

WYROK
z dnia 24 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PHU Z Z T. z siedzibą w O. i W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w D.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółkę Komunalną „Wschowa” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W.**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PHU Z Z T. z siedzibą w O. i W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w D.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Zamawiający - Spółka Komunalna „Wschowa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wywóz i zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych z oczyszczalni ścieków we W., woj. L.”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 października 2017 r., pod numerem 602177-N-2017.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1579) – dalej jako „ustawa Pzp”, wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, dotyczących usług.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PHU Z. Z. T. z siedzibą w O. i W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w D., w dniu 13 listopada 2017 r. wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, na skutek przyjęcia, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, przez:

- a) błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

b) wadliwą ocenę okoliczności oraz materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę i w konsekwencji odrzucenie tejże oferty, podczas gdy podana cena brutto nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności. Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz

poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, gdyż dysponując odpowiednim potencjałem przedstawionym w złożonej ofercie oraz posiadając wymagane przez prawo decyzje i zezwolenia, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty została ona odrzucona, co powoduje, że nie mogąc

3

wyprodukować, a następnie sprzedać określonej ilości paliwa alternatywnego w konsekwencji może ponieść dodatkowo wymierną szkodę.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał następujące okoliczności faktyczne i prawne.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone oferty przez następujących wykonawców, którzy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za podane poniżej ceny:

- 1) „Z. P.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Odwołujący(2) z ceną ofertową brutto 329 400,00 zł.;
- 2) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „T.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. i „P.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. z ceną ofertową brutto 315 900,00 zł.;
- 3) Odwołujący z ceną ofertową brutto 264 600 zł.

W toku badania ofert Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wskazał, że zgodnie z posiadaną decyzją odbierane osady będą wykorzystywane jako dodatek do produkcji paliwa alternatywnego, które to następnie będzie sprzedawane cementowniom. Zdaniem Odwołującego podany sposób zagospodarowania osadów stanowi obiektywny czynnik, który w szczególności daje duże oszczędności przy wykonaniu zamówienia i stwarza wyjątkowo sprzyjające warunki dla wykonywania danego zamówienia za podaną w ofercie cenę. Ponadto Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, że nie korzysta z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, a prowadzona przez Odwołującego działalność gospodarcza jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa.

Pismem z 6 listopada 2017 roku i tego samego dnia doręczonym Odwołującemu, Zamawiający poinformował o odrzuceniu jego oferty z uwagi na nieprzedstawienie żadnych dowodów potwierdzających przyjętą kalkulację cenową, co uniemożliwia Zamawiającemu dokładne i wyczerpujące zbadanie wszystkich składników cenotwórczych i upewnienie się, że Odwołujący jest w stanie za oferowaną cenę wykonać zamówienie zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Zaproponowana przez Odwołującego cena została bowiem skalkulowana w oparciu o przygotowaną przez Zamawiającego SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, że średnia cen wszystkich złożonych ofert w ramach zadania wynosiła brutto 303.300,00 zł. Procentowy poziom ceny oferty Odwołującego w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 87,24 %. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest więc niższa o

4

12,76 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Natomiast cena ofertowa brutto 264.600,00 zł. stanowi 77,77 % kwoty 340.200,00 zł. brutto, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że całkowita cena oferty nie jest też niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z przepisem art. 35 ust. 1 i 2 Pzp lub średniej arytmetycznej cen

wszystkich złożonych ofert, co zgodnie z treścią przepisu 90 ust. 1a pkt 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wskazał, że porównanie ceny zaoferowanej przez Odwołującego z cenami ofert złożonych w postępowaniu i uśrednienie ich wartości nie daje podstawy do przyjęcia, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska.

Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego wskazują, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska i nie pozostaje w znacznej dysproporcji w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. W treści odwołania Odwołujący wskazał też, że nie istnieje legalna definicja rażąco niskiej ceny i przytoczył orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej izby Odwoławczej w zakresie interpretacji tego pojęcia.

Stanowisko Zamawiającego.

W dniu 17 listopada 2017 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- 1) Z. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością — cena oferowana brutto łącznie 329.400,00 zł, termin płatności 30 dni, cena jednostkowa za 1 Mg— 131,76 zł brutto;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością — cena oferowana 315.900,00 zł brutto, termin płatności 30 dni; cena jednostkowa za 1 Mg — 126,36 zł brutto;
- 3) Odwołującego - cena oferowana 264 600 zł brutto, cena jednostkowa za 1 Mg— 105,84 zł.

Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował wykonawców, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 340.200,00 zł brutto.

Ofertą, która uzyskała największą ilość punktów (100 punktów) była oferta złożona przez Odwołującego. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła jednak wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny, która znacznie odbiegała od ceny jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia - różnica to 22,2 %. Cena ta była również

5

zdecydowanie niższa od cen zawartych w pozostałych ofertach, a różnica od średniej arytmetycznej wynosiła 12,76 %.

Zamawiający wskazał też, że odniósł oferowane ceny do cen jakie zostały podane w ofertach na takie samo zamówienie w roku ubiegłym, tj. w 2016 r. (łączna ilość szacowanych do zagospodarowania osadów komunalnych wyniosła wówczas 2200 Mg). Zamawiający wskazał, że zostały wówczas złożone dwie oferty z cenami jednostkowymi za 1 Mg odpowiednio 126,36 zł brutto i 139,86 zł brutto.

Wobec powyższego cena zaoferowana przez Odwołującego wydawała się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do wykonania przedmiotu zgodnie z możliwościami zamówienia wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że w świetle literalnej wykładni art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w każdym przypadku, jeżeli cena jego oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał, że wystosował do Odwołującego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w udzielonej odpowiedzi Odwołujący ograniczył się jedynie do złożenia ogólnych wyjaśnień, niepopartych żadnymi dowodami, w których wskazał, że odbierane osady będą wykorzystywane jako dodatek do produkcji paliwa alternatywnego, a następnie sprzedawane cementowniom, co w ocenie Odwołującego daje dużą oszczędność dla wykonania zamówienia. Odwołujący nie przedstawił przy tym szczegółowej kalkulacji cenowej, ani żadnych dowodów potwierdzających przyjętą w ofercie cenę. Zamawiający wskazał, że ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywał na Odwołującym. Zamawiający wyjaśnił, że wobec tego nie widział podstaw do dalszego wzywania Odwołującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach.

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 6 listopada 2017 r. pojął decyzję o

odrzuconiu oferty Odwołującego się uznając, że zawiera cenę rażąco niską w odniesieniu przedmiotu zamówienia, a to z kolei poddaje w wątpliwość możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego (art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Zamawiający wskazał przy tym, że z uwagi na charakter zamówienia — zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych — i jego istotne znaczenie dla interesu publicznego, w szczególności z uwagi na ochronę zdrowia mieszkańców Miasta i Gminy W. i okolicznych miejscowości, a także z uwagi na konieczność zapewnienia zagospodarowania osadów zgodnie z przepisami prawa, Zamawiający musi wykazać ponadstandardową dbałość o wybór wykonawcy.

6

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Jak wynika z protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP-PN oraz z treści złożonych ofert w postępowaniu zostały złożone oferty przez trzech wskazanych poniżej wykonawców:

- 1) Z. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Odwołujący(2) — cena 329.400,00 zł brutto, termin płatności 30 dni, cena jednostkowa za 1 Mg — 131,76 zł brutto;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. i P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. — cena 315.900,00 zł brutto, termin płatności 30 dni; cena jednostkowa za 1 Mg — 126,36 zł brutto;
- 3) Odwołującego - cena 264 600 zł brutto, termin płatności 31 dni, cena jednostkowa za 1 Mg — 105,84 zł.

Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował wykonawców, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 340.200,00 zł brutto.

Pismem z dnia 30 października 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Z pisma wynika, że zaoferowana przez Odwołującego cena oferty „wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.” W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego, do

7

przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej uwzględniającej poniższe aspekty, wraz z dowodami, w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu 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 2017 r. poz. 847);
- 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.
- Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na złożenie wyjaśnień.

W dniu 3 listopada 2017 r. Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie wyjaśnił, że zgodnie z posiadaną decyzją odbierane osady będą wykorzystywane jako dodatek do produkcji paliwa alternatywnego, a następnie sprzedawane cementowniom. Odwołujący wskazał, że paliwo alternatywne jest przez członka konsorcjum – spółkę W. – sprzedawane z zyskiem. Odwołujący wyjaśnił, że podany sposób zagospodarowania osadów stanowi obiektywny czynnik, który w szczególności daje dużą oszczędność dla wykonania zamówienia i stanowi wyjątkowo sprzyjające warunki dla wykonywania danego zamówienia za podaną w ofercie cenę. Odwołujący wskazał też, że nie korzysta z pomocy publicznej, a jego działalność jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa. Z treści pisma wynika również: „Kopię decyzji dla Spółki W. przedstawiam w załączeniu”. W piśmie zawarto również propozycje dokonania audytu zakładu w D., gdzie odebrane osady ściekowe byłyby przetwarzane.

W tym miejscu wskazać należy, że na ww. piśmie Odwołującego, Zamawiający poczynił adnotację o treści: „brak załącznika”.

Powyższe wyjaśnienia nie zostały przez Zamawiającego uznane za wystarczające i pismem z dnia 6 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że Odwołujący ograniczył się do ogólnego wskazania, że odbierane osady będą wykorzystywane jako dodatek do produkcji paliwa alternatywnego, a następnie sprzedawane cementowniom, co w ocenie Odwołującego daje dużą oszczędność dla wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających przyjętą kalkulację cenową. Ciężar dowodowy spoczywa w tym zakresie na Odwołującym. Zamawiający wyjaśnił, że

8

nieprzedstawienie kalkulacji cenowej uniemożliwia mu dokładne i wyczerpujące badanie wszystkich składników cenotwórczych i upewnienie się, że Odwołujący jest w stanie za zaoferowaną cenę wykonać zamówienie zgodnie z OPZ.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że treść art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp nie oznacza, że tylko zaistnienie różnicy 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zobowiązuje zamawiającego do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Stosownie bowiem do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócenie się o wyjaśnienia i dowody jest obowiązkiem zamawiającego również w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Po drugie wskazać należy, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość dokonanych przez zamawiającego czynności. Czynności tych zamawiający dokonuje natomiast w oparciu o informacje, którymi dysponuje na moment podjęcia tych czynności. Uzyskaniu takich informacji służy m.in. procedura wyjaśnienia rażąco niskiej oceny, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przedstawione przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia i dowody podlegają więc ocenie zamawiającego, który następnie dokonuje odpowiednich czynności, tj. przyjmuje bądź odrzuca ofertę. Stąd też istotnym jest, aby wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania, w jakich ta kalkulacja była dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji, a także inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Podkreślić przy tym należy, że informacje, o których mowa, zamawiający uzyskuje od wykonawcy, do którego kierowane jest wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek

wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Skoro więc źródłem informacji są wyjaśnienia wykonawcy i to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien też załączyć do wyjaśnień stosowne dowody. W tym miejscu wskazać należy, że

9

choć przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to zgodnie z jednolitą linią orzecniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż 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. 7 ust. 1 ustawy Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Powtórne wezwanie jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Stanowczo należy podkreślić, że nie jest rolą zamawiającego przejęcie od wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i kierowanie wezwań „do skutku”. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprostą obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, stwierdzić należy, co następuje.

Przedłożone przez Odwołującego w dniu 3 listopada 2017 r. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zostały przez Zamawiającego prawidłowo ocenione jako niewystarczające. Odwołujący nie wyjaśnił w sposób wyczerpujący jak została przez niego skalkulowana cena oferty, nie wskazał czynników cenotwórczych, ani żadnych dowodów. Wskazanie przez Odwołującego na decyzję, zgodnie z którą odbierane osady będą wykorzystywane do produkcji paliwa alternatywnego z pewnością nie może być uznane za takie wyjaśnienie. Odwołujący bowiem poza samym powołaniem się na decyzję (której nie załączył do pisma), nie wykazał w żaden sposób jak fakt jej posiadania wpływa na zaoferowaną cenę. W toku rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że osad jest składnikiem do produkcji paliwa alternatywnego i swój zysk upatruje w produkcji tego paliwa. Odwołujący przedłożył na rozprawie uproszczoną kalkulację transportu i przetworzenia osadów pościelowych z Oczyszczalni Ścieków W., gdzie w pozycjach „Transport towaru oczyszczalnia W. – W. D.”, „Proces przetwarzania w celu uzyskania paliwa alternatywnego RDF”, „Transport paliwa alternatywnego dla cementowni”, wskazał konkretne kwoty składające się na cenę 105,84 zł brutto za 1 Mg. Ponadto odwołujący wskazał poziom

10

rentowności przedsięwzięcia i wyjaśnił, że w odniesieniu do tego poziomu cena 105, 84 zł brutto za 1 Mg została skalkulowana prawidłowo, a nawet cena ta mogła by być jeszcze niższa. Ponadto w czasie rozprawy Odwołujący przedstawił kopie trzech decyzji administracyjnych jakie posiada. Z uwagi na okoliczność, że dowody te zostały złożone w sposób nieprawidłowy, gdyż strona przeciwna nie otrzymała ich odpisów, nie mogły zostać przez Izbę wzięte pod uwagę.

Niezależnie od powyższego, przypomnieć jednak należy, co zostało też wskazane na wstępie niniejszych rozważań, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość dokonanych przez zamawiającego czynności. Innymi słowy, oceniając prawidłowość podjętej przez zamawiającego decyzji w przedmiocie oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w toku procedury wszczętej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba bierze pod uwagę stan, jaki istniał na dzień, w którym ocena ta została dokonana. Izba

nie bierze tym samym pod uwagę okoliczności i dowodów, które zostały przez odwołującego powołane dopiero na etapie postępowania odwoławczego, a którymi zamawiający nie dysponował na dzień dokonywania oceny złożonych wyjaśnień. Podkreślić należy, że etap postępowania odwoławczego nie jest etapem, w którym należy dowodzić prawidłowości zaoferowanej ceny, etapem tym jest procedura wszczęta przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i upływa on wraz z upływem terminu wyznaczonego przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Ocena wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny należy do obowiązków zamawiającego, Izba natomiast bada tylko jej prawidłowość, z uwzględnieniem informacji jakimi zamawiający dysponował w chwili jej dokonania.

Zdaniem Izby okoliczności przywołane przez Odwołującego przed Izbą w toku rozprawy dodatkowo potwierdzają, że wyjaśnienia złożone Zamawiającemu w dniu 3 listopada 2017 r. były zbyt lakoniczne i niepełne. Wskazać bowiem należy, że w toku rozprawy, oprócz sposobu zagospodarowania osadu, Odwołujący podnosił też, że jest firmą miejscową i ma niższe koszty transportu, co również przekłada się na zaoferowaną cenę. Zatem sam sposób zagospodarowania osadów nie był jedynym czynnikiem determinującym cenę.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlegało oddaleniu.

11

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

Przewodniczący:

12