Sygn. akt: KIO 1937/21

WYROK

z dnia 30 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 26 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Park-M Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Starym Sączu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kędzierzyn-Koźle,**

przy udziale wykonawcy **Sorted Sp. z o.o., w Chyliczkach,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Kędzierzyn – Koźle: unieważnić czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Sorted Sp. z o.o. z siedzibą w Chyliczkach; odrzucić ofertę wykonawcy Sorted Sp. z o.o. z siedzibą w Chyliczkach na podstawie art. 224 ust. 2 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp; powtórzyć czynność badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Kędzierzyn – Koźle i:
2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Park-M Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Starym Sączu tytułem wpisu od odwołania;
2.2 zasądza od zamawiającego Gminy Kędzierzyn - Koźle na rzecz wykonawcy Park-M Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Starym Sączu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1937/21

UZASADNIENIE

W dniu 28 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Park-M Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Starym Sączu (dalej „**Odwołujący**") zarzucając zamawiającemu Gminie Kędzierzyn-Koźle (dalej „**Zamawiający**"): (i) brak odrzucenia oferty wykonawcy SORTED Sp. z o.o. z siedzibą w Chyliczkach jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp), wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SORTED Sp. z o.o. z siedzibą w Chyliczkach, którego oferta podlegała odrzuceniu, naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców art. 16 pkt 1 PZP, zaniechanie wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu (art. 239 ust. 1 PZP)
Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie nasadzeń na Plantach Miejskich w Koźlu w ramach projektu: Partnerstwo na rzecz ochrony różnorodności biologicznej gminy Kędzierzyn – Koźle, Gminy Ujazd oraz Nadleśnictwa Kędzierzyn – ETAP II"; numer postępowania ZP.271.6.2021.AJ. Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia z załącznikami, protokół postępowania – wszystko w aktach przedmiotowego postępowania. Do Zamawiającego, w terminie składania ofert, wpłynęło pięć ofert, przy czym oferta najtańsza opiewała na kwotę 3 136 968,00 zł i została złożona przez wykonawcę SORTED Sp. z o.o. . Odwołująca w przedmiotowym postępowaniu złożyła ofertę, zawierającą cenę brutto za całość zamówienia w wysokości 4 262 950,93 zł. Cena oferty brutto Odwołującej uplasowała się na drugim miejscu spośród wszystkich złożonych ofert, niepodlegających odrzuceniu. Cena najdroższej oferty wyniosła 7 980 335,69 zł brutto. Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 494 326,00 zł. Dowód: Informacja o kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia z dnia 21 kwietnia 2021 r., informacja z otwarcia ofert z dnia 21 kwietnia 2021 r., informacja o wyniku postępowania z dnia 16 czerwca 2021 r.
Odwołujący wskazał, że w związku z tym, że cena oferty wykonawcy SORTED Sp. z o.o. była o 30% niższa zarówno od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający wezwał wykonawcę SORTED Sp. z o.o. w dniu 28kwietnia 2021 roku do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca SORTED Sp. z o.o. złożył w dniu 5 maja 2021 r. obszerne wyjaśnienia wraz z załącznikiem - kosztorysem z zestawieniem cen realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia te jednak były dalece ogólnikowe i w żadnym stopniu nie stanowiły podstawy do przyjęcia przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dowód: pismo wykonawcy do Zamawiającego z dnia 5 maja 2021 r. – w aktach postępowania.
Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2021 roku ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wyraźnie wskazując błędy i nieścisłości w złożonych wyjaśnieniach, obszar i zakres informacji, które powinny być przez wykonawcę doprecyzowane oraz wykazane (udowodnione). Zamawiający wskazał, że wykonawca SORTED Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach z 05.05.2021 r. przedstawił m.in. sposób wyliczenia ceny ofertowej w oparciu o kalkulację i wyliczenia wartości poszczególnych elementów określonych w kosztorysie. Te wyjaśnienia wzbudziły szereg wątpliwości Zamawiającego odnośnie prawidłowej realizacji zamówienia, w związku z czym Zamawiający zwrócił się o doprecyzowanie poniższych zagadnień mających wpływ na prawidłową realizację zamówienia:
1. Wykonanie przedmiotu zamówienia obejmuje m.in. przygotowanie terenu pod nasadzenia bylinowe, cebulowe,

krzewiaste. W załączonym kosztorysie brak jest pozycji wskazującej na ujęcie tychże prac w niniejszym zamówieniu, w związku z czym Zamawiający poprosił o wskazanie, w której pozycji Wykonawca uwzględnił powyższe koszty. Wykonawca nie udzielił żadnej konkretnej odpowiedzi na to pytanie, wskazując ogólnikowo, że „koszt przygotowania terenu pod nasadzenia bylinowe, cebulowe i krzewiaste został zawarty w poszczególnych pozycjach obsadzenia danym sortymentem roślin (poz. od 13 d. 1.2. do poz. 143 d 1. 6.)". Tymczasem – jak wynika z niżej przytoczonych uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego, wskazane pozycje nie mieszczą nawet kosztu zakupu materiału roślinnego, nie wspominając o przygotowaniu terenu pod nasadzenia.

2. W pozycji nr 10 oraz 11 przedstawiono dwie identyczne ceny za wykonanie tej samej czynności tj. pozycja nr 10: „korowanie nasadzeń (byliny, cebule, krzewy) gr. 5 cm 6,00 zł/m2; pozycja nr 11: „korowanie nasadzeń (różaneczniki) gr. 5 cm 8,00 zł/m2, wobec czego Zamawiający wniósł o wyjaśnienie powyższych rozbieżności cenowych za wykonanie tej samej czynności tj. korowanie. W odpowiedzi na powyższe wykonawca poinformował, że „odmienna kalkulacja cen dla czynności korowania wynika z faktu, że jest to co prawda ta sama czynność, jednak wykonywana w odmiennych warunkach i w odniesieniu do innych roślin. W praktyce działania naszej firmy czynność korowania różaneczników z uwagi na fakt, że jest to roślina gęsta i delikatna wykonywana jest w zakresie transportu kory i jej rozścielenia ręcznie. W przypadku bylin, krzewów czy cebul możliwe jest zaś użycie taczek oraz narzędzi typu małe grabki". Pomijając już absurdalność takich wyjaśnień, że podczas korowania podłoża wokół różaneczników nie można użyć taczek i małych grabek, wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji, która potwierdzałaby założoną różnicę w kosztochłonności wykonywania czynności; skoro bowiem uzasadniał różnicę w cenie zwiększonym nakładem pracy na korowanie podłoża wokół różaneczników, to powinien przynajmniej wskazać, jaki jest koszt samego materiału, a jaki jest koszt pracy przy tej czynności, żeby chociaż uprawdopodobnić swoją teorię o tym, że koszty tych usług faktycznie są różne.
3. W pozycji 63, 64 oraz 67 wykonawca zaoferował odpowiednio cenę za obsadzenie kwietników roślinami cienioznośnymi (…) 6,00 zł; 8,00 zł i 8,00 zł wraz z posadzeniem. W związku z uzyskanymi informacjami o cenach z rynku, gdzie koszt zakupu samych rośliny waha się w granicy 7,00 zł, Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, w jaki sposób skalkulowano niniejsze pozycje. Z podobną prośbą Zamawiający się zwrócił w zakresie wyjaśnienia pozycji 70 oraz 71: obsadzenie kwietników roślinami cienioznośnymi Hedera helix, w których Wykonawca zaoferował cenę za zakup sadzonki wraz z jej posadzeniem w wysokości 4,00 zł. Z analizy cen rynkowych, wykonanej przez Zamawiającego wynikało bowiem, iż koszt zakupu samej sadzonki wynosi ok. 3,50 zł. Również odnośnie pozycji 89 oraz 128 Zamawiający zauważył, że przedstawiono dwie różne ceny za „sadzenie krzewów liściastych form naturalnych na terenie płaskim w gruncie (…) Vinca (…)" w P9, które wynoszą odpowiednio 4,00 zł oraz 8,00 zł, przy czym niższa cena dotyczy 22 457 sztuk. Z analizy cen rynkowych wynika, iż koszt zakupu sadzonek został zaniżony, więc Zamawiający zażądał wyjaśnienia tych pozycji. W odpowiedzi na powyższe zapytanie Wykonawca wskazał, że „opiera się na uzyskanych ofertach zakupu materiału roślinnego, wynosi odpowiednio: poz. 63 – 3,20 zł, poz. 64 – 3,20 zł, poz. 67 – 6,20 zł, poz. 70 – 2,70 zł, poz. 71 -2,70 zł, poz. 89 i 128 – 2,70 zł za sztukę. Na uwzględnione w umowie pozostałe czynności wynikające z wytycznych dotyczących sadzenia materiału pozostaje zatem wystarczający zakres kwotowy". Pomimo iż ceny zakupu materiału roślinnego, przedstawione przez wykonawcę w powyższych wyjaśnieniach w sposób rażący odbiegały od cen rynkowych, o których pisał Zamawiający, wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, że jest w stanie kupić rośliny o parametrach wymaganych przez Zamawiającego w cenach podanych przez siebie; nie przedstawił nawet ofert zakupu materiału roślinnego, na które się powołał. Takie wyjaśnienia Zamawiający zobowiązany był potraktować jako niewiarygodne i niespełniające wymogu z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.
4. Odnośnie kolejnych pozycji z kosztorysu wykonawcy (pozycje nr 72, 73, 93, 94, 100, 107, 110, 111, 113, 116, 117, 118, 125, 133, 137, 138, 140, 141) Zamawiający podniósł, że analiza zaproponowanych cen za zakup i posadzenie materiału roślinnego wskazuje na to, że określone rośliny są najwyżej w pojemniku C2 oraz że w kosztorysie kosztów nie uwzględniono kosztu posadzenia tych roślin. Według informacji rynkowych, pozyskanych przez Zamawiającego, wszystkie ww. pozycje dotyczą nasadzeń roślin w pojemnikach C2 (a więc roślin mniejszych niż wymaga Zamawiający), a ich ceny są zaniżone. Ponadto Zamawiający zauważył, że w pozycji 146 „Obsadzenie kwietników pnączami Hedera helix" w pojemnikach C5 wykonawca przyjął cenę jednostkową 10,00 zł, natomiast z analizy cen rynkowych wynika, iż zaoferowana cena może wskazywać na zakup sadzonki w pojemniku C3. Zamawiający zażądał wyjaśnienia, w jaki sposób skalkulowano te pozycje i jaki jest stosunek kosztu zakupu roślin do ich posadzenia, na jakim poziomie skalkulowano koszt zakupu, transportu oraz posadzenia roślin. W odpowiedzi na powyższe konkretne zarzuty, wykonawca lakonicznie odpowiedział, że „zostały wycenione z zachowaniem parametrów materiału nasadzeniowego określonego w parametrach odpowiadających wymaganiom określonym w SWZ. Wskazana dla tych pozycji cena obejmuje całość prac koniecznych dla danych pozycji w tym koszty posadzenia. Odnosząc się do proporcji kosztu zakupu materiału do pozostałych elementów składowych danej pozycji to kształtują się one na analogicznym poziomie jak w przypadku kosztów pozycji wskazanych we wcześniejszym akapicie (ad. 3, 4 i 6) tj. koszt zakupu materiału obejmuje od 33 do ok. 75 % kosztów związanych z wykonaniem obsadzenia (w przybliżeniu można wskazać, że cena materiału stanowi ok 60 % całości kosztu)." Pomimo iż ceny zakupu materiału roślinnego, przedstawione przez wykonawcę w wyjaśnieniach, jednoznacznie wskazywały na to, że dotyczą one zakupu roślin mniejszych niż stanowią wymogi Zamawiającego, wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, że jest w stanie kupić rośliny o parametrach wymaganych przez Zamawiającego w cenach podanych przez siebie; nie przedstawił nawet ofert zakupu materiału roślinnego, na które się powołał. Takie wyjaśnienia Zamawiający zobowiązany był potraktować jako niewiarygodne i niespełniające wymogu z art. 224 ust. 5 PZP.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że w przedstawionym kosztorysie z dnia 05.05.2021 r. wykonawca SORTED Sp. z o.o. ujął kwotę jedynie za pielęgnację nasadzeń przez okres pięciu lat, w związku z czym Zamawiający poprosił o określenie w jaki sposób kształtują się ceny nakładów na materiały, robociznę i sprzęt. W odpowiedzi na powyższe wykonawca stwierdził, że nie rozumie pytania Zamawiającego, bo składał ofertę w zakresie utrzymania nasadzeń, a nie ich pielęgnacji, co wyraźnie wskazuje na fakt, że wykonawca nie zapoznał się z całym przedmiotem zamówienia, w tym z zakresem czynności wymaganych w okresie 5 lat po zakończeniu nasadzeń. Zdaniem Odwołującego, nie mając elementarnej wiedzy o zakresie wycenianych przez siebie prac, wykonawca siłą rzeczy nie mógł ich wycenić prawidłowo, zaś tłumaczenia, że zrobił to zgodnie z formularzem ofertowym nie odpowiadają faktom. Formularz

ofertowy, choć zawiera widełki w zakresie ustalenia ceny pielęgnacji nasadzeń w odniesieniu do wynagrodzenia za nasadzenia, pozwala jednak wykonawcom na pewną swobodę. Skoro wykonawca przyjął te wartości w dolnych granicach widełek, powinien był wykazać, że taka kwota będzie wystarczająca dla realizacji umowy w sposób należyty i zgodnie z wymogami Zamawiającego.
W ocenie Odwołującego, mając na uwadze, że wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 05.05.2021 r. wskazał również, iż „firma realizuje usługi obejmujące nasadzenia i pielęgnację zieleni na rzecz m. in. Zarządu Zieleni m. st. Warszawy na znacznym obszarze Warszawy, jak również gmin sąsiednich (m. in. Góra Kalwaria, Otwock, Żyrardów), a także na terenie kraju", Zamawiający prosił o wyjaśnienie, w jaki sposób powyższe przekłada się na możliwość takiego zarządzania procesem świadczenia usług, aby wykonawca za zaoferowaną tak niską cenę, mógł rzetelnie zrealizować przedmiot zamówienia (gdzie miejsce wykonywania prac oddalone jest o ok. 350 km od Piaseczna). W odpowiedzi na powyższe wykonawca wyjaśnił, „iż podstawowe znaczenie ma tu właśnie tzw. efekt skali tj. obniżenie udziału kosztów stałych w kosztach jednostkowych produktu czy usługi w wyniku zwiększenia rozmiarów działalności. W wyniku działalności na szeroką skalę (również w lokalizacjach dużo odleglejszych niż siedziba Wykonawcy) możliwe jest znaczące obniżenie kosztów jej prowadzenia, zbudowanie sieci lokalnych współpracowników, uzyskiwanie od stałych dostawców znaczących upustów wynikających z rzetelności w relacjach, lecz także możliwości indywidualnych zleceń realizowanych w odpowiedzi na bieżące, często pilne zapotrzebowanie". Takie wyjaśnienia wykonawcy nie wyczerpują jednak wymogów, jakie w tym zakresie stawia art. 224 PZP, w szczególności jego ustęp 5. Wykonawca w tych wyjaśnieniach nie wskazał bowiem na żadne z elementów, jakie byłyby właściwe tylko dla niego, zaś niedostępne dla innych wykonawców, składających ofertę w tym postępowaniu. Nie wskazał również na żadną kalkulację, która powyższe okoliczności pozwalałaby przełożyć na wymierne oszczędności finansowe. Podnieść należy, iż mając na uwadze wymagania, postawione przez Zamawiającego dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z tych wykonawców działa na podobną skalę, wiec nie jest to żaden element w jakikolwiek sposób premiujący wykonawcę SORTED Sp. z o.o.
Odwołujący wskazał również, że Zamawiający prosił także o wskazanie, jaki związek z realizacją usług ma wspominane przez wykonawcę kontraktowanie z wyprzedzeniem materiału roślinnego, podczas gdy jest to okoliczność w tej branży dość oczywista ze względu na sezonowość produkcji roślin. Oczywistym jest, iż należy je zamówić z wyprzedzeniem, aby producent mógł odpowiednie rośliny wyhodować, w związku z powyższym Zamawiający prosił o wyjaśnienie jaki związek z możliwości zaoferowania niskiej ceny ma kontraktowanie zakupu roślin z odpowiednim wyprzedzeniem. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający uzyskał „wykład", ogólnikowy i oczywisty nawet dla osób początkujących w branży, zgodnie z którym „sezonowość branży produkcji jest czymś naturalnym, istotną różnicę dla uzyskania atrakcyjnych cen ma fakt momentu złożenia zamówienia. Inne bowiem będą stawki oferowane przez producentów przy uprzednim zakontraktowaniu materiału niezależnie od poszczególnych zleceń (jak jest w przypadku Wykonawcy) a inne w przypadku złożenia zapotrzebowania jednostkowego doraźnego. Dzięki powyższemu dodatkowe zamówienia na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia są ograniczone do minimum, a zarazem pozwala to uniknąć zjawiska wzrostu cen po rozpoczęciu sezonu (z czym musiał zetknąć się Zamawiający w ramach analizy cen uzyskanych z rynku, o których wspomina w swoim piśmie). Szczegółowe postanowienia poszczególnych powiązań biznesowych, warunki i ceny uzyskiwane od poszczególnych dostawców, jako dające wysoką przewagę konkurencyjną a także zastrzeżone przed ujawnieniem przez naszych partnerów, mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie nie mogą zostać ujawnione." Zdaniem Odwołującego, z powyższych wyjaśnień nie wynika nic konkretnego poza tym, że wykonawca nawet Zamawiającego traktuje jako zagrożenie dla swojej pozycji rynkowej, gdyż nawet Zamawiającemu nie przedstawił ofert czy też umów handlowych, które pozwalają mu uzyskiwać tak niewiarygodnie niskie ceny. Tymczasem w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany był przedstawić konkretne dowody Zamawiającemu; natomiast jeśli w jego ocenie ujawnienie tej części wyjaśnień zagraża mu gospodarczo i stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa, powinien dokonać stosownego zastrzeżenia wraz z uzasadnieniem, na co pozwala art. 18 ust. 3 PZP. Takie wyjaśnienia Zamawiający zobowiązany był potraktować jako niewiarygodne i niespełniające wymogu z art. 224 ust. 5 PZP.
Odwołujący wskazał dalej, że Zamawiający zwrócił również uwagę na tę część wyjaśnień w zakresie pisma wykonawcy z dnia 05.05.2021 r., z której wynika, iż na zaoferowaną niską cenę oferty ma wypływ fakt, iż wykonawca SORTED Sp. z o.o. „dysponuje także rozległym zapleczem magazynowym, które pozwala na gromadzenie materiałów niezbędnych do realizacji usług, jak również własnym rozbudowanym i zadbanym technicznie parkiem maszynowym i sprzętowym, dzięki czemu możliwa jest szybka mobilizacja sprzętu bez konieczności korzystania z zasobów zewnętrznych do realizacji prac". Wykonawca nie wyjaśnia jakiego sprzętu zamierza użyć do realizacji przedmiotu zamówienia, nie wyjaśnia jaki konkretnie sprzęt posiada, nie wyjaśnia na czym polega „rozbudowanie" parku maszynowego i jego „zadbany technicznie stan". W tym miejscu Zamawiający zauważył, że jeżeli w ogóle jakikolwiek sprzęt ma być użyty do realizacji przedmiotu zamówienia, to oczywistym jest, iż powinien on być w tym celu sprawny technicznie, nadto powinien wykonawca dysponować taką jego ilością i rodzajem, aby wykonanie przedmiotu zamówienia było w ogóle możliwe. Wykonawca nie wykazał natomiast jaki sprzęt posiada, a tym bardziej nie wykazał jak posiadanie tego sprzętu wpływa na możliwość zaoferowania tak niskiej ceny. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, jaki związek z możliwością zaoferowania niskiej ceny, ma - według wykonawcy - posiadanie przez niego zaplecza magazynowego. Zamawiający podkreślił, że o ile mechanizacja pewnych czynności jest możliwa i niesie ze sobą pewne oszczędności, to wykonawca w żaden sposób nie określił w jaki sposób takie oszczędności uzyskać zamierza. W odpowiedzi na powyższe wątpliwości, Zamawiający nie doczekał się ani konkretnej odpowiedzi, ani wykazu sprzętu, który będzie używany przy realizacji zamówienia, ani opisu w jaki sposób ten sprzęt pozwala zaoszczędzić czas lub koszt wykonania usługi, lecz jedynie dostał kolejna porcję ogólnikowych wyjaśnień, wedle których „posiadanie zaplecza magazynowego pozwala na gromadzenie materiału niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym częściowo również materiału nasadzeniowego. Wykonawca jako doświadczony uczestnik rynku znając trendy cenowe oraz ich sezonowy wzrost stara się ograniczyć skutki takich zdarzeń właśnie poprzez gromadzenie i utrzymanie w optymalnych warunkach niezbędnego materiału. Końcowym efektem takich działań jest możliwość zaoferowania dostaw i usług w atrakcyjnych cenach w momencie wzrostu cen na rynku wraz z rozpoczęciem sezonu". Na tym wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie się zakończyły, a Zamawiający nie otrzymał żadnych konkretnych wyliczeń oszczędności czasu, kosztów, pracy, itp. chociażby poprzez porównanie, że standardowo usługę wykonuje się tak, a posiadany przez wykonawcę sprzęt w postaci maszyny „X" pozwala to zrobić szybciej o „X"% czasu. W ocenie Odwołującego, argumenty wykonawcy, że własna baza pozwala mu gromadzić materiał roślinny są nie tylko nieracjonalne z punktu widzenia podmiotów, jakie mogły się ubiegać o zamówienie, lecz także nie poparte żadnymi wyliczeniami, jakie konkretnie oszczędności wykonawca ma z tego tytułu. Takie wyjaśnienia Zamawiający zobowiązany był potraktować jako niewiarygodne i niespełniające wymogu z art. 224 ust. 5 PZP.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający zażądał także dokładnych wyjaśnień odnośnie wyjątkowo korzystnych cen zakupu paliw i upustów, na które powoływał się wykonawca w swoim piśmie z dnia 5 maja 2021 r. Wykonawca wskazał tam bowiem, że „Istotnym czynnikiem, tworzącym wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia jest posiadanie własnej stacji paliwowej, co umożliwia zakup paliwa w hurtowych cenach, które są o ok. 10% od cen detalicznych. Posiadanie we własnym zarządzie i pod własnym nadzorem wszystkich obszarów koniecznych do realizacji przedmiotu zamówienia wpływa to istotnie na obniżenie kosztów logistycznych oraz koszty związane z wykorzystaniem sprzętu używanego w toku realizacji zamówienia". Wykonawca nie wskazał jednak, gdzie owa stacja się znajduje, czy paliwo będzie musiało być transportowane na plac robót (ok. 350 km), a jeśli tak to za jaką cenę. Wykonawca nie wyjaśnił również, w jaki sposób jest w stanie uzyskiwać cenę paliwa na poziomie ok. 10% niższym, niż wartość rynkowa i w tym zakresie Zamawiający zażądał wyjaśnień i dowodów, które go przekonają, że możliwości oszczędności na kosztach paliwa nie są tylko iluzoryczne. W odpowiedzi na powyższe wykonawca przekazał kolejną porcję ogólnikowych, gołosłownych zapewnień, że „częścią tegoż zaplecza jest wspominane posiadanie własnej stacji paliwowej i możliwość zakupu paliwa po cenach hurtowych" Zamawiający nie doczekał się jednak nawet takiego konkretu, jak adres tejże bazy ze stacją benzynową, nie wspominając już o jakichkolwiek dowodach w postaci umowy na hurtowy zakup paliwa, dowodu na posiadanie środka do transportu paliwa na terenie kraju, dowodów w postaci druków przesunięcia magazynowego paliwa (dla transportów własnych po kraju w beczce poniżej 500 l) albo zgłoszeń do rejestru SENT (dla transportu w ilości powyżej 500 l paliwa), co stawia wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie jako całkowicie niewiarygodne. W ocenie Odwołującego takie wyjaśnienia Zamawiający zobowiązany był potraktować jako niewiarygodne i niespełniające wymogu z art. 224 ust. 5 PZP.
W swoim piśmie z dnia 14 maja 2021 r. Zamawiający podkreślił, że wykonawca Sorted dotychczas przedstawił wyłącznie oświadczenia w zakresie uzyskiwanych przez niego korzystnych cen dotyczących materiałów przeznaczonych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wykonawca nie załączył żadnych dowodów potwierdzających, iż może on uzyskać w tym zakresie ceny znacząco niższe, niż obowiązujące na rynku od hurtowników roślin. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał również, iż zaoferowana przez niego cena była kalkulowana na podstawie podobnych zadań. Wykonawca nie przedłożył w tym zakresie żadnych dowodów, nie wykazał jakiegokolwiek innego zamówienia, w jakimkolwiek zakresie podobnego, gdzie zaoferował zbliżoną cenę. Zamawiający zwrócił się wprost o przedłożenie dowodów potwierdzających powyższe stwierdzenia. Wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty powinny wskazywać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Zamawiający oczekiwał precyzyjnych wyjaśnień i dowodów które pozwoliłyby uzasadnić, iż przy zaoferowanej cenie Wykonawca jest w stanie osiągnąć zysk w toku realizacji przedmiotu zamówienia.
Odwołujący wskazał, że Zamawiający w swoim piśmie poruszył także istotną kwestie kosztów zatrudnienia, albowiem Wykonawca w przesłanych wyjaśnieniach z dnia 5 maja 2021 roku wskazał, iż „do realizacji zamówienia planuje skierować osoby zatrudnione obecnie u Wykonawcy, realizujące prace o analogicznym zakresie w ramach umów realizowanych przez Wykonawcę na terenie Warszawy oraz innych lokalizacji krajowych. Z tego powodu Wykonawca nie poniesie dodatkowych kosztów związanych z koniecznością zatrudnienia dodatkowych osób do realizacji przedmiotu zamówienia. Na rzecz tych osób realizowane są wszelkie świadczenia wynikające z przepisów prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego, zaś wysokość wynagrodzenia wypłacanego tym osobom jest nie 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 2018 r. poz. 2177)". Wykonawca nie wskazał jakie konkretnie świadczenia wynikające z przepisów prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego na rzecz tych pracowników realizuje. Odwołujący podkreślił, że skoro Zamawiający wskazał, że wykonawca do realizacji zamówienia nie będzie zatrudniał nowego personelu, to w kalkulacji ceny powinien był uwzględnić koszty transportu personelu na miejsce realizacji zamówienia, a także koszty zapewnienia tym pracownikom noclegów. W związku z powyższym Zamawiający zażądał wyjaśnienia, w jaki sposób świadczone będą usługi przez zatrudniony personel Wykonawcy kilkaset kilometrów od miejsca zatrudnienia (ok. 350 km.). W odpowiedzi na powyższe wykonawca również nie udzielił żadnej konkretnej odpowiedzi, która pozwoliłaby Zamawiającemu uznać tę argumentację wykonawcy za wiarygodną i wykazującą możliwość uzyskania konkretnych wymiernych oszczędności. Wykonawca wskazał, że „fakt, iż posiada siedzibę w określonej lokalizacji nie jest równoznaczny temu, że całość zasobów sprzętowych czy też zaplecza musi być zlokalizowane w miejscu położenia siedziby, jak również że zatrudniany przez wykonawcę personel w całości realizuje zadania czy też przebywa w miejscu w którym znajduje się siedziba, co zdaje się sugerować Zamawiający. Tymczasem kwestia odległości adresu, pod którym wykonawca ma zarejestrowaną siedzibę działalności od miejsca realizacji przedmiotu zamówienia jest podstawową kwestią budzącą wątpliwości Zamawiającego, gdyż wskazanie na odległość (350 km) i założenie, że wykonawca będzie realizował prace operując z miejsca w którym ma zarejestrowaną siedzibę jest czynnikiem wskazywanym jako podważający wiarygodność zaoferowanej w postępowaniu ceny.".
Odwołujący podkreślił, że w tym zakresie brak jest jakiejkolwiek konkretnej informacji, jakie koszty transportu i noclegów w miejscu świadczenia usług zostały wkalkulowane przez wykonawcę do złożonej oferty. Zamawiający oczekiwał precyzyjnych wyjaśnień i dowodów które pozwoliłyby potwierdzić, że wykonawca uwzględnił te elementy w cenie oferty, ale ich nie otrzymał. Takie wyjaśnienia Zamawiający zobowiązany był potraktować jako niewiarygodne i niespełniające wymogu z art. 224 ust. 5 PZP.
Odwołujący dalej wskazał, że Zamawiający zwrócił również uwagę na to, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach z dnia 05.05.2021 r. całkowicie pominął bardzo istotną okoliczność, związaną z tym, że na przedmiot zamówienia składa się również zaoferowany 5-letni okres obejmujący utrzymanie nasadzeń zieleni. W tym kontekście wykonawca ani słowem nie odniósł się do kwoty 314 000,00 zł brutto (jaką zaoferował za ten zakres w ofercie), a przecież w okresie owych 5 lat wystąpią znaczne koszty (oprócz samych prac fizycznych przy nasadzeniach) w zakresie oddelegowania (zakwaterowania, podróży etc.) grupy pracowników, którzy potencjalnie będą wykonywać ww. część usługi na miejscu świadczenia usługi na terenie województwa opolskiego (350 km od siedziby Wykonawcy). Zamawiający wyraźnie wskazał, iż w ramach realizacji niniejszego zamówienia przewidział w części dotyczącej utrzymanie nasadzonej zieleni następujący zakres obowiązków, wymagający stałej obecności pracowników wykonawcy w miejscu wykonywania usługi:
-regularne odchwaszczanie w okresie od marca do października (w odstępach 2 tygodniowych) bylin, drzew, krzewów, różaneczników i azalii;
-ciecia korekcyjne mające na celu prawidłowe wyprowadzanie / ukształtowanie pokroju charakterystycznego dla danego gatunku;
-cięciach zagęszczających, pielęgnacyjnych i sanitarnych roślin;
-regularne przycinanie krzewów formowanych – żywopłotów;
-usuwanie odrostów korzeniowych;

-poprawianie ukształtowanych wokół drzew mis;
-kontrola mocowań, w razie potrzeby poprawa i uzupełnianiu palikowania i wiązań;
-uzupełnianiu kory - w razie potrzeby, ale minimum 1 raz w roku;
-wymianę uszkodzonych roślin - w razie potrzeby zgodnie z terminem sadzenia;
-wymianę roślin, które się nie przyjęły, przycięciu złamanych i/lub chorych gałęzi;
-usuwaniu przekwitłych kwiatostanów;
-stały monitoring stanu zdrowia roślin (wczesne wykrycie objawów patogenów oraz skuteczna z nimi walka);
-opryski interwencyjne – prowadzone do momentu sprowadzenia populacji
patogenu poniżej progu szkodliwości i zablokowanie jego rozwoju;
-regularnym wygrabianie liści w okresie jesiennym oraz uzupełniającym wygrabianiu w okresie wiosennym.
-koszeniu łąki na początku lata (czerwiec - lipiec).
Zamawiający po raz kolejny przypominał wykonawcy Sorted, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy, a zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Odwołujący wskazał, że w braku jakiejkolwiek dalszej (nawet gołosłownej) argumentacji w zakresie informacji, wymaganych przez Zamawiającego, wykonawca w piśmie z dnia 19 maja 2021 r. stwierdził, że ostatecznie zaproponowana cena ma charakter ryczałtowy, a zatem to jest problemem wykonawcy, czy prawidłowo skalkulował cenę, bo za nią będzie musiał wykonać przedmiot zamówienia. Ponadto, powołując orzecznictwo KIO, stwierdził, że jeżeli cena ma charakter ryczałtowy, to Zamawiający nie jest uprawniony do badania cen jednostkowych, składających się na wynagrodzenie ryczałtowe, a jednostkowe zaniżenie cen na poszczególne elementy wynagrodzenia nie przesądza o tym, że cena jest rażąco niska. Dowód: pismo wykonawcy z dnia 5 maja 2021 r., pismo zamawiającego z dnia 14 maja 2021 r., pismo wykonawcy z dnia 19 maja 2021 r. – wszystkie w aktach przedmiotowego postępowania.
W ocenie Odwołującego, oczywiście taka argumentacja jest całkowicie chybiona, lecz Zamawiający raz jeszcze, pismem z dnia 7 czerwca 2021 roku wezwał wykonawcę do doprecyzowania złożonych wyjaśnień, w szczególności w zakresie kosztów zatrudnienia pracowników, ceny za utrzymanie zieleni w okresie 5 lat po nasadzeniu i zażądał przedstawienia konkretnych wyjaśnień i dowodów na poparcie przedstawianego stanowiska. Odwołujący wskazał, że do powyższego wezwania wykonawca odniósł się jeszcze bardziej lapidarnie niż we wcześniejszych pismach, nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie któregokolwiek z jego twierdzeń, a jedynym konkretem są informacje o wysokości wynagrodzenia pracowników, z których wynika, że wykonawca zatrudnia pracowników za najniższe wynagrodzenie krajowe (rozpiska składników płacy jednego pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę za najniższe wynagrodzenie). W wyjaśnieniach tych jednocześnie wykonawca sam sobie zaprzeczył, bo powołując się na koszty pracy, związane z koniecznością wypłacania najniższego wynagrodzenia za pracę, wskazał, że osoby, których zamawiający żąda do zatrudnienia, mają wyższe wymagania finansowe. Wykonawca nie przedstawił przy tym żadnej kompletnie kalkulacji, jaki koszt pracowników uwzględnił przy kalkulacji tej konkretnej oferty, ile osób i przez jaki wymiar czasu w miesiącu będzie pracowało na tej inwestycji. Z wyjaśnień z dnia 9 czerwca 2021 r. można się wręcz dowiedzieć, że pracownicy do pielęgnacji zieleni, będą to wykonywać niejako przy okazji realizacji innych kontraktów, dlatego też nie ma kosztów transportu personelu czy kosztów noclegu personelu, co świadczy o tym, że wykonawca w sposób nieuprawniony chce finansować realizację jednego kontraktu na koszt innego kontraktu. Dowód: pismo zamawiającego z dnia 7 czerwca 2021 r., pismo wykonawcy z dnia 9 czerwca 2021r. – wszystkie w aktach przedmiotowego postępowania.
Zdaniem Odwołującego, w takim stanie faktycznym, Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy Sorted na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP jako zawierającą rażąco niską cenę. Odwołujący wskazał, że Zamawiający trzykrotnie wzywał tego wykonawcę Sorted do złożenia wyjaśnień w oparciu o przepis art. 224 ust. 1 PZP. Zgodnie z przywołanym przepisem, Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z treścią art. 224 ust. 5 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. W ocenie Odwołującego wykonawca Sorted nie podołał jednakże temu obowiązkowi. W odpowiedzi na skonkretyzowane i odnoszące się do pierwotnych wyjaśnień tego wykonawcy wezwanie Zamawiającego z dnia 14 maja 2021 r. do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wykonawca ten przedstawił wyjaśnienia budzące istotne wątpliwości, jak również nie przedstawił dowodów, o których mowa w art. 224 ust. 1 PZP. W ocenie Odwołującego, wykonawca nie wykazał w jaki sposób podnoszony przez niego sposób zarządzania procesem świadczenia usług może mieć wpływ na możliwość realizacji zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 19 maja 2021 r. pisze jedynie ogólnikowo o możliwości obniżenia udziału kosztów stałych w kosztach jednostkowych produktu lub usług w wyniku rozszerzenia rozmiarów działalności. Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek wyliczeń, ani też dowodów potwierdzających prowadzenie przez niego działalności na szeroką skalę. Odwołujący wskazał, że nie jest nawet wiadomym co wykonawca rozumie pod pojęciem prowadzenia działalności na szeroką skalę, czy w czymkolwiek odróżnia to sposób prowadzenia działalności wykonawcy od działalności konkurentów i wreszcie, jaki wpływ ma ta okoliczność na możliwość realizacji zamówienia publicznego za zaoferowaną cenę. Podkreślić należy po raz wtóry, iż na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.
W ocenie Odwołującego wykonawca Sorted nie wykazał, w jaki sposób kontraktowanie (zakup) przez niego materiału roślinnego z odpowiednim wyprzedzeniem ma wpływ na możliwość zaoferowania tak niskiej ceny. Po raz kolejny wykonawca stosuje ogólnikowe wyjaśnienia, które w żadnym wypadku nie mogą być uznane za substytut dowodów, jakie obowiązany był Wykonawca przedłożyć. Do przekazanych wyjaśnień nie załączono jakichkolwiek dowodów w tym zakresie, nie jest wiadomym za jakie ceny faktycznie Wykonawca może nabywać materiał roślinny i o ile rzekomo te ceny są niższe od choćby uśrednionych cen obowiązujących aktualnie na rynku. Nadto niezrozumiałe jest formułowanie przez wykonawcę argumentów, iż informacje takie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie mogą zostać ujawnione wobec Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 PZP, jeżeli jakiekolwiek informacje przekazywane przez wykonawcę w ramach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to wykonawca obowiązany jest udzielając takich informacji zastrzec i wykazać, iż stanowią one właśnie tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie może natomiast wykonawca odmówić wypełnienia swego obowiązku opisanego w art. 224 ust. 1 PZP zasłaniając się tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym stanie rzeczy okoliczności związane z niskimi cenami zakupu materiału roślinnego, jakie podnosi Wykonawca powinny zostać przez Zamawiającego uznane jako nieudowodnione i niewyjaśnione.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca nie wykazał, iż w ogóle posiada jakiekolwiek zaplecze magazynowe, albowiem w tym zakresie pomimo kierunkowej treści wezwania Zamawiającego z dnia 14 maja 2021 r., nie przedłożył na poparcie tego faktu żadnego dowodu, zatem nie jest wiadome: czy w ogóle, a jeśli tak to gdzie i jaką powierzchnię magazynową posiada wykonawca oraz jak okoliczność posiadania tej powierzchni i gromadzenia niezbędnego materiału wpływa na możliwość zaoferowania niskiej ceny, zwłaszcza wobec konieczności poświęcania środków na utrzymanie owej powierzchni, tudzież utrzymanie żywotności ewentualnie gromadzonego tam materiału roślinnego. Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonawca Sorted w ogóle nie przedłożył jakichkolwiek wyjaśnień oraz dowodów co do podnoszonych przez siebie okoliczności posiadania rozbudowanego parku maszynowego i jego zadbanego technicznie stanu. Nie wiadomo zatem jaki sprzęt posiada wykonawca, jak prezentują się kwestie jego stanu technicznego, a przede wszystkim - jak okoliczności te wpływają na możliwość zaoferowania niskiej ceny czy też uzyskania istotnych oszczędności. Wykonawca Sorted nie wykazał również, iż posiada własną stację paliw, gdyż na potwierdzenie tej okoliczności nie przedłożono jakiegokolwiek dowodu. Podkreślenia również wymaga, iż w pierwotnych wyjaśnieniach Wykonawca sugerował, iż z tej przyczyny jest w stanie uzyskiwać cenę litra paliwa na poziomie o ok 10% niższą, niż średnia cena rynkowa. Pomimo wątpliwości Zamawiającego co do tak niskiej ceny paliwa, wykonawca Sorted i w tym zakresie własnemu zobowiązaniu nie podołał, albowiem w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 maja 2021 r. przywołał fragment wezwania Zamawiającego, powołując się na przytoczoną przez Zamawiającego analizę cen hurtowych paliw. Można zatem wysnuć wniosek, iż wykonawca powołuje się na możliwość uzyskiwania ceny o 15-20 groszy niższej, niż ceny hurtowe w przypadku benzyny, zaś do 30 groszy niższe w przypadku oleju napędowego. Wartości te przy obecnym poziomie cen paliw, przekraczających wyraźnie kwotę 5 zł za1 litr, nie stanowią jednakże o 10% ceny zakupu - a na taką okoliczność w pierwotnie składanych wyjaśnieniach powoływał się wykonawca Sorted. Ponadto, Odwołujący wskazał, że wykonawca nie przedstawił żadnych wyliczeń co do możliwych do uzyskania oszczędności w zw. z rzekomymi możliwościami zakupu paliwa po obniżonej o 10% cenie.
W ocenie Odwołującej wykonawca Sorted nie wykazał również żadnych faktów w odniesieniu do uwzględnienia w cenie oferty kosztów noclegu własnych pracowników, a także pominął dowody i wyjaśnienia wobec deklarowanej przez siebie realizacji "wszelkich świadczeń wynikających z przepisów prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego". Pomimo kierunkowej treści wezwania Zamawiającego z dnia 14 maja 2021 r. wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w żaden sposób do tej kwestii się nie odniósł. Odwołujący wskazał również, że z treści wyjaśnień nie wynika jako wykonawca Sorted szacował koszty transportu. Biorąc pod uwagę treść pierwotnych wyjaśnień wykonawcy w zestawieniu z wyjaśnieniami z dnia 19 maja 2021 r., to w kwestii transportu pozostają one wewnętrznie sprzeczne oraz w części niespójne. Wykonawca wpierw bowiem wyjaśnia, iż okolicznością przemawiającą za możliwością zaoferowania przez niego niskiej ceny jest fakt, iż nie będzie do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego rekrutował nowych pracowników, przy czym nie wskazuje w ogóle, czy w związku z tym wziął pod uwagę w kalkulacji ceny ofertowej koszty ewentualnego zapewnienia pracownikom noclegów na miejscu realizacji zamówienia. Nie wykazuje również Wykonawca, iż kosztów takich nie będzie musiał ponosić wobec uprzedniego zatrudniania pracowników z regionu otaczającego Kędzierzyn - Koźle, a w kwestii kosztów transportu pisze wyłącznie, iż posiadanie siedziby w odległości ok. 350 km od siedziby Zamawiającego nie oznaczają, iż w miejscu swej siedziby składuje całość zasobów sprzętowych. Wyjaśnienia wykonawcy Sorted są zatem niemożliwe do zaakceptowania, nadto pozbawione są jakichkolwiek dowodów.
Dalej Odwołujący wskazał, w nawiązaniu do pkt 5 i kwestii deklarowanego przez wykonawcę braku potrzeby zatrudniania nowego personelu, na tle m.in. kosztów transportu oraz zakwaterowania pracowników, że wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie 5-letniego okresu utrzymania wykonanych nasadzeń. Zamawiający w treści wezwania z dnia 14 maja 2021 r. wskazywał na powzięcie przez niego wątpliwości, czy przy takich założeniach ekonomicznych, w obliczu konieczności niemalże stałej obecności pracowników Wykonawcy w celu realizacji usług utrzymaniowych w postaci regularnego odchwaszczania, cięć korekcyjnych, zagęszczających, przycinania usuwania odrostów korzeniowych, jak również pozostałych obowiązków zakreślonych treścią SWZ na okres utrzymania nasadzeń, Wykonawca zdoła za zaoferowaną cenę zrealizować zamówienie. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał jedynie, iż cenę ofertową przedstawił zgodnie z wymogami Zamawiającymi, z uwzględnieniem nie tylko czynności wymienionych przykładowo przez Zamawiającego, lecz wszystkich obowiązków wynikających z dokumentacji przetargowej. Odwołująca wskazuje, iż kolejne już, niczym nie poparte, nie skonkretyzowane i oderwane od wymogów ustawy oraz kierunkowych zapytań Zamawiającego twierdzenia Wykonawcy nie mogą zostać uwzględnione. Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ma polegać na udowodnieniu przez Wykonawcę, iż za zaoferowaną cenę zdoła on wykonać zamówienie zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w SWZ. Należy również wyjaśnić, iż zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 PZP za rażąco niskie mogą być uznane zarówno zaoferowana cena lub koszt, jak również ich istotne części składowe.
Odwołujący wskazał, że orzecznictwo Krajowej Izby odwoławczej jest w tym zakresie jednolite i ugruntowane od lat: brak wyczerpujących i rzetelnych wyjaśnień, popartych dowodami, obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wykazał, że zaproponowana cena lub koszt nie są rażąco niskie. Potwierdza to najnowsze orzecznictwo Izby, choć wydane pod rządami poprzedniej ustawy, zachowuje nadal swoją aktualność:
➢Wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest obowiązek odrzucenia oferty. (KIO 3448/20)
➢Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu. (KIO 3126/20)
➢Jak wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest - w świetle przywołanych przepisów ustawy - obowiązek odrzucenia oferty. (KIO 3198/20)
➢Zamawiający uprawniony jest kierować do Wykonawcy kolejne wezwania o wyjaśnienie ceny oferty, jeżeli pojawiają się po jego stronie nowe wątpliwości lub mają miejsce nowe okoliczności, które mogą wpływać na poprawność kalkulacji ceny ofertowej. W przypadku gdy Zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia, ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień, a

tak należy potraktować fakt złożenia ich po wyznaczonym terminie, oferta takiego wykonawcy musi zostać odrzucona. Wezwania do złożenia wyjaśnień nie można traktować jako czynności iluzorycznej. Czynność ta ma doniosłe znaczenie w postępowaniu, prowadzi bowiem do oceny czy w cenie oferty wezwanego wykonawcy dokonano prawidłowych założeń, ujęto całość przedmiotu świadczenia, uwzględniono wszystkie koszty osobowe, materiałowe, inne, marżę, prawidłowo zidentyfikowano i oszacowano ryzyka, które mogą się pojawić w trakcie wykonywania zobowiązania umownego (KIO 3166/20),

➢Skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest obowiązek odrzucenia oferty.(KIO 3097/20)

➢Nieprzedstawienie kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień skutkuje ziszczeniem się przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. Jak bowiem wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 3 p.z.p. zaistnienie przesłanki do odrzucenia oferty ma miejsce nie tylko wtedy, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także wtedy, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień, przez co należy rozumieć również brak złożenia kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień.(KIO 2416/20)

➢Wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, powinny zostać rzetelnie opracowane, powinny być konkretne i wyczerpujące. Stanowią one bowiem podstawę oceny w zakresie prawidłowości ceny oferty, a zatem powinny rozwiewać wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w s.i.w.z. lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tym bardziej, że oferta podlega odrzuceniu zarówno wówczas, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle nie złożył wyjaśnień, jak też wówczas, gdy wykonawca wprawdzie złożył wyjaśnienia, ale są one niepełne, nierzetelne, nie odpowiadają żądaniu zamawiającego i nie wykazują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie bowiem z przepisem art. 90 ust. 3 p.z.p., 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. (KIO 2324/20).

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołująca wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do: unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SORTED, odrzucenia oferty wykonawcy SORTED jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie nasadzeń na Plantach Miejskich w Koźlu w ramach projektu: Partnerstwo na rzecz ochrony różnorodności biologicznej gminy Kędzierzyn – Koźle, Gminy Ujazd oraz Nadleśnictwa Kędzierzyn – ETAP II".

Izba ustaliła, że w Rozdziale 3 SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający określił zakres przedmiotu zamówienia, wskazując, że wykonanie przedmiotu zamówienia obejmuje prace zgodnie z załączoną dokumentacją, a w szczególności:

1)pielęgnację wytypowanych drzew w obrębie nasadzeń,
2)ręczne ścinanie i karczowanie średniej gęstości krzaków i podszycia,
3)przygotowanie terenu/podłoża pod nasadzenia oraz łąki kwietne,
4)nasadzenia krzewów i niskich drzew jako uzupełnienie braków w istniejącej zieleni średniej,
5)nasadzenia różaneczników i azalii,
6)nasadzenie bylin i cebul jako uzupełnienie braków w roślinności niskiej,
7)dopełnienie krzewami jako uzupełnienie zieleni średniej,
8)nasadzenia bluszczu, paproci i przylaszczek w celu uzupełnienia braków w zieleni niskiej,
9)wykonanie łąk kwietnych w oparciu o gatunki rodzime dostosowane do warunków miejscowych,
10)nasadzenia pnączy w celu przysłonięcia zdewastowanego betonowego ogrodzenia we wschodniej części Plant Miejskich,
11)utrzymanie nasadzeń w okresie min. 3 do max. 5 lat - obejmujące min. pielenie, nawożenie, podlewanie, uzupełnianie obumarłych rośli oraz torfu, przycinanie, opryski, odtwarzanie i uzupełnianie korą powierzchni nasadzeń itp.).

Zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego i stanowi integralną część SWZ.

Izba ustaliła ponadto, że w Rozdziale 3 pkt 6 SWZ, Zamawiający zawarł następujące postanowienie: Zamawiający informuje, iż na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymaga, aby osoby zaangażowane w realizację zamówienia wykonujące następujące czynności: wykonanie nasadzeń oraz pielęgnacja zieleni były zatrudnione przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy, o którym mowa w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks Pracy (tekst jednolity Dz. U. z 2012r., poz. 1320). Sposób weryfikacji zatrudnienia, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli oraz sankcje z tytułu niespełnienia wymagań zostały określone w Projektowanych postanowieniach umowy.

W postępowaniu złożonych zostało pięć ofert.

Nr oferty	Nazwa i adres wykonawcy	Cena oferty brutto	Okres utrzymania nasadzeń	Termin realizacji
1.	Konsorcjum firm: Firma Handlowo-Usługowa B.W.B. ul. Bystrzycka 19a 58- 100 Świdnica oraz S. B. ul. Św. Huberta 34, Wilkszyn 55-330 Mękinia	**7 531 705,86 zł**, w tym wartość wykonania nasadzeń: 6 276 421,55 zł; wartość utrzymania nasadzeń zieleni w okresie 5 lat: 1 255 284,31 zł	**5 lat**	180 dni kalendarzowych licząc od daty zawarcia umowy

2.	PALMETT Sp. z o.o. Sp. K. ul. F. Groëra 10B 03-341 Warszawa	**7 980 335,69 zł**, w tym wartość wykonania nasadzeń: 7 182 302,12 zł; wartość utrzymania nasadzeń zieleni w okresie 5 lat: 798 033,57 zł	**5 lat**	180 dni kalendarzowych licząc od daty zawarcia umowy
3.	SORTED Sp. z o.o. ul. Wschodnia 27B Chyliczki 05-500 Piaseczno	**3 136 968,00 zł**, w tym wartość wykonania nasadzeń: 2 822 968,00 zł; wartość utrzymania nasadzeń zieleni w okresie 5 lat: 314 000,00 zł	**5 lat**	180 dni kalendarzowych licząc od daty zawarcia umowy
4.	PARK-M Poland Sp. z o.o. ul. Piaski 12 33-340 Stary Sącz	**4 262 950,93 zł**, w tym wartość wykonania nasadzeń: 3 636 549,23 zł; wartość utrzymania nasadzeń zieleni w okresie 5 lat: 626 401,70 zł	**5 lat**	180 dni kalendarzowych licząc od daty zawarcia umowy
5.	FIORI Sp. z o.o. ul. Gliwicka 213 42-603 Tarnowskie Góry	**3 727 000,00 zł**, w tym wartość wykonania nasadzeń: 3 354 250,00 zł; wartość utrzymania nasadzeń zieleni w okresie 5 lat: 372 750,00 zł	**5 lat**	180 dni kalendarzowych licząc od daty zawarcia umowy

Izba ustaliła, że Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 494 326,00 zł.
Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 28 kwietnia 2021 r. wezwał wykonawcę Sorted sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny za realizację zamówienia. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca Sorted złożył w dniu 5 maja 2021 r. wyjaśnienia wraz z załącznikiem - kosztorysem z zestawieniem cen realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.
Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2021 roku ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wskazując błędy i nieścisłości w złożonych wyjaśnieniach, obszar i zakres informacji, które powinny być przez wykonawcę doprecyzowane oraz wykazane (udowodnione). Izba ustaliła, że wykonawca Sorted pismem z dnia 19 maja złożył wyjaśnienia. Izba ustaliła, że wykonawca nie złożył żadnych dowodów wraz z wyjaśnieniami .
Dalej Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 czerwca 2021 roku Zamawiający po raz kolejny wezwał wykonawcę do doprecyzowania złożonych wyjaśnień, w szczególności w zakresie kosztów zatrudnienia pracowników, ceny za utrzymanie zieleni w okresie 5 lat po nasadzeniu i zażądał przedstawienia konkretnych wyjaśnień i dowodów na poparcie przedstawianego stanowiska. Wykonawca Sorted złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 9 czerwca 2021 r.
Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 16 czerwca 2021 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Oferta wykonawcy Sorted została wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu.
Izba zważyła co następuje:
W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego okazały się zasadne. W konsekwencji, Izba uwzględniła odwołanie.
Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W ust. 3 ustawodawca wskazał, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: (i) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; (ii) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; (iii) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; (iv) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; (v) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; (vi) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; (vii) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; (viii) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
Izba wskazuje, że ustawodawca nakłada na wykonawcę w art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek złożenia wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych, wskazując jednocześnie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp muszą być oceniane w świetle okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, mając na uwadze przede wszystkim przedmiot zamówienia w danym postępowaniu i opis wymagań Zamawiającego zawartych w SWZ. Oczywistym bowiem jest to, iż określone twierdzenia wykonawcy mogą podlegać obiektywnej weryfikacji względem wymagań wynikających z mających zastosowanie przepisów prawa czy też na podstawie informacji rynkowych dostępnych wykonawcom, jednakże takiej obiektywnej wyceny nie można przeprowadzić względem chociażby wiedzy czy doświadczenia danego

wykonawcy. Ta wiedza i doświadczenia, może mieć istotne znacznie dla kosztów realizacji zamówienia, o ile mając na uwadze przedmiot zamówienia wykonawca wykaże możliwość wykorzystania takich aspektów działalności gospodarczej. Bezrefleksyjne i ogólne powoływanie się na bliżej nieokreślone doświadczenie czy wiedzę nie wnosi żadnej wartości dodanej do wyjaśnień wykonawcy w zakresie prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia.
W analizowanym stanie faktycznym, okolicznością bezsporną pomiędzy stronami było spełnienie ustawowych przesłanek do wezwania wykonawcy Sorted do złożenia wyjaśnień w trybie przewidzianym w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Okolicznością bezsporną w analizowanym stanie faktycznym jest również to, że wykonawca Sorted był trzykrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień oraz, że takie wyjaśnienia złożył w terminie określonym przez Zamawiającego. Rozstrzygnięcia zaś wymagało czy wykonawca w wyjaśnieniach w sposób wystarczający uzasadnił podaną w ofercie cenę za realizację zamówienia oraz czy Zamawiający prawidłowo wezwał wykonawcę Sorted trzykrotnie do złożenia wyjaśnień.
W ocenie Izby, złożone przez wykonawcę Sorted wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny nie uzasadniały w sposób wystraczający podanej w ofercie ceny za realizację zamówienia. Ponadto Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy kierował kolejne wezwania do złożenia wyjaśnień, naruszając w ten sposób art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp.
Odnosząc się do poszczególnych argumentów wykonawcy Sorted zawartych w wyjaśnieniach z dnia 5 maja 2021 r., Izba wskazuje, że wykonawca zawarł w części opisowej swoich wyjaśnień ogólne stwierdzenia dotyczące swoich uwarunkowań w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Wykonawca jednak, pominął i nie zawarł zasadniczych informacji dotyczących kosztów transportu, robocizny czy sprzętu, pomimo, iż jak sam wskazał w treści wyjaśnień, koszty robocizny stanowią zasadnicza część kosztów wykonania zamówienia. Jest dla Izby oczywistym, że mając na uwadze przedmiot zamówienia oraz profesjonalny charakter wykonawcy Sorted, chociażby z uwagi na okoliczności które sam przywołuje w treści wyjaśnień związane z realizacją innych zleceń, na rzecz innych podmiotów publicznych, obowiązkiem wykonawcy, nie budzącym żadnych wątpliwości, było zawarcie w pierwotnych wyjaśnieniach z dnia 5 maja 2021 r. kosztów robocizny związanych z wykonaniem zamówienia czy też kosztów transportu związanych z wykonaniem zamówienia. Za takie wyjaśnienia nie sposób uznać ogólnych stwierdzeń wykonawcy zawartych w wyjaśnieniach mówiących o maksymalnym wykorzystaniu zasobów ludzkich i sprzętowych czy też zapis, że: „Wykonawca do realizacji zamówienia planuje skierować osoby zatrudnione obecnie u wykonawcy, realizujące prace o analogicznym zakresie w ramach umów realizowanych przez wykonawcę na terenie Warszawy oraz innych lokalizacji krajowych. Z tego powodu wykonawca nie poniesie dodatkowych kosztów związanych z koniecznością zatrudnienia dodatkowych osób do realizacji przedmiotu zamówienia. Na rzecz tych osób realizowane są wszelkie świadczenia wynikające z przepisów prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego, zaś wysokość wynagrodzenia wypłacanego tym, osobom jest nie 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 2018 r. poz. 2177).”. Z powyższych oświadczeń wykonawcy Sorted nie wynika jakie koszty robocizny wykonawca przyjął na potrzeby realizacji zamówienia. Wykonawca nie wykazał również w jaki sposób jest możliwe wykonywanie z pomocą tych samych osób kilki zamówień jednocześnie. Nawet jeśli byłby możliwy podział czas pracowników wykonawcy Sorted proporcjonalne na poszczególne kontrakty, to wartość takiej proporcji i takich proporcjonalnych kosztów pracy winna znaleźć odzwierciedlenie w wyjaśnieniach. Stwierdzenie zaś, iż wykonawca nie będzie ponosił dodatkowych kosztów nie stanowi żadnego wyjaśnienia. Nie jest bowiem jasne czy chodzi o koszty zatrudnienia nowych osób, czy koszty obecnie pracujących u wykonawcy pracowników, a jeśli tak, to w jakiej wysokości. Co istotne, wykonawca Sorted pomija w wyjaśnieniach bardzo istotną okoliczność, iż na przedmiot zamówienia składa się również zaoferowany 5-letni okres obejmujący utrzymanie nasadzeń zieleni. W tym kontekście, Izba nie odnalazła w treści wyjaśnień żadnego odniesienia do kwoty 314 000,00 zł brutto (jaką zaoferował za ten zakres w ofercie), a przecież w okresie owych 5 lat wystąpią znaczne koszty (oprócz samych prac fizycznych przy nasadzeniach) w zakresie oddelegowania grupy pracowników, którzy potencjalnie będą wykonywać ww. część usługi na miejscu świadczenia usługi na terenie województwa opolskiego (350 km od siedziby wykonawcy Sorted).
Nie stanowi również zdaniem Izby, wyliczenia kosztów transportu informacja zawarta w wyjaśnieniach, że wykonawca Sorted posiada własną stację benzynową. Wszak okoliczność ta sama w sobie nie powoduje, że wykonawca będzie na owej stacji benzynowej darmowo tankował swoje środki transportu. Koszty takie wykonawca poniesie, jednakże z treści wyjaśnień nie wynika w jaki sposób je obliczył i jaką przyjął wartość kosztów tego elementu koniecznego do wykonania zamówienia. Izba podkreśla, że istota wyjaśnień wykonawcy nie może sprawdzać się do wskazania jakieś okoliczności związanej z działalnością wykonawcy. Istotą wyjaśnień jest powiazanie takiej okoliczności z kosztami wykonania konkretnego zamówienia. Izba zaznacza przy tym, iż nie neguje możliwości nabycia przez wykonawcę paliwa po określonych cenach wskazanych w treści wyjaśnień. Izba natomiast podkreśla, że sama informacja o koszcie zakupu paliwa nie umożliwia oceny wpływu tej okoliczności na cenę, bez wskazania przez wykonawcę konkretnych założeń i wysokości przyjętych kosztów paliwa dla realizacji tego konkretnego zamówienia. Bez wyjaśnienia ile wykonawca planuje zużyć i za jaką kwotę paliwa w związku z wykonywaniem robót składających się na przedmiot zamówienia, informacja o możliwości nabycia paliwa za określoną cenę nie stanowi okoliczności uzasadniającej prawidłowość wyceny przedmiotu zamówienia.
Ponadto, Izba wskazuje, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach z dnia 5 maja 2021 r. nie zawarł żadnych precyzyjnych wyjaśnień, potwierdzonych dowodami dotyczącymi kosztów nabycia sadzonek. Koszty te są kosztami stałymi wykonania zamówienia. Zdaniem Izby każdy z wykonawców był zobowiązany przyjąć określone założenia kosztotowórcze w tym zakresie i opisać je w treści wyjaśnień. Wykonawca Sorted natomiast w sposób ogólny stwierdza, że koszty te może obniżyć z uwagi na możliwość wcześniejszego kontraktowania i magazynowania roślin oraz powołuje się na efekt skali. Takie wyjaśnienia są, zdaniem Izby, gołosłowne i w rzeczywistości niczego nie wyjaśniają. Specyfika przedmiotu zamówienia wymaga wcześniejszego kontraktowania roślin, z uwagi na sezonowość produkcji. Wykonawca Sorted zaś nie wyjaśnił czy już ma zakontraktowane po określonych cenach rośliny konieczne do wykonania zamówienia, nie przedstawia na tą okoliczność żadnych dowodów. Co więcej, nie wyjaśnia w żaden sposób wyceny kosztów w poszczególnych elementów zawartych w kosztorysie. Wykonawca przedstawia wyłącznie oświadczenia w zakresie uzyskiwanych przez niego korzystnych cen dotyczących materiałów przeznaczonych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wykonawca nie załączył żadnych dowodów potwierdzających, iż może on uzyskać w tym zakresie ceny znacząco niższe, niż obowiązujące na rynku od hurtowników roślin. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał również, iż zaoferowana przez niego cena była kalkulowana na podstawie podobnych zadań. Wykonawca nie przedłożył w tym zakresie żadnych dowodów, nie wykazał jakiegokolwiek innego zamówienia, w jakimkolwiek zakresie podobnego, gdzie zaoferował zbliżoną cenę.

Izba podkreśla, że za wyjaśnienie sposobu ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów nie można uznać prostego zestawienia cen jednostkowych wybranych pozycji składających się na realizację zamówienia, jeżeli jednocześnie wykonawca Sorted nie wyjaśnił w jaki sposób owe rozbicie zostało dokonane (według jakich założeń i w oparciu o jakie koszty szczegółowe). Wykonawca Sorted nie przedstawił również opisu, jakie zakresy i jakie działania założył wykonawca w ramach realizacji danej pozycji, a w uwagach do przedstawionego rozbicia kosztów poprzestał na stwierdzeniu o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia za realizację zamówienia. Zdaniem Izby takie stwierdzenie to nic nie wnosiło do złożonych wyjaśnień. Jeśli by więc przyjąć w ślad za wykonawcą Sorted, że przedstawił on w wyjaśnieniach dostępne mu obiektywne czynniki pozwalające na obniżenie ceny, to z wyjaśnień nie wynikało już, w jakim stopniu dzięki tym czynnikom została obniżona cena, mimo iż zgodnie z wezwaniem taką informację należało w wyjaśnieniach przedstawić. Należy jednocześnie podkreślić, że wynagrodzenie ryczałtowe nie zwalnia Zamawiającego z badania czy wykonawca wyceniał przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SWZ oraz zgodnie z przepisami prawa. Gdyby przyjąć odmienne założenia, martwe pozostawałby przepisy ustawy Pzp o obowiązku zbadania przez Zamawiającego zgodności oferty ze SWZ czy rażąco niskiej ceny. Ustawodawca wprowadził szereg obowiązków Zamawiającego jak również wykonawców na etapie badania i oceny ofert i bezpodstawne jest przyjmowanie założenia, że wynagrodzenie ryczałtowe zwalnia Zamawiającego, jak również wykonawców z ich realizacji, w szczególności z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika, iż w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego Zamawiający nie ma obowiązku badań w jaki sposób wykonawca wyceniał elementy składające się na zamówienie. W analizowanym stanie faktycznym obowiązkiem wykonawcy Sorted było wyjaśnienia w jaki sposób wyliczył koszty poszczególnych pozycji kosztorysowych. Fakt wprowadzenia przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego nie zwalnia wykonawcy z wykazania, iż podstawy wyceny takich pozycji są rynkowe i realne.
Dalej Izba wskazuje, że z treści wyjaśnień w żaden sposób nie wynika, jak okoliczność związana z dysponowaniem sprzętem wpływa na obniżenia kosztów realizacji zamówienia. Wykonawca Sorted nie wyjaśnia jakiego sprzętu zamierza użyć do realizacji przedmiotu zamówienia, nie wyjaśnia jaki konkretnie sprzęt posiada, nie wyjaśnia na czym polega „rozbudowanie" parku maszynowego i jego „zadbany technicznie stan". Należy zgodzić się z Odwołującym, że jeżeli w ogóle jakikolwiek sprzęt ma być użyty do realizacji przedmiotu zamówienia, to oczywistym jest, iż powinien on być w tym celu sprawny technicznie, nadto powinien wykonawca dysponować taką jego ilością i rodzajem, aby wykonanie przedmiotu zamówienia było w ogóle możliwe. Wykonawca nie wykazał natomiast jaki sprzęt posiada, a tym bardziej nie wykazał jak posiadanie tego sprzętu wpływa na możliwość zaoferowania tak niskiej ceny. Nie wyjaśnił również w jaki sposób posiadanie zaplecza magazynowego wpływa na obniżenie kosztów realizacji tego konkretnego zamówienia. Zdaniem Izby powyższe okoliczności są obiektywnie weryfikowane na podstawie dowodów, których wykonawca Sorted nie złożył wraz z wyjaśnieniami.
Nie do zaakceptowania uznać należy również twierdzenia wykonawca Sorted zawarte w piśmie z dnia 19 maja 2021 r. o tym, iż rzekomo powiązania biznesowa z partnerami handlowymi dające przewagę wykonawcy na rynku i umożliwiające obniżenie ceny mają charakter tajemnicy i nie mogą być ujawnione Zamawiającemu. Ustawodawca w ustawie Pzp w art. 18 ust. 3 przewidział właśnie możliwość przekazania wyłącznie Zamawiającemu określonych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.
Odnosząc się do zarzutu dotyczącego liczby wezwań skierowanych przez Zamawiającego dotyczących ceny za realizację zamówienia, to również zdaniem Izby, stanowiska Odwołującego uznać należy za zasadne.
Na wstępie Izba wskazuje, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wypracowano stanowisko, że choć przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (obecnie art. 224 ustawy Pzp) nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 ustawy Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Kolejne wezwania są możliwe, jeśli służą one wyjaśnieniu informacji zawartych w pierwotnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (tak m.in. wyrok KIO o sygn. akt: 1431/17 z dnia 28 lipca 2017 r., wyrok KIO o sygn. akt: 2025/14 z dnia 13 października 2014 r., wyrok KIO o sygn. akt: 2380/17 z dnia 24 listopada 2017 r.). Proces ten odpowiada użytemu przez ustawodawcę europejskiego pojęciu „konsultacji" wyjaśnień. W ocenie Izby pojęcie „konsultacji" wyjaśnień nie może być interpretowane w ten sposób, że umożliwia się wykonawcy wielokrotne wyjaśnienie tych samych kwestii związanych z wyceną zamówienia. Konsultacje dotyczą złożonych przez wykonawcę pierwotnych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i zawartych w nich informacji. Informacje te mogą być oczywiście doprecyzowane w trackie konsultacji, ale doprecyzowanie nie może oznaczać przekazywania zamawiającemu zupełnie nowych informacji czy dowodów, które wykonawca mógł przekazać w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Nieusprawiedliwione w żaden sposób zaniechanie przekazania zamawiającemu wyczerpujących informacji co do wyceny kluczowych elementów zamówienia skutkujące przedłużaniem procesu wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi nadużycie prawa do składania wyjaśnień. Podkreślić należy, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza, że zamawiający traktują jednakowo wykonawców w tym samych czy podobnych okolicznościach. W ocenie Izby dopuszczenie możliwości „nieograniczonego" wyjaśnienia rażąco niskiej ceny poprzez dopuszczenie możliwości uzupełniania wyjaśnień o nowe informacje czy dowody powoduje, iż zamawiający dysponuje niczym nieograniczoną swobodą i dyskrecją co do decyzji odnośnie liczby wezwań w stosunku do poszczególnych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, co z kolei przekładać się może na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Pojawiać się bowiem będzie problem dlaczego jeden wykonawca został wezwany dwa razy, zaś inny sześć razy, dlaczego oferta jednego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, choć zamawiający mógłby jeszcze dopytać w kolejnych wezwaniach o wycenę przedmiotu zamówienia czy dodatkowe dowody. Wprowadzenie tak szerokiego, trudno obiektywnie weryfikowalnego marginesu swobody dla zamawiających, potencjalnie może stanowić naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. To w zasadniczej mierze przemawia za wypracowaną w orzecznictwie zasadą jednokrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień, z możliwością konsultacji i wyjaśnienia treści pierwotnie złożonych wyjaśnień. Zasada ta służy maksymalnej obiektywizacji procesu weryfikacji cen zaoferowanych przez wykonawców.
Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że w analizowanym stanie faktycznym wykonawca Sorted aż trzykrotnie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Takie działanie Zamawiającego Izba uznaje za nieprawidłowe. Po pierwsze, Izba wskazuje, że w pierwotne złożonych wyjaśnieniach wykonawca Sorted nie zawarł żadnych kalkulacji istotnych elementów kosztotwórczych realizacji zamówienia, w tym szczególności kosztów pracy czy kosztów transportu. Za takie wyjaśnienia nie można uznać ogólnych stwierdzeń o maksymalnym wykorzystaniu zasobów kadrowych czy posiadania własnej stacji paliw. Zdaniem Izby wykonawca Sorted winien mieć wiedzę -jako

profesjonalista - że należy zawrzeć w wyjaśnieniach kalkulacji *ww.* pozycji tak, aby Zamawiający mógł zweryfikować zaoferowaną cenę za realizację zamówienia. Tymczasem wykonawca Sorted nie tylko nie zawarł szczegółowych wyjaśnień, ale również nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Izba podkreśla, że kolejne wezwania nie mogę służyć jako narzędzie do sanowania niedbałości wykonawcy, braku dołożenia należytej staranności w przygotowaniu wyjaśnień. W analizowanym stanie faktycznym, kolejne wezwania Zmawiającego było właśnie wykorzystane jako narzędzie to uzupełninia braków w pierwotnych wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę Sorted. O ile zgodzić należy się z Zamawiającym, że ustawa Pzp nie wprowadza zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to stwierdzić należy kategorycznie, że niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym negocjacji co do treści wyjaśnień, z czym, w ocenie Izby, mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Kolejne wezwania kierowane przez Zamawiającego wskazywały na szereg uchybień i braków w wyjaśnieniach wykonawcy Sorted, braku oszacowania kosztów określonych pozycji, nieuwzględnieniu elementów składających się na zakres zamówienia, braku złożenia jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie swoich oświadczeń. Izba nie ma wątpliwości, iż doświadczony wykonawca, za jakiego należy uznać z pewnością wykonawcę Sorted, winien mieć pełną świadomość procedury obowiązującej w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym w szczególności obowiązku złożenia wyczerpujących wyjaśnień dotyczących istotnych aspektów realizacji zamówienia, w tym dowodów na wykazanie realności przyjętych rozwiązań skutkujących możliwością obniżenia kosztów realizacji zamówienia.
Izba podkreśla, że ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia, zaś ciężar dowodu wykazania realności zaoferowanej ceny spoczywa na wykonawcy. To jakie to są okoliczności winno być więc precyzyjnie i jasno wskazane i poparte dowodami w treści złożonych wyjaśnień. Zamawiający zaś może w drodze „konsultacji" z wykonawcą wyjaśniać kwestie wskazane przez wykonawcę w treści wyjaśnień. Nie może być jednak tak, że Zamawiający identyfikuje w kolejnych wezwaniach elementy błędnie wycenione czy też w ogólne nie wycenione przez wykonawcę, zaś wykonawca w kolejnych wyjaśnieniach dostosowuje swoja wycenę do stwierdzonych przez Zamawiającego uchybień. Taki sposób procedowania stanowi, zdaniem Izby, niedozwoloną próbę sanowania braku wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Sorted w dniu 5 maja 2021 r. Ponadto Izba podkreśla, że wykonawca Sorted nie wskazał na żadne obiektywne okoliczności, które uniemożliwiły mu złożenie informacji zawartych w pismach z dnia 19 maja i 9 czerwca 2021 r. już w odpowiedzi na wezwanie z dnia 4 maja 2021 r. Zdaniem Izby informacje przekazane w pismach z dnia 19 maja i 9 czerwca nie mogą być uznane wyłącznie jako uszczegółowienie pierwotnie złożonych wyjaśnień, przede wszystkim z powodu takiego, że wykonawca Sorted w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach nie zawarł żadnych kalkulacji kosztów pracy czy transportu.
Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że obowiązek rzetelnego zbadania ceny uprawnia go do wielokrotnych wezwań wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W ocenie Izby Zamawiający błędnie interpretuje zakres obowiązków nałożonych przez ustawodawcę w procesie weryfikacji rażąco niskiej ceny na poszczególne strony postępowania wyjaśniającego. Ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, obowiązkiem zaś Zamawiającego jest rzetelna analiza złożonych wyjaśnień i dowodów. W przypadku zaś braku wystarczających informacji w treści wyjaśnień, a tym bardziej braku przedłożenia dowodów, to Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy. Wielokrotnie zaś dopytywanie wykonawcy o te same kwestie, a tym bardziej kolejne wnioskowanie przez Zamawiającego do wykonawcy o dowody rodzi podejrzenie braku obiektywizmu i wchodzenia w zakres obowiązków wykonawcy.
Jest oczywistym dla Izby, że analiza rażąco niskiej ceny to przede wszystkim kwestia prezentacji przez wykonawcę określonych wyliczeń opartych o konkretne założenia i wymagania zawarte w SWZ, w tym we wzorze umowy. Izba nie neguje możliwości powoływania się przez wykonawcę Sorted na określone, indywidualne uwarunkowania gospodarcze. Jednakże wykonawca przedstawiając wyjaśnienia ma obowiązek ich konkretnego sprecyzowania oraz odniesienia do przedmiotu konkretnego zamówienia i zakresu zadania wynikającego z SWZ. To co jednak nie może być zaakceptowane przez Izbę to brak profesjonalizmu i należytej staranności ze strony wykonawcy Sorted. Analiza toku zdarzeń rodzi nieodparte wrażenie, że wszelkiego rodzaju wyliczenia i wyjaśnienia wykonawcy były przygotowywane na potrzeby kolejnych zapytań Zamawiającego.
Nie ulega wątpliwości, że treść wyjaśnień wykonawcy Sorted z dnia 5 maja 2021 r. nie potwierdziła, że wykonawca nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Świadczą o tym kolejne wezwania Zamawiającego, które zawierały listę brak i uchybień wykonawcy Sorted. W ocenie Izby, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Sorted na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Sam Zamawiający swoimi kolejnymi wezwaniami potwierdził bowiem, że wyjaśnienia z dnia 5 maja 2021 r. nie potwierdzają realności zaaferowanej ceny przez wykonawcę.
Tym samym, odwołanie podlegało uwzględnieniu, tak jak Izba wskazała w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....