

Sygn. akt: KIO 1481/20

WYROK

z dnia 27 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2020 r. przez wykonawcę "SK-TECHNOMEL" s.c. K. K., U. S., ul. Bartoszycka 26D, 11-100 Lidzbark Warmiński, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Jeziorany reprezentowaną przez Burmistrza Jezioran, Plac Zamkowy 4, 11-320 Jeziorany.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę "SK-TECHNOMEL" s.c. K. K., U. S., ul. Bartoszycka 26D, 11-100 Lidzbark Warmiński i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez "SK-TECHNOMEL" s.c. K. K., U. S., ul. Bartoszycka tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1481/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Jeziorany, Plac Zamkowy 4 11 -3420 Jeziorany prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Remont dróg gminnych ul. Kasprowicza nr 163515N oraz Os. Robotnicze nr 163509 N o łącznej długości 355mr w szerokości pasa drogowego 4 — 5 m. Remont drogi gminnej polega na zdemontowaniu betonowych krawężników i nawierzchni z kostki betonowej „polbruk”, wbudowaniu nowych krawężników granitowych, położeniu nawierzchni z nowej kostki betonowej postarzanej gr. 8 cm wraz ze zjazdami do posesji w granicach działki drogowej, wymianę istniejących sieci wod — kan. i kanalizacji deszczowej oraz regulacja pionowa wpustów ulicznych i studni (w uzgodnieniu z Zakładem Wodociągów i Kanalizacji w Jezioranach).” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26.05.2020r pod numerem

543907-N-2020.

Odwołujący: „SK-TECHNOMEL” s.c. K. K., U. S. ul. Bartoszycka 26D

wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu badania oferty z rażąco niskim kosztem istotnego elementu składowego kosztorysu ofertowego.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ustawy Pzp polegające na nierównym traktowaniu wszystkich uczestników postępowania;
- art. 87 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty zawierającej rażąco niski koszt jednego z istotnych elementów kosztorysu ofertowego;
- art. 90 polegające na zaniechaniu wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

wezwaniu firmy NESTSERVIVE D. W. z siedzibą w Tłokowie do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiego kosztu istotnego elementu kosztorysu ofertowego, powtórzenie czynności badania i oceny oferty.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy Pzp art 179 ust. 1. Naruszenie przez Zamawiającego wykazanych podstaw prawa - ustawy Pzp przez zaniechanie badania wybranej oferty w kierunku rażąco niskiego kosztu istotnego elementu kosztorysu ofertowego narusza prawa Odwołującego ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego, wskutek czego bezspornie dozna on uszczerbku przez niemożność uzyskania prawa do realizacji zamówienia publicznego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował wykonawców, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie całości zamówienia wynosi 500 000,00zł. W postępowaniu uczestniczy czterech wykonawców w tym odwołujący się „SK-TECHNOMEL” s.c. K. K., U. S. z Lidzbarka Warmińskiego oraz firma NESTSERVIVE D. W. z siedzibą w Tłokowo 38, 11-320 Jeziorany. W analizowanym postępowaniu zamawiający zastosował następujące kryteria; Cena brutto za wydatki kwalifikowane znaczenie 25%, cena brutto za wydatki niekwalifikowane 35%, Okres gwarancji 30% rodzaj kostki 10%. Poinformował, że jako wydatki niekwalifikowane należy przyjąć roboty budowlane związane z przebudową sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej oraz regulację pionową wpustów ulicznych i studni. Załączony do SWIZ przedmiar robót stanowiący jej integralną część określił zakres wymiany istniejącej sieci wodociągowej fi 150 w ilości L=361 mb wraz z przyłączami sieci wodociągowej fi 32 L=193,5mb oraz wymiany istniejących sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami w ilości L=120 m są to koszty robót niekwalifikowanych branych pod uwagę w podkryterium cena o znaczeniu 35%. Jak wynika ze złożonych ofert cena w podkryterium koszty niekwalifikowany wynosiła:

oferta nr 1. 73 027,87zł, oferta 2. 98 904,30zł , oferta 3. 5 000,00zł, oferta 4. 78 462,52zł.

Biorąc pod uwagę średnią arytmetyczną ze złożonych ofert w wysokości 63 848,67 kwota 5000,00 zaoferowana przez NESTSERVIVE D. W. stanowi 7,83%. Zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz zapisami art. 90 zamawiający miał obowiązek badać ww. ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny istotnego elementu. Zadziwiające jest, że na pismo skierowane do zamawiającego w dniu 18.06.2020 r. w którym odwołujący wskazuje „...Zaoferowana kwota w podkryterium koszty niekwalifikowalne jest rażąco niska. Jest to oczywisty zabieg mający na celu uzyskanie maksymalnej punktacji w podkryterium koszty niekwalifikowalne, jednocześnie znacząco zaniżając tę punktację pozostałym oferentom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu. W naszej ocenie jest to naruszenie zasad uczciwej konkurencji...” zamawiający odpowiedział „W związku z otrzymanym pismem pragnę poinformować, iż w związku z przyjętym rodzajem wynagrodzenia „ryczałtowego”, Zamawiający nie wymagał złożenia kosztorysu ofertowego. Uwzględniając pomocniczy charakter przedmiaru robót Zamawiający nie może oceniać oferty w oparciu o powyższy dokument oraz cenę poszczególnych elementów składowych, opierając się na nim. Powyższy dokument miał charakter pomocniczy i służył wykonawcom do kalkulacji ceny. Koszty wyceny i ich podział na

koszty kwalifikowane i nie kwalifikowane są kalkulacją wykonawcy. Zdaniem Zmawiającego zaofertowane w postępowaniu przetargowym ceny nie posiadają znamion rażąco niskiej ceny w oparciu o art. 90 ustawy pzp, gdyż wszystkie są wyższe od kwoty 560 891 zł brutto za realizację przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł oddalenie odwołania w zakresie:

- 1) naruszenia art. 7 PZP polegającego na nierównym traktowaniu wszystkich uczestników postępowania.
- 2) naruszenia art. 87 PZP polegającego na zaniechaniu czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień
- 3) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP polegającego na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty zawieranej rażąco niski koszt jednego z istotnych elementów kosztorysu ofertowego
- 4) naruszenia art. 90 PZP polegającego na zaniechaniu wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień

Odnosząc się do zarzutów wskazał, jak niżej.

1. ad Naruszenia art. 7 PZP polegającego na nierównym traktowaniu wykonawców
Odwołujący nie wskazał co należy rozumieć poprzez nierówne traktowanie wykonawców, w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania, zatem trudno się odnieść do stawianych zarzutów i ich zakresu.

2. ad Naruszenie art. 87 , art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 PZP odniósł się łącznie i wskazał,

że Odwołujący opiera argumentację wystąpienia rażąco niskiej ceny odwołując się do ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Zauważył, iż czym innym w postępowaniu przetargowym jest ocena ofert w oparciu o ustalone kryteria, a czym innym analiza rażąco niskiej ceny.

Kryteria oceny ofert służą Zamawiającemu do wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Sposób ustalenia przez Zamawiającego kryteriów nie był kwestionowany przez Wykonawców, od chwili wszczęcia postępowania do upływu terminu składania ofert nie wpłynęło żadne zapytanie. Zamawiający określając kryteria kierował się wyborem najkorzystniejszej dla siebie oferty, jak również zapisami art. 91 PZP. W przedmiotowej sprawie kluczową kwestią jest zakres przedmiotu zamawiania oraz źródła jego finansowania.

Remont drogi będzie prowadzony wyłącznie w pasie drogowym. Droga po remoncie będzie pełniła rolę ciągu pieszo — jezdni. Wykonywanie nawierzchni wraz z nowymi krawężnikami oraz z pracami rozbiórkowymi, stanowią przedmiot zamówienia dofinansowania z Funduszu Dróg Samorządowych. Zakres prac związanych z wymianą istniejących sieci wod — kan i kanalizacji deszczowej Zamawiający finansuje z własnych środków. W rozliczeniu dofinansowania niezbędne jest ustalenie wartości kosztów objętych umową o dofinansowaniem.

Konsekwencją powyższego był wymóg Zamawiającego podania w ofercie wartości wydatków kwalifikowanych i niekwalifikowanych. Uwzględniając źródła finansowania, oraz fakt wyboru najkorzystniejszej oferty dla Zamawiającego, czyli takiej, która najmniej obciąży finansowo budżet Gminy Jezioran.

Zamawiający przyjął zatem podział kryterium ceny 60 pkt. poprzez przypisanie wyższej wagi dla wydatków uznawanych za niekwalifikowane w umowie o dofinansowanie — 35 pkt., którą objęte jest przedmiotowe postępowanie. Natomiast dla wydatków kwalifikowanych — 25 pkt. Powyższy podział w podkryterium miał służyć wyborowi najkorzystniejszej oferty dla Zamawiającego.

Należy podkreślić, iż Zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Każde z podkryteriów zostało jasno i precyzyjnie opisane w siwz, oraz zostało jednoznacznie powiązane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający skorzystał z

przysługującego mu prawa ustanawiając podkryteria w celu wyboru najkorzystniejszej dla siebie oferty. Odpowiednio sformułowane kryteria oceny ofert mają zatem kluczowe znaczenie z punktu widzenia realizacji interesów zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu cenie przypisano wagę 60 pkt., a pozostałym kryteriom 40 pkt. Najkorzystniejsza oferta dla Zamawiającego to taka, w której cenie za realizację zamówienia zawierają się najtańsze koszty niekwalifikowane.

Jak już podnoszono powyżej, podział wydatków na kwalifikowane i niekwalifikowane nie był przedmiotem zapytań i nie budził wątpliwości wykonawców, jak również żaden z potencjalnych wykonawców nie kwestionował zapisów siwz w tym zakresie, w oparciu o przysługujące mu prawo wniesienia środka ochrony prawnej. Zamawiający ustosunkowując się do zarzutów podnoszonych w odwołaniu pragnie zobrazować zasady oceny ofert przyjęte w siwz, w oparciu o które dokonał oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Zasadniczym elementem w odniesieniu się do odwołania jest wskazanie, iż w realizacji przedmiotu zamówienia przyjęto wynagrodzenie ryczałtowe (ust. 19 pkt 3 SIWZ). „W utrwalonym orzecznictwie zarówno sądów powszechnych, jak Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, wykonawca zobowiązany jest tylko ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna. Ponadto, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest więc ważna struktura wewnętrzna ceny. tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Tym samym wykonawca oferujący cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia zobowiązany jest ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna. Dla zwrócenia uwagi na powyższe, Zamawiający w ust. 19 pkt. 3 SIWZ przytoczył art. 632 Kodeksu cywilnego. (Dz. U. z 2019 poz. 1145), jednoznacznie podkreślając rangę rodzaju przyjętego wynagrodzenia. Przyjęty rodzaj wynagrodzenia, wpływa tym samym na sposób rozliczenia Wykonawcy z Zamawiającym za zrealizowany przedmiot, jak również fakt, iż załączone do siwz przedmiary mają charakter pomocniczy a Zamawiający nie wymaga załączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Zakres dokumentów wymaganych przez Zamawiającego składanych wraz z ofertą został literalnie wymieniony w ust. 16 pkt. 8 siwz. Nie odnajdujemy tam „kosztorysu ofertowego”. Uwzględniając powyższe należy uznać za chybiony zarzut Odwołującego - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty zawierającej rażąco niski koszt jednego z istotnych elementów kosztorysu ofertowego, gdyż taki dokument nie był wymagany i nie był składany przez Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W zakresie rażąco niskiej ceny należy podnieść, iż PZP nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, a jedynie odniesienie ustawodawcy do rażąco niskiej ceny w art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP oraz art. 90 PZP. Orzecznictwo wykształciło definicję rażąco niskiej ceny, którą jest: „cena nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”. (por. KIO 633/18, sygn. Akt. XIX Ga 128/08, KIO 1605/10).

Regulacje dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. Ponadto, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia - Taki właśnie charakter miały zapisy SIWZ w przedmiotowej sprawie. Ponadto, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest więc ważna struktura wewnętrzna ceny. tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Przy cenie ryczałtowej wydzielone koszty kwalifikowane i niekwalifikowane mają tylko charakter informacyjny i nic innego nie wynikało z treści SIWZ, wykonawcy mogli swobodnie przenosić koszty pomiędzy wydatkami kwalifikowanymi i niekwalifikowanymi.

Zatem przy wynagrodzeniu ryczałtowym, nie jest ważna struktura wewnętrzna ceny, a wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty między poszczególnymi elementami robót/ zakresu zamówienia. Wykonawca nie ma obowiązku aby każdą jedną z cen składowych wynagrodzenia ryczałtowego ustalić na poziomie rentownym. Wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający odpowiadając Odwołującemu na pismo w dniu 22 czerwca 2020r. odniósł się do przesłanek analizy rażąco niskiej ceny wyjaśniając, iż biorąc pod uwagę rodzaj wynagrodzenia, jego zdaniem zaoferowane w postępowaniu przetargowym

ceny nie posiadają znamion rażąco niskiej ceny w oparciu o art. 90 ustawy pzp, gdyż wszystkie są wyższe od kwoty 560 891 zł brutto za realizację przedmiotu zamówienia, stanowiącą wartość średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, pomniejszonych o jej 30% .

Z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP wynika, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Takie same wytyczne zawiera art. 90 ust. 3 PZP, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca w sposób jednoznaczny i wyraźny zaakcentował, iż ocena oferty wykonawcy pod względem sprawdzenia, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny odnosi się każdorazowo do ceny całkowitej, obejmującej cały przedmiot zamówienia. Powyższe potwierdza orzecznictwo.

Zamawiający nie miał przesłanek do wzywania wykonawców w celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Tym samym nie można mówić o naruszeniu przez niego art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 PZP.

Uwzględniając powyższe zamawiający podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego, gdyż wypełnił wszystkie czynności do których był zobowiązany i nie dokonał naruszenia przepisów PZP.

Odwołujący podtrzymał stanowisko z odwołania uzupełniając je argumentacją przedstawioną w kolejnym, złożonym w dniu posiedzenia, piśmie oraz wyrażoną na rozprawie do protokołu. Wskazał, że celem żądań jest doprowadzenie do ponownego badania ofert, w szczególności oferty wybranej i jej ceny z uwzględnieniem elementu znacząco zaniżonego. Stwierdził, że wykonawca, który złożył wybraną ofertę, celowo przeprowadził zabieg przesunięcia środków w celu uzyskania maksymalnej oceny w kryteriach oceny ustalonych przez Zamawiającego. Zauważył, że Zamawiający przy otwarciu ofert wskazał wartość 500 000 zł, a wszystkie 4 oferty zawierały ceny powyżej tej wielkości. Przypomnił, że cena jego oferty jest najniższa. Zauważył, jak w piśmie, iż Zamawiający przyznał, iż dokonał wyboru oferty, której sfinansowanie nastąpi niezgodnie z przepisami ustawy o finansach publicznych i zasadami dofinansowania ze środków unijnych.

Krajowa Izba Odwoławcza Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia oraz jego realizacji przez odwołującego, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Skład orzekający potwierdza, w ślad za stanowiskami stron i uczestników, że kluczowy zarzut odwołania dotyczy oceny oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejszej w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert w zakresie ceny, która była oceniana w części przewidywanych wydatków niekwalifikowanych o raz wydatków kwalifikowanych.

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp Izba jest związana przy orzekaniu podniesionymi zarzutami i nie może orzeka co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, należy przypomnieć, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- art. 7 ustawy pzp polegające na nierównym traktowaniu wszystkich uczestników postępowania;
- art. 87 ustawy pzp przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty zawierającej rażąco niski koszt jednego z istotnych elementów kosztorysu ofertowego;
- art. 90 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Skład orzekający uznaje, że naruszenie wskazanej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp zasady równego traktowania wykonawców nie zostało przez odwołującego wykazane. Dotyczy to w szczególności ofert, badanych i ocenianych wg uprzednio przyjętych w siwz kryteriów, które nie były kwestionowane przez uczestników.

Odnosnie zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ustawy pzp, stwierdzić należy, że w rzeczywistości zamawiający, a zapewne i wykonawcy, nie mieli wątpliwości co do treści oferty wybranej i przedstawionego w niej podziału elementów w celu umożliwienia oceny oferty wg kryteriów. Zatem wobec braku danych w ofercie wymagających wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, zarzut naruszenia tego przepisu nie potwierdził się.

Wydaje się, że wstępnie za uzasadnione mogłoby być uznane wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia elementu ceny mającego charakter istotny (element wyodrębniony w kwocie 5000 zł jako znacząco niższy w stosunku do analogicznego w pozostałych ofertach) tj. zarzut wywodzony z art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Jednakże analiza dokumentacji prowadzi do ustalenia, że działania wykonawcy dokonującego wyboru struktury ceny i koszt jest zamierzone i zmierza do maksymalizacji oceny oferty w ustalonej metodzie przyznawania punktacji przez zamawiającego. Ponadto, w art. 89 ust. 1 pkt 4 przyjmuje się, że przyczyną odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską, jest cena oferty, a nie jej element, nawet istotny, skoro ceny w postępowaniu de facto były porównywalne, a nawet cena odwołującego nieco niższa od kwestionowanej. Jedynie hipotetycznie rozważać byłoby można, czy z uwagi na wyjątkowy w sprawie sposób skonstruowania ceny wybranej oferty, przez znaczące zniżenie wartości pewnego rodzaju robót, w celu oczywistym, jak wyżej stwierdzono, nie doszło ze strony wykonawcy do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji np. w celu wyeliminowania z rynku właściwego konkurentów. Teoretycznie konsekwencją potwierdzenia takiego ustalenia mogłoby być odrzucenie oferty. Powyższe, jak stwierdzono, jest jedynie wskazaniem hipotetycznej przesłanki, co do której brak jest podstaw prawnych dokonywania oceny przez Izbę, stosownie do granic oceny i orzekania, jakimi jest związana, co przypomniano powyżej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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.).