**Sygn. akt:KIO 3448/20**

**WYROK**

**z dnia 20 stycznia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:Anna Chudzik**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjne, Handlowe i Usługowe „DOMBUD" Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Nadbużański Oddział Straży Granicznej w Chełmie**,

**orzeka:**

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bill-Bud R. K. i P. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Eres P. Sz., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp;

3)powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.Kosztami postępowania obciąża Nadbużański Oddział Straży Granicznej w Chełmie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 000 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 000,00 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego**w Warszawie**.

**Przewodniczący:……**

**U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Nadbużański Oddział Straży Granicznej w Chełmie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa strzeżonego ośrodka dla cudzoziemców w Białej Podlaskiej.* Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 21 października 2020 r. pod numerem 597668-N-2020.

W dniu 28 grudnia 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjne, Handlowe i Usługowe „DOMBUD" Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum: BILL-BUD R. K., EREST P. Sz. zaniechania odrzucenia tej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BILL-BUD, mimo że wadium zostało wniesione przez jednego, a nie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i nie zabezpiecza złożonej oferty;

2)art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum BILL-BUD, mimo że Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień, które można by uznać za wykazujące, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3)art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum BILL-BUD jako najkorzystniejszej oferty.

Ad 1

Odwołujący powołał się na postanowienia rozdz. VI pkt 1 i 9 SIWZ, w których Zamawiający wskazał, że wymaga

wniesienia wadium w wysokości 100.000,00 zł oraz że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp odrzuci ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert lub wadium zostało wniesiono w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący wskazał, że do oferty Konsorcjum BILL-BUD zostało załączone pełnomocnictwo z 16 listopada 2020 r. udzielone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BILL-BUD R. K. i EREST P. Sz. zgodnie z którym ww. wykonawcy ustanowili pana R. K. Liderem konsorcjum i upoważnili go „do reprezentowania ww. wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podał, że Konsorcjum BILL-BUD przedstawiło dokument ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 908577002744 z 16 listopada 2020 r., wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., z siedzibą w Warszawie. W treści ww. gwarancji wskazano jako wykonawcę: „BILL- BUD R. K., 21-500 Biała Podlaska Perkowice 50, REGON: 060639741 NIP: 5372413422”Ponadto w pkt 1 ww. gwarancji wskazane zostało, że: „Niniejsza ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa została wystawiona na wniosek Wykonawcy składającego ofertę w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta przetargiem nieograniczonym na „Przebudowa strzeżonego ośrodka dla cudzoziemców w Białej Podlaskiej " (zwanym dalej przetargiem). Zgodnie z warunkami tego przetargu Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wadium.” Z kolei w pkt 4 ww. gwarancji wskazane zostało, że: „Roszczenie o wypłatę z niniejszej Gwarancji powstaje, gdy:

1) Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,

2) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.”

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum BILL-BUD wniosło wadium w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący podniósł, że wadium wnoszone przez konsorcjum może być uznane za wniesione prawidłowo i za zabezpieczające ofertę złożoną przez konsorcjum tylko wówczas, gdy bez względu na to względem którego z wykonawców ziści się jedna z przesłanek zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający będzie mógł wystąpić do gwaranta ze skutecznym żądaniem zapłaty. Stanowisko to wynika m.in. z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. w sprawie o sygn. akt IV CSK 86/17, w którym to wyroku Sąd stwierdził, że: „(…) wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje – co trafnie dostrzegły orzekające w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy – treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie. Ze względu na brak odrębnej regulacji ustawowej – ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (ówcześnie t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1844 ze zm.) poprzestaje w zasadzie na uwzględnieniu umowy gwarancji ubezpieczeniowej w katalogu czynności ubezpieczeniowych ( art. 4 ust. 7 pkt 1 i 2) – należy uznać, że w tym względzie co do zasady miarodajne są reguły dotyczące ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej (…). Nawiązując zatem do dorobku powstałego na gruncie art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (ówcześnie t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 128 ze zm.; dalej także: PrBank), można wskazać, że gwarancja ubezpieczeniowa jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela-gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w nim warunków, które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Tak ukształtowane zobowiązanie gwaranta ma charakter nieakcesoryjny, co oznacza, że gwarant nie może powołać się na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny, a więc np. przysługujące dłużnikowi względem wierzyciela (beneficjenta gwarancji) lub przysługujące gwarantowi względem zleceniodawcy udzielenia gwarancji”.

Odwołujący stwierdził, że Sąd Najwyższy trafnie założył, że decydujące znaczenie ma prawna skuteczność żądania zamawiającego (beneficjenta gwarancji) wobec gwaranta. Zamawiający powinien mieć zatem pewność, że w razie pojawienia się przesłanek przepadku wadium przewidzianych w przepisach ustawy Pzp, będzie mógł skutecznie skorzystać z zabezpieczenia gwarancyjnego w postaci uzyskania sumy gwarancyjnej odpowiadającej ustalonemu wadium, niezależnie od tego, któremu z konsorcjantów będzie można zarzucić niewykonanie obowiązków przewidzianych w ustawie Pzp i tym samym uniemożliwienie zawarcia przez zamawiającego umowy z konsorcjum.

Odwołujący podniósł, że przepisy ustawy Pzp określają przedmiot zabezpieczenia m.in. gwarancją wadialną przy użyciu różnej terminologii, (np. niemożliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy — art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp). Ponadto przyczyny zatrzymania wadium przez zamawiającego, które spowodowały „brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej” (art. 46 ust. 4a ustawy Pzp), pozwalają na stwierdzenie, że gwarancją wadialną są objęte obowiązki obarczające wykonawcę (wykonawców) w postępowaniu przetargowym. Właśnie wykonanie tych obowiązków ma być zabezpieczone (objęte) gwarancją wadialną. Nie sposób zatem twierdzić, że w razie tak określonego przedmiotu zabezpieczenia gwarancją (zindywidualizowane obowiązki wykonawcy/wykonawców) nie ma znaczenia z zachowaniem którego dłużnika (konsorcjanta) w wielopodmiotowym stosunku podstawowym wiązać należy powstanie tzw. wypadku gwarancyjnego w postaci niewykonania lub nienależytego wykonania wspomnianych powinności konsorcjantów w postępowaniu przetargowym. W konsekwencji należy przyjąć, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie muszą w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów Pzp ubiegać się o wystawienie samodzielnych (odrębnych) gwarancji wadialnych obejmujących oddzielnie każdego z nich. Możliwe byłoby

wystawienie jednej, ale prawidłowej gwarancji wadialnej, przedstawionej zamawiającemu np. przez lidera konsorcjum, ale obejmującej swoją treścią wszystkich uczestników konsorcjum wspólnie ubiegających się o zamówienie. Prawidłowość i skuteczność uzyskanej przez zamawiającego gwarancji tkwi zatem w odpowiednio ukształtowanej jej treści (treści stosunku gwarancyjnego). Odwołujący powołał się również na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 27 lutego 2019 r. (sygn. akt XII Ga 555/18), w którym wobec stwierdzenia, że w treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez konsorcjum próżno szukać takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości gwaranta co do działania zlecającego jako lidera konsorcjum, Sąd doszedł do wniosku, że wyłącznie od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione byłoby przyjęcie, iż obejmowała także przyczyny, za które zleceniodawca ogólnie "jest odpowiedzialny". Z uwagi na powyższe Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska skarżących, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium wystawiona na jednego członka konsorcjum zabezpiecza interesy zamawiającego, a tym samym jest prawidłowa.

Odwołujący podniósł, że z oświadczenia Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. (gwaranta) ani wprost, ani w sposób domniemany nie wynika, by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta także poza inne podmioty niż „wykonawca" wskazany w treści ww. gwarancji, czyli BILL-BUD R. K. Jeżeli gwarant zdecydowałby się przyjąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie ww. gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści ww. gwarancji. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez „wykonawcę" należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę. Tymczasem już w definicji wykonawcy wskazano jedynie na jeden podmiot, tj. BILL-BUD R. K.. Nie zaznaczono w treści ww. gwarancji, by działał on bądź zamierzał działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów, bądź by uzgodniono objęcie działań i zaniechań innych podmiotów definicją „przyczyn leżących po stronie Wykonawcy". Przeciwnie, z treści ww. gwarancji ani wprost, ani w sposób domniemany nie wynika, by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta także poza wprost wskazane w niej „przyczyny leżące po stronie Wykonawcy".

Ponadto Odwołujący podniósł, że w pkt 1 ww. gwarancji wskazano jasno i wyraźnie, że: „Niniejsza ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa została wystawiona na wniosek Wykonawcy składającego ofertę w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta (…)", a w pkt 4 ppkt 2 gwarancji wskazano na: „brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej". Zatem ww. gwarancja ma zabezpieczać (i zabezpiecza) tylko indywidulaną ofertę złożoną przez wykonawcę BILL-BUD R. K., a nie ofertę Konsorcjum BILL-BUD. Zdaniem Odwołującego gwaranc nie pozostawia najmniejszych wątpliwości, że gwarant nie miał wiedzy, iż udziela gwarancji zabezpieczającej ofertę Konsorcjum BILL-BUD.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z pełnomocnictwem z 16 listopada 2020 r., załączonym do oferty Konsorcjum BILL-BUD, pan R. K. został upoważniony jedynie „do reprezentowania w/w wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego". Zatem zakres pełnomocnictwa udzielonego panu R. K. w ogóle nie obejmował pozyskania i wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum BILL-BUD, ponadto został ograniczony wyłącznie do reprezentowania Konsorcjum BILL-BUD w przedmiotowym postępowaniu, czyli wobec Zamawiającego, a nie obejmował reprezentowania Konsorcjum BILL-BUD poza przedmiotowym postępowaniem, wobec innych podmiotów niż Zamawiający, np. wobec Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. Zdaniem Odwołującego jest to kolejny dowód na to, że gwarant nie miał wiedzy, iż udziela gwarancji zabezpieczającej ofertę Konsorcjum BILL-BUD.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że w toku postępowania, w związku z wyrażeniem zgody przez Konsorcjum BILL-BUD na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, Zamawiającemu przekazany został Aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 908577002744, wystawiony 10 grudnia 2020 r. Ww. aneks zmienił jedynie daty obowiązywania ww. gwarancji, określone w pkt 6 ww. gwarancji, natomiast w pozostałym zakresie treść ww. gwarancji nie uległa żadnym zmianom, zwłaszcza co do określenia „Wykonawcy".

Ad 2

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum BILL-BUD nie złożyło wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie wykazało w złożonych wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z 30 listopada 2020 r. wezwał Konsorcjum BILLBUD na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wezwanie do wyjaśnień ceny było uzasadnione, w szczególności ze względu na istotne różnice pomiędzy ceną oferty Konsorcjum BILL-BUD (6.178.659,00 zł) a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia (8.400.000,00 zł) i cenami wszystkich pozostałych ofert, które są dużo droższe od ceny oferty Konsorcjum BILL-BUD. Konsorcjum BILL-BUD nie zakwestionowało w żaden sposób dokonanego przez Zamawiającego wezwania.

Odwołujący podniósł, że wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie, że cena oferty wykonawcy jest rażąco niska. Wykonawca, składając żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest ww. domniemanie obalić poprzez złożenie odpowiednich wyjaśnień, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu, co wynika jasno z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że niekonkretne i ogólnikowe wyjaśnienia, nieobalające domniemania rażąco niskiej ceny, należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na postawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie każde pismo może być bowiem uznane za wyjaśnienia wykonawcy w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30 listopada 2020 r. Konsorcjum BILL-BUD złożyło pismo z 4 grudnia 2020 r., które miało stanowić wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Ww. pismo liczy zaledwie pół strony tekstu, nie zawiera jakiejkolwiek kalkulacji zaoferowanej ceny, nie załączono również do niego jakichkolwiek dowodów. Treść ww. pisma jest wręcz skrajnie ogólnikowa, składa się wyłącznie z gołosłownych zapewnień o rzetelnej wycenie i komunałów o wykwalifikowanej załodze pracowniczej, długoletniej współpracy z wieloma producentami i hurtowniami czy rabatach (bez określenia nawet ich wielkości). Nie tylko, że żadna z okoliczności wskazanych zdawkowo przez Konsorcjum BILL-BUD nie została poparta dowodem, to jeszcze w żaden sposób Konsorcjum BILL-BUD nie wyjaśniło, jak konkretnie dana okoliczność przekłada się na wysokość zaoferowanej ceny (np. jakie oszczędności i w jakiej wysokości z niej wynikają).

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum BILL-BUD ograniczyło się do złożenia półstronicowego pisma, zawierającego maksymalnie ogólne i niekonkretne stwierdzenia, które niczego nie wyjaśniają i w żaden sposób nie dowodzą realności zaoferowanej ceny. Konsorcjum BILL-BUD wskazało bowiem jedynie, że: „Cena którą złożyliśmy w ofercie nie była pomyłką i jest wystarczająca, aby wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami SIWZ. Wartość kosztorysowa jaką przedstawiliśmy w ofercie wynika z niskich kosztów związanych z logistyką obsługi budowy gdyż jest zlokalizowana w pobliżu naszej firmy ponadto posiadamy własny park maszynowy oraz niezbędne urządzenia do wykonania powyższego zadania co pozwala na znaczną redukcję kosztów. Firma posiada wykwalifikowaną załogę pracowniczą, a także kadrę zarządzającą co znacznie przyczynia się do zredukowania kosztów. Współpracujemy z wieloma producentami i hurtowniami dostarczającymi niezbędne materiały do realizacji tego zamówienia. Długoletnia współpraca i wielkość rabatów przyczynia się do znacznego obniżenia kosztów zakupu danych materiałów. Część materiałów zgromadzonych w naszym magazynie pozostałych po wykonaniu innych budów zostanie wykorzystana do wykonania danego zamówienia co również powoduje zmniejszenie kosztów. Partner, który odpowiedzialny będzie za wykonanie branż elektrycznych, teletechnicznych oraz systemów zabezpieczeń pożarowych stoi na takim samym stanowisku. Przedstawia wyliczenia swych cen w podobny sposób i przekonany jest, iż zaoferowana cena w zupełności pozwoli wykonać przedmiotu zamówienia."

Odwołujący podniósł, że żadna z powyższych, hasłowo wskazanych okoliczności, nie wyjaśnia wysokości ceny zaoferowanej przez Konsorcjum BILL-BUD, a większość z tych okoliczności jest w ogóle bez związku z wyjaśnieniami ceny. Większość wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie ma siedziby w Białej Podlaskiej albo w miejscowościach położonych niedaleko, ponadto każdy z ww. wykonawców posiada (gdyż musi podsiadać) własny park maszynowy oraz niezbędne urządzenia do wykonania powyższego zadania, wykwalifikowaną załogę pracowniczą i kadrę zarządzającą. Tak samo każdy z ww. wykonawców współpracuje (bo musi współpracować) z wieloma producentami i hurtowniami dostarczającymi mu niezbędne materiały do realizacji zamówienia, jak i każdy otrzymuje od podmiotów z nim współpracujących określone rabaty. Wreszcie zdecydowana większość wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, jeśli nie wszyscy, posiada jakieś zapasy materiałów, pozostałe po wykonaniu innych budów, które mogą zostać wykorzystane do wykonania danego zamówienia. Zatem żadna z powołanych przez Konsorcjum BILL-BUD okoliczności nie jest taką okolicznością, która wyróżniałaby go na tle pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie i w jakikolwiek sposób tłumaczyłaby wysokość zaoferowanej przez niego ceny.

Zdaniem Odwołującego, jeśli wykonawca powołuje się w wyjaśnieniach na jakąś bardzo ogólnie ujętą okoliczność, np. własny park maszynowy oraz niezbędne urządzenia do wykonania zamówienia, to musi jednocześnie i precyzyjnie wskazać w wyjaśnieniach jak owa ogólnie ujęta okoliczność przekłada się na wysokość ceny, czyli wskazać jakie konkretnie oszczędności może dzięki niej poczynić (na jakich kosztach zaoszczędzić i w jakiej konkretnie wysokości). Tymczasem Konsorcjum BILL-BUD w wyjaśnieniach ceny nawet nie usiłowało wykazać, w jaki konkretny sposób powołane przez niego okoliczności wpływają na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, w szczególności nie wskazało na żadne oszczędności, które może dzięki nim poczynić, nie mówiąc już o wskazaniu i udowodnieniu konkretnej wysokości tych oszczędności.

W ocenie Odwołującego kolejną wadą złożonych przez Konsorcjum BILL-BUD wyjaśnień, jest brak przedstawienia w powyższym piśmie jakiejkolwiek, choćby najprostszej, kalkulacji zaoferowanej ceny. Nie przedstawiono jakichkolwiek informacji dotyczących podstaw wyceny i kalkulacji ceny ofertowej, nie mówiąc już o braku wykazania, że zaoferowana cena będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Nieprzedstawienie w wyjaśnieniach ceny założeń i szczegółów kalkulacji dla potrzeb konkretnego przedmiotu zamówienia i określonych przez Zamawiającego wymagań oraz brak poparcia kalkulacji odpowiednimi dowodami czyni złożone wyjaśnienia gołosłownymi i bezużytecznymi.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający z wezwania z 30 listopada 2020 r. wynika w sposób oczywisty, że oprócz złożenia wyjaśnień Konsorcjum BILL-BUD miało przedstawić Zamawiającemu odpowiednie dowody. Obowiązek złożenia dowodów wynika z obowiązku złożenia rzetelnych, rzeczowych i konkretnych wyjaśnień ceny. Każdy wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak, aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Tymczasem złożone przez Konsorcjum BILL-BUD pismo z 4 grudnia 2020 r. nie zawiera jakichkolwiek dowodów odnoszących się do zaoferowanej ceny.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez Zamawiającego, musi nastąpić poprzez złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp i poparcie ich dowodami. Tym samym niedopuszczalne jest takie postępowanie wykonawcy, który składa wyjaśnienia niewystarczające, uniemożliwiające ocenę prawidłowości dokonanej przez niego kalkulacji ceny, a dopiero później, np. na etapie odwołania, broniąc się przed zarzutem zaoferowania rażąco niskiej ceny, de facto przedstawia żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia i tłumaczy w jaki sposób skalkulował cenę. Skoro Konsorcjum BILL-BUD nie obaliło ono domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, niedopuszczalna byłaby próba naprawienia tego zaniechania na etapie postępowanie odwoławczego poprzez „uzupełnienie" wyjaśnień ceny o informacje i dowody, których w nich po prostu zabrakło. Wszelkie okoliczności, informacje i dowody wcześnie Zamawiającemu nieprzedstawione oceniać trzeba będzie jako spóźnione. Przedstawianie informacji i dowodów dopiero na etapie postępowania odwoławczego dowodziłoby wyłącznie tego, że składając wyjaśnienia Konsorcjum BILL-BUD nie wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, ściśle powiązany jest przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ponieważ Konsorcjum BILL-BUD zapewne zgłosi przystąpienie do postępowania odwoławczego, to na wykonawcy Konsorcjum BILL-BUD jako na uczestniku postępowania odwoławczego będzie spoczywał obowiązek wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Niezależnie jednak od tego, wykazywanie, że cena oferty nie nosi charakteru rażąco niskiej ma się odbywać w postępowaniu przetargowym, a nie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ad 3

Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Podniósł, że ponieważ oferta złożona przez Konsorcjum BILL-BUD powinna zostać odrzucona, Zamawiający, po jej odrzuceniu, jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum BILL-BUD jako najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert i odrzucenia oferty Konsorcjum BILL-BUD z przyczyn wskazanych w odwołaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*.

Ponadto, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. znajdują również zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bill-Bud R. K. Izba ustaliła, że ww. podmiot nie ma interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, co wynika z faktu, że nie złożył on samodzielnie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Oferta została bowiem złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bill-Bud R. K. (lider) oraz P. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Eres P. Sz. i to ww. wykonawcy łącznie są legitymowani do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tymczasem w treści zgłoszenia przystąpienia jako wykonawca zgłaszający przystąpienie został wskazany jedynie R. K. i z żadnego elementu przystąpienia ani załączonych do niego dokumentów nie wynika, że przystąpienie zostało wniesione w imieniu Konsorcjum. W związku z tym Izba – stosownie do art. 185 ust. 4 zd. 2 ustawy Pzp – uwzględniła zgłoszoną przez Odwołującego opozycję.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ad 1

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. VI SIWZ wykonawcy zobowiązani byli wnieść wadium w wysokości 100 000,00 zł, w jednej z form określonych w art. 45 ust. 6 pkt 1-5 ustawy Pzp. Postanowienia SIWZ nie zawierają regulacji dotyczących wadium wnoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ofertę w niniejszym postępowaniu złożyło Konsorcjum w składzie: R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bill-Bud R. K. (lider), P. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Eres P. Sz. Do oferty załączono pełnomocnictwo dla pana R. K. do reprezentowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ww. Konsorcjum wniosło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W treści załączonej do oferty gwarancji Nr 908577002744 z 16 listopada 2020 r. wskazano, że beneficjentem gwarancji jest Nadbużański Oddział Straży Granicznej, wykonawcą – Bill-Bud R. K., a gwarantem – Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., z siedzibą w Warszawie.

W treści gwarancji podano:

*1. Niniejsza ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa została wystawiona na wniosek Wykonawcy składającego ofertę w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta przetargiem nieograniczonym na Przebudowę strzeżonego ośrodka dla cudzoziemców w Białej Podlaskiej (zwanym dalej przetargiem). Zgodnie z warunkami tego przetargu Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wadium.*

*2. Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w niniejszym dokumencie, do zapłacenia każdej kwoty do wysokości nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej 100.000,00 zł (słownie: sto tysięcy 00/100 złotych), stanowiącej kwotę wadium, na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta doręczone Gwarantowi w terminie ważności Gwarancji.*

*3. Suma gwarancyjna zmniejsza się o każdą wypłatę z tytułu niniejszej Gwarancji.*

*4. Roszczenie o wypłatę z niniejszej Gwarancji powstaje, gdy:*

*1) Wykonawca, którego oferta została wybrana:*

*a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;*

*b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*

*c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.*

*2) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.*

*5) Wyplata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia Gwarantowi, w terminie ważności Gwarancji:*

*1) oryginału wezwania do zapłaty, zawierającego kwotę roszczenia i oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w ust. 4, stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do działania w imieniu Beneficjenta, których podpisy na wezwaniu zostały poświadczone notarialnie lub przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta.*

*2) dokumentów poświadczających umocowanie osób, które podpisały to wezwanie.*

*6) Niniejsza Gwarancja ważna jest od dnia 17-11-2020 do dnia 17-12-2020 (termin ważności Gwarancji).*

*7) Wierzytelność z tytułu niniejszej Gwarancji nie może być przedmiotem przelewu na rzecz osoby trzeciej.*

*8) Do rozstrzygania wszelkich sporów, jakie mogłyby wyniknąć w związku z treścią lub realizacją niniejszej Gwarancji, zastosowanie będzie miało prawo polskie, a sądem właściwym do ich rozstrzygania będzie sąd powszechny, według przepisów o właściwości ogólnej.*

*9) Adres korespondencyjny Gwaranta: TUiR WARTA S.A. (…).*

Pismem z 11 grudnia 2020 r. wykonawca oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium na podstawie aneksu. Do pisma załączono aneks do ww. gwarancji ubezpieczeniowej, przedłużający termin ważności gwarancji do 17 stycznia 2021 r., przy czym wykonawcę oraz zakres odpowiedzialności gwaranta określono tak samo, jak w pierwotnie złożonej gwarancji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

W ocenie Izby oferta Konsorcjum w składzie: R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bill-Bud R. K. oraz P. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Eres P. Sz. podlega odrzuceniu na podstawie przywołanego wyżej przepisu.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że obowiązek gwaranta w zakresie wypłaty sumy gwarancyjnej w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp nie może budzić żadnych wątpliwości. Zamawiający powinien mieć całkowitą pewność co do możliwości zaspokojenia roszczenia z tytułu wadium, a wszystkie formy wadium dopuszczone w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne, jak wadium wniesione w gotówce. W szczególności za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Ponadto, biorąc pod uwagę, że nieprawidłowe wniesienie wadium stanowi podstawę do odrzucenia oferty, wykonawca powinien dokonać tej czynności z zachowaniem należytej staranności, dbając o niedopuszczenie do jakichkolwiek wątpliwości zakresie skuteczności zabezpieczenia oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów okręgowych, sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r. X Ga 189/13).

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Z kolei w myśl art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

1)odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

2)nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3)zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie wadium miało zabezpieczać ofertę wspólną złożoną przez R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bill-Bud R. K. oraz P. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Eres P. Sz., uprawniając Zamawiającego do wyegzekwowania sumy zabezpieczonej tytułem wadium w razie wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wskazanej w przywołanych wyżej przepisach.

Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17*jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje – jak wyjaśniono – treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie" (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 ZamPublU). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 KC (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn*

*leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada". Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta – także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji – a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty*.

Kierując się przywołanymi wskazaniami Sądu Najwyższego Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią gwarancji wykonawcą jest Bill-Bud R. K., nie został w niej natomiast wskazany jako wykonawca żaden innym podmiot, w tym członek Konsorcjum, które złożyło ofertę wspólną. Jednocześnie z gwarancji wynika, że to wykonawca (którym jest Bill-Bud R. K.) składa ofertę w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, a roszczenie z tytułu gwarancji powstanie, gdy tak określony wykonawca odmówi podpisania umowy, nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie złoży na wezwanie wymaganych dokumentów, czy też gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Analiza treści gwarancji prowadzi więc do wniosku, że – w kontekście zakresu odpowiedzialności gwaranta – mowa jest o przypadkach zatrzymania wadium, ale jedynie w odniesieniu do zaniechań i działań „Wykonawcy", czyli R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bill-Bud R. K.

Podkreślić przy tym należy, że – jak wskazał Zamawiający w rozdz. VIII ust. 3 i 4 SIWZ – badanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzane będzie w odniesieniu do każdego z wykonawców występujących wspólnie oraz że przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia, o którym mowa w rozdz. IV SIWZ składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W związku z powyższym sytuacja, w której Bill-Bud R. K. nie składa oświadczeń nie wyczerpuje wszystkich okoliczności, w których Zamawiający byłby uprawniony do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. W sytuacji, w której oświadczenia takiego nie złożyłby drugi z członków Konsorcjum, Zamawiający także byłby uprawniony do zatrzymania wadium, jednak istnieje znaczne ryzyko, że w oparciu o sporną gwarancję nie byłby w stanie zaspokoić swojego roszczenia.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w przywołanym wyżej wyroku, w sytuacjach takich, jak będąca przedmiotem rozstrzygnięcia, zamawiający ma obowiązek zbadać dopuszczalność złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta. Z treści gwarancji nie wynika, aby gwarant zdecydował się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji. Przeciwnie, według treści gwarancji gwarant przyjął odpowiedzialności wyłącznie za działania i zaniechania Bill-Bud R. K. Nie ma żadnego nawiązania do działań i zaniechań uczestnika Konsorcjum ani jakiejkolwiek wzmianki, z której wynikałoby, że gwarant ma wiedzę o tym, że oferta składana jest również przez inny podmiot. Tymczasem zgodnie z rozdz. VI pkt 5 SIWZ,*z treści tych dokumentów musi jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego (beneficjenta gwarancji). Żądanie to powinno zawierać oświadczenie, że zaistniały okoliczności o których mowa w art. 46 Prawa zamówień publicznych (PZP) – bez ich potwierdzania* W rozpoznawanej sprawie w przypadku działań czy zaniechań członka Konsorcjum (jak np. niezłożenie oświadczeń z art. 25 a ust. 1 ustawy Pzp), wyłącznie od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależniona byłaby wypłata sumy gwarancyjnej.

Ponadto zauważenia wymaga, że udzielenie przez ubezpieczyciela gwarancji ubezpieczeniowej jest czynnością odpłatną. Z uwagi na szeroki zakres ponoszonej odpowiedzialności gwarant przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy. Z kolei wynik tego badania przesądza o akceptacji gwarancji, a także o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant. Stąd gwarant w treści listu gwarancyjnego precyzyjnie określa, za jakie działania lub zaniechania jakiego podmiotu odpowiada. W ten sposób w treści gwarancji znajduje odzwierciedlenie zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywistym jest też ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, może być inne niż gdyby jego wystąpienie mogło być wynikiem działań lub zaniechań większej liczby podmiotów (tak. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 27 lutego 2019 roku sygn. akt XII Ga 555/18, co istotne, wydanego w sprawie, która była przedmiotem wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17).

Przyjmując stanowisko Sądu Najwyższego co do kwestii solidarności zobowiązania współkonsorcjantów względem zamawiającego Izba stwierdziła, że solidarność ta nie miała w tej sprawie rozstrzygającego znaczenia. Zauważyć bowiem należy, co potwierdził również Sąd Najwyższy w przywołanym wyżej wyroku, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Charakter, istnienie, zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. Zatem nawet jeśli – jak w niniejszej sprawie – członkowie konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), która nie wpływa na treść stosunku gwarancji. Gwarant, w przeciwieństwie do poręczyciela, nie odpowiada za dług jako dłużnik pomocniczy, zobowiązuje się jedynie do spełniania własnego, określonego, odrębnego i całkowicie niezależnego od długu świadczenia, po spełnieniu określonych przesłanek o charakterze formalnym.

O prawidłowości gwarancji wadialnej w niniejszej sprawie nie może świadczyć okoliczność, że gwarancja jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Bezwarunkowość nie oznacza bowiem, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94) wypowiadając się o odpowiedzialności gwaranta z gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, odpowiedzialność ta nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny. W wyroku tym Sąd stwierdził, że bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. $353^1$ k.c.) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.). Żądanie wypłaty z gwarancji w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy zgodnie z treścią gwarancji dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu pojedynczego wykonawcy, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji.

Tym samym Izba w niniejszej sprawie w pełni podzieliła zapatrywania prawne i argumentację przedstawione m.in. w wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1183/20.

Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego dowodów w postaci korespondencji z pracownikiem spółki Warta oraz wzoru wniosku o udzielenie gwarancji, stwierdzić należy, że powyższa korespondencja nie zawiera jednoznacznych odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytania o skuteczność takiej gwarancji, jednak z przedstawionego wzoru wniosku o udzielenie gwarancji wynika, że w przypadku gwarancji dotyczącej konsorcjum gwarant oczekuje wskazania wszystkich podmiotów tworzących to konsorcjum (pkt IV wzoru wniosku). Niezależnie jednak od tego stwierdzić należy, że prawidłowość wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej należy oceniać w świetle powszechnie obowiązujących przepisów prawa, z których – jak wskazano powyżej – nie wynika, aby gwarancja będąca przedmiotem oceny dawała Zamawiającemu pewność zaspokojenia ewentualnych roszczeń.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum: R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bill-Bud R. K., P. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Eres P. Sz., z powodu złożenia nieprawidłowego dokumentu wadium.

Ad 2

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. I SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje:

–wykonanie kompleksowych robót budowlano-instalacyjnych związanych z rozbudową i przebudową Strzeżonego Ośrodka dla Cudzoziemców w Białej Podlaskiej;

–obsługę geodezyjną zadania – wszystkie związane z realizacją robót prace geodezyjne, w tym także powykonawczą inwentaryzację geodezyjną;

–opracowanie (w przypadku konieczności) wymaganej przez Urząd Dozoru Technicznego dokumentacji w celu prawomocnego uzyskania przez Zamawiającego wszystkich wymaganych prawem dopuszczeń do eksploatacji urządzeń;

–dokonanie wpisu do centralnego rejestru operatorów urządzeń i systemów ochrony przeciwpożarowej zainstalowanych urządzeń;

–przeprowadzenie wszystkich prób i rozruchów związanych z przystąpieniem do pełnej eksploatacji obiektu;

–przygotowanie kompleksowej dokumentacji powykonawczej w zakresie wszystkich branż, niezbędnej do uzyskania przez Zamawiającego prawomocnego skutecznego pozwolenia na użytkowanie obiektu;

–wykonanie instrukcji bezpieczeństwa pożarowego;

–przeprowadzenie szkolenia użytkowników wskazanych przez Zamawiającego, którzy będą wyznaczeni do obsługi zamontowanych w budynku wszystkich urządzeń oraz wytypowanego administratora systemów w zakresie ich administracji;

–wykonanie dokumentacji powykonawczej systemu sygnalizacji włamania i napadu, kontroli dostępu, telewizji użytkowej, sygnalizacji pożaru i sieci informatycznej.

Zgodnie z rozdz. VII.3 SIWZ wykonawca winien jednoznacznie określić cenę ryczałtową za przedmiot zamówienia korzystając z formularza ofertowego (zał. nr 1 do SIWZ), szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (zał. nr 7 do SIWZ), pełnobranżowego projektu budowlanego (zał. 8 do SIWZ) projektów wykonawczych (zał. nr 9A-9F do SIWZ) przedmiarów robót (zał. nr 11A – 11D do SIWZ), specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót (zał. 10A-10D) projektu umowy (zał. nr 12 do SIWZ), uwzględniając wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia.

Według informacji podanych w protokole postępowania wartość zamówienia została określona na kwotę 6 815 623,97 zł , co stanowi równowartość 1 596 426,57 euro. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 8 400 000,00 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

1. Konsorcjum: PNB P. N. Budownictwo, ELPIE Sp. z o.o.: 7 408 531 , 74 zł,

2. Konsorcjum: BILL-BUD R. K., EREST P. Sz.: 6 178 659,00 zł,

3. DYNAMIK M. P.: 7 223 790,00 zł,

4. Konsorcjum: CENTRUM INFORMATYKI "ZETO" S.A., GRIN – Budownictwo Sp. z o.o.: 8 468 532,78 zł,

5. PPHU "DOMBUD" Sp. z o.o.: 7 028 564,40 zł,

6. LIDERTECH Sp. z.o.o.: 8 966 577,00 zł,

7. PPHU "ANTRO" A. T.: 8 608 770,00 zł.

Pismem z 30 listopada 2020 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum Bill-Bud następujące wezwanie:

*Nadbużański Oddział Straży Granicznej w Chełmie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 201 9r.. poz. 1843. ze zm.), w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta złożona przez Państwa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami w SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie:*

*1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków*

*wykonywania zamówienia dostępnych dla 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 ( tj. Dz. U. z 201 8r. poz. 2177 ze zm.)*

*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;*

*5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

*(…) Nieprzesłanie we wskazanym terminie wyjaśnień bądź złożenie wyjaśnień wraz dowodami wskazującymi na złożenie oferty z rażąco niska cena spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z aft. 90 ust. 3 ww. Pzp.*

Pismem z 4 grudnia 2020 r. wykonawca złożył wyjaśnienia o następującej treści:

*Bill-Bud R. K. (…) oświadcza, iż cena którą złożyliśmy w ofercie nie była pomyłką i jest wystarczająca, aby wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami SIWZ. Wartość kosztorysowa jaką przedstawiliśmy w ofercie wynika z niskich kosztów związanych z logistyką obsługi budowy gdyż jest zlokalizowana w pobliżu naszej firmy ponadto posiadamy własny park maszynowy oraz niezbędne urządzenia do wykonania powyższego zadania co pozwala na znaczną redukcję kosztów. Firma posiada wykwalifikowaną załogę pracowniczą, a także kadrę zarządzającą co znacznie przyczynia się do zredukowania kosztów. Współpracujemy z wieloma producentami i hurtowniami dostarczającymi niezbędne materiały do realizacji tego zamówienia. Długoletnia współpraca i wielkość rabatów przyczynia się do znacznego obniżenia kosztów zakupu danych materiałów. Część materiałów zgromadzonych w naszym magazynie pozostałych po wykonaniu innych budów zostanie wykorzystana do wykonania danego zamówienia co również powoduje zmniejszenie kosztów. Partner, który odpowiedzialny będzie za wykonanie branż elektrycznych, teletechnicznych oraz systemów zabezpieczeń pożarowych stoi na takim samym stanowisku. Przedstawia wyliczenia swych cen w podobny sposób i przekonany jest, iż zaoferowana cena w zupełności pozwoli wykonać przedmiotu zamówienia. Reasumując w świetle powyższych wyjaśnień należy przyjąć, że cena zaoferowana przez naszą firmę jest ceną adekwatną do zakresu prac.*

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do 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, w szczególności 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 2018 r. );

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;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez Konsorcjum Bill-Bud wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska. Zatem wykazanie prawidłowości ceny musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Nie jest natomiast zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia.

Ponadto podkreślenia wymaga, że w świetle przywołanych wyżej przepisów ustawy skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest – w świetle przywołanych przepisów ustawy – obowiązek odrzucenia oferty.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że o ocenie zasadności przedmiotowego zarzutu decyduje merytoryczna

jakość wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, którego cena jest kwestionowana.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Bill-Bud nie uprawniały Zamawiającego do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest realna. Wykonawca ten złożył bowiem bardzo ogólnikowe i niepoparte żadnymi dowodami wyjaśnienia, które nie wykazują, że cena nie jest rażąco niska.

Odnosząc się kolejno do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, należy stwierdzić, że w żadnej mierze nie potwierdzają one realności ceny.

Po pierwsze, wyjaśnienia zawierają ogólnikowe i gołosłowne zapewnienie wykonawcy, że zaoferowana cena nie jest pomyłką i że jest wystarczająca, aby wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami SIWZ. W wyjaśnieniach nie przedstawiono nie tylko szczegółów kalkulacji ceny, ale nie wskazano nawet żadnego rozbicia ceny z uwzględnieniem choćby głównych czynników cenotwórczych.

Dalej wykonawca wskazał, że cena wynika z niskich kosztów związanych ze zlokalizowaniem budowy w pobliżu jego firmy oraz z posiadania własnego parku maszynowego i niezbędnych urządzeń, co pozwala na znaczną redukcję kosztów. Odnosząc się do powyższych twierdzeń należy zauważyć, że z wyjaśnień nie wynika, jakie oszczędności zakłada wykonawca w związku z ww. okolicznościami. Ponadto nie przedstawiono żadnych dowodów, które potwierdzałyby dysponowanie własnym parkiem maszynowym.

Odnosząc się do twierdzeń o posiadaniu wykwalifikowanej załogi pracowniczej oraz kadry zarządzającej, stwierdzić należy, że trudno uznać to za okoliczność wyróżniającą wykonawcę spośród innych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Co więcej, w wyjaśnieniach nie wskazano, jakie wykonawca przyjął założenia co do zaangażowania personelu dla potrzeb niniejszego zamówienia i jakie koszty pracy poniesie. Nie wiadomo, w jaki sposób i w jakim stopniu fakt dysponowania bliżej nieokreśloną załogą pracowniczą miał przyczynić się do możliwości obniżenia ceny.

Następnie zauważenia wymaga, że gołosłowne i nieskonkretyzowane pozostały twierdzenia wykonawcy o współpracy z wieloma producentami i hurtowniami oraz o dysponowaniu rabatami pozwalającymi obniżyć koszty zakupów materiałów. Nie wiadomo, jakie rabaty i na jakie materiały ma wynegocjowane wykonawca oraz jak przedkładają się one na koszty realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie przedstawiono żadnych dowodów na potwierdzenie takiej współpracy oraz na okoliczność udzielenia rabatów na zakup materiałów. Analogiczne zastrzeżenia dotyczą twierdzeń o dysponowaniu zasobami magazynowymi materiałów – również w tym przypadku nie wiadomo o jakie materiały chodzi i w jakim stopniu zapasy te wpływają na koszty wykonania zamówienia. Wykonawca nie przedstawił też żadnych dowodów, jak chociażby ewidencja zapasów magazynowych.

Oceniając złożone przez Konsorcjum Bill-Bud wyjaśnienia należy stwierdzić, że w żadnej mierze nie odnoszą się one do skonkretyzowanych wymagań i okoliczności związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby wyjaśnienia te nie dają żadnej wiedzy na temat sposobu kalkulacji ceny, uwzględnionych czynników cenotwórczych, przyjętych przez wykonawcę założeń, czy istnienia po stronie wykonawcy szczególnych okoliczności, pozwalających obniżyć cenę. Nie wiadomo też, czy i jaki zysk z realizacji zamówienia wykonawca przewidział.

Nie zasługuje na akceptację stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym zarzut nieudzielenia wyjaśnień nie może być uzasadniony, z uwagi na skierowanie wezwania do wyjaśnień o treści stanowiącej powielenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się do tego stanowiska stwierdzić należy, że wezwanie do wyjaśnień, nawet sformułowane ogólnie, z ograniczeniem się do przywołania treści ww. przepisu ustawy, powoduje po stronie wykonawcy obowiązek przedstawienia wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień. Nie sposób podzielić stanowiska, że przy tak sformułowanym wezwaniu Zamawiający powinien uznać za wystarczające jakiekolwiek wyjaśnienia, w tym wyjaśnienia tak ogólnikowe i gołosłowne, jak to miało miejsce w rozpozawanej sprawie.

Izba nie podziela również stanowiska Zamawiającego, że gdyby miał wątpliwości co do realności ceny, powinien ponownie wezwać Konsorcjum Bill-Bud do wyjaśnień. Jakkolwiek ustawa nie stanowi zawiera literalnego zakazu kierowania do wykonawcy kolejnych wezwań w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia są niewystarczające, to zakaz taki wynika jednak z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, z przepisów tych wprost wynika, że niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny aktualizuje obowiązek jej odrzucenia. Po drugie zauważenia wymaga, że dopuszczenie wielokrotnego wzywania do wyjaśnień może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby bowiem przyjąć, że złożenie niewystarczających wyjaśnień powinno skutkować kolejnym wezwaniem, to powstaje pytanie, ile takich kolejnych szans wykonawca powinien otrzymać i czy prowadzenie procedury wyjaśniającej powinno trwać tak długo, aż wyjaśnienia będą mogły być uznane za wystarczające. W takiej sytuacji, która daje zamawiającego prawo uznaniowego decydowania o tym, ile razy wykonawca otrzyma możliwość uzupełnienia i doprecyzowania swoich wyjaśnień, powstaje też ryzyko nierównego traktowania wykonawców poprzez zróżnicowanie ich szans na wykazanie prawidłowości ceny. W związku z tym w orzecznictwie Izby ukształtowane i trwale prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym zasadą jest jednokrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a czynność ponownego wezwania można by uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia, które można uznać za rzetelne i wiarygodne, dostarczyły określonych informacji powodujących nowe, wymagające usunięcia wątpliwości lub obejmują kwestie, co do których zamawiający musi się jeszcze ostatecznie upewnić. Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie. Stwierdzić również należy, że skierowanie do wykonawcy ogólnego wezwania, bez sformułowania precyzyjnych pytań, nie może stanowić usprawiedliwienia dla kontynuowania procedury wyjaśniającej. Jeśli Zamawiający nie wskazał w wezwaniu, jakie kwestie należy w wyjaśnieniach uwzględnić, wykonawca zobowiązany jest wykazać prawidłowość kalkulacji ceny we wszystkich jej aspektach.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wyjaśnienia złożone przez Bill-Bud nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W związku z tym Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty.

Ad 3

Konsekwencją stwierdzonych wyżej zaniechań Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Konsorcjum Bil-Bud

jest naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej oferty.

Izba nie podziela natomiast twierdzenia Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie zostało wykazane, aby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający udzielił zamówienia, w związku z czym nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając tymi kosztami Zamawiającego.

**Przewodniczący:……**