podał, że w świetle przedstawionych wyjaśnień i dowodów na okoliczność rażąco niskiej ceny Odwołujący nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wybór oferty wykonawcy T. Ś. TESTA po przeprowadzonej uprzednio procedurze badania oferty na podstawie art. 90 ust.1a Pzp, jest prawidłowy. W świetle powyższego także niezasadny jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wykazał się należyłą starannością przy badaniu rażąco niskich cen w ofertach poprzez przeprowadzoną analizę opisaną powyżej. Uwzględnił przy tym zasadę logiki, zdrowego rozsądku i doświadczenia oraz kierując się obowiązującymi przepisami prawa wynikającego z udzielania zamówień publicznych jak i z prawa finansów publicznych. Wybór firmy T. Ś. TESTA jako najkorzystniejszej, i uznanie jej za wykonawcę wiarygodnego do wykonania przedmiotowego zamówienia, jest działaniem całkowicie zgodnym z obowiązującym Zamawiającego prawem. Zamawiający wykazuje, bezwzględne przestrzeganie zasad realizowania dochodów i dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, jak również w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. W przedmiotowym postępowaniu wszyscy biorący udział wykonawcy zostali potraktowani w sposób równy, zgodnie z określonymi wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca T. Ś. TESTA z Warszawy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego złożonego w piśmie z dnia 23 maja br po zamknięciu rozprawy w dniu 22 maja br o jej ponowne otwarcie celem przeprowadzenia uzupełniających wniosków dowodowych. Jako uzasadnienie wniosku wykonawca podał, że

„W trakcie rozprawy zamawiający przedstawiając argumentację w zakresie rażąco niskiej ceny prezentował dane które mogły wprowadzić (...) w błąd”. Powyższe odniósł do stawki za usługę koszenia, stwierdzając, że kluczowa wartość dla tych prac wynika z tabeli 3 i jej poz.1 i 4, gdzie zastosowano stawkę odpowiednio 500 zł i 520 zł, co stanowi odpowiednik dla stosowanych przez Odwołującego stawek w umowach z Zakładem Oczyszczania Miast,

a nie wskazywanej przez Zamawiającego stawki 450 zł, która dotyczy usługi z tabeli nr 1 odnoszącej się do parku Henrykowskiego. Ta okoliczność miałaby powodować konieczność ponownego otwarcia rozprawy i wyjaśnienie wskazanych wątpliwości. Zgodnie z art. 191 ust.3 ustawy Pzp: „Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania”. Okoliczności na które powołuje się Odwołujący były wykonawcy znane bo dotyczą przecież jego oferty, i stawki na które wskazuje niewątpliwie zostały podane w tabeli 3 w pozycji 1 i 4 [Pielęgnacja zieleni na zieleńcach i placach zabaw i terenach nieurządzonych] będącej elementem „Szczegółowej kalkulacji cen – kosztorys po aukcji”, która została przedłożona pod pozycją 1 jako załącznik do wyjaśnień z dnia 3.04.2017 r. W tym przypadku możemy mówić co najwyżej o nie powołaniu tej okoliczności w toku postępowania dowodowego przez Odwołującego, a nie o naganym działaniu Zamawiającego wprowadzającym w błąd, także wykonawcę, w celu uzyskania dla siebie korzystnego rozstrzygnięcia. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z dyrektywą z art. 190 ust.1 ustawy Pzp: „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”. Ponadto zgodnie z ust.1a: „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (...).

Rozpoznając zarzut braku wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Izba miała na uwadze treść zawiadomienia z dnia 28 kwietnia br i jego punkt II ppkt 2 dotyczący oferty wykonawcy AG- Complex Sp. z o.o. W tym zawiadomieniu Zamawiający podał:

„Uzasadnienie prawne: na podstawie art. 89 ust 4 Pzp, w związku z art 90 ust 3 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne: W dniu 21.03.2017r. na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych (...) Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu mających wpływ na wysokość ceny. W dniu 27.03.2017r. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które w całości utajnił jako tajemnica przedsiębiorstwa. W związku z brakiem szczegółowych kalkulacji poszczególnych usług wchodzących w zakres zamówienia, o które wnosil Zamawiający - w dniu 28.03.2017r.

ponownie wezwano Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny. W dniu 03.04.2017r., Wykonawca złożył wyjaśnienia.

Zamawiający poddał szczegółowej analizie wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 27.03.2017r. oraz wyjaśnienia uzupełniające z dnia 03.04.2017r., w szczególności stawki za usługi mające największy wpływ na cenę przedmiotu zamówienia, tj. stawki w zakresie koszenia mechanicznego trawników, posprzątania terenu parków, placów zabaw, terenów zieleni wraz z opróżnianiem koszy ulicznych oraz wiosennego i jesiennego wygrabiania liści z trawników na terenie parków, placów zabaw, terenach zieleni. Dokonał porównania cen jednostkowych odpowiednich usług w postępowaniach o podobnym zakresie dla umów realizowanych w Dzielnicy Białoleka, w postępowaniach prowadzonych na rynku warszawskim, po przeprowadzonych postępowaniach przetargowych na rok 2017. Zarówno w umowach (BIA/KŚ/B/II/3/2/40/16, BIA/KŚ/B/III/3/3/125/15) zrealizowanych w roku 2015 i 2016 na obszarze Dzielnicy Białoleka, jak również w postępowaniach przeprowadzonych na rynku warszawskim (w dzielnicach Ursynów, Ursus) na rok 2017r. o podobnym zakresie – stawki zaproponowane przez Wykonawcę AG - COMPLEX sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, były znacznie niższe (25%-300%) od stawek zaproponowanych w ww postępowaniach.

Na podstawie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień i dowodów cen jednostkowych poszczególnych usług, które obejmował przedmiot zamówienia, w porównaniu z cenami ofert złożonymi przez innych uczestników przetargu, cenami ofert złożonych przez wykonawców w przetargach o podobnym zakresie usług na rynku warszawskim, cenami ofert postępowań przetargowych o podobnym przedmiocie zrealizowanych na podstawie umów w Dzielnicy Białoleka w roku 2016, oraz w odniesieniu do wzrostu kosztów pracy w roku 2017r., (wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2016r., poz. 1456 ze zm.) - Zamawiający uznał, iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia jak i do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert”.

Izba stwierdza, że pismo z dnia 28 kwietnia 2017 r. informujące o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o ofertach odrzuconych i podstawach ich odrzucenia, w tym oferty Odwołującego, zostało skierowane do wszystkich zainteresowanych wykonawców. Przyczyny odrzucenia, zdaniem Izby, zostały wskazane na tyle konkretnie na ile pozwalał na to stan faktyczny sprawy. Podstawy odrzucenia oferty Odwołującego związane z ustaleniami na okoliczność rażąco niskiej ceny, odnosiły się bowiem do okoliczności zastrzeżonych przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem wskazywany przez wykonawcę brak przytoczenia w uzasadnieniu konkretnych cen oraz szczegółowych wskaźników

procentowych mógł wynikać z faktu zastrzeżenia w wyjaśnieniach wszystkich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tego też powodu, także okoliczności badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny zostały przez Zamawiającego „utajnione”. Podobną zasadę, z uwagi na analogiczny stan faktyczny wynikający z zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający zastosował do oferty wykonawcy GNOM. Oczywiście Zamawiający mógł zindywidualizować te okoliczności kierując informację co do ustaleń w zakresie zastrzeżonym do danego wykonawcy, jednakże wobec braku szczegółowych wymagań w art. 92 ust.1 pkt 3 Pzp, co do uzasadnienia faktycznego kwestionowanej czynności, należało uznać, że zawiadomienie o wyborze z dnia 28.04.2017 r. w jego punkcie

II.2 zawierało informację o przyczynach oraz czynnościach jakie zdecydowały o podstawach odrzucenia oferty Odwołującego z powodu ustaleń na okoliczność rażąco niskiej ceny oferty. Z tego też względu zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp podlegał oddaleniu.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że w treści zawiadomienia popełniono omyłkę, co do podstawy prawnej wskazując na art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp którą Odwołujący konsekwentnie i słusznie skorygował (bez komentarza) w odwołaniu wskazując w miejsce art. 89 ust.4 Pzp jego ust.1 pkt 4, który stanowi o odrzuceniu oferty, jeśli: „zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (...). Wskazany ust.4 dotyczy innych okoliczności niż stan faktyczny sprawy, a mianowicie: „W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że roboty budowlane, dostawy lub usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne z normami, europejskimi ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których się ona odnosi, jeżeli wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą środków, o których mowa w art. 30b ust. 1, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia”.

Rozpoznając zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba miała na uwadze następujące okoliczności.

Przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu „Utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw, terenów rekreacyjnych, miejsc pamięci i nieurządzonych terenów zieleni oraz pielęgnacja zieleni wysokiej na obszarze Dzielnicy Białoleka m. st. Warszawy” i jak podano w opisie w Ogłoszeniu o zamówieniu [podobnie w SIWZ] Zakres prac obejmuje

w szczególności: „1. pielęgnację zieleni niskiej (trawniki, skupiny krzewów, różanki, rośliny jednoroczne) 2. pielęgnację zieleni wysokiej, 3. sadzenie drzew, krzewów i roślin

jednorocznych, 4. utrzymywanie czystości, 5. odśnieżanie alejek, schodów, 6. wykonywanie drobnych napraw elementów małej architektury, 7. likwidację zagrożenia jakie stanowią złamane lub uszkodzone drzewa. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony został w załącznikach: nr 1 (formularz cenowy), nr 2: Wykaz terenów objętych zamówieniem, nr 3: Warunki techniczne wykonania zamówienia, nr 4: Technologia wykonania zamówienia”. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wraz z wyjaśnieniami z dnia 27.03.2017 r. – jak podał w Wykazie załączników – przedłożył: Kalkulację szczegółową, odnoszącą się do Tabel 1- 4 oraz Kalkulację szczegółową - dodatkową dla wybranych pozycji kosztorysu z Tabeli 1 i tabeli 3 oraz Wyliczenie wartości poszczególnych czynników kosztowych – Utylizacja i Wywóz. Z kolei w uzupełnieniu z dnia 3.04.2017 załączył Formularz cenowy - Szczegółową kalkulację cen - kosztorys po aukcji. Przedstawił także z wyjaśnieniami dowody m.in. w postaci ofert oraz faktur zakupu.

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty AG - Complex sp. z o.o. nie zakwestionował udzielonych wyjaśnień wykonawcy z dnia 27.03.2017 r. oraz wyjaśnień uzupełniających z dnia 03.04.2017 r. Jak podał w zawiadomieniu te wyjaśnienia poddał szczegółowej analizie, (...) w szczególności stawki za usługi mające największy wpływ na cenę przedmiotu zamówienia, tj. stawki w zakresie koszenia mechanicznego trawników, posprzątania terenu parków, placów zabaw, terenów zieleni wraz z opróżnianiem koszy ulicznych oraz wiosennego i jesiennego wygrabiania liści z trawników na terenie parków, placów zabaw, terenach zieleni. Dokonał porównania cen jednostkowych odpowiednich usług w postępowaniach o podobnym zakresie dla umów realizowanych w Dzielnicy Białołęka, w postępowaniach prowadzonych na rynku warszawskim, po przeprowadzonych postępowaniach przetargowych na rok 2017. Zarówno w umowach (BIA/KŚ/B/II/3/2/40/16, BIA/KŚ/B/III/3/3/125/15) zrealizowanych w roku 2015 i 2016 na obszarze Dzielnicy Białołęka, jak również w postępowaniach przeprowadzonych na rynku warszawskim (w dzielnicach Ursynów, Ursus) na rok 2017r. o podobnym zakresie – stawki zaproponowane przez Wykonawcę AG - COMPLEX sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, były znacznie niższe (25%-300%) od stawek zaproponowanych w ww. postępowaniach”. W konkluzji podał, że „Na podstawie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień i dowodów cen jednostkowych poszczególnych usług, które obejmował przedmiot zamówienia, w porównaniu z cenami ofert złożonymi przez innych uczestników przetargu, cenami ofert złożonych przez wykonawców w przetargach o podobnym zakresie usług na rynku warszawskim, cenami ofert postępowań przetargowych o podobnym przedmiocie zrealizowanych na podstawie umów w Dzielnicy Białołęka w roku 2016, oraz w odniesieniu do wzrostu kosztów pracy w roku 2017r., (wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za

pracę (Dz.U. z 2016r., poz. 1456 ze zm.) - Zamawiający uznał, iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia jak i do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert”.

Wobec takiej argumentacji Izba zgodziła się z Odwołującym, że oceniając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający nie zakwestionował przyjętej metodologii obliczenia ceny. Nie wskazał również konkretnych czynników cenotwórczych, przyjętych przez Odwołującego, które są nierealne. Przykładowo, nie kwestionował przyjętej ilości pracowników czy udziału sprzętu w realizacji zamówienia, czy też wyceny i udziału materiałów w cenie realizacji zamówienia. Zamawiający nie wykazał również, że cena, jaką zaoferował Odwołujący jest niższa niż całkowity koszt wykonania zamówienia — brak jest chociażby jednego takiego przykładu, że jakiegokolwiek element cenotwórczy w kwestionowanych stawkach nie został uwzględniony. Zamawiający nie zarzucił Odwołującemu pominięcia w wycenie jakiegokolwiek elementu opisu przedmiotu zamówienia czy warunków świadczenia usług wynikających z dokumentacji postępowania [załączników do SIWZ: Formularz cenowy, Warunki techniczne wykonania zamówienia, Technologia wykonania zamówienia]. Zamawiający także nie zakwestionował wysokości zysku, który Odwołujący wykazał w wyjaśnieniach. Wreszcie, Zamawiający nie wskazał, że jakiś element ryzyka został pominięty w kalkulacji ceny przedstawionej przez Odwołującego.

Twierdzenia kluczowe, co do podstaw odrzucenia oferty [jak wskazano w zawiadomieniu z dnia 28.04.2017 r.] oparte zostały na stawkach podanych w ofercie w zakresie: „koszenia mechanicznego trawników, posprzątania terenu parków, placów zabaw, terenów zieleni wraz z opróżnianiem koszy ulicznych oraz wiosennego i jesiennego wygrabiania liści z trawników na terenie parków, placów zabaw, terenach zieleni i dokonany porównaniu cen jednostkowych odpowiednich usług w postępowaniach o podobnym zakresie dla umów realizowanych w Dzielnicy Białołęka, w postępowaniach prowadzonych na rynku warszawskim, po przeprowadzonych postępowaniach przetargowych na rok 2017”.

Zdaniem Izby, Zamawiający wbrew jego zapewnieniom, że poddał szczegółowej analizie wyjaśnienia z dnia 27.03.2017 r. i uzupełniające z dnia 3.04.2017 r. w szczególności stawki na usługi mające największy wpływ na cenę

przedmiotu zamówienia (...) nie wykazał, że dokonywał takiej analizy. Z ustaleń Izby wynika bowiem, że czynność oceny realności wskazywanych stawek sprowadzała się do porównania cen jednostkowych odpowiednich usług w postępowaniach o podobnym zakresie dla umów realizowanych w Dzielnicy Białoleka, w postępowaniach prowadzonych na rynku warszawskim, po przeprowadzonych postępowaniach przetargowych na rok 2017. Także w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na okoliczności z innych przetargów nie podając, z jakiego faktycznego [nie hipotetycznego], powodu uznaje, że cena ta nie została obliczona z należytą starannością i, która to cena nie zagwarantuje wykonania zadania. W argumentacji w toku rozprawy nie wskazując jednocześnie dowodów, że te czynności za oferowane stawki nie będą mogły zostać wykonane zgodnie z warunkami i technologią ich wykonania podkreślał tylko, że zadanie takie jak koszenie mechaniczny trawników wymaga szczególnej staranności, zgodnie z opisem SIWZ, podobnie czynność opróżniania koszy, czy wiosenne wygrabianie liści i zanieczyszczeń trawników, podobnie sadzenie drzew liściastych bez materiału roślinnego. Izba zwraca również uwagę, że w uzasadnieniu faktycznym decyzji Zamawiający nie wskazał jak te stawki wpływają na końcową wartość zamówienia, w sytuacji gdy utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw, terenów rekreacyjnych, miejsc pamięci i nieurządzonych terenów zieleni oraz pielęgnacja zieleni wysokiej na obszarze Dzielnicy Białoleka m. st. Warszawy w poprzednim okresie 2015/2017 przez firmę Testa – co podnosił na rozprawie - było realizowane za cenę wyższą o 4 tys. zł [Protokół z dnia 21.04.2017 r. - 399.092,03 zł]. W tym przypadku w zawiadomieniu z dnia 28.04.2017 r. zwracał tylko uwagę na wzrost kosztów pracy w roku 2017r. (wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę) w sytuacji gdy wykonawca w przedkładanych kalkulacjach odnosił się do aktualnie obowiązującej stawki wynagrodzenia. Argumentacja podnoszona na rozprawie [i w odpowiedzi na odwołanie] odnośnie rozszerzonego zakresu prac w stosunku do roku 2016 (o dodatkowe tereny oraz zwiększoną częstotliwość ich wykonywania) nie została podana w zawiadomieniu. Nie zostało także wykazane, że cena nie gwarantuje wykonania zamówienia z tego powodu, że wykonawca w kalkulacjach cenowych nie uwzględnił – co nie zostało również udowodnione - rzeczywistego zakresu objętego zamówieniem na rok 2017.

Z ustaleń wynika także, że istotną okolicznością - wyrażoną w Protokole z posiedzenia z dnia 21 kwietnia 2017 r. przez Komisję Przetargową oraz podnoszoną także na rozprawie przed KIO – wpływającą na ustalenie Zamawiającego, że cena oferty jest rażąco niska, i która nie pozwoli na realizację zamówienia - była odmowa zawarcia umowy w roku 2016 z powodów, że „(...) Wykonawca odstąpił od podpisania w/w umowy informując, że po ponownej i dokładnej analizie kosztów wykonania niniejszego zamówienia, jest zmuszony do podjęcia decyzji o odstąpieniu od podpisania umowy po stawkach zaproponowanych po przeprowadzonej aukcji elektronicznej, gdyż nie zagwarantuje to firmie osiągnięcia należytego przychodu”. Zamawiający podał, że z tego względu dokonał analizy jednostkowych stawek zaoferowanych przez Wykonawcę AG-Complex w zakresie zadań, które jego zdaniem mają znaczący wpływ na końcową wartość tego zamówienia oraz porównał ceny jednostkowe obowiązujące na rynku i oferowane przez innych wykonawców.

Powyższa okoliczność oraz wynik tych porównań zadecydowały o podstawie odrzucenia oferty AG- Complex.

W tych okolicznościach Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, albowiem wskazywane przez zamawiającego okoliczności, także te w zawiadomieniu z dnia 28.04.2017 r. nie mogły stanowić w stanie faktycznym sprawy samoistnej i bezpośredniej przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, a tym samym podlega uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 91 ust 1 Pzp oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty Testa.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

.....