

Sygn. akt: KIO 2255/18

WYROK
z dnia 19 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2018 r. przez **wykonawcę Eko Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Instytut Metali Niezależnych Oddział w Legnicy**

przy udziale **wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U.P. ALU - STAR A. S. z siedzibą w Stargardzie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach nr I, II, III i IV, odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) – oferty wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U.P. ALU - STAR A. S. z siedzibą w Stargardzie w części I, II, III i IV oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części I, II, III i IV zamówienia;
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut Metali Niezależnych Oddział w Legnicy i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Eko Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od zamawiającego Instytutu Metali Niezależnych Oddział w Legnicy na rzecz wykonawcy Eko Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie kwotę 18 919 zł 08 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dziewiętnaście złotych osiem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Metali Niezależnych Oddział w Legnicy - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Odbiór i zagospodarowanie żużla z produkcji stopów ołowiu (odpad o kodzie 10 04 01*)*, sprawa nr ZDH/20/2018. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 września 2018 r. za numerem 2018/S 174-394899. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 2 listopada 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca Eko Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie od:

- 1) zaniechania czynności Zamawiającego do której był zobowiązany tj. odrzucenia oferty A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U.P. ALU - STAR A. S. z siedzibą w Stargardzie - dalej ALU - STAR, w ramach każdej części I, II, III i IV. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia (bez jakichkolwiek dowodów) potwierdzają, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w każdej z 4 części.
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 26 października 2018 r. (która zawiera rażąco niską cenę) w zakresie każdej części I, II, III i IV zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4, który zobowiązuje do odrzucenia oferty wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 7 ust. 1 ustawy pzp, art. 90 ust. 3 ustawy pzp, gdyż wyjaśnienia złożone przez ALU - STAR potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu wyboru oferty ALU-STAR w każdej z części, tj. I,II,III i IV, dokonanie ponownej czynności oceny ofert i odrzucenie oferty firmy ALU- STAR w każdej z części, tj. I,II, III i IV, ewentualne odrzucenie oferty ALU-STAR przez Krajową Izbę Odwoławczą, w każdej z części, tj. I,II,III i IV oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku czynności i zaniechań Zamawiającego, które to czynności i zaniechania, stoją w ewidentnej sprzeczności z przepisami ustawy pzp interes Odwołującego doznał uszczerbku, albowiem mimo spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożenia prawidłowej cenowo oferty w przedmiotowym postępowaniu został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym podpisania umowy.

Na wstępie Odwołujący podkreślił, że skoro Zamawiający wezwał wykonawcę ALU-STAR do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny (czyli powziął wątpliwość do wysokości ceny zaoferowanej w ofercie) a Wykonawca nie zaskarżył tego wezwania do KIO i wybrał drogę wyjaśniania to zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca są swym wyborem związani. Powołał się na wyrok KIO 1818/12. Wykonawca ALU-STAR w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę na każdą z 4 części. W każdej z części cena jednostkowa brutto wyniosła 181,44 zł / tonę, co się przełożyło na łączną wartość brutto w: część I - 907 000 zł, część II - 544 320 zł, część III - 181 440 zł, część IV - 181 440 zł. Istotą w tym postępowaniu jest cena jednostkowa brutto za tonę. Jeżeli ona jest rażąco niska, to rażąco niskie są też łączne wartości poszczególnych części. Skoro Zamawiający wezwał ALU-STAR do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, to Wykonawca ten powinien skoncentrować się na takim sporządzeniu wyjaśnień aby obalić domniemanie, iż jego cena jest rażąco niska. Wykonawca musi pamiętać, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy pzp, to na nim ciąży obowiązek dowodowy w tym zakresie. Powołał się na wyrok KIO 1363/13.

Wykonawca ALU-STAR w dniu 5 października 2018 r. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (załącznik nr 5 do odwołania). W odpowiedzi m. in. stwierdził, że z racji dużych ilości przewidzianych w kontrakcie uzyskał korzystne ceny transportu. Transport uznał za główny czynnik przy wycenie przetargu. Poinformował, że ma bardzo dobre umowy gwarantujące niezmienną kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadów, oraz, że wszystkie podmioty biorące udział w przetargu działają legalnie.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę ALU-STAR mają charakter ogólnikowy, lakoniczny, zdawkowy. Nie przedłożono żadnych dowodów, które w najmniejszym stopniu uwiarygadniałyby cenę złożonej oferty w każdej z części. Natomiast w innej części wyjaśnień Wykonawca zamiast wyjaśnić cenę - napisał: „My nie znamy się na sztuczkach prawnych”. Ponadto przedstawił „projekt wykonawczy” swoich kalkulacji. W wyjaśnieniach podał dwie kwoty: Koszt transportu- 49,54 zł/Mg Zagospodarowanie - 90 zł/Mg.

Odwołujący podkreślił, że kwoty podane przy transporcie i zagospodarowaniu pozostają w sprzeczności z wyjaśnieniami zawartymi w części pierwszej pisma, gdzie Wykonawca wyraźnie podkreślał: transport był głównym czynnikiem przy wycenie przetargu. W ocenie Odwołującego cena transportu jest nie tylko rażąco niska, a wręcz nierealna:

- Koszt transportu - 49,54 zł/Mg (trasa z Legnicy (miejsce załadunku) do Stargardu (ze złożonych oświadczeń oraz decyzji wynika, że to miejsce składowania przez Wykonawcę odpadów) to około 312 km (w wyliczeniu nie uwzględniono dróg płatnych, które to stanowią dodatkowe koszty dla Wykonawcy i cena za transport wzrasta), w obie strony to około 624 km. Zgodnie z rozdziałem IV.3.4. SIWZ Sposób realizacji zamówienia Wykonawca zapewni do wykonania zamówienia sprawne technicznie pojazdy samowyładowcze (typu wywrotka), o ładowności min 24 tony (umożliwiający transport towarów niebezpiecznych). Odbiór przedmiotowego materiału może być realizowany wyłącznie przez pojazdy wyposażone w naczepy/przyczepy stalowe, do przewozu materiałów kawałkowych lub sypkich. W przypadku podstawienia przez Wykonawcę naczep/przyczep aluminiowych Zamawiający ma prawo odmówić realizacji załadunku, lub zażądać od Wykonawcy oświadczenia o świadomej odpowiedzialności, wynikającej z ewentualnego uszkodzenia naczepy/przyczepy podczas załadunku. Pojazdy odbierające żużel wyposażone będą w plandeki zabezpieczające przed pyleniem w trakcie transportu. Za zgodność transportu z obowiązującymi przepisami ruchu drogowego odpowiada Wykonawca. Mnożąc 49,54 Mg (cena za 1 tonę) x 27 (ilość ton) = 1337.58 zł za jeden transport. Następnie podzielimy wynik przez ilość kilometrów: przyjmijmy 624 km (trasa w dwie strony, doliczamy powrót po następny załadunek - tak się oblicza cenę za 1 km w tego typu transportach) to otrzymamy za kilometr 2,14 zł. Cena ta jest niemożliwa do osiągnięcia za transport tego typu. Ceny rynkowe za kilometr pojazdu samowyładowczego (typu wywrotka), o ładowności min 24 tony zaczynała się od 4,4 zł netto/km. Odwołujący podkreślił, że stosując wszelkiego rodzaju możliwe rabaty, upusty u firm zapewniających transport w postaci pojazdów samowyładowczych (typu wywrotka), o ładowności min 24 tony nie jest się w stanie nawet zbliżyć do ceny za km wynikającej z kalkulacji podanej przez Wykonawcę;

- Zagospodarowanie - 90 zł/Mg - Odwołujący wskazał, że nie jest mu wiadome w jaki sposób Wykonawca chce zagospodarować odpad. Zwłaszcza, że w dniu 21 sierpnia 2018 r. weszła w życie ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw, która powoduje wzrost tych kosztów (np. maksymalna łączna masa wszystkich rodzajów odpadów, które w tym samym czasie mogą być magazynowane, nie może przekroczyć połowy maksymalnej łącznej masy wszystkich rodzajów odpadów, wprowadzenie

wizyjnego systemu kontroli miejsca magazynowania lub składowania odpadów). W ocenie Odwołującego należałoby zapytać m.in. gdzie jest wyceniony koszt załadunku z placu w Legnicy, który wynosi około 4 zł netto/Mg (jest to kwota, na którą Zmawiający wskazał już przy załadunku w poprzednim postępowaniu - była to odpowiedź na pytanie nr 5 do SIWZ - raczej cena ta nie spadnie), gdzie jest wyceniony koszt załadunku (przeładunku) w Stargardzie, gdyż z oświadczenia złożonego przez Wykonawcę wynika, że odpad będzie magazynowany na placu nie dłużej niż 24 godziny (załącznik nr 5 do odwołania).

W ofercie Wykonawca podał kwotę 168 zł netto za tonę za odbiór i zagospodarowanie. Kwota ta jest nierealna do osiągnięcia, zatem wartość każdej z części jest nierealna i niemożliwa do zrealizowania. Natomiast w wyjaśnieniach przedstawił: 49,54 zł/Mg + 90 zł/Mg, czyli wychodzi kwota ze złożonych wyjaśnień 139,54zł/Mg. Zamawiający nawet nie pokusił się o wyjaśnienie różnicy pomiędzy kwota podaną w ofercie - 168 zł za tonę a kwoty wynikającej z wyjaśnień tj. 139,54 zł.

Odnosnie ceny podkreślił, że w poprzednim postępowaniu (które zostało unieważnione przez Zamawiającego) Wykonawca ten zaproponował 189 zł netto za tonę (co też było ceną nierealną). Odwołujący poddał w wątpliwość, że w okresie 3 tygodni spadły aż tak ceny (cena za tonę zmniejszyła się ponad 11%), mimo że w wyjaśnieniach Wykonawca posługuje się ogólnikowymi twierdzeniami o wzroście ceny paliw, kosztów pracowniczych. Mimo, że każde postępowanie należy rozpatrywać osobno, należy się zastanowić, czy ceny złożone w ofercie w przedmiotowej sprawie umożliwią realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami. W sytuacji zatem kiedy wykonawca nie udziela stosownych wyjaśnień albo wyjaśnienia te nie pozwalają na przyjęcie, że badana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, oferta taka powinna zostać odrzucona, jest to zgodne np. z orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2017 r, sygn. akt KIO 1637/17 oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 września 2009 r, sygn. akt XII Ga 88/09. Wyjaśnienia wraz z dowodami powinny w sposób rzetelny, spójny i kompleksowy wyjaśnić zamawiającemu stawki przyjęte do kalkulacji oferty, w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę (vide wyrok KIO 582/15 z 10 kwietnia 2015 r.). Wynika to z faktu, że ustawodawca obciążył wykonawcę obowiązkiem udowodnienia, że przedłożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Powołał się na wyrok KIO 297/17 z 6 marca 2017 r.).

Pomimo tego, że ciężar udowodnienia, że cena ofertowa nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy ALU- STAR, to Odwołujący podniósł, iż z uwagi na aktualną sytuację rynkową, nie jest możliwe, aby wykonawca ALU- STAR zrealizował przedmiotowe zadania

w sposób należyty, uwzględniający ich kompleksowy charakter, a nade wszystko wymogi przewidziane powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, za cenę wskazaną w ofercie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U.P. ALU - STAR A. S. z siedzibą w Stargardzie. Na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U.P. ALU - STAR A. S. z siedzibą w Stargardzie spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o wyłączenie zgłaszającego przystąpienie z udziału w postępowaniu odwoławczym z przyczyn formalnych, gdyż Odwołujący nie otrzymał kopii przystąpienia. Odwołujący twierdził, że otrzymał jedynie pismo z dnia 2 listopada 2018 r., z którego w jego ocenie nie można było uzyskać jednoznacznej informacji, że Wykonawca ALU - STAR zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Izba ustaliła, że z treści wskazanego pisma wynikały intencje zgłaszającego przystąpienie chęci udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego. Podniósł on m.in. że nie zgadza się z zarzutami odwołania, a pismo zostało zaadresowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym należało uznać, że kopia zgłoszenia została przesłana wnoszącemu odwołanie. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod

firmą F.H.U.P. ALU - STAR A. S. z siedzibą w Stargardzie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, a także dowody złożone przez Odwołującego i Zamawiającego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt IV.3.2. SIWZ Zamawiający wskazał, że Wykonawca dokona odbioru i zagospodarowania tj. zbierania i/lub przetwarzania (odzysku/unieszkodliwienia) według następującego podziału na części: • Część I: 5000 ton w terminie do 8 miesięcy od dnia podpisania umowy (tj. ok. 625 ton/mc), • Część II: 3000 ton w terminie do 6 miesięcy od daty podpisania umowy (tj. ok. 500 ton/mc), • Część III: 1 000 ton w terminie do 2 miesięcy od daty podpisania umowy (tj. ok. 550 ton/mc), • Część IV: 1 000 ton w terminie do 2 miesięcy od daty podpisania umowy (tj. ok. 550 ton/mc). Zamawiający, w przypadku nie zrealizowania w zaplanowanych okresach odbioru określonej ilości zastrzega sobie możliwość przedłużenia Umowy o kolejne 3 miesiące. Ewentualne przedłużenie umowy zależy od decyzji Zamawiającego i jest dla Wykonawcy wiążące. Maksymalna dobowo wielkość odbiorów: 30 ton na dobę dla każdej z poszczególnych części postępowania, dla każdego z Wykonawców.

W pkt IV.3.4. SIWZ wskazano: Wykonawca zapewni do wykonania zamówienia sprawne technicznie pojazdy samowładowcze (typu wywrotka), o ładowności min 24 tony. Odbiór przedmiotowego materiału może być realizowany wyłącznie przez pojazdy wyposażone w naczepy/przyczepy stalowe, do przewozu materiałów kawałkowych lub sypkich.

Zamawiający w pkt XV. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY wskazał: 1. Wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej SIWZ, powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia. 2. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę i przedstawiona w składanym formularzu ofertowym. Formularz powinien zostać wypełniony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1, który zawiera: cenę

jednostkowa netto za tonę, podatek Vat, cenę jednostkową brutto za tonę, łączną wartość zamówienia netto, podatek Vat, łączną wartość zamówienia brutto, symbol PKWiU.

Kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia odczytane przez Zamawiającego na otwarciu ofert w dniu 24 września 2018 r. wynosiły: część I: 890 190,00 zł, część II: 534 114,00 zł, część III: 178 038,00 zł, część IV: 178 038,00 zł. Wartości te stanowią jednocześnie szacunkową wartość zamówienia brutto.

Zgodnie z wnioskiem w sprawie wszczęcia postępowania szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w oparciu o ostatnią umowę nr 68/2017 z uwzględnieniem inflacji 2,1%.

Wykonawca ALU - STAR zaoferował następujące ceny w formularzu ofertowym: część I - 907 200 zł, część II - 544 320 zł, część III - 181 440 zł, część IV - 181 440 zł. Ceny za tonę są w każdej z części takie same i wynoszą: 168,00 zł netto, 181,44 zł brutto.

Pozostałe oferty w poszczególnych częściach: część I: Odwołujący - 1 347 300,00 zł, Mo - BRUK S.A. - 2 030 400,00 zł, część II: Odwołujący - 808 380,00 zł, Mo - BRUK S.A. - 1 218 240,00 zł, część III i IV: Odwołujący - 269 460,00 zł, Mo - BRUK S.A. - 406 080,00 zł.

W dniu 3 października 2018 r. Zamawiający skierował do Wykonawcy ALU - STAR wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy pzp do wyjaśnienia i złożenia dowodów elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny, gdyż cena oferty w częściach I, II, III i IV jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Pismem z dnia 3 października 2018 r. Wykonawca ALU - STAR złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że: *na złożoną ofertę składają się czynniki 1. Transport: Z racji dużych ilości przewidzianych w kontrakcie uzyskaliśmy korzystne ceny transportu, który był głównym czynnikiem przy wycenie przetargu. 2. Zagospodarowanie odpadu: Mamy bardzo dobre umowy gwarantujące nam niezmienność kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadu co przy analizie charakterystyki kosztów pozwoliło nam na zaproponowanie danej ceny. 3. Podatki i zysk: Wszystkie podmioty biorące udział w przetargu są firmami legalnie działającymi, płacącymi podatki oraz działającymi na rynku odpadów zgodnie z przepisami o ochronie środowiska. Projekt wykonawczy: Koszt transportu (przy założeniu załadunku 27 Mg na każdy transport) 49,54 zł/Mg Zagospodarowanie 90,00 zł/Mg. Analizując rynek popiołów i osadów jesteśmy zorientowani co do cen w całej Polsce i za granicą. Ceny zagospodarowania na polskim rynku wahają się w przedziale 90-150 zł za Mg, a ceny na rynkach zagranicznych zaczynają się, w przeliczeniu, od 320 zł za Mg. Nic takiego nie wydarzyło się na rynku pomiędzy 2017r., a 2018r., co by spowodowało drastyczny wzrost cen. Ceny nieznacznie wzrosły z uwagi na wyższe koszty paliw oraz koszty pracownicze, ale nie*

do poziomu ceny zaproponowanej przez naszego konkurenta. My nie znamy się na sztuczkach prawnych, naszym zdaniem uzasadnienia przez nas podane dość szczegółowo pozwalają na zobrazowanie całej struktury kosztów. Wykonawca złożył również oświadczenie o następującej treści: Firma Handlowo Usługowo Produkcyjna Alu-Star A. S. zobowiązuje się, że odebrany odpad 10 04 01 - żużel z produkcji stopów ołowiu, będzie magazynowany na placu nie dłużej niż 24 godziny.*

W myśl art. 90 ust. 1 ustawy pzp: jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 90 ust. 3 ustawy pzp).

Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień, gdyż cena jego oferty we wszystkich czterech częściach zamówienia była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. W takiej sytuacji to po stronie Przystępującego leżał ciężar udowodnienia, że zaproponowane ceny są realne i gwarantują należyłą realizację zamówienia tak aby obalić domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone na wezwanie zamawiającego powinny być spójne, konkretne i rzetelne, a w sytuacji gdy wykonawca powołuje się na zawarte umowy czy korzystne rabaty wykazane stosownymi dowodami, przy czym te ostatnie nie są konieczne jeśli wyjaśnienia wykonawcy są pełne, wyczerpujące i nie

pozostawiają żadnych wątpliwości co do ekonomicznych możliwości realizacji zamówienia po niższych cenach.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący zakwestionował realność cen zaproponowanych przez Przystępującego a przede wszystkim wiarygodność i kompletność złożonych wyjaśnień.

Przedmiotem badania Izby jest prawidłowość dokonanych czy zaniechanych czynności przez Zamawiającego. W niniejszej sprawie czynnością tą jest dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego na wezwanie. Co istotne, ocenie Izby podlega treść wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającemu nie zaś przedstawionych przez Przystępującego na rozprawie, pomimo że w postępowaniu odwoławczym to przede wszystkim Przystępujący powinien w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia za ceny podane w ofercie.

W ocenie Izby Przystępujący zarówno na etapie złożonych wyjaśnień jak i przedstawionych na rozprawie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny w stosunku do swojej oferty, dlatego też należało uznać, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego.

Mianowicie, rację należało przyznać Odwołującemu, że złożone wyjaśnienia są lakoniczne, a z ich krótkiej treści trudno wywieść jakie okoliczności i przesłanki pozwoliły Przystępującemu na zaoferowanie znacznie niższych cen od Konkurentów. Duży wolumen zamówienia to czynnik wspólny wszystkim Wykonawcom biorącym udział w tym postępowaniu. Przystępujący powołał się w wyjaśnieniach na korzystne umowy, współpracę z innymi podmiotami nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnych dowodów. Nie zostały one dołączone do wyjaśnień, nie zostały także przedłożone Izbie na rozprawie. Przystępujący wskazał jedynie na kalkulację ceny oferty, a właściwie podał dwie ceny: kosztów transportu i zagospodarowania. Jak słusznie podniósł Odwołujący ceny wskazane w wyjaśnieniach nie oddają łącznej ceny oferty za odbiór i zagospodarowanie tony odpadów. Kwestia ta w ogóle nie została przez Przystępującego wyjaśniona.

Ponadto, na rozprawie Przystępujący faktycznie przedstawił inne, całkiem nowe wyjaśnienia. Powołał się na okoliczności, których próżno szukać w złożonym na wezwanie piśmie, jak posiadanie własnych środków transportu, założenia odnośnie zneutralizowania odpadów czy współpracę z konkretnym podmiotem. Wskazał również, że jest w stanie wykonać zamówienie po jeszcze niższych cenach niż przedstawił w wyjaśnieniach, ponieważ faktyczne koszty zagospodarowania odpadów oszacował na 35,36 zł netto. Co więcej, Przystępujący

zaznaczył, że z uwagi na wiążące go klauzule poufności ze współpracującymi firmami, nie mógł on przedstawić dowodów na uwiarygodnienie swoich twierdzeń i zaproponowanych cen. Izba w tym miejscu wskazuje, że w każdym przypadku wykonawca jest uprawniony czy to składając wraz z wyjaśnieniami czy przedstawiając dowody Izbie na rozprawie, objąć dane informacje tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia Przystępującego pozostają ze sobą w sprzeczności, a z uwagi na pojawiające się coraz to nowe twierdzenia, niepoparte dowodami - trudno uznać je za wiarygodne.

Odnosząc się do przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji zaznaczenia wymaga, że Zamawiający opierał swoje twierdzenia o realności ceny oferty Przystępującego na zlecanych przez siebie podobnych usługach transportu odpadów, a także szacunkowej wartości zamówienia. Po pierwsze, jak podniósł Zamawiający i ja wynika z wniosku o wszczęcie postępowania - szacowania wartości zamówienia dokonał przyjmując ceny zaoferowane w podobnym zamówieniu sprzed roku przez firmę Odwołującego z uwzględnieniem 2 % inflacji. Odwołujący zakwestionował twierdzenie, że było to tożsame zamówienie oraz podniósł, że w związku z nowelizacją ustawy o odpadach koszty magazynowania odpadów są wyższe niż rok temu. Izba wskazuje, że żadna ze Stron nie przedstawiła w tym zakresie dowodów, dlatego też Izba nie może poczynić porównania z ceną oferty Przystępującego. Nie jest bowiem znany ani zakres, ani przedmiot zamówienia, ani ceny zaoferowane przez wykonawców w postępowaniu, na które się Zamawiający powołuje. Podobnie jeśli chodzi o zlecenie przedstawione na rozprawie, z którego wynika koszt transportu ale dotyczący 22 ton bloków stopu Pb-Sb-Sn. Co jednak najbardziej istotne, to na Przystępującym a nie Zamawiającym ciążył obowiązek udowodnienia i wykazania realności zaoferowanych cen. Zamawiający nie może Wykonawcy wyręczyć w tym zakresie, gdyż gdyby przyjąć takie założenie to wezwanie do wyjaśnień odnośnie wątpliwości co do ceny miałyby wyłącznie formalny charakter. Wykonawca jest zobowiązany powołać się na czynniki sobie tylko właściwe, które pozwoliły wyłącznie jemu zaoferować niższe ceny od pozostałych Wykonawców, a w przypadku gdy powołuje się na współpracę z innymi podmiotami - takie umowy przedstawić. Zamawiający nie odstąpił od wezwania z uwagi na to, że *rozbieżność pomiędzy cenami Wykonawców wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia* (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp) wobec czego uznał, że domniemanie rażąco niskiej ceny istnieje.

Co do dowodów przedstawionych przez Odwołującego wskazać należy, że Izba również nie uznała ich za wiarygodne. Dwie oferty dotyczą innego rodzaju zamówienia, są to ceny przedstawione na stronach internetowych, nieuwzględniające specyfiki przedmiotowego

zamówienia. Natomiast oferta złożona w odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy dotyczy przewozu 25 ton odpadów i nie uwzględnia ilości i zakresu transportu odpadów jak w przedmiotowym zamówieniu.

Podkreślenia zatem wymaga, iż poza ogólnymi, blankietowymi sformułowaniami nie zostały wyjaśnione żadne rzeczywiste, konkretne i realne wartości ekonomiczne. Przystępujący nie złożył również żadnych dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niską.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, co prowadziło do naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy, w wyniku czego Izba nakazała odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego przez Odwołującego na rozprawie, a także kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę na podstawie przedłożonych biletów lotniczych.

Przewodniczący: