

WYROK
z dnia 30 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020r. przez **wykonawcę Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski 12** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Zieleni Miejskiej m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie, ul. Hoża 13a** przy udziale **wykonawcy C. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ś. C. Agro-Service Usługi dla Rolnictwa i Leśnictwa z siedzibą w Oleszycach, ul. Juliusza Słowackiego 14** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt Kio 2464/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski 12 i:

2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski 12** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski 12** na rzecz **zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Zieleni Miejskiej m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie, ul. Hoża 13a** kwotę 3 600 zł.00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) 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 2464/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy, posadzenia oraz 3-letnią pielęgnację drzew w pasach drogowych dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych oraz na terenie bulwarów wiślanych w m.st. Warszawie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia za numerem 2020/S 121-294568.

W dniu 16 września 2020r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Park-M Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Starym Sączu, ul. Piaski 12 (dalej odwołujący) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z uwagi na to, że w ocenie zamawiającego złożone wyjaśnienia są ogólne i lakoniczne i nie dowodzą, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W dniu 28 września 2020r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 czerwca 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 września 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 90 ust. 1, art. 90 ust 1a art. 90 ust 3 i art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust 1 ustawy przez nieprzeprowadzenie rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny, błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez odwołującego oraz przedstawionych przez niego okoliczności na brak rażąco niskiej ceny w tym w szczególności zaniechał przedstawienia odwołującemu merytorycznego i precyzyjnego wezwania do przedstawienia wyjaśnień i wyliczeń cen jednostkowych, które zamawiający ocenił jako ceny rażąco niskie w treści uzasadnienia czynności o odrzuceniu oferty odwołującego, a w konsekwencji pozbawienie odwołującego możliwości merytorycznego złożenia wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi, że te konkretne ceny jednostkowe nie są cenami rażąco niskimi, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na „lakoniczne” wyjaśnienia, które sporządzone zostały wyłącznie w oparciu o niewyartykułowane i nieprecyzyjne sformułowania zawadę w treści wezwania, które uniemożliwiły odwołującego merytoryczne odniesienie się do treści wezwania a przez to do wyjaśnienia wątpliwości co do realności tych konkretnych cen jednostkowych. Odwołujący natychmiast po powzięciu informacji o nieprecyzyjnym wskazaniu cen, których dotyczyć mają żądane wyjaśnienia, podjęła działania, mające na celu uszczegółowienie ww. informacji kontaktując się z zamawiającym, co nie przyniosło jednak spodziewanego rezultatu, ponieważ zamawiający stwierdził, że odpowiedzi należy udzielić zgodnie z treścią pisma. Działanie to w opinii odwołującego stanowić może naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2) art. 92 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 1 ust 1 ustawy przez brak wyczerpującego uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego co doprowadziło do uznania, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz samo sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w sposób niepełny, lakoniczny i nieodnoszący się do okoliczności sprawy. Z samego uzasadnienia również nie wynika, w zakresie których cen jednostkowych i w jakim zakresie, cena odwołującego zawierała rażąco niską cenę.

3) art. 90 ust. 1a ustawy przez niepodanie w postawie prawnej wezwania do wyjaśnień z dnia 21.08.2020 r. szczegółowej podstawy prawnej tj. -art. 90 ust. 1a pkt 1 lub 2 ustawy, co uniemożliwiło odwołującemu ustalenie, jakimi przesłankami wystąpienia rażąco niskiej ceny kieruje się zamawiający, co w korelacji z nieujawnieniem przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia uniemożliwiło (precyzyjne odniesienie się do zarzutu rażąco niskiej ceny.

4) art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo iż zarówno cena całkowita oferty odwołującego, jak i ceny jednostkowe wymienione przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty są cenami realnymi,

rynkowymi i nie noszą znamion ceny rażąco niskiej.

Wniósł o:

1. Merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania w całości przez nakazanie zamawiającemu:

a) Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego,

b) Dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu

c) Wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

d) ewentualnie o zobowiązanie zamawiającego do dodatkowego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie precyzyjnie i szczegółowo wskazanych części oferty, do których zamawiający miał zastrzeżenia, a następnie przeprowadzenie czynności oceny ofert i wyborze ofert i wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert, które nie podlegały odrzuceniu.

2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w niniejszym piśmie,

3. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, bowiem prowadzi swoją główną działalność w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia, spełnia wszystkie wymagania stawiane przez zamawiającego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a jak wynika z informacji z otwarcia ofert oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w części 3.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 10 części. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy na maksymalnie 2 części zamówienia, przy czym złożenie oferty na więcej niż 2 części skutkować miało odrzuceniem ofert w zakresie wszystkich części zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający nie podał kwoty szacunkowej wartości zamówienia, czym uniemożliwił odwołującemu odniesienie się do zarzutu rażąco niskiej ceny (o czym dalej). Zamawiający wskazał jednak, że w ramach realizacji części 3 zamierzał przeznaczyć na realizację tej części zadania kwotę 1 413 319,47 zł, podczas gdy oferta odwołującego opiewała na kwotę 1 081 255,76 zł. Oferta odwołującego nie zawierała zatem w stosunku do kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację danego zadania rażąco niskiej ceny w zakresie wartości zamówienia, powiększonego o należny podatek od towarów i usług, ustalony przed wszczęciem postępowania, zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2, ponieważ ta zaistniałaby dopiero w sytuacji gdyby, oferta została złożona na .kwotę niższa niż 989 323,62 zł.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 30 lipca 2020.r.

Odwołujący wskazał, że w realiach reżimu ustawy brak jednoznacznego i wyczerpującego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny. W świetle ugruntowanego i nadal aktualnego orzecznictwa należy jednak uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w sposób należyty, i jest to cena, która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów, nie pozwalając na wygenerowanie przez wykonawcę zysku. W orzecznictwie wskazuje się, że o rażąco niskiej cenie można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł obowiązujących na rynku wykonanie umowy przez Wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne lub nierealne. Rażąco niska cena jest więc ceną niewiarygodną i oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem rażąco niskiej ceny może być oferowanie usług poniżej kosztów ich zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

W przedmiotowej sprawie zamawiający zgodnie z treścią pisma z dnia 21.08.2020 r. (doręczonego Spółce w piątek 21.08.2020 r.) wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy, (nie wskazując, na który pkt. tj. 1 czy 2 ww. przepisu się powołuje, a dyspozycja danego przepisu wskazuje w pkt. 1 i w pkt. 2 różne przesłanki) do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczeń dotyczących Części 3 tj.; ryczałtowej ceny za miesięczną pielęgnację roślin oraz wyjaśnienia ceny prawa opcji, wyznaczając jednocześnie termin na złożenie przedmiotowych wyjaśnień do dnia 25.09.2020 r. do godz. 14:00. Treść wezwania w praktyce ograniczała się jedynie do wskazania podstawy prawnej, jak również mechanicznego przytoczenia treści art. 90 ust 1a (bez-podania pkt.) przez co odwołujący nie wiedział, czy rażąco niska cena dotyczy średniej arytmetycznej czy szacunkowej wartości zamówienia.

Dowód: Wezwanie zamawiającego z dnia 21 września 2020r. do przedstawienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podał, że tego rodzaju ogólnikowe formułowanie treści wezwań przez zamawiającego nie stanowi pod tym względem odosobnionego wyjątku i jest często stosowaną w branży praktyką, ze strony zamawiających w sytuacji gdy okoliczności dotyczące konkretnej ceny wynikają wprost z przedstawionych danych. Jednak w przedmiotowej sprawie ogólnikowe i nieprecyzyjne wezwanie do przedłożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (nieposiadające również precyzyjnie wskazanej podstawy prawnej) miało dla odwołującego fundamentalne znaczenie i doprowadziło do braku możliwości kompleksowego ustosunkowania się do jego treści, przez co błędna przesłanka spowodowała błędny skutek.

Zamawiający zarzucił odwołującemu rażąco niską cenę w zakresie:

Tabeli B Załącznika nr 3c do SIWZ Nr sprawy 30/PN/2020 dotyczącej wykazu cen jednostkowych pielęgnacji drzew, nie wskazując, której części dotyczyć mają przedmiotowe wyjaśnienia.

Tabela B jest podzielona na 3 elementy dotyczące :

B1: Pielęgnacji drzew w okresie 01.01.2021-30.11.2021,

B2: Pielęgnacji drzew w okresie 01.01.2022-30.11.2022,

B3 Pielęgnacji drzew w okresie 01.01.2023-30.11.2023.

Odwołujący w ramach części B - B1 wycenił ryczałt miesięczny za 1 drzewo netto na poziomie 14,00 zł, natomiast w zakresie B2 i B3 wycenił ryczałt miesięczny pielęgnacji drzew na poziomie 9,24 zł.

Zamawiający wezwał również odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie Tabeli D Prawa Opcji, określonego w Załączniku nr 3C do SIWZ Nr sprawy 30/PN/2020.

Tabela D zawiera Pozycję:

D1 - Przesadzanie drzewa z grupy 1-6 w miejsce wskazane przez zamawiającego i została wyceniona przez odwołującego na 420,00 zł netto,

D2 - Przesadzanie drzewa z grupy 7-14 w miejsce wskazane przez zamawiającego i została wyceniona przez odwołującego na 470,00 zł netto,

Wskazane w treści zamawiającego wezwanie, podobnie jak w treści wykazu cen jednostkowych, również nie zawierało precyzyjnego wskazania, której pozycji miała dotyczyć rażąco niska cena. Wobec uzasadnionych wątpliwości pracownik odwołującego odpowiedzialny za dane postępowanie (pismo zostało dostarczone w piątek), 24.08.2020 r. skontaktował się z zamawiającym celem przedstawienia swoich wątpliwości i uzyskania informacji dotyczących treści wezwania poprzez doprecyzowanie jego treści, co jednak w żadnym zakresie nie rozwiązało żadnych wątpliwości odwołującego co do zakresu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ uzyskał jedynie odpowiedź, że na pismo należy odpisać zgodnie z jego treścią. Odwołujący sporządził na tyle szczegółową i merytoryczną odpowiedź, jaka była możliwa na podstawie

przedstawionych jej informacji zawartych w wezwaniu. Pomimo zakwestionowania ww. cen jednostkowych zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego nie odniósł tych cen ani do cen wynikających z kosztorysu inwestorskiego, ani do cen przyjętych w ofertach pozostałych wykonawców, jak również do szacunkowej wartości zamówienia, celem wykazania, że cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską w rozumieniu ustawy/ Precyzyjne określenie, której pozycji dotyczyć miała rażąco niska cena, a przez to której pozycji miały dotyczyć wyjaśnienia decydowało o kształcie i treści złożonych przez odwołującego wyjaśnień, ponieważ w ramach kalkulacji Części 3, Tabela B odwołujący uwzględnił:

- podlewanie,
- pielenie mis drzew,
- uzupełnienie ściółki,
- kontrolę mocowania osłon na pniach drzew,
- cięcia korygujące,
- usuwanie odrostów na pniach drzew,
- poprawa mocowań,
- jeśli konieczne - wykonywanie oprysków w ramach ochrony drzew przed szkodnikami i chorobami grzybowymi, oraz wszelkie inne czynności - niezbędne do przeprowadzenia prawidłowej pielęgnacji.

Zwrócił uwagę, że w postępowaniu nr 120/PN/2019 cz. 2, 5, 6 przyjęto kwotę za pielęgnację jednego drzewa w okresie 1 miesiąca 8,06 zł brutto (48,38 zł/6 mieś.). Koszt ten został zaakceptowany, a prace wykonane prawidłowo i odebrane przez zamawiającego.

Wskaźniki kosztorysowe jakie przyjęto do kosztorysu:

- roboczo-godzinny przyjęty w pielęgnacji w stawce 21 zł,
- koszty pośrednie 65%,
- materiały pomocnicze 10%,
- zysk 10%,

Ilość pracy jaką przyjęto dla pielęgnacji w ujęciu rocznym: w 1 roku:

I rok - 1000 rbg; wartość materiałów niezbędnych 30 000,00 zł; koszty transportu oraz sprzętu 5 000,00 zł; pozostałe, to koszty nieprzewidziane i zysk 14 896,00 zł. w 2 roku:

II rok - 800 rbg; wartość materiałów niezbędnych 15 000 zł; koszty transportu oraz sprzętu 4 000,00 zł; pozostałe, to koszty nieprzewidziane i zysk 9 080,36 zł. w 3 roku:

III rok - 800 rbg; wartość materiałów niezbędnych 15 000 zł; koszty transportu oraz sprzętu 4 000,00 zł; pozostałe, to koszty nieprzewidziane i zysk 9 080,36 zł.

Natomiast, co się tyczy Tabeli D:

D1: 6 rbg; wartość materiałów niezbędnych 80 zł; koszty transportu i ew. sprzętu 50,00 zł pozostałe, to koszty nieprzewidziane i zysk 82,00 zł.

D2: 7 rbg; wartość materiałów niezbędnych 80 zł; koszty transportu i ew. sprzętu 50,00 zł pozostałe, to koszty nieprzewidziane i zysk 97,00 zł.

Pielęgnacja drzew, przybiera każdorazowo inną formę, w zakresie konieczności poniesienia przez wykonawcę kosztów z nią związanych, mianowicie z doświadczenia odwołującego, popartego realizacją szeregu zbliżonych projektów wynika, że największych nakładów pracy wymaga pierwszy rok pielęgnacji drzew z powodu większej częstotliwości zabiegów w tym m.in. wzmoczonego podlewania. Drzewa w pierwszym roku po posadzeniu w związku z ograniczonym systemem korzeniowym i aklimatyzowaniem się w nowym miejscu wymagają większych nakładów pracy, także w pierwszym roku pielęgnacji istnieje większe prawdopodobieństwo nieprzyjęcia się pojedynczych drzew.

Zamawiający nie wskazał, której części Tabeli B i Tabeli D, dotyczyć miały wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym wypadku odwołujący mógł jedynie przypuszczać, że z uwagi na przedstawione w treści informacji z otwarcia ofert wątpliwości zamawiającego mogły dotyczyć najpewniej pozycji D1 Tabeli D (ponieważ nie było i do tej pory nie jest jasne dla odwołującego, czy przedmiotowe wyliczenia dotyczą średniej arytmetycznej), ponieważ zamawiający nie sprecyzował treści podstawy art. 90 ust 1a ustawy.

Podobnie jak wyżej, specyfika prac wskazuje, że kluczową okolicznością w zakresie przesadzania drzew jest know-how, związane bezpośrednio z posiadaniem wykwalifikowanych w tym zakresie specjalistów oraz posiadaniem zasobów sprzętowych w miejscu realizacji prac (w szczególności ich bliskiej odległości od inwestycji). Odwołujący prowadzi obecnie na terenie Warszawy inne inwestycje, przez co posiada zasoby konieczne do sprawnego i ekonomicznie uzasadnionego zrealizowania prac wskazanych przez zamawiającego, o czym zamawiający wie, ponieważ odwołujący realizuje obecnie przedsięwzięcia również na rzecz zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że powyższe dane wynikają z doświadczenia odwołującego, na które składa się również wykonanie zadania 120/PN/2019 dla zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści wypracowanego orzecznictwa na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, obowiązuje powszechnie akceptowane stanowisko, zgodnie z którym punktem wyjścia do rozważań o rażąco niskiej cenie, może być to tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia (wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 963/09). Zatem w świetle powyższego nie jest możliwe odrzucenie oferty na podstawie rażąco niskiej ceny w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, czy niektórych pozycji w kosztorysie ofertowym, jeżeli cena całkowita oferty nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen innych ofert i od cen rynkowych. Zważając na powyższe odwołujący stwierdził, że zamawiający może ocenić, czy zachodzi podejrzenie stosowania rażąco niskiej ceny tylko w kontekście ceny całkowitej. Oferta nie może być uznana za rażąco niską, gdy wprowadzie niektóre ceny jednostkowe w ocenie zamawiającego mogą być rażąco niskie, ale cała oferta już takiego charakteru nie posiada. Zamawiający ma pełne uprawnienia do zbadania oferty w kontekście rażąco niskiej ceny wyłącznie w zakresie ceny łącznej brutto, gdyż tylko ona ma istotne znaczenie, dla udzielenia zamówienia. Działanie zamawiającego w przedmiotowej sprawie należy uznać za niezrozumiałe, nieusprawiedliwione i bezzasadne. Tym samym zamawiający nie miał prawa do wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych, a w konsekwencji nie miał też prawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. W ocenie Odwołującego, wskazane dane arytmetyczne nie dają podstaw do uznania, że cena zaoferowana za Część 3 stanowi cenę rażąco niską. Zaoferowane ceny nie odbiegają znacząco od pozostałych ofert oraz co najważniejsze nie odbiegają od cen rynkowych. Oferta została złożona przez odwołującego przy uwzględnieniu wszelkich obiektywnych czynników, ryzyka i marży rynkowej. Celem skorzystania przez zamawiającego z dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy, którego konsekwencją jest odrzucenie oferty odwołującego, zamawiający winien

zawrzeć w wezwaniu informacje, które umożliwiłyby odwołującemu merytoryczne odniesienie się do treści konkretnych cen, jeżeli zamawiający wskazałby je jako rażąco niskie tj.:

- wskazanie okoliczności wskazanych w art. 90 ust 2 ustawy, które zamawiający jest obowiązany badać w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny,
- okoliczności będące podstawą faktyczną do skierowania wezwania,
- części oferty, w stosunku do których oczekuje dostarczenia szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji. Zdaniem odwołującego - wezwanie skierowane w dniu 21 sierpnia 2020 r. przez zamawiającego nie spełnia powyższych przesłanek, w szczególności nie wskazuje ono żadnych okoliczności stanowiących faktyczną podstawę do skierowania wezwania, okoliczności przewidzianych w art. 90 ust. 2 ustawy, które zamawiający jest obowiązany badać w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny (tak aby wykonawca wiedział jakie okoliczności mogą konwalidować jego ofertę).

Dodatkowo, co z punktu widzenia przedmiotowego odwołania ma istotne znaczenie i dotyczy samej treści wezwania z dnia 21.08.2020 r. zamawiający nie wskazał, iż cena zawarta w jego ofercie zawiera cenę, która wzbudza jego wątpliwości co do możliwości rentownej realizacji zamówienia. Doprowadziło to zatem do sytuacji, w której odwołujący musiał zatem w realiach przedmiotowego postępowania domyślić się, czego właściwie oczekuje zamawiający i jakie będą konsekwencje oświadczeń odwołującego.

W dniu 25.08.2020 r. odwołujący przedstawił odpowiedź na wezwanie z dnia 21 sierpnia 2020 r. w sposób adekwatny do treści informacji przekazanych jej przez zamawiającego.

Dowód: pismo z dnia 25 sierpnia 2020 r.

Zamawiający, w treści pisma z dnia 16.09.2020 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, z uwagi na rażąco niską cenę. Zamawiający uznał przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia w tym zakresie za „lakońskie” przez co uznał je „za potwierdzające rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Dowód: pismo z dnia 16 września 2020 r. o odrzuceniu

W ocenie odwołującego takie działanie zamawiającego stanowi naruszenie przepisów ustawy, ponieważ zawiadomienie odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy powinno zawierać:

- wskazanie elementów istotnych dla dokonania kalkulacji ceny oferty, które stanowiły podstawę wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień
- odniesienie się do wskazanych okoliczności, które przedstawił odwołujący w ramach przedłożonych wyjaśnień,
- rzeczowe odniesienie się do treści wyjaśnień i ocenę ich merytoryczności,
- precyzyjne wskazanie, które z zaoferowanych cen w ramach przedłożonych wyjaśnień odwołujący nie uzasadnił jako realne i rynkowe,
- wskazanie w treści podsumowania, które wyjaśnienia nie dają podstaw do przyjęcia nieprawidłowego skalkulowania ceny, w sposób zapewniający należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a które elementy wyjaśnień i jakie okoliczności podniesione przez odwołującego w wyjaśnieniach zostały przez nią wykazane.

Zatem w kontekście przedstawionego przez zamawiającego w dniu 16 września 2020 r. pisma, można jednoznacznie stwierdzić, iż nie spełnia ono powyższych przesłanek.

Działanie zamawiającego, w ocenie odwołującego nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji, ponieważ brak precyzyjnego wezwania, a następnie szczegółowego uzasadnienia odrzucenia oferty należy kwalifikować jako naruszenie prawa odwołującej do rzetelnej oceny złożonej oferty.

W szczególności podsumowanie jednym zdaniem, iż wyjaśnienia odwołującego okazały się ogólne i lakoniczne, oraz że na ich podstawie zamawiający doszedł do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę, nie są poparte żadnymi dowodami i argumentami, co stanowi w istocie zupełny brak uzasadnienia i uniemożliwia odwołującemu odniesienie się do tak postawionych zarzutów. Powyższa argumentacja znalazła potwierdzenie w treści Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2018 r. KIO 1835/18.

Niezależnie od powyższego zdaniem odwołującego, przedłożone przez nią wyjaśnienia spełniają wymogi określone w art. 90 ust. 1 ustawy, tj. pozwalają na uznanie, że wykonawca w sposób niebudzący wątpliwości wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do ofert złożonych przez innych oferentów.

Każdorazowa weryfikacja czy zaoferowana przez odwołującego cena jest rażąco niska, winna opierać się na całości zgromadzonych w toku postępowania materiałach i informacjach. Zdaniem odwołującego - w przedmiotowej sprawie zamawiający powinien był przyjąć złożone wyjaśnienia jako wystarczające, bądź ewentualnie wezwać ponownie do ich przedłożenia, równocześnie konkretyzując co do których elementów oferty cenowej powziął wątpliwości, odnośnie ich realności. Jak już zostało to zaznaczone wyżej wezwanie winno być sformułowane w sposób konkretny, a nie ogólnikowy. Ponieważ może prowadzić to do sytuacji, w której zamawiający sam najpewniej nie wiedział, z której podstawy prawnej odrzucił przedmiotową ofertę, w przeciwnym razie zapewne wskazałby te okoliczności w treści pisma o odrzuceniu oferty, czego jednak nie uczynił.

Warte podkreślenia, jest również zauważenie, że wezwanie nie może być ogólnikowe zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający dysponuje szczegółowym formularzem cenowym, przez co z łatwością mógł doprecyzować, o które konkretnie ceny mu chodziło. W sytuacji, gdy zamawiający wezwaniu nie wskazał precyzyjnie, o jakie konkretnie elementy ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych mu chodzi, jak również nie wskazał precyzyjnie podstawy prawnej wezwania wykonawca ma prawo dokonać wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez siebie, które sam uważa za istotne, lub tych które uznał za najbardziej prawdopodobne jak miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

W takim przypadku zarzut, iż odwołujący nie udzielił w sposób należyty wyjaśnień, jest całkowicie niezasadny i niedopuszczalny. Ponoszenie przez odwołującego konsekwencji nieprecyzyjnych działań zamawiającego nie powinno mieć miejsca.

Niezależnie od powyższego, zdaniem odwołującego, złożone wyjaśnienia dawały możliwość obiektywnego zbadania, czy cena całkowitej oferty nosi znamiona rażąco niskiej. Odwołujący zwrócił uwagę, że ustawa nie zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli przed jej odrzuceniem uzyskał wiedzę wskazującą, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie, gdzie zamawiający nigdy nie kwestionował ceny oferty jako rażąco niskiej, a jedynie wskazywał możliwość wystąpienia takiej sytuacji w stosunku do niedookreślonej ceny jednostkowej. Przedmiotem oceny jest bowiem cena samej oferty jako całości, a nie ceny jednostkowe.

Hipotetyczne wątpliwości zamawiającego powzięte w związku z analizą treści złożonych przez odwołującego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie mogą stanowić podstawy do automatycznego przyjęcia, że cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów prawa zamówień

publicznych. Z wyjaśnień odwołującego nie wynika, że cena oferty została skalkulowana w sposób nieprawidłowy, czy że jest ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładając wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Zauważył, że w razie odrzucenia oferty ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego stanowiska o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (KIO z dnia 9 stycznia 2012 roku, KIO 2771/11).

Zamawiający w żadnym zakresie nie wykazał, aby cena oferty odwołującego była rażąco niską, niepokrywającą kosztów realizacji zamówienia, co oznacza to, że nie miał podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty odwołującego. Zauważył, że zamawiający posiada szereg innych instrumentów zabezpieczających jego interesy, w tym kary umowne za wadliwą realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jako zawierającej cenę rażąco niską nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego w realiach przedmiotowego postępowania, a cena oferty Odwołującego nie nosi znamion rażąco niskiej w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych.

Odwołująca się działa na rynku od kilkunastu lat i daje zatrudnienie ponad setce pracowników, opierając swój przedmiot działalności o zamówienia publiczne, zbliżone lub bliźniacze do przedmiotu danej sprawy. W praktyce spotyka się z koniecznością przedstawienia wyjaśnień w ramach rażąco niskiej ceny, i zawsze dopełnia ustawowemu obowiązki przedstawiając szczegółowe i merytoryczne wyjaśnienia, nieraz kilkakrotnie, gdy zamawiający uzna, że pierwotnie złożone wyjaśnienia nie odpowiadają treści wezwania. W sytuacji, jeżeli zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie konkretnego kosztu jednostkowego, lub przynajmniej poinformował podczas rozmowy telefonicznej odwołującego, o który konkretnie element kosztorysu jej chodzi, odwołujący z całą pewnością dopełniłaby wszelkich obowiązków wymaganych przepisami ustawy, jak miało to miejsce w każdej podobnej sytuacji.

W dniu 29 września 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 1 października 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział C. Ś. prowadzący działalność pod firmą S. C. Agro-Service Usługi dla Rolnictwa i Leśnictwa z siedzibą w Oleszycach wnosząc o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, tj. oddalenia odwołania odwołującego w całości. Odwołujący złożył ofertę która została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) w zw. z art. 90 ust.3 ustawy. Przystępujący jest wykonawcą niepodlegającym wykluczeniu oraz złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która została wybrana jako najkorzystniejsza przez zamawiającego, w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołanie zmierza zaś do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego, dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. W przypadku zatem przyjęcia do rozpoznania i uwzględnienia odwołania odwołującego, po stronie przystępującego mogłaby powstać szkoda w postaci utraconych korzyści, których przystępujący nie mógłby osiągnąć, gdyby jego oferta nie została wybrana. W razie uwzględnienia odwołania wniesionego przez odwołującego i wykonania zawartych w nich żądań, przystępujący zostanie pozbawiony możliwości realizacji niniejszego zamówienia. W interesie przystępującego jest zatem oddalenie odwołania i rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego tj. utrzymanie wyboru oferty przystępującego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wniesione odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującej spółki na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) w zw. z art. 90 ust.3 ustawy. Zarzuty odwołującego są bezpodstawne i nieumotywowane. Przystąpienie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 października 2020r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 1 października 2020r.

Zamawiający w dniu 27 października 2020r. wniósł odpowiedź na odwołanie i wniosł o oddalenie odwołania.

Wskazał, iż odwołanie wykonawcy jako całkowicie bezzasadne winno być oddalone.

Odnosząc się do zarzutu, iż wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 21 sierpnia 2020 r. były ogólne i nieprecyzyjne, a w konsekwencji pozbawiło odwołującego możliwości merytorycznego złożenia wyjaśnień wraz z dowodami należy stwierdzić, iż zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w treści ww. pisma zamawiającego. Zamawiający wskazał błędną podstawę prawną wezwania - winien być to art. 90 ust. 1 ustawy, zamiast art. 91 ust. 1a, jednak zdaniem zamawiającego błąd ten nie ma żadnego znaczenia dla skuteczności samego wezwania, jak również dla treści. formy i zakresu wyjaśnień wykonawcy. Przepisy te bowiem wskazują wyłącznie sytuacje, w których zamawiający może (art. 90 ust. 1 ustawy) lub musi (art. 90 ust. 1 ustawy) wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Adresem tych norm jest zamawiający. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2020 r. (sygn. KIO 792/20):

Zgodnie z przywołanym art. art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zamawiający podkreślił, iż w wyniku nowelizacji ustawy, która miała miejsce w 2016 r., a która to nowelizacja najwidoczniej umknęła uwadze odwołującego (vide jego rozważania zawarte na str. 7 odwołania), w obecnym stanie prawnym zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie tylko jeśli jego wątpliwości budzi łączna cena brutto oferty, ale również wtedy, kiedy takie wątpliwości budzą jej istotne części składowe. Powołał wyrok KIO z dnia 6 lipca 2020 r. (sygn. akt: 820/20). Zauważył, iż na zamówienie będące przedmiotem postępowania składa się:

1) dostawa i posadzenie drzew do dnia 11 grudnia 2020 r.

2) pielęgnacja posadzonych drzew w okresie od dnia 01 stycznia 2021 r. do dnia 30 listopada 2023 r., tj. przez okres rękojmi i gwarancji.

Dodatkowo w SIWZ zamawiający przewidział możliwość zlecenia wykonawcom wykonania dodatkowych prac za odrębnym wynagrodzeniem w ramach prawa opcji polegających na przesadzeniu drzew.

Podkreślił, iż kompleksowe zamówienie obejmujące posadzenie i 3-letnią pielęgnację posadzonych drzew, pozwala zwiększyć prawdopodobieństwo przeżycia roślin po ich posadzeniu. Aby możliwe było zachowanie gwarancji na posadzony materiał roślinny konieczne jest zapewnienie odpowiedniej pielęgnacji roślin przez firmę, która dokonała posadzenia. Eliminuje to wątpliwości dotyczące odpowiednio wykonanych prac pielęgnacyjnych i przerzucania się odpowiedzialnością i zarzutami odnośnie ewentualnych wad materiału roślinnego czy nieprawidłowo wykonywanych prac pielęgnacyjnych, pomiędzy wykonawcą, który rośliny dostarczył i posadził, a tym który je następnie pielęgnował. Przedmiotowe zamówienie dotyczy posadzenia drzew w pasach drogowych głównych ulic Warszawy. Są to bardzo

trudne warunki dla bytowania drzew, z uwagi na panującą w tych miejscach podwyższoną temperaturę spowodowaną przez powierzchnie betonowe i asfaltowe (szybko nagrzewające się i oddające ciepło), które są nieprzepuszczalne dla wody i powietrza i na których następuje szybki spływ powierzchniowy (woda nie jest zatrzymywana w miejscu). Dodatkowo gleby w pasach drogowych są często mocno zagęszczone i zanieczyszczone (np. solą z zimowego utrzymania ulic i chodników). Nie ma w nich optymalnych warunków dla rozwoju korzeni - zagęszczenie usuwa tlen z gleby potrzebny do rozwoju korzeni, trudno zatrzymywana jest woda. W zderzeniu z takimi warunkami młode nasadzenia drzew muszą być prawidłowo pielęgnowane, inaczej nie mają szans na przeżycie. Zamawiający wskazał, iż warunki wykonania prac zostały przez zamawiającego szczegółowo opisane w załączniku nr 1 do SIWZ - standardach wykonania prac. Zamawiający opisał w nich bardzo dokładnie czynności składające się na zabiegi pielęgnacyjne i częstotliwości ich wykonania. Podstawowym zabiegiem pielęgnacyjnym jest podlewanie drzew w okresie wegetacyjnym. Na podstawie własnego doświadczenia z lat ubiegłych zamawiający przygotował zamówienie na 3-letnią pielęgnację, ponieważ tylko tak długi okres pielęgnacji może zapewnić przyjęcie się roślin.

Powyższe rozważania mają na celu ukazanie, jak istotne jest punktu widzenia zamawiającego jest właściwe, tj., niezaniżone, skalkulowanie przez wykonawców wszystkich kosztów i wydatków związanych z pielęgnacją drzew. Nieuzasadnione oszczędności w tym zakresie przekładać się będą bowiem na niższy standard i jakość wykonywanych prac, a tym samym na kondycję posadzonych drzew.

Jeśli zaś chodzi o badanie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez odwołującego za zamówienie objęte prawem opcji, to dopuszczalność, a wręcz konieczność takiego działania jest powszechnie akceptowana w orzecznictwie KIO. Dodatkowo zamawiający podkreślił, iż zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 2 SIWZ cena za prawo opcji stanowi w niniejszym postępowaniu podkryterium oceny ofert w ramach kryterium „Cena”, a tym samym uzasadnione jest badanie rzetelności jej skalkulowania przez wykonawców w przypadku istnienia uzasadnionego podejrzenia rażąco niskiej ceny. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 9 października 2018r. (sygn. akt KIO 1 920/18). Zamawiający zauważył, iż na część 3 zamówienia oferty w postępowaniu złożyło czterech Wykonawców. Poniżej zamawiający zaprezentował zestawienie złożonych ofert pod kątem ceny za pielęgnację drzew oraz ceny za prawo opcji:

I. Cena za pielęgnację drzew w okresie od 01.01.2021 r. do 30 listopada 2023 r.

AG-Complex sp. z o.o. pielęgnacja 1 drzewa rok I – 21, 95 zł. rok II - 23,96 zł rok III - 23,96 zł. łączna cena 455 700,53 zł
MANUFATURA PROJEKT PRZEMYSŁAW PRZYDATEK pielęgnacja 1 drzewa rok I - 22,00 zł rok II - 22,00 zł rok III - 22,00 zł łączna cena 430 459,92 zł

Czesław świerk

„AGRO-SERVICE” Usługi dla rolnictwa i leśnictwa – pielęgnacja 1 drzewa rok I - 25,00 zł rok II 25,00 zł rok III 20,00 zł łączna cena 456 548,40 zł

Park-M Poland sp. z o.o. pielęgnacja 1 drzewa rok I - 14,00 zł rok II 9,24 zł rok III - 9,24 zł łączna cena 211 838,46 zł

Z powyższego zestawienia wynika, iż:

-zaoferowane przez odwołującego wynagrodzenie netto za pielęgnację 1 drzewa w roku 2021 r. jest o blisko 33% niższe od średniej arytmetycznej wszystkich złotych ofert w tym zakresie, która wynosi 20,73 zł,

-zaoferowane przez odwołującego wynagrodzenie netto za pielęgnację 1 drzewa w roku 2022 r. jest o ponad 50% niższe od średniej arytmetycznej wszystkich złotych ofert w tym zakresie, która wynosi 20,05 zł,

-zaoferowane przez odwołującego wynagrodzenie netto za pielęgnację 1 drzewa w roku 2023 r. jest o ponad 50% niższe od średniej arytmetycznej wszystkich złotych ofert w tym zakresie, która wynosi 18,80 zł,

- zaoferowane przez odwołującego łączne wynagrodzenie brutto za pielęgnację drzew w okresie 2021-2023 jest o prawie 45% niższe od średniej arytmetycznej wszystkich złotych ofert w tym zakresie, która wynosi 388 636,82 zł.

II, Cena za prawo opcji

AG-Complex sp. z o.o. (wykonawca wezwany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej w odniesieniu do ceny prawa opcji) cena D1 - 1 119,96 zł cena D2 - 436,32 zł

MANUFATURA PROJEKT PRZEMYSŁAW PRZYDATEK cena D1 - 820,80 zł cena D2 - 604,80 zł

C. Ś. „AGRO-SERVICE” Usługi dla rolnictwa i leśnictwa cena D 1 - 2 592,00 zł cena D2 - 1 512,00 zł

Park-M Poland sp. z o.o. cena D 1 - 453,60 zł cena D2 - 507,60 zł

Z powyższego zestawienia wynika, iż:

- zaoferowana przez odwołującego cena jednostkowa brutto za prawo opcji D1 jest o prawie 64% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złotych ofert w tym zakresie, która wynosi 1 246,59 zł, - zaoferowana przez odwołującego cena jednostkowa brutto za prawo opcji D2 jest o prawie 34% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złotych ofert w tym zakresie, która wynosi 765,18 zł.

Mając na względzie powyżej zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. w tym złożenie dowodów. dotyczących wyliczenia w zakresie części 3 ryczałtowej ceny za miesięczną pielęgnację roślin oraz wyjaśnienie ceny prawą opcji w szczególności w zakresie:

1)oszczędności metody wykonania zamówienia wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy,

6)wszystkich nakładów robocizny, materiałów oraz sprzętu.

Zamawiający w wezwaniu w sposób i jednoznaczny określił, jakie części składowe zaoferowanej ceny budzą jego wątpliwości - była to ryczałtowa cena za pielęgnację roślin oraz zaoferowana cena za prawo opcji. Całkowicie niezrozumiałe są w tej sytuacji rozterki odwołującego odnośnie tego, których pozycji z kosztorysu wezwanie dotyczyło. Skoro bowiem zamawiający w wezwaniu wskazał, że wymaga wyjaśnień w zakresie miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za pielęgnację drzew, nie zawężających ich do konkretnego roku pielęgnacji, to oznaczało to, iż wyjaśnienia wykonawcy mają obejmować wynagrodzenie za każdy rok pielęgnacji. Analogiczna sytuacja dotyczyła ceny zaoferowanej za prawo opcji polegające na przesadzeniu drzew. Tutaj również zamawiający wymagał aby wyjaśnienia odnosiły się do ceny prawa opcji. Zamawiający podkreślił, iż inni wykonawcy wezwani przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy, nie mieli podobnych wątpliwości, co do zakresu żądanych przez zamawiającego

informacji.

Jeżeli zaś treść wezwania nie była dla wykonawcy dostatecznie zrozumiała, to mógł się on zwrócić do zamawiającego w formie przewidzianej w SIWZ, czego jednak nie uczynił. Jak bowiem stanowi informacja zawarta w Rozdziale VII SIWZ:

„UWAGA: Jednocześnie zamawiający informuje, że przepisy ustawy PZP nie pozwalają na jakikolwiek inny kontakt - zarówno z zamawiającym jak i osobami uprawnionymi do porozumiewania się z wykonawcami - niż wskazany w niniejszym rozdziale SIWZ. Oznacza to, że zamawiający nie będzie reagował na inne formy kontaktowania się z nim, W szczególności na kontakt telefoniczny lub/i osobisty w swojej siedzibie.”

Tym samym czynienie zamawiającemu zarzutu z tego, iż działając zgodnie z postanowieniami SIWZ telefonicznie nie udzielił pracownikowi odwołującemu informacji odnośnie treści wezwania do wyjaśnień i traktowanie powyższego działania zamawiającego jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest całkowicie niezrozumiałe.

Dodatkowo zamawiający podkreślił, że treść wezwania do udzielenia wyjaśnień nie musi zawierać precyzyjnych i konkretnych pytań co do zakresu kalkulacji ceny oferty. Przede wszystkim taki obowiązek nie wynika z przepisów ustawy, jak również z przyczyn obiektywnych jest w istocie niemożliwy do zrealizowania. To wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę zawierającą określoną cenę, a więc tylko wykonawca jest w stanie precyzyjnie określić jakie czynniki, koszty i inne elementy stanowiły podstawę wyceny oferty. Tezę tą potwierdza wyrok KIO z dnia 13 lipca 2016 r. (sygn. akt 1 1 53/16). Niezależnie od powyższego zamawiający wskazał, iż kwestionowanie na obecnym etapie postępowania zasadności wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej jest działaniem spóźnionym. Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty zostało do odwołującego skierowane w dniu 21 sierpnia 2020r. Tym samym termin na kwestionowanie zasadności tego wezwania poprzez wniesienie odwołania do KIO upłynął odwołującemu w dniu 21 sierpnia 2020 r.

Oznacza to, że argumentację co do bezpodstawności ww. wezwania należy obecnie uznać za spóźnioną.

II. Odnosząc się zaś do zarzutu samej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego, zamawiający zauważył, iż sam odwołujący w sposób pośredni przyznaje w odwołaniu, iż jego wyjaśnienia nie zawierały merytorycznego odniesienia się do treści wezwania. Jednocześnie zamawiający wnosi o pominięcie i nie rozpatrywanie wyjaśnień odwołującego zawartych na stronach 6 i 7 odwołania jako spóźnionych na obecnym etapie postępowania. Na tym etapie Izba ocenia pod kątem przepisów prawa poprawność działań zamawiającego i powinna brać pod uwagę stan faktyczny sprawy, z którym miał okazję zapoznać się (ustalić) zamawiający, szczególnie w przypadku wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, kiedy to cała inicjatywa dowodowa spoczywa na wyzwanym wykonawcy. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 2 kwietnia 2015 r. (sygn. akt: KIO 547/1 5) postępowanie przed Izbą nie zastępuje zatem działania zamawiającego, a tym samym proces dowodowy, jakkolwiek przewidziany w ustawie ograniczony jest do funkcji postępowania odwoławczego, a zatem zbadania objętej zarzutami aktywności zamawiającego. Nie może więc być tak, że dopiero w toku postępowania odwoławczego ujawniają się okoliczności, które od początku były poza zakresem czynności zamawiającego i jego oceny i które mogły i powinny być zbadane przez zamawiającego.

Jeśli zaś chodzi o wyjaśnienia złożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2020 r. to zamawiający podtrzymuje swoją opinię wyrażoną w piśmie zawierającym informację o odrzuceniu oferty odwołującego, iż wykonawca ten nie wykazał, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Analiza ww. wyjaśnień wskazuje, że odwołujący uchylił się od przedstawienia jakichkolwiek informacji dotyczących sposobu kalkulacji ceny za pielęgnację drzew oraz prawo opcji. Wyjaśnienia te nie wskazują żadnego elementu cenotwórczego. Brak jest wskazania jakie koszty zostały ujęte, ile osób wykonawca przeznaczył do realizacji tego zamówienia, ich zaangażowania oraz informacji o sposobie zatrudnienia, czy też poziomie zakładanego wynagrodzenia tych osób. Wykonawca nie wskazał jakichkolwiek innych kosztów, które są niezbędne do wykonania zamówienia (materiałów, sprzętu), jak również wysokości marży. Wreszcie nie powołano jakichkolwiek dowodów w celu wykazania, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podkreślił, iż zamawiający do wyjaśnień, oprócz przywołania ustawowych zapisów, wymagał również „udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia w zakresie części 3 ryczałtowej ceny za miesięczną pielęgnację roślin oraz wyjaśnienie ceny prawa opcji, w szczególności w zakresie robocizny, materiałów oraz sprzętu”. Wykonawca w żadne sposób nie odniósł do tego wymogu zamawiającego, ograniczając się do ogólnych, powierzchownych stwierdzeń, takich jak:

„ Wykonawca swoją ofertę konstruował w oparciu o bogate, długoletnie doświadczenie w prowadzeniu prac związanych z dostawą, nasadzeniem oraz przesadzaniem roślinności. Wykonawca w różnych formach prawnych prowadzi działalność gospodarczą związaną z szeroko pojętym ogrodnictwem od niemal 25 lat, dysponuje własnym zapleczem produkcyjnym o powierzchni ponad 35 hektarów, rozbudowaną, międzynarodową siecią dostawców roślin, a także wykwalifikowanym personelem ogrodniczym. ”

„Koszt ten uzależniony jest od lokalizacji realizowanych nasadzeń, jak również gatunku drzewa, niemniej jednak obejmuje wszelkie koszty Wykonawcy (przede wszystkim osobowe, pozostałe koszty są marginalne) i zawiera odpowiednią marżę sprzedażową.”

Co zaś tyczy się wyceny prawa opcji, to Wykonawca wskazuje, iż przyjmuje w ramach prowadzonej działalności gospodarczej cenę jednostkową za posadzenie drzewa w wys. ok. 200 zł netto za 1 szt. W cenie tej zawierają się wszelkie koszty Wykonawcy (przede wszystkim osobowe, pozostałe koszty są marginalne). Jeżeli zaś tak, to za przesadzenie przyjąć należy cenę stanowiącą ok. dwukrotność wartości posadzenia albowiem przy tej pracy należy wpiąć drzewo wykopać, następnie przenieść lub przewieźć, finalnie na powrót zasadzić w innym miejscu. ”

Zamawiający zauważył też, iż wykonawca wskazał cenę 14 zł netto/szt. za pielęgnację drzew w pierwszym roku i 9,24 zł netto w drugim i trzecim roku pielęgnacji argumentując że spadek ceny jednostkowej za pielęgnację w latach kolejnych związany jest z tym, iż regułą jest, że w przypadku przyjęcia się wykonanych nasadzeń, nie wymagają one aż tak rozbudowanych zabiegów pielęgnacyjnych -czego z kolei wykonawca pewien jest bazując na swym wieloletnim doświadczeniu zawodowym.” Ze stwierdzeniem tym zamawiający nie może się jednak zgodzić. Zwykle w pierwszym roku po posadzeniu drzew następuje rozwój korzeni i przyjęcie się roślin posadzonych w dobrych warunkach (np. parkach). Taki argument jest bezzasadny dla nasadzeń w pasach drogowych, ponieważ młode drzewa posadzone w takich miejscach wymagają pielęgnacji w okresie dłuższym niż 3 lata, z przyczyn, które zamawiający wskazał wcześniej. Powyższe potwierdza również porównanie cen jednostkowych za pielęgnację wskazanych przez innych wykonawców (vide tabela na stronie 4 niniejszego pisma). W ocenie zamawiającego sam odwołujący wskazał więc, że cena za pielęgnację drzew nie została prawidłowo oszacowana.

W myśl przepisów ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (lub kosztu) - także co do jej istotnych części składowych - spoczywa na wykonawcy, w stosunku do którego zamawiający zainicjował procedurę wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien również przedłożyć dowody na ich poparcie, w szczególności pod kątem prawidłowości dokonanej kalkulacji cenowej, które w jego ocenie uzasadniają

przyjętą wycenę całości przedmiotu zamówienia. To bowiem wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Powołał wyrok z dnia 22 kwietnia 2013 r. (sygn. KIO 716/13). Ponadto zaznaczył, że zamawiający nie ma - w świetle omawianych przepisów obowiązku wzywać wykonawcy do skutku tj. aż przedstawi on wszelkie wyjaśnienia i dowody uzasadniające brak podstaw do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy a zamawiający nie musi wielokrotnie wzywać do wyjaśnień wykonawcy, który od początku składa wyjaśnienia ogólnikowe, wymijające i nieprzekonywujące (tak wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1317/20).

III. Mając na względzie powyższe okoliczności zamawiający nie miał innej możliwości, jak tylko odrzucić ofertę odwołującego. Zarzut odwołującego, iż zamawiający nie wskazał szczegółowego uzasadnienia oceny wyjaśnień odwołującego należy uznać w opisanej sytuacji za całkowicie chybiony. Skoro „wyjaśnienia” odwołującego nie zawierały w zasadzie jakichkolwiek treści merytorycznych, ani też żadnych dowodów, to do czego w ocenie odwołującego, zamawiający miał się w uzasadnieniu swojej decyzji odnosić lub z czym miał polemizować? Z posiadaniem przez wykonawcę „wieloletniego doświadczenia” czy „profesjonalnego personelu”? Z tym, że odwołujący w ramach ceny skalkulował „odpowiednią marżę sprzedażową” czy, że „cena obejmuje wszystkie koszty osobowe”? Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przy czym nieudzieleniem wyjaśnień, o którym mowa w tym przepisie, jest nie tylko brak reakcji wykonawcy na wezwanie, ale też przedstawienie pisma typu „wyjaśnienia”. lecz nie zawierające żadnych szczególnych merytorycznych informacji i danych (tzw. merytorycznej treści)- przy czym w zależności od rozmiaru braku owych informacji i danych konkretną sytuację albo uznaje się za brak złożenia wyjaśnień w ogóle, albo za brak wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny pozwalającej na pozytywną ocenę przez zamawiającego. czyli niedopełnienie obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z taką też sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, co zostało w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wskazane w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

W dniu 28 października 2020r. przystępujący złożył pisemne stanowisko, w którym podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania. Ponad stanowisko zamawiającego wskazał, że odwołujący nie przedłożył dowodów ani kalkulacji, nie wykazał w jaki sposób skalkulował cenę, ani jak powołane przez niego czynniki wpływają na obniżenie ceny. Jego wyjaśnienia są ogólnikowe i nieprecyzyjne. Nie wykazał kosztów jakie musi ponieść w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Co do zatrudnienia doświadczonych osób – to jest to okoliczność nie wyróżniająca go spośród innych wykonawców, a odwołujący nie podał ile osób będzie kierował do realizacji zamówienia i jakie będą otrzymywać wynagrodzenie. Zatrudnienie wykwalifikowanych pracowników jest z reguły droższe niż osób początkujących i nie posiadających doświadczenia w branży. W zakresie posiadania wieloletniego doświadczenia – to także ta okoliczność nie wyróżnia odwołującego od innych wykonawców, również przystępujący jest doświadczonym wykonawcą. Przystępujący podniósł brak powiązania i porównywalności z innymi projektami, gdyż odwołujący nie przedstawił cen z tych innych zamówień, mogły być one rażąco niskie. Z informacji przystępującego we Wrocławiu odwołujący przewidział kwotę za pielęgnację 9,33 netto miesięcznie, a jakość pielęgnacji odbiegała od wymogów inwestora na dowód czego przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji zdjęciowej, dokumentacji rejestrującej, przesłuchania D. Ś. na adres ul. Juliusza Słowackiego ... Oleszyce. W ocenie przystępującego również lokalizacja konieczności sadzenia i pielęgnacji w jednym miejscu nie wyróżnia odwołującego spośród innych wykonawców. Co do nieprawidłowego wezwania, to przystępujący wskazał na profesjonalny charakter działalności odwołującego, a także na to, że sam odwołujący wskazał, że najistotniejsze są koszty osobowe jednak tych kosztów nie przedstawił i nie skalkulował. Przystępujący podniósł brak kalkulacji kosztów oraz brak złożenia dowodów. Przystępujący przedstawił minimalne w jego ocenie zestawienie kosztów związanych z pielęgnacją roślin:

- zakup 100 szt worków kory po 9zł. za worek – 900 zł./m-c

- koszt wody do podlewania – 709 zł./m-c (20 razy na rok x 27,5 m³ x 4zł.) plus kaucja za hydrant 800zł. x 7 m-cy = 7800/1 m-c = 709zł.

- koszty związane z wypadaniem sadzonek i konieczność zastąpienia ich innymi ok./ 1545zł. miesięcznie przy założeniu średniego rocznego 3% wypadania drzew, średniej wartości drzewa 1000zł. z uwzględnieniem kosztów posadzenia i transportu,

- koszty pracy związane z podlewaniem 1163zł. miesięcznie 20x 300zł. = 6000zł., przy założeniu, że będzie używany ciągnik z beczka 20 x 2 pracowników x 10 godzin x 17zł. netto = 6 800zł. Daje to kwotę 12 800zł. czyli 1163zł. miesięcznie

- koszty pracy związane z podlewaniem 1261/m-c za pomocą busa,

- 1584 zł. koszty pielęgnacji drzew – plewienie, uzupełnianie kory, poprawa wiązań

- 320zł./m-c koszty przycinania oraz opryskiwania drzew.

Jako dowód dla prawidłowości powyższej kalkulacji zawnioskował o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka D. Ś. . Nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że przedmiotem badania może być wyłącznie cena całkowita oferty.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, informacji z otwarcia ofert, kosztorysów ofertowych dla części 3, wezwania z dnia 21 sierpnia 2020r., wyjaśnień z dnia 25 sierpnia 2020r., informacji o odrzuceniu odwołania z dnia 16 września 2020r.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W załączniku nr 1 do siwz zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie pielęgnacji drzew i przesadzeń w następujący sposób:

II. PIELĘGNACJA DRZEW W (w okresie od 1.01.2021 do dnia 30.11.2023 r.) – rozliczana ryczałtem

1. PIELĘGNACJA DRZEW W OKRESIE SPOCZYNKU (LISTOPAD-MARZEC) standard jakościowy wykonania prac:

W styczniu 2021 roku należy wykonać bielenie pni drzew preparatem na bazie wapna przeznaczonym do tego celu. Preparat powinien być nietoksyczny dla ludzi, zwierząt oraz drzew, ulegający biodegradacji. Pnie drzew należy pokryć dokładanie preparatem na wysokości od szyi korzeniowej do podstawy korony drzewa. Malowanie należy wykonać pędzlem w temperaturze powyżej 5°C.

W czasie spoczynku, należy przeprowadzać przegląd drzew 2 razy w miesiącu (w pierwszy i trzeci poniedziałek miesiąca) i wykonywać nw. prace:

1) naprawę opalikowania wg potrzeb:

- wymianę połamanych palików;
- uzupełnianie wiązań;
- poprawę poluzowanych wiązań;
- uzupełnianie etykiet informacyjnych o drzewie;
- poprawianie bielenia pni – na wezwanie Zamawiającego;
- niezbędne cięcia techniczne;
- pionizowanie przechylonych drzew;
- uzupełnianie zerwanych etykiet.

2) kontrolę wilgotności podłoża – w razie potrzeby podlewać rano, w ilości 50 l/drzewo.

Efekt oczekiwany: Opalikowanie proste i nieuszkodzone, drzewa proste, bez patogenów, wolne od szkodników.

Po każdorazowym wykonaniu w/w prac należy przysyłać raporty za pomocą poczty elektronicznej. Raporty wykonanych prac będą podstawą do ich odbioru. Jeśli w danym miesiącu nie będzie potrzeby wykonania żadnych z ww. prac należy przesyłać raport z wykonania przeglądu.

Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany harmonogramu prac pielęgnacyjnych w zależności od warunków atmosferycznych i bieżących potrzeb Zamawiającego. O powyższych zmianach Zamawiający powiadomi Wykonawcę za pośrednictwem poczty elektronicznej.

W ostatnim tygodniu listopada 2023 roku, przed zgłoszeniem gotowości do ostatecznego odbioru prac, należy usunąć opalikowanie drzew.

2. PIELEGNACJA DRZEW W SEZONIE WEGETACYJNYM (KWIECIEŃ–PAŹDZIERNIK) standard jakościowy wyk.

W okresie wegetacyjnym w comiesięcznym okresie prac należy wykonać:

1)podlewanie, rano lub wieczorem, minimum 2 razy w tygodniu, w ilości min. 50 l/drzewo. Dni oraz godziny podlewania zostaną uzgodnione w tzw. harmonogramie podlewania, zaakceptowanym przez Zamawiającego. Dopuszczane jest używanie do podlewania worków do podlewania kropelkowego (rys. 6). Jeśli Wiosną 2021 roku Zamawiający przekaże do zamontowania montaż worki do podlewania drzew (worki dostarczy Zamawiający dla wszystkich drzew) Wykonawca odbierze je ze wskazanego miejsca na terenie m.st. Warszawy i zamontuje worki na własny koszt, we wskazanych lokalizacjach. Przez podlewanie drzew w takim przypadku będzie rozumiano się napełnianie worków wodą. W każdym tygodniu worek nawadniający powinien być zamontowany (przeniesiony) na innym słupku zgodnie z przyjętym oznaczeniem w postaci zielonych kropek – dokładny harmonogram do ustalenia z Zamawiającym. W przypadku drzew ustabilizowanych bez użycia opalikowania, do montażu worka nawadniającego należy wbić 3 paliki toczone, o średnicy 7 cm, wysokości 130 cm. Paliki powinny być nowe, wykonane z drewna ciśnieniowo impregnowanego, oznakowane jak w pkt. I ust.14. Paliki należy wbić w ziemię w równej odległości od siebie, na głębokość 30 cm, na krawędzi misy. Nie należy wbijać palików w studnie chłonne.

W przypadku kradzieży lub zniszczenia worków Wykonawca niezwłocznie zgłosi ten fakt Zamawiającemu.

Uwaga: w ostatnim tygodniu października każdego roku pielęgnacji worki do podlewania drzew należy zdemontować, oczyścić i przechować do czasu ponownego montażu w marcu kolejnego roku. W październiku 2023 roku worki zostaną zdemontowane, wysuszone, złożone i przewiezione w miejsce wskazane przez Zamawiającego.

2)pielenie mis drzew minimum 2 razy w miesiącu (w pierwszy i trzeci poniedziałek miesiąca lub w innym terminie uzgodnionym z Zamawiającym w harmonogramie). Nie należy dopuścić do zachwaszczenia mis - w przypadku drzew posadzonych w trawniku pielenie dotyczy tylko wykorzystanej misy wokół drzewa, wraz z odcięciem brzegów od trawnika. W przypadku drzew posadzonych w misach chodników należy wypielić całą nieutwardzoną powierzchnię misy;

3)uzupełnianie ściółki ze średnio zmielonej kory drzew iglastych lub zrębków (tak aby zagłębienie w misie zawsze było wypełnione);

4)kontrola mocowania osłon na pniach drzew – w razie potrzeb poprawa lub wymiana;

5)nawożenie drzew wieloskładnikowym nawozem rozpuszczalnym w wodzie zaaplikowanym wraz z podlewaniem w ilości zgodnej z zaleceniami producenta (w kwietniu, w drugim i trzecim roku pielęgnacji);

6)cięcia korygujące tylko po uzgodnieniu z Zamawiającym.

7)przegląd drzew - 2 razy w miesiącu (w pierwszy i trzeci poniedziałek miesiąca) oraz wykonanie poniższych prac wg potrzeb:

•usuwanie odrostów korzeniowych, odrostów na pniu, połamanych lub obumarłych pędów, gałęzi krzyżujących się, słabych, chorych, wyrastających z nieprawidłowych rozwidleń i tzw. węzłów. Należy wykonać dokumentację fotograficzną drzew przed i po cięciach;

•monitoring roślin pod kątem występowania szkodników i patogenów – w razie konieczności wykonywanie oprysków, po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym środka ochrony roślin (z zastrzeżeniem że nie stanowią zagrożenia dla zdrowia ludzi, zwierząt lub środowiska i posiadają zezwolenie na dopuszczenie do obrotu). Z przeprowadzonych przeglądów należy wysłać raporty informujące o stanie fitosanitarnym drzew. W przypadku użycia środka ochrony roślin należy postępować zgodnie z § 3 ust. 22 umowy;

•kontrola stabilizacji posadzonych drzew (bieżąca naprawa opalikowania: wymiana połamanych palików /w przypadku zniszczenia lub kradzieży całości opalikowania należy je wymienić na nowe/, poprzeczek, uzupełnienie wiązań i zerwanych etykiet informacyjnych, pionizowanie drzew przechylonych). Paliki toczone, o średnicy 7 cm, wysokości 250 cm powinny być nowe z drewna ciśnieniowo impregnowanego. W przypadku przechylenia drzew ustabilizowanych w gruncie – okopanie i poprawienie systemu.

Efekt oczekiwany: misy drzew stale utrzymywane w stanie bez przerostu chwastów, rośliny podlane w miarę potrzeb, bez patogenów, wolne od szkodników i o prawidłowym turgorze, opalikowanie proste i nieuszkodzone, drzewa proste.

W przypadku uszkodzenia drzewa w wyniku kolizji drogowej, wandalizmu lub silnego wiatru Wykonawca usunie drzewo wraz z karą. Usunięcie odbędzie się na zlecenie Zamawiającego, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

Po każdorazowym wykonaniu w/w prac należy przysyłać raporty za pomocą poczty elektronicznej. Raporty wykonanych prac będą podstawą do ich odbioru. Jeśli w danym miesiącu nie będzie potrzeby wykonania żadnych z ww. prac należy przesyłać raport z wykonania przeglądu.

III. PRZESADZENIE DRZEW (w okresie od 1.01.2021 do dnia 30.11.2023 r.) – zgodnie z § 13 umowy wykonywane w ramach prawa opcji.

Standard jakościowy wykonania prac:

1)obficie podlać drzewo;

2)okopać roślinę dookoła, tak by wydobyć całą bryłą korzeniową (balot);

- 3) odpowiednio zabezpieczyć bryłę korzeniową przed przesuszeniem i uszkodzeniami podczas transportu, np. poprzez dodatkowe owinięcie tkaniną;
- 4) wyrównać teren, usunąć opalikowanie, oraz wszystkie zanieczyszczenia. Doły po usuniętych drzewach należy uzupełnić ziemią urodzajną oraz wysiać trawę;
- 5) przetransportowanie w miejsce docelowe;
- 6) wykonanie sadzenia zgodnie z pkt. I.

Uwaga!

Bezpośrednio po wyjęciu bryły korzeniowej dół należy wypełnić ziemią a teren wyrównać. Przesadzanie powinno odbywać się w chłodny i pochmurny dzień. Teren zostanie odebrany po równomiernym wzroście trawy.

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia w części 3 przeznaczył 1 413 319,47zł.

Na część 3 oferty złożyli:

Ag-Complex z ceną 1 403 424, 14zł., za D1 – 1 119,96zł., za D2 – 436,32

Manufaktura Projekt P. P. z ceną 1 363 284,29zł., za D1 – 820,80zł. za D2- 604,80

Przystępujący z ceną 1 126 926zł. za D1 – 2 592,00zł., za D2 – 1 512, 00zł.

Odwolujący z ceną 1 081 256,76zł. za D1 – 453,60zł. za D2 – 507,60zł.

Z kosztorysów ofertowych załączonych do ofert wynika, co następuje:

Za posadzenie drzew wykonawcy, którzy złożyli oferty na część 3 zaoferowali następujące ceny:

Odwolujący – 869 417, 30zł. brutto

AG-Complex – 947 723,61zł. brutto

P. P. – 932 824, 26zł. brutto

C. Ś. – 670 377, 60zł. brutto

Za pielęgnację 549 drzew w okresie 11 miesięcy rocznie w kolejnych 3 latach 2021, 2022 i 2023 wykonawcy w części 3 zaoferowali:

Odwolujący – 211 838,46zł. brutto, za rok 2021 – 14zł. netto/1 drzewo i 91 309,68 zł. za 11 miesięcy, czyli za 1 miesiąc 8 300, 88zł., za rok 2022 i odpowiednio za rok 2023 9,24zł.netto/1 drzewo i 60 264,39zł. za 11 miesięcy, czyli za 1 miesiąc 5 478,58zł.

AG-Complex – 456 700, 53zł. brutto, za rok 2021 – 21,95zł. netto/1 drzewo i 143 160,53zł. za 11 miesięcy, czyli za 1 miesiąc 13 014,59zł. za rok 2022 i odpowiednio za rok 2023 – 23,96zł. netto/1 drzewo i 1 56 270,00zł. za 11 miesięcy czyli za 1 miesiąc 14 206, 36zł.

P. P. – 430 459,92zł. brutto, za każdy rok 22zł. netto/1 drzewo i 143 486,64zł. za 11 miesięcy, czyli za 1 miesiąc 13 044,24zł.

C. Ś. – 456 548,40zł. brutto, za rok 2021 i odpowiednio za rok 2022 – 25zł.netto/1 drzewo i 163 053,00zł. za 11 miesięcy, czyli za 1 miesiąc 14 823zł. i za rok 2023 20zł. netto/1 drzewo i 130 442,40zł. za 11 miesięcy, czyli za 1 miesiąc 11 858,40zł.

Za opcję wykonawcy w części 3 zaoferowali:

Odwolujący D1- 453,60zł., D2 - 507, 60zł. brutto

AG-Complex D1- 1119,96, D2- 436,32zł. brutto,

P. P. D1- 820,80zł. D2 – 604,80zł. brutto,

C. Ś. D1- 2 592zł. i D2 – 1 512zł.

W dniu 21 sierpnia 2020r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia w zakresie części 3 ryczałtowej ceny za miesięczną pielęgnację roślin oraz wyjaśnienie ceny prawa opcji, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym;
4. obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
5. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
6. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;
7. wszystkich nakładów robocizny, materiałów oraz sprzętu.

Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Jednocześnie przypomniał, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 25 sierpnia 2020r. odwołujący wyjaśnił, że wykonawca swoją ofertę konstruował w oparciu o bogate, długoletnie doświadczenie w prowadzeniu prac związanych z dostawą, nasadzaniem oraz przesadzaniem roślinności. Wykonawca w różnych formach prawnych prowadzi działalność gospodarczą związaną z szeroko pojętym ogrodnictwem od niemal 25 lat, dysponuje własnym zapleczem produkcyjnym o powierzchni ponad 35 hektarów, rozbudowaną, międzynarodową siecią dostawców roślin, a także wykwalifikowanym personelem ogrodniczym. Wykonawca wskazał, iż zamówienia podobne do przedmiotowego realizuje od wielu lat na terenie całego kraju, dla przykładu w ramach 40 przeglądu piosenki aktorskiej we Wrocławiu, akcji społecznej „Wrośnij we Wro”, zakupu i nasadzenia krzewów na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach 2018-2019, a także wielu innych, w tym tak wymagających jak zagospodarowanie zielonych dachów (m.in. w Muzeum Śląskim w Katowicach oraz w Centrum Spotkań Kultur i Galerii Zamek w Lublinie). Mając na względzie powyższe wykonawca w swej działalności przyjmuje średnią cenę za pielęgnację 1 drzewa na poziomie od 60-80 zł netto rocznie. Koszt ten uzależniony jest od lokalizacji realizowanych nasadzeń, jak również gatunku drzewa, niemniej jednak obejmuje wszelkie koszty wykonawcy (przede wszystkim osobowe, pozostałe koszty są marginalne) i zawiera odpowiednią marżę sprzedażową. Wykonawca nie zgadza się w tym zakresie z zamawiającym, jakoby podana przez niego cena za pielęgnację była rażąco niska, przeciwnie – suma jednostkowa zawarta w ofercie wykonawcy, tj. 154 zł netto za 11 miesięcy pielęgnacji skalkulowana została wysoko, albowiem zamawiający nałożył w treści SIWZ szereg dodatkowych obowiązków na wykonawcę co do sposobu prowadzenia pielęgnacji roślin. Wykonawca wskazał również, iż spadek ceny jednostkowej za pielęgnację w latach kolejnych związany jest z tym, iż regułą jest, że w przypadku

przyjęcia się wykonanych nasadzeń, nie wymagają one aż tak rozbudowanych zabiegów pielęgnacyjnych – czego z kolei wykonawca pewien jest bazując na swym wieloletnim doświadczeniu zawodowym. Co zaś tyczy się wyceny prawa opcji, to wykonawca wskazał, iż przyjmuje w ramach prowadzonej działalności gospodarczej cenę jednostkową za posadzenie drzewa w wys. ok. 200 zł netto za 1 szt. W cenie tej zawierają się wszelkie koszty wykonawcy (przede wszystkim osobowe, pozostałe koszty są marginalne). Jeżeli zaś tak, to za przesadzenie przyjąć należy cenę stanowiącą ok. dwukrotność wartości posadzenia – albowiem przy tej pracy należy wpiąć drzewo wykopać, następnie przenieść lub przewieźć, finalnie na powrót zasadzić w innym miejscu. Ceny te mogą wahać się w zależności od lokalizacji oraz gatunków przesadzanych drzew, niemniej jednak zostały one na podstawie takiej kalkulacji odzwierciedlone w ofercie wykonawcy.

Wykonawca wskazał, iż jednostkowe nasadzenie lub przesadzenie drzewa nie jest czynnością czasochłonną dla doświadczonego ogrodnika, jak również nie jest czynnością skomplikowaną, zaś pozostałe koszty takich czynności mają charakter marginalny, jeśli bierze się pod uwagę – tak jak to jest dla celów przedmiotowego zamówienia – sporą ilość nasadzeń w jednym miejscu. Wobec powyższego wykonawca jest w stanie zaoferować zamawiającemu konkurencyjne ceny, za które władny jest całkowicie i prawidłowo wykonać w całości przedmiot zamówienia publicznego.

W dniu 16 września 2020r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy w zakresie części 3 która zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy są niewystarczające: nie wskazują one na żadne zobiektywizowane, a równocześnie poparte dowodami okoliczności, pozwalające na ustalenie, że cenę zaoferowano na odpowiednim poziomie pozwalającym na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów. Okoliczności, na które powołuje się wykonawca, powinny być udowodnione za pomocą dowolnych środków dowodowych - ustawodawca pozostawił wykonawcy wybór w tym zakresie. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto wykonawca winien przedstawić, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. W ocenie zamawiającego wykonawca powyższemu zadaniu nie sprostował. Wyjaśnienia wykonawcy są ogólne, lakoniczne, nie odnoszą się w konkretach do poszczególnych elementów składowych.

Mając na względzie powyższe zamawiający uznał, iż dokonana przez niego ocena wyjaśnień wykonawcy potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy.

Izba ustaliła także na podstawie dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci formularza oferty w postępowaniu u zamawiającego znak 120/PN/2019, że odwołujący zaoferował wówczas 48,38 zł. ryczałtu za 1 drzewo i 7 740,80zł. brutto w okresie od 1 grudnia 2019 do 15 czerwca 2020r. co daje około 1 390, 56zł. zł. na 1 miesiąc, przy czym pielęgnacja miała być prowadzona w celu zapewnienia dobrej kondycji zdrowotnej drzew w tym m. in:

- wymianę połamanych palików, uzupełnienie, poprawienie wiązań oraz pionizowanie przechylonych drzew,
- konieczne cięcia techniczne,
- podlewanie w ramach potrzeb,
- pielienie mis.

Na podstawie dokumentacji przystępującego Izba ustaliła, że dotyczy ona postępowania na sadzenie i 3 letnią pielęgnację drzew i krzewów na terenie Zieleni Miejskiej wraz z dostawą materiału roślinnego – Jesień 2018. Nasadzenie w ramach akcji sto ulic na stulecie Niepodległości i w tym postępowaniu odwołujący oferował stawkę 112zł. lub 152zł. za pielęgnację 1 drzewa rocznie.

Izba oceniając materiał dowodowy stwierdziła, co następuje :

Izba oparła się na dowodach zawartych w dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania, pominęła natomiast jako zbędne dla rozstrzygnięcia dowody z dokumentacji postępowania nr 120/PN/2019 i dokumentacji zdjęciowej postępowania na sadzenie i 3 letnią pielęgnację drzew i krzewów na terenie Zieleni Miejskiej wraz z dostawą materiału roślinnego – Jesień 2018. Nasadzenie w ramach akcji sto ulic na stulecie Niepodległości oraz stanu drzew, z następujących powodów. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazywał na inne doświadczenie, tj. na doświadczenie w ramach 40 przeglądu piosenki aktorskiej we Wrocławiu, akcji społecznej „Wrośnij we Wro”, zakupu i nasadzenia krzewów na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach 2018-2019, a także zagospodarowanie zielonych dachów (m.in. w Muzeum Śląskim w Katowicach oraz w Centrum Spotkań Kultur i Galerii Zamek w Lublinie), tym samym dowody powołane na rozprawie nie dotyczyły treści złożonych wyjaśnień, nadto jeśli chodzi o postępowanie 120/PN/2019 odwołujący nie wyjaśnił dlaczego nie powołał tego dowodu na etapie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę.

Oczywiście odwołujący może w postępowaniu odwoławczym powoływać dowody na udowodnienie swoich twierdzeń, aż do zamknięcia rozprawy, jednakże odwołujący nie może przedstawiać dowodów na wykazanie okoliczności, których nie zawarł w złożonych wyjaśnieniach, gdyż etap postępowania odwoławczego nie jest etapem, na którym badane są wyjaśnienia wykonawcy, ale prawidłowość czynności zamawiającego związana z oceną tych wyjaśnień. Tym samym postępowanie odwoławcze służy rozstrzygnięciu o tym, czy zamawiający naruszył ustawę przy badaniu i ocenie wyjaśnień, natomiast wnioskowany dowód służy w rzeczywistości wykazaniu zamawiającemu, że zaoferowana przez odwołującego cena jest ceną rynkową i dającą szansę na prawidłowe wykonanie zamówienia, co odwołujący miał zrobić w treści składanych wyjaśnień. Z tego względu Izba przedłożone dowody uznała za zbędne dla rozstrzygnięcia. Oceniając zatem materiał dowodowy w postaci dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia Izba oceniła, że należy dać wiarę zamawiającemu, że miał obowiązek wystąpienia do odwołującego z wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy na mocy art. 90 ust. 1a pkt. 1 ustawy. Relacja obu tych przepisów jest bowiem następująca – przepis art. 90 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i określa ich minimalny zakres. Przepis ten bowiem stanowi, że tak zaoferowana cena jak i koszt jak i istotne części składowe tej ceny lub kosztu mogą budzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego. Przepis ten dotyczy więc każdego rodzaju sytuacji, gdy cena, koszt lub ich istotne części składowe są niskie na tyle by wydawać się wątpliwe. Natomiast art. 90 ust. 1a ustawy tak pkt. 1 i 2 ustawy stanowią o tym, kiedy zamawiający obligatoryjnie powinien powziąć wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę lub koszt. Jest to zatem wytyczna dla zamawiającego, kiedy musi uważać, że cena jest wątpliwa. Izba ustaliła, że zamawiający zbadał zaistnienie przesłanki obligatoryjnego wezwania z art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy, gdyż na podstawie kosztorysów wykonawców składających oferty na część trzecią zamówienia była w stanie ustalić, że rozbieżność oferty odwołującego w stosunku do pozostałych złożonych ofert wynosi ponad 30% średniej arytmetycznej

wszystkich złożonych na część 3 ofert, nie dotyczy to jedynie ceny wskazanej w ofercie odwołującego za posadzenie drzew. Tym samym Izba ustaliła, że na zamawiającym ciążył obowiązek skierowania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wezwania – tym samym Izba nie ustaliła zaistnienia naruszenia przepisu ustawy przez czynność wezwania.

Izba zbadała, czy wezwanie zawierało minimalną treść wymaganą art. 90 ust. 1 ustawy i doszła do przekonania, że tak, gdyż zamawiający wskazał, że jego wątpliwości dotyczą 1 miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za pielęgnację roślin i cenę za prawo opcji. W ocenie Izby takie sformułowanie zakresu wezwania odpowiadało istotnej części składowej ceny, gdyż jak wynika z oferty odwołującego koszt pielęgnacji w okresie 3 letnim to 211 838,46zł., co stanowi około 20% całego zamówienia podstawowego (posadzenia plus pielęgnacja), a jeśli chodzi o opcję, to zgodnie z par. 13 wzoru umowy zamawiający może zlecić przesadzenie do 30% ogólnej ilości drzew. Ogólna ilość drzew w części 3 to 549, co powoduje, że 30% to 164, 70 drzewa, co mnożąc przez jednostkowy koszt przesadzenia wynikający z oferty odwołującego daje odpowiednio w pkt. D1 – 74 707,92zł., a dla pkt. D2 – 83 601,72zł., co powoduje, że również tych cen nie można uznać za marginalne. Tym samym wezwanie w zakresie istotnych części składowych ceny było prawidłowe.

Izba oceniła, czy zamawiający określił minimalny ustawowy zakres wezwania i stwierdziła, że wezwanie określa przesłanki z art. 90 ust. 1 lit. 1 – 5 oraz dodatkowo wskazywało na konieczność odniesienia się do przepisów obowiązujących w miejscu wykonywania zamówienia i na konieczność przedstawienia wszystkich nakładów robocizny materiałów i sprzętu. Wezwanie także określało termin jego złożenia i pouczało o obowiązku przedstawienia dowodów. Izba ustaliła, że zakres wezwania był określony zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy.

Izba na podstawie złożonych przez odwołującego wyjaśnień ustaliła, że wykonawca powołał się na 25 letnie doświadczenie w branży, własne zaplecze produkcyjne, rozbudowaną sieć dostawców roślin w tym zagraniczną i wykwalifikowany personel. Jednak dla żadnego z tych czynników odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób przekładają się one na wysokość zaoferowanych ceny, w szczególności własne zaplecze produkcyjne i sieć dostawców mogłby mieć znaczenia raczej dla kosztu posadzenia roślin, niż ich pielęgnacji. Odwołujący nie wykazał, że wykwalifikowany personel uzyskuje wynagrodzenie nie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, zaś doświadczenie w branży nie jest elementem charakterystycznym wyłącznie dla odwołującego. Odwołujący wskazał, że według niego jego koszty pielęgnacji wynoszą 60-80zł. rocznie, jednak nie przedstawił jakichkolwiek założeń dla takiej kalkulacji, a w szczególności nie wypełnił wezwania zamawiającego do przedstawienia wyliczenia nakładów materiałów robocizny i sprzętu, stąd nie można ocenić czy kwota 154zł. (14zł. netto razy 11 miesięcy świadczenia usługi) rzeczywiście zapewni pokrycie kosztów odwołującego związanych z usługą pielęgnacji.

W zakresie prawa opcji odwołujący podał, że koszt posadzenia drzewa to około 200zł., a w przypadku przesadzenia trzeba uwzględnić podwójny koszt przesadzenia, gdyż czynność obejmuje wykopanie, transport i wkopanie, jednak także w tym przypadku odwołujący nie przedstawił założeń do takiej kalkulacji, a przede wszystkim nie przedstawił wyliczenia nakładów materiałów, robocizny i sprzętu, do czego wzywał go zamawiający.

Izba oceniła, że złożone wyjaśnienia nie stanowią wykonania wezwania zamawiającego, jak również nie zostały przedstawione jakiejkolwiek kalkulacje, czy inne dowody wykazujące realność ceny.

W odniesieniu do informacji o odrzuceniu oferty odwołującego Izba ustaliła, że zamawiający wskazał podstawę prawną odrzucenia oraz podał uzasadnienie faktyczne, gdyż podał, że:

- wyjaśnienia nie wskazują na żadne zobiektywizowane okoliczności, pozwalające na ustalenie, że cenę zaoferowano na odpowiednim poziomie pozwalającym na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów,

- Okoliczności, na które powołuje się wykonawca, nie zostały udowodnione

- wykonawca nie wskazał na konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie.

- wykonawca nie przedstawił, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny.

- wyjaśnienia wykonawcy są ogólne, lakoniczne, nie odnoszą się w konkretach do poszczególnych elementów składowych.

Izba oceniła, że tak sporządzone uzasadnienie stanowi informację o wyniku oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień i spełnia wymogi ustawowe określone w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1, art. 90 ust 1a art. 90 ust 3 i art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust 1 ustawy przez nieprzeprowadzenie rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny, błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez odwołującego oraz przedstawionych przez niego okoliczności na brak rażąco niskiej ceny w tym w szczególności zaniechał przedstawienia odwołującemu merytorycznego i precyzyjnego wezwania do przedstawienia wyjaśnień i wyliczeń cen jednostkowych, które zamawiający ocenił jako ceny rażąco niskie w treści uzasadnienia czynności o odrzuceniu oferty odwołującego, a w konsekwencji pozbawienie odwołującego możliwości merytorycznego złożenia wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi, że te konkretne ceny jednostkowe nie są cenami rażąco niskimi.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak ustaliła Izba zamawiający po zbadaniu kosztorysów ofertowych w części 3 zamówienia prawidłowo ustalił, że oferta odwołującego odbiegała od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w części 3 o ponad 30% w zakresie istotnych części składowych tj. zryczałtowanego wynagrodzenia za pielęgnację drzew i prawa opcji tak w literze D1 jak i D2. Tym samym zamawiający był zobligowany z mocy art. 90 ust. 1 a pkt. 1 ustawy wezwać odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał jakie składniki cenowe budzą jego wątpliwości, Izba oceniła, że te składniki cenowe są składnikami istotnymi. Zamawiający wskazał na konieczność wyjaśnienia mu minimum ustawowego tj. art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy, a nadto jeszcze nakładów robocizny materiałów i sprzętu oraz przepisów obowiązujących w miejscu wykonania usługi, tym samym wezwanie spełniało minimalny zakres wynikający z ustawy. Zamawiający określił wykonawcy termin na złożenie wyjaśnień. Wskazał na rozkład ciężaru dowodu. W ocenie Izby wezwanie było zgodne z ustawą i umożliwiało odwołującemu złożenie wyjaśnień. Przepis ustawy nie stanowi, że elementem obligatoryjnym wezwania jest wskazanie, czy oferta wykonawcy wzbudziła wątpliwości zamawiającego, co do zasady, czy też zamawiający był zobligowany do wyjaśnienia jej treści z powodu rozbieżności w stosunku do ubruttowionej wartości szacunkowej, czy też średniej arytmetycznej wszystkich złożonych

ofert. Przepis art. 90 ust. 1 a ustawy stanowi wytyczną interpretacyjną dla zamawiającego, kiedy musi powziąć wątpliwość co do realności ceny, natomiast nie przytoczenie w wezwaniu średnich arytmetycznych wobec których zachodzi rozbieżność czy wartości szacunkowej powiększonej o należyty podatek nie stanowi o wadliwości wezwania. Odwołujący powinien był się zatem odnieść do 1 miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia za pielęgnację drzew i dla Izby oczywiste jest, że jeżeli ten ryczałt jest zmienny w czasie, to powinien wyjaśnić także powody powstania tej różnicy, oraz wyjaśnić ceny za opcję. Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje wyjaśnień co najmniej na poziomie szczegółowości – nakłady robocizny, materiałów i sprzętu i oczekuje złożenia dowodów. Takich wyjaśnień nie uzyskał. Na podstawie wyjaśnień nie można ustalić jakie rodzaje kosztów odwołujący kalkulował w koszcie 60-80zł. za rok pielęgnacji, ani jakie koszty, choć głównie pracownicze, kalkulował w koszcie opcji. Z ustaleń nie wynika, czy wypłaca swojej kadrze co najmniej minimalne wynagrodzenie, ani czy korzysta z pomocy publicznej. Samo doświadczenie i wykwalifikowana kadra nie są czynnikami tak różnicującymi odwołującego od innych wykonawców, by uzasadniać różnice w cenie, a pozostałe cechy dotyczą raczej ceny za posadzenie roślin, a odwołujący w wyjaśnieniach nie wykazał jak przenoszą się na cenę związaną z pielęgnacją czy opcją.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 1 ust 1 ustawy przez brak wyczerpującego uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego co doprowadziło do uznania, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz samo sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w sposób niepełny, lakoniczny i nieodnoszący się do okoliczności sprawy.

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający wskazał tak podstawę faktyczną jak i prawną odrzucenia oferty odwołującego. Wskazał, że złożone wyjaśnienia są ogólne i lakoniczne, podane okoliczności nie zostały przedstawione w taki sposób, aby móc ustalić jak przekładają się na wysokość zaoferowanej ceny, nadto wyjaśnienia nie zostały poparte dowodami. Jednocześnie skoro zamawiający wymagał wyjaśnień w zakresie ceny za usługi pielęgnacji i cen opcji, to oczywistym jest, że w tym właśnie zakresie ocenił wyjaśnienia i uznał, że nie wykazują one, że za zaoferowane ceny istnienie możliwości prawidłowego wykonania zamówienia. W ocenie Izby taka treść uzasadnienia powodów odrzucenia oferty stanowi zadość wymogom art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1a ustawy przez niepodanie w postawie prawnej wezwania do wyjaśnień z dnia 21.08.2020 r. szczegółowej podstawy prawnej tj. -art. 90 ust. 1a pkt 1 lub 2 ustawy, co uniemożliwiło odwołującemu ustalenie, jakimi przesłankami wystąpienia rażąco niskiej ceny kieruje się zamawiający, co w korelacji z nieujawnieniem przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia uniemożliwiło precyzyjne odniesienie się do zarzutu rażąco niskiej ceny.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak już wskazywała Izba przepis art. 90 ust. 1a ustawy nie jest przepisem określającym granice wezwania, granice te określa art. 90 ust. 1 ustawy. Tym samym brak podania przez zamawiającego, czy oferta przystępującego odbiega o ponad 30% od wartości szacunkowej ubruttowanej, czy od średniej arytmetycznej złożonych ofert, czy też po prostu budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia nie jest elementem koniecznym wezwania. Nadto nie było przeszkód, aby wykonawca zażądał od zamawiającego wglądu do złożonych ofert, które są jawne od chwili otwarcia ofert, jak też wystąpić do zamawiającego o udostępnienie informacji o wartościach szacunkowych zamówienia, czy też po prostu o udostępnienie protokołu postępowania, z którego te wartości powinny wynikać, tym samym nie może skutecznie podnosić, że nie wiedział jak odpowiedzieć na wezwanie zamawiającego, bo nie wiedział dlaczego zamawiający go wezwał. Tę okoliczność był bowiem zdolny samodzielnie zweryfikować przez wgląd w dokumentację postępowania. Odwołujący w wyjaśnieniach nie odnosił się, ani do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, ani do wartości innych złożonych ofert w tym postępowaniu i w żaden sposób nie wykazał, że ta wiedza w jakikolwiek sposób wpływała na przygotowanie wyjaśnień. Izba nie dopatrzyła się zatem naruszenia art. 90 ust. 1 a ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo iż zarówno cena całkowita oferty odwołującego, jak i ceny jednostkowe wymienione przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty są cenami realnymi, rynkowymi i nie noszą znamion ceny rażąco niskiej.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zwraca uwagę na to, że z art. 90 ust. 2 ustawy wynika obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Tym samym jeśli wykonawca nie sprostą temu wykazaniu, to nie można uznać, że wyjaśnił, iż zaoferował realną cenę rynkową. W tym postępowaniu wyjaśnienia odwołującego nie wykazały realności ceny, były ogólne i nie odnosiły się do płacy minimalnej, kosztów robocizny, materiałów i sprzętu, a nadto były nie udowodnione. Prawidłowo zatem zamawiający ocenił, że nie potwierdzają one, że za ceny wskazane w ofercie możliwa jest prawidłowa realizacja zamówienia. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając odwołującego kosztami wpisu w kwocie 15 000zł., który w całości zaliczono na poczet kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa prawnego zamawiającego w kwocie 3 600zł. (zgodnie ze złożoną fakturą VAT) nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu tych kosztów.

Przewodniczący:.....