

Sygn. akt: KIO 676/12

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Paweł Trojan**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **DKM-Laskowscy Spółka jawna Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego Melioracji, Kanalizacji i Robót Drogowych, ul. Dworcowa 2C, 05-230 Kobyłka** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **EKO-INWESTYCJA Spółka z o.o., ul. Dworcowa 55, 05-070 Sulejówek** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej o dł. ok. 472 m wraz z odgałęzieniami w ulicy Iwaszkiewicza i ul. Baczyńskiego” – zadanie nr II (znak sprawy FS/P/21/2012).

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,

2. kosztami postępowania w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - EKO-INWESTYCJA Spółka z o.o., ul. Dworcowa 55, 05-070 Sulejówek i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DKM-Laskowscy Spółka jawna Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego Melioracji, Kanalizacji i Robót Drogowych, ul. Dworkowa 2C, 05-230 Kobyłka** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **EKO-INWESTYCJA Spółka z o.o., ul. Dworcowa 55, 05-070 Sulejówek** na rzecz **DKM-Laskowscy Spółka jawna Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego Melioracji, Kanalizacji i Robót Drogowych, ul. Dworkowa 2C, 05-230 Kobyłka** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 20 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 676/12

Zamawiający – EKO-INWESTYCJA Spółka z o.o., ul. Dworcowa 55, 05-070 Sulejówek prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej o dł. Ok. 472 m wraz z odgałęzieniami w ulicy Iwaszkiewicza i ul. Baczyńskiego” – zadanie nr II (znak sprawy FS/P/21/2012).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 13.01.2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu 17.01.2012 r. ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE nr 2012/S 10-014987.

W dniu **03.04.2012** r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **06.04.2012** r., w którym zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp poprzez podjęcie następujących czynności:

- odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na art. 89 ust. 1 pkt 3-4 ustawy Pzp oraz:
- zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności wynikającej z art. 90 ust. 2, gdzie Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej ceny wykazał poszczególne elementy wyceny, w której ujęto koszty robocizny, materiałów, sprzętu, kosztów pośrednich i zysku oraz bardzo dogodnych warunków gruntowo-wodnych i dość długiego terminu realizacji w dogodnym czasie dla wykonawcy oraz niewielkiego zagłębienia kanału w jezdni gruntowej nieutwardzonej, które to warunki realizacji miały wpływ na oferowaną cenę.

W ocenie Odwołującego powyższe czynności oraz zaniechania stanowią naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym Odwołujący, mając na względzie powyższe, wniósł o:

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 02.04.2012r. polegające na odrzuceniu oferty firmy DKM - Laskowscy Sp. jawna.
2. Wybranie, jako najkorzystniejszej zgodnie z SIWZ i art. 91 ust. 1 Ustawy

Wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, utracić zysk, który byłby wypracowany przy realizacji zamówienia, a także Zamawiający w wyniku naruszeniu przepisów ustawy może doprowadzić do likwidacji miejsc pracy w przedsiębiorstwie. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że w dniu 01.03.2012 r. złożył ofertę na ww. zadanie, która po komisyjnym odczytaniu cen oferowanych okazała się najkorzystniejszą. W wyniku badań ofert Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia oferowanej ceny stwierdzając, że kwota podana w ofercie znacznie odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień. Odwołujący podniósł, iż różnica cenowa w ww. postępowaniu pomiędzy pierwszą, a drugą ofertą wynosiła 1,69%, a między pierwszą, a trzecią ofertą 2,43%. W ocenie Odwołującego oferowane ceny w innych przetargach prowadzonych przez Zamawiającego np: FS/P/18/2012 i FS/P/17/2012, świadczą o cenach rynkowych aktualnie obowiązujących, a także obrazują zawyżenie wartości szacunkowej zamówienia bądź jej niestaranne przygotowanie. Odwołujący uzasadnił w terminie oferowaną cenę, potwierdził, że oferta zawiera wszystkie koszty oraz planowany zysk i że jest bardzo łatwa do realizacji.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 03.04.2012 r. przesłał informację o wyborze oferty, w której podał, że odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 zarzucając, w ocenie Odwołującego, bezpodstawnie cenę rażąco niską oraz poważny zarzut o czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający poinformował, iż wybrał ofertę najkorzystniejszą która, zdaniem Odwołującego, jest droższa o 2,43% od oferowanej ceny Odwołującego i która nie jest ani rażąco niska, ani też nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz czynności oceny wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, złożoną w postępowaniu przez Odwołującego ofertą, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, zaś odrzucenie złożonej przez niego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz przekazanej przez Zamawiającego w oryginale oferty złożonej przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w SIWZ w Instrukcji dla Wykonawców wskazał w pkt 13.1.3 SIWZ (Instrukcji dla Wykonawców - IDW, że: Ofertę

stanowi prawidłowo wypełniony Formularz Ofertowy na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej IDW wraz z załącznikami:

a) dane kontraktowe na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do oferty;

b) wypełniony wykaz cen na podstawie wzoru stanowiący Część IV SIWZ.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z ceną ofertową wynoszącą 261.252,00 zł brutto. Wraz z ofertą złożył wykaz cen – zestawienie zbiorcze, w którym przedstawił w trzech tabelach rozbić ceny ofertowej na poszczególne składniki, w tym pozycje ogólne (23.700,00 bez VAT), budowa kanalizacji (188.700,00 zł bez VAT), wartość netto zadania, wyodrębniony podatek VAT w stawce 23% oraz całkowitą cenę brutto. W drugiej tabeli określił wartości ryczałtowe dla poszczególnych pozycji ogólnych, zaś w trzeciej tabeli (wykaz cen nr 2 – budowa kanalizacji w ul. Iwaszkiewicza i ul. Baczyńskiego) poszczególne wartości ryczałtowe netto dla wykonania ok. 472 m kanalizacji grawitacyjnej DN 200 w ul. Iwaszkiewicza i ul. Baczyńskiego w Sulejówku (151.800,00 zł), wykonanie 19 szt. odgałęzień kanalizacji sanitarnej DN 160 od kanału ulicznego do granic prywatnych nieruchomości (11.300,00 zł), rozbudowa istniejącego wodociągu w ul. Baczyńskiego na długości 72 m (11.600,00 zł) oraz odtworzenie nawierzchni w ulicy Baczyńskiego i Iwaszkiewicza zgodnie z wymaganiami Zarządcy Drogi (14.000,00 zł).

Po trzecie Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 09.03.2012 r. zatytułowanym „wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej ceny” działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia, w nieprzekraczalnym terminie tj. do dnia 21.03.2012 r. dokumentów, o których mowa w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia I część. W uzasadnieniu Zamawiający podniósł, że w ogłoszeniu o postępowaniu podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Następnie wskazał, że: „W Państwa ofercie przetargowej stwierdzono, że: kwota podana znacząco odbiega od przyjętych cen rynkowych podobnych zamówień. Biorąc pod uwagę powyższe należy wezwać Państwa firmę do wyjaśnienia sposobu wyliczenia zaoferowanej ceny, umożliwiając potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz uzupełnienia oferty przetargowej o dokumenty umożliwiające potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Izba ustaliła, iż Odwołujący pismem z dnia 19.03.2012 r. wskazał, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, że elementami oferty jest wycena, która w przedmiotowym piśmie została przedstawiona w następujących punktach:

1) Koszty wykonania sieci kanalizacyjnej w warunkach gruntowo-wodnych korzystnych (piaski średnie i drobne nie nawodnione) o zagłębieniu od 1,2 do 2,60 wykonywane o średnim zagłębieniu 1,90 m ppt. Koszty wykonania 472 mb przedstawiają się następująco:

- koszty materiałów – 87 540,00 zł;

- kwota stanowiąca wartość 64 260,00 zł stanowi koszty robocizny, sprzętu, koszty pośrednie oraz zysk.

Koszt wykonania 1 mb sieci kanalizacyjnej w drodze nieutwardzonej w warunkach w/w wynosi 321,61 zł.

2) Wykonanie 19 sztuk odgałęzień kanalizacji sanitarnej o łącznej długości 46 mb wyceniono na łączną sumę 11 300,00 zł tj. 245,65 za 1 mb odrzutu w wykopanym częściowo wcześniej wykopie, przy czym uśredniony koszt materiałów dla wykonania 1 mb odrzutu wynosi 55 zł. Koszty robocizny, sprzętu, kosztów pośrednich i zysku wyliczono 190,65 zł dla 1 mb odrzutu.

3) Przebudowę kolidującego wodociągu wyceniono na ogólną sumę 11 600,00 na odcinku 72 mb co stanowi 161,11 zł za 1 mb w ulicy nieutwardzonej i w dobrych warunkach gruntowo-wodnych, przy czym uśredniony dla wykonania 1 mb materiał wynosi 70,69 zł. Koszty robocizny, sprzętu, koszty pośrednie i zysk stanowią 90,42 zł za 1 mb.

4) Odtworzenie nawierzchni tj. zgodnie z warunkami punktem 20 (nawierzchnia gruntowa nie utwardzona żadnym kruszywem) oraz 40 m² odtworzenia nawierzchni asfaltowej zgodnie z punktem 11 warunków technicznych odtworzenia oszacowano na sumę 14 000,00 zł co jest kwotą po dokonaniu analizy wystarczającą zapewniającą pokrycie kosztów materiałów robocizny i sprzętu oraz koszty pośrednie.

5) Pozycje ogólne zostały skalkulowane według wykazu nr 1 – pozycje ogólne.

Razem wartość wykonania sieci kanalizacyjnej w ul. Iwaszkiewicza i Baczyńskiego wyceniono na sumę 212 400,00 netto. Oferowana przez nas cena nie jest rażąco niską i nie odbiega od innych ofert złożonych w w/w przetargu. Różnica pomiędzy I, a II ofertą wynosi 3 600,00 zł stanowi 1,69% oraz różnica pomiędzy I, a III ceną 5 157,87 zł co stanowi około 2,43% ogólnej sumy.

Na zakończenie wyjaśnień Odwołujący podniósł, że: „Duży wpływ na wyliczenie ceny miał długi termin realizacji zadania (do 30.09.2012 r.) gdzie oferent korzystając z chwilowo wolnych mocy przerobowych będzie miał wykonać w dogodnym terminie i perfekcyjnie przygotować jego realizację. Również bardzo dobre warunki gruntowo-wodne oraz niewielkie zagłębienie kanału krótkie odrzuty miały wpływ na ofertowaną cenę. Dlatego też na podstawie artykułu 90 ust. 2 Ustawy o zamówieniach publicznych prosimy o pozytywne przyjęcie naszych wyjaśnień i odrzucenie niepewności Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1”.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem dnia 02.04.2012 r. zatytułowanym „Zawiadomienie o wyborze oferty” wskazał, że na podstawie 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp informuje, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została wybrana oferta wykonawcy Roboty Drogowe i Brukarskie – Krzysiuk Mirosław z siedzibą w Mińsku Mazowieckim z ceną ofertową wynoszącą 267.596,18 złotych brutto. Ponadto

Zamawiający w powyższym piśmie wskazał na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, iż odrzucił m.in. ofertę złożoną przez Odwołującego – DKM Laskowscy Spółka jawna Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego, Melioracji, Kanalizacji i Robót Drogowych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w dniu 09.03.2012 r. zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do wyjaśnienia sposobu wyliczenia zaoferowanej ceny. Następnie wskazał, że wykonawca w przekazanych wyjaśnieniach nie wykazał zysku. W ocenie Zamawiającego nakazuje to przyjąć, że wykonawca ten skalkulował swoją ofertę bez założenia wypracowania zysku.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba uznała, iż zarzut powyższy zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że ustawa Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, jak również nie zawiera procentowego poziomu, na podstawie którego można w sposób automatyczny uznać, iż z taką ceną mamy do czynienia. Ustawa nie określa również obligatoryjnych składników ceny, w tym nie stanowi, że cena winna uwzględniać zysk lub być skalkulowana na takim poziomie, aby zapewnić rentowność prowadzonej przez wykonawcę działalności. Pojęcie to jest zatem pojęciem subiektywnym i jego ocena winna każdorazowo odnosić się do stanu faktycznego stanowiącego podstawę oceny zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak również odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie, biorąc pod uwagę okoliczności związane z realizacją przedmiotu zamówienia, sam przedmiot zamówienia i wartość zamówienia. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w postanowieniu Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. (sygn. akt II Ca 2194/05). Należy bowiem wskazać, iż za rażąco niską cenę należy uznać cenę, za którą nierealne i niemożliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia, tj. biorąc pod uwagę reguły ekonomicznej opłacalności przedsięwzięć obejmujących w danym czasie, miejscu i określonych realiach koszty realizacji danego konkretnego zadania, dostawy lub usługi przekraczają wpływy wynikające z realizacji takiego zamierzenia. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem

może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”.

Izba wskazuje, że sam bowiem fakt, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest niższa od wartości szacunkowej, wartości jaką zamawiający ma przeznaczyć na wykonanie przedmiotu zamówienia lub jest niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską.

Zatem powyższe ogólne rozważania należy przenieść na grunt analizowanej sprawy. Izba wskazuje, iż Odwołujący słusznie zauważył, że w ramach przedmiotowego postępowania doszło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, której cena (267.596,18 zł brutto) jest wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego (261.252,00 zł brutto) o wskaźnik 2,43%. Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu złożono 12 ofert, których ceny oscylowały od 261.252,00 zł (oferta Odwołującego) do wartości 812.004,18 zł brutto (Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych GEO). Jednakże 4 wykonawców złożyło oferty z ceną nie przekraczającą wartości 300.000,00 zł brutto (oferta nr 6: TROJACKI, Zdzisław Trojacki, Mirosław Trojacki – 265.680,00 zł brutto; oferta nr 9: Roboty Drogowe i Brukarskie, Krysiuk Mirosław – 267.596,18 zł brutto; oferta nr 10: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe SANBUD – 297.660,00 zł brutto oraz Odwołujący – 261.252,00 zł brutto). Nie sposób zatem, w ocenie Izby, uznać, iż w ramach przedmiotowego postępowania ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców mogłyby wskazywać, iż cena zaoferowana przez Odwołującego nosi znamiona rażąco niskiej.

Należy ponadto wskazać, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie odniósł się do argumentacji przedstawionej w wyjaśnieniach składanych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Nie uwzględnił wskazanych tam okoliczności, w tym korzystnych warunków gruntowo-wodnych (piaski średnie i drobne), długiego terminu realizacji zamówienia, głębokości wykopów (średnio 1,9 m), krótkich odrzutów ziemi oraz wykonania sieci w drogach o nawierzchni nieutwardzonej. Ponadto Zamawiający pominął również okoliczność, iż Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że na ceny jednostkowe składają się koszty materiałów, robocizny, kosztów pośrednich oraz zysku. W tym miejscu po pierwsze należy wskazać, iż okoliczności faktyczne przeczą ustaleniom dokonany przez Zamawiającego, tj. brak jest podstaw do uznania, iż wykonawca ten nie uwzględnił w zaoferowanym wynagrodzeniu zysku. Po drugie należy podnieść, iż realizacja przedmiotu zamówienia bez zysku sama przez się nie może prowadzić do uznania, iż mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Sam brak wypracowania zysku nie przesądza o powyższym fakcie. Za rażąco niską cenę należy bowiem uznać, co zostało wskazane w ogólnej części uzasadnienia, taką, która uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia. Zysk nie jest bowiem elementem *conditio sine qua non* koniecznym do uznania, iż tylko i wyłącznie w okolicznościach w których występuje możliwa jest, z przyczyn obiektywnych,

realizacja zamówienia. Ma on charakter fakultatywny i biorąc pod uwagę ocenę zaoferowanego wynagrodzenia pod kątem ceny rażąco niskiej nie sposób uznać, iż jego brak uniemożliwiłby realizację przedmiotu zamówienia. Nie jest on elementem koniecznym dla kalkulacji ceny, w przeciwieństwie do kosztów materiałów, robocizny, transportu, podatku itp., tj. takich kosztów, których poniesienie jest niemożliwe do uniknięcia.

Na uwagę zasługuje również okoliczność, co wynika z zaprezentowanego na rozprawie stanowiska Zamawiającego, że ten ostatni swoją decyzję oparł na domniemaniach, tj. na przypuszczeniu, że Odwołujący skalkulował cenę bez zysku. Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę doniosłość czynności odrzucenia oferty z postępowania podstawą faktyczną takiej czynności nie mogą stanowić przypuszczenia nie znajdujące potwierdzenia w faktach.

II. Zamawiający nie uzasadnił również okoliczności, iż w ramach niniejszego postępowania doszło, w wyniku złożenia przez Odwołującego oferty, do czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tym samym, że została wypełniona hipoteza normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku zastosowania instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 ciężar udowodnienia faktów spoczywa na podmiocie, który z faktów tych wywodzi skutki prawne. Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie zawiera odniesienia do jakiegokolwiek przepisu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W toku rozprawy Zamawiający wskazał jedynie, iż zachodzi przypuszczenie, że Odwołujący skalkulował cenę bez wymaganego zysku, co jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Tym samym Izba uznała, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i tym samym do bezpodstawnego odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty.

III. W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, zaprezentowane na rozprawie, że Zamawiający zaniechał oceny wyjaśnień i nie uwzględnił argumentacji Odwołującego dotyczącej korzystnych warunków gruntowych, długiego terminu realizacji, jak również głębokości wykopów, które to elementy miały wpływ na skalkulowanie ceny. Izba wskazuje, iż Zamawiający nie podjął jakiegokolwiek polemiki z wyjaśnieniami Odwołującego złożonymi w odniesieniu do wezwania skierowanego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Następnie dokonując odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty pominął istotne w tej materii okoliczności mające wpływ na ocenę zasadności tej czynności.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w ramach przedmiotowego postępowania doszło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz do naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ze względu na ocenę wyjaśnień Odwołującego z pominięciem istotnych okoliczności faktycznych, jak również do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na sprzeczne z ustawą dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, będącej następstwem wadliwych czynności poprzedzających wybór oferty.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

