

WYROK
z dnia 21 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2020r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie** postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Tychy**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Copco Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Imielinie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „EL-PROD” R. W.** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Copco Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Imielinie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „EL-PROD” R. W. we wszystkich czterech częściach zamówienia;

- odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Copco Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Imielinie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „EL-PROD” R. W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień publicznych we wszystkich czterech częściach zamówienia;

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert we wszystkich czterech częściach zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Miasta Tychy prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu publicznego pn. „Modernizacja systemu oświetlenia w Tychach — obszar 2 i 4” z podziałem na zadania:

Zad 1 „Modernizacja systemu oświetlenia — OBSZAR 2 - cz. 1 — os. U i T”

Zad 2 „Modernizacja systemu oświetlenia — OBSZAR 2 - cz. 2 — os. N i O”

Zad 3 „Modernizacja systemu oświetlenia — OBSZAR 2 - cz. 3 — os. D, E, F”

Zad 4 „Modernizacja systemu oświetlenia — OBSZAR 4”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 055-129926.

W dniu 17 sierpnia 2020r. wykonawca - FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b) w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: COPCO Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Imielinie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „EL-PROD” R. W. (dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum”) i bezzasadne uznanie przez Zamawiającego, że wadium wniesione przez Konsorcjum w formie gwarancji ubezpieczeniowych spełnia wymagania wynikające z SIWZ oraz przepisów Pzp, podczas gdy gwarancje ubezpieczeniowe złożone przez Konsorcjum wraz z ofertą są wadliwe, bowiem zostały wystawione na rzecz jednego z konsorcjantów - COPCO PLUS sp. z o.o., a zatem nie zabezpieczają oferty Konsorcjum, a z ich treści nie wynika, aby wystawca gwarancji był zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego sumy odpowiadającej kwocie wadium w przypadku zaistnienia przesłanek jego zatrzymania, za wystąpienie których odpowiadałoby Konsorcjum lub Konsorcjant, tj. EL-PROD;

2. art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, w sytuacji gdy cena oferty Konsorcjum w zakresie części 2, 3 i 4 jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Konsorcjum w złożonych wyjaśnieniach z dnia 8 lipca 2020 r. nie wykazało, że realizacja ww. części zamówienia za zaoferowaną cenę jest możliwa z założeniem zysku, podczas gdy zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska spoczywa na Konsorcjum, a niewykazanie powyższego stanowi podstawę do odrzucenia oferty, czego Zamawiający zaniechał w stosunku do oferty Konsorcjum.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2.powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3.odrzucenie ofert Konsorcjum,
- 4.a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 11.1. SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferta została zabezpieczona wadium w odpowiedniej wysokości dla każdej części zamówienia. Zamawiający dopuścił, aby wadium zostało złożone między innymi w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Konsorcjum złożyło ofertę na wszystkie 4 części postępowania, a do oferty załączyło 4 gwarancje ubezpieczeniowe, odrębne na każdą część zamówienia. Zamawiający w toku badania ofert, pismem z dnia 2 lipca 2020 r., wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazanej w ofercie dla wszystkich zadań objętych postępowaniem, na które Przystępujący odpowiedział w piśmie z dnia 8 lipca 2020 r.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo braku jej zabezpieczenia wadium wskazał, że wadium wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinno zabezpieczać interesy Zamawiającego przez cały okres związania wykonawcy ofertą i dawać Zamawiającemu rękojmię zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie przepisy Pzp dopuszczają wniesienie wadium między innymi w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, przy czym wówczas musi ona odpowiadać szczególnym wymaganiom, zapewniającym realną możliwość skorzystania przez Zamawiającego z wadium we wszystkich przypadkach wskazanych w przepisach Pzp, również w razie gdy ofertę składa konsorcjum wykonawców. Tymczasem, z dokumentów gwarancji ubezpieczeniowych złożonych przez Konsorcjum, tj. gwarancji z dnia 8 czerwca 2020r. o numerach 280000167736, 280000167737, 280000167738 oraz 280000167739 wynika, że gwarancje wadium zostały wystawione wyłącznie na zlecenie wykonawcy COPCO (zdefiniowanego w treści gwarancji jako „Wykonawca”), a w konsekwencji ich treść dalej odwołuje się wyłącznie do działań lub zaniechań tego „Wykonawcy”, które z kolei skutkować

będą uprawnieniem Zamawiającego do otrzymania sumy określonej w gwarancji. Z treści gwarancji wynika również, że mają one zabezpieczać Ofertę rozumianą jako ofertę składaną przez Wykonawcę, czyli ofertę składaną samodzielnie przez COPCO. Jednocześnie brak w treści gwarancji jakichkolwiek informacji mogących wskazywać na działanie COPCO w ramach konsorcjum, tudzież wskazywać, że wartość złożonych gwarancji zabezpiecza również działania i zaniechania EL PROD lub całego Konsorcjum (tj. z udziałem EL PROD).

W treści gwarancji brak jest wzmianki o tym, że COPCO zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi podmiotami, czy też, że przez „Wykonawcę” należy rozumieć również inne podmioty niż zleceniodawca, tj. nie tylko COPCO, lecz również Konsorcjum z jego udziałem.

Zdaniem Odwołującego taka treść gwarancji ubezpieczeniowych nie pozwala uznać, aby ich wystawca odpowiadał za działania lub zaniechania innych podmiotów, niż wskazany w nich Wykonawca COPCO, a niewymienionych w treści gwarancji. W gwarancjach nie wskazano bowiem nazwy innych wykonawców ubiegających się wspólnie z COPCO o udzielenie zamówienia w postępowaniu (tj. nie wskazano na EL PROD jako Konsorcjanta), ani w sposób wyraźny ani nawet poprzez ogólne wskazanie członków konsorcjum, w skład którego wchodzi COPCO. Przeciwnie, postanowienia ww. gwarancji wadialnych wskazują jednoznacznie, że zostały one wystawione dla COPCO w celu zabezpieczenia składanej przez niego samodzielnie oferty, zaś gwarant przyjął na siebie odpowiedzialność względem Zamawiającego za zaniechania/działania wyłącznie przez tego wykonawcy. Przyjęcie przez Zamawiającego gwarancji wystawionych wyłącznie na rzecz jednego z konsorcjantów niewątpliwie wiąże się z realnym ryzykiem odmowy wypłaty kwoty wadium przez gwaranta w razie zaistnienia przewidzianych w Pzp przypadków zatrzymania wadium. Wynika to faktu, że gwarancja zabezpiecza w danej części zamówienia jedynie obowiązki konkretnego wykonawcy, tj. Lidera, a nie całego Konsorcjum. Istotne jest również, że z treści gwarancji nie wynika, aby COPCO miał złożyć ofertę w ramach konsorcjum, co tym bardziej potwierdza, że gwarant mógłby odmówić wypłaty środków z gwarancji dołączonej do oferty Konsorcjum w sytuacji wystąpienia jednej z okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Zamawiający nie tylko wówczas narażony jest na ryzyko, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium będzie utrudnione, ale także że realizacja tego roszczenia będzie całkowicie niemożliwa. Co więcej, treść dołączonych do oferty gwarancji wskazuje, że zabezpieczają one ofertę COPCO, który nie złożył oferty w postępowaniu, a zatem nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu Pzp. Taki status posiada jedynie Konsorcjum, którego oferta nie została zabezpieczona wadium. Gwarancja wadialna zabezpieczająca ofertę Konsorcjum mogłaby być wystawiona na zlecenie COPCO, jednak z jej treści powinno wynikać, że obejmuje ona ofertę Konsorcjum i dotyczy zaniechań wszystkich jego członków, a nie jedynie ofertę COPCO zdefiniowanego w gwarancjach jako „Wykonawca”. Niedopuszczalne jest zaś wywodzenie z treści gwarancji, iż zamiarem gwaranta było przyjęcie odpowiedzialności za działania innych członków konsorcjum, o których gwarant nie miał wiedzy i nie weryfikował ich wiarygodności.

Odwołujący podkreślił, że powyższa kwestia była wielokrotnie przedmiotem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, (dalej jako „KIO” lub „Izba”) która zwracała uwagę, iż z treści gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej wniesionej w charakterze wadium, powinno wynikać, że gwarancja zabezpiecza ofertę konsorcjum (tak np. wyroki KIO z 22 listopada 2019 r. o sygn. KIO 2262/19, z dnia 23 grudnia 2019 r. o sygn. KIO 2503/19, z dnia 24 czerwca 2020 r. o sygn. KIO 662/20). Gwarancja zatem nie musi być wystawiona na zlecenie wszystkich członków konsorcjum, jednak z jej treści powinno wynikać, że gwarant obejmuje ochroną ofertę składaną przez wszystkich członków konsorcjum. Tym samym gwarant musi być świadomy w chwili wystawienia gwarancji, że oferta zostanie złożona przez konsorcjum, a nie jedynie przez podmiot zlecający wystawienie gwarancji. Powyższe zostało potwierdzone także w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. o sygn. IV CSK 86117 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r. o sygn. XII Ga 555/18. Sąd Najwyższy w wyżej wskazanym wyroku stwierdził, że gwarancję należy interpretować zgodnie z oświadczeniem woli gwaranta. Należy również ustalić, czy zapłata wadium nastąpi w przypadku przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy w gwarancji, ale za które wykonawca ten odpowiada. Co istotne, Sąd Okręgowy w Gdańsku na skutek ponownego rozpoznania skargi na wyrok KIO, zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego, dokonał ponownej oceny wadium i w wyroku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18, orzekł, że gwarancje wadialne wystawione tylko na jednego konsorcjanta były nieprawidłowe. Zdaniem sądu „koniecznym było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art 23 ust. 1 w związku z ust. 3 Ustawy PZP), a co najmniej zasygnalizowanie, że

strona stosunku "gwarancyjnego" jest liderem - Jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta - zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nim powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że Zamawiający z uwagi na nieścisłości co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do Konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją". W konsekwencji Sąd Okręgowy w Gdańsku uznał oceniane gwarancje (obarczone takimi samymi brakami jak gwarancja wystawiona na zlecenie COPCO) za nieprawidłowe, zaś oferty, których gwarancje te zabezpieczały, za podlegające odrzuceniu. Podobną ocenę prawną przyjęła Izba w wyżej wskazanych wyrokach, uznając, że oferty konsorcjum podlegają odrzuceniu z tej przyczyny, że treść gwarancji bankowej (odpowiednio ubezpieczeniowej) nie identyfikowała wszystkich członków konsorcjum, ani nie wskazywała, że wykonawca w niej wskazany zamierza złożyć ofertę wspólnie z innymi podmiotami. Powyższe argumenty jednoznacznie przemawiają tym samym za koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że cena oferty Konsorcjum zaoferowana za wykonanie części 2, 3 i 4 jest rażąco niska Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnienia ceny oferty w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za wskazaną w ofercie cenę. W przypadku ceny oferty Konsorcjum odnoszącej się do wszystkich 4 części zamówienia takie wątpliwości zaistniały, dlatego też pismem z dnia 2 lipca 2020 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia ceny wskazanej w ofercie za realizację wszystkich części zamówienia, pod kątem wykazania, że nie jest ona rażąco niska. Wątpliwości stanowiące podstawę do wystosowania ww. wezwania nie zostały jednak przez Konsorcjum wyjaśnione, w szczególności przy pomocy odpowiednich dowodów potwierdzających, że realizacja zamówienia (wszystkich jego części) za zaoferowaną cenę jest możliwa. W tym też zakresie Konsorcjum nie sprostало ciężącemu na nim obowiązкови obalenia domniemania złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niską. W wezwaniu z dnia 2 lipca 2020 r. Zamawiający jednoznacznie i szczegółowo wskazał elementy jakie Konsorcjum powinno wyjaśnić. Zamawiający oczekiwał, aby Konsorcjum przedstawiło ceny poszczególnych materiałów, oferty uzyskane od dostawców i producentów, przyjętą technologię i organizację robót, koszty wynagrodzeń (np. podanie wynagrodzenia pracowników wraz z wyjaśnieniem rodzaju zatrudnienia), koszty podwykonawców, koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia. Co istotne, powyższy katalog miał charakter katalogu otwartego i Konsorcjum powinno w wyjaśnieniach uwzględnić wszelkie inne koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią ww. wezwania obowiązkiem Konsorcjum było przedstawienie Zamawiającemu i opisanie wszystkich indywidualnych okoliczności wpływających na obniżenie ceny (jej poszczególnych składników), przy jednoczesnym zapewnieniu wykonania zamówienia w pełnym zakresie za zaoferowaną preferencyjną cenę i to z założeniem zysku. Zamawiający wprost zastrzegł, że oczekuje nie tylko wyjaśnień, ale także dowodów potwierdzających możliwość wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Niezłożenie wyjaśnień lub dowodów miało skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum w piśmie z dnia 8 lipca 2020 r. przedstawiło lakoniczne i niewystarczające wyjaśnienia dotyczące ceny swojej oferty. Nie zawierają dowodów, które mogłyby potwierdzać prawidłowość kosztów przyjętych do kalkulacji ceny, dotyczących realizacji poszczególnych elementów zamówienia. Ponadto Konsorcjum nie uwzględniło w wyjaśnieniach kosztów wykonania istotnych czynności będących przedmiotem zamówienia. W konsekwencji braków w wyjaśnieniach oraz nieprzedłożenia przez Konsorcjum dowodów potwierdzających wysokość ceny oferty, należy stwierdzić, że Konsorcjum, pomimo spoczywającego na nim ciężaru, nie wykazało, że cena oferty w zakresie części 2, 3 i 4 nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powoduje to zatem ziszczenie się przesłanek odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 90 ust 3 Pzp. Jednocześnie zaproponowane przez

Konsorcjum ceny poszczególnych elementów składających się na cenę globalną oferty są rażąco niskie i nierealne. Zaniżenie tych cen „składowych” powoduje w konsekwencji, że cena całkowita oferty Konsorcjum jest również rażąco niska, bowiem nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w całym jego zakresie za kwotę wskazaną przez Konsorcjum. Oznacza to zatem, że oferty Konsorcjum w zakresie części 2, 3 i 4 powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp. W wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu, Konsorcjum poprzestało na ogólnych twierdzeniach, z których rzekomo wynikać, że cena oferty nie jest rażąco niska, co jednak nie zostało poparte żadnymi dowodami. Do wyjaśnień Konsorcjum załączyło własne wyliczenia ceny oferty dla każdej części zamówienia. Jedynymi zewnętrznymi dowodami potwierdzającymi zaproponowaną cenę są oferty od dostawców materiałów — a który to element stanowi jedynie niewielki ułamek kosztów ponoszonych w zw. z realizacją zamówienia w pełnym jego zakresie. Żaden inny składnik cenowy nie został przez Konsorcjum wykazany. Taki sposób wyjaśnienia ceny oferty jest sprzeczny z art. 90 ust. 2 Pzp.

Odwołujący odnosząc się do poszczególnych wyjaśnień Przystępującego wskazał, że zgodnie z wyliczeniami kosztów realizacji poszczególnych zadań przedstawionych przez Konsorcjum, wynagrodzenie pracownika za jedną godzinę pracy wynosi 20 zł. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na kilka elementów, które powodują, że takie założenie nie jest prawidłowe (a co najmniej jest niewiarygodne i niemożliwe do obiektywnej weryfikacji), a nadto, że cena oferty w tym zakresie jest rażąco niska:

a.z treści wyjaśnień Konsorcjum z dnia 8 lipca 2020 r, nie wynika forma prawna zatrudnienia pracowników. Konsorcjum wskazało, że dysponuje własnym działem geodezyjnym i projektowym zatrudnionym na podstawie umowy o pracę. W stosunku do pozostałego personelu Konsorcjum nie przedstawiło żadnych wyjaśnień, a jedynie jedną stawkę w wysokości 20 zł za godzinę i nie wiadomo do czego stawkę tę odnosić.

b.stawka 20 zł za godzinę pracy jest nierynkowa. Przede wszystkim zgodnie ze stanowiskiem Związku Zawodowego Budowlani, minimalna stawka godzinowa w budownictwie na rok 2020 wynosi 21 zł brutto (łącznie koszt pracodawcy). Tym samym zaproponowana przez Konsorcjum stawka jest niższa niż najniższa stawka rekomendowana przez Związek Zawodowy Budowlani na rok 2020.

c.Przy realizacji zamówienia będą brać udział wysoko wykwalifikowane osoby, a tym samym wysokość ich wynagrodzenia będzie wyższa niż minimalne wynagrodzenie, co czyni wskazaną jednolitą stawkę zupełnie nierealną.

d.Konsorcjum powinno było przedstawić koszty pracownicze z rozróżnieniem na personel wysoko wyspecjalizowany oraz pracowników fizycznych. Przyjęcie jednej stawki wynagrodzenia powoduje, że cena oferty nie została prawidłowo wyjaśniona.

e.Wątpliwe również jest, że stawka godzinowa pracownika wynosi dokładnie 20,00 zł, podczas gdy do realizacji zamówienia będzie zaangażowanych wiele osób, których wynagrodzenie jest różne. Niewiarygodne jest zatem, że w wyniku uśrednienia stawki godzinowej wszystkich pracowników, stawka godzinowa wynosi dokładnie 20,00 zł. Nawet jednak gdyby tak hipotetycznie było, to Konsorcjum winno było zaprezentować szczegółowo w wyjaśnieniach w jaki sposób doszło do wyliczenia ww. stawki uśrednionej, tak aby wyliczenia były możliwe do weryfikacji — brak jednak tego rodzaju wyliczeń z udzielonych wyjaśnień.

f.Zaproponowana stawka godzinowa nie uwzględnia urlopów wypoczynkowych pracowników (ewentualnie ekwiwalentu za niewykorzystany urlop),

g.Konsorcjum nie uwzględniło w wyjaśnieniach pozostałych kosztów związanych z wyposażeniem pracowników w odpowiedni strój i środki ochrony niezbędne do "konania zamówienia (np. rękawice ochronne w okresie zimowym, posiłki profilaktyczne, woda w dni upalne, itp.). Są to koszty, które mają wpływ na cenę robocizny, które to nie zostały ujęte w wyjaśnieniach Konsorcjum.

h.Konsorcjum nie przedstawiło żadnego dowodu potwierdzającego ponoszono realnie koszty pracy pracowników.

Tym samym, uwzględniając już chociażby jedynie, że minimalna stawka godzinowa pracownika wynosić powinna 21,65 zł brutto, wysokość kosztów robocizny powinna kształtować się następująco:

Zadanie 2: $1\ 1\ 400,00 \times 21,65 = 246\ 810,00$ zł a nie 228 000,00 zł

Zadanie 3: $18\ 620,00 \times 21,65 = 403\ 123,00$ zł a nie 372 400,00 zł

Zadanie 4: $17\ 632,00 \times 21,65 = 381\ 732,80$ zł a nie 352 640,00 zł

Kolejno odnosząc się do wskazanej przez Konsorcjum ceny za metr bieżący (mb) przewiertu sterowanego (przecisku) Odwołujący zauważył, że Konsorcjum stwierdziło, że rynkowa cena za wykonanie takiego zakresu robót wynosi ok 100 zł za netto za 1 mb. Ze względu natomiast na fakt, że Konsorcjum rzekomo dysponuje swoimi urządzeniami, za wykonanie przewiertu zaproponowało stawkę 45,00 zł netto za 1 mb. Konsorcjum nie przedstawiło jednak żadnego know-how, które pozwoliłoby na uzyskanie takich oszczędności. Sam fakt dysponowania własnym sprzętem nie daje podstaw do przyjęcia takiej ceny. Jednocześnie, Konsorcjum nie wykazało, że rzeczywiście jest właścicielem sprzętu. Z przedstawionych informacji nie wynika czy Konsorcjum dysponuje sprzętem jako właściciel, czy np. leasingobiorca. Ze stanowiska Konsorcjum nie można ustalić, czy sprzęt jest zamortyzowany (brak w tym zakresie jakichkolwiek dowodów), czy jego nabycie było finansowane ze źródeł zewnętrznych (np. kredyt). W tym kontekście Konsorcjum nie sprostало ciężarowi dowodu, a poprzestało jedynie na głośnych twierdzeniach, które są jednocześnie niewiarygodne. Ze względu na to, że Konsorcjum nie wskazało konkretnej technologii wykonania prac, należy przyjąć, że prace te Konsorcjum zamierza wykonać zgodnie z technologią wynikającą z katalogów nakładów rzeczowych. Zgodnie też z aktualnym cennikiem Sekocenbud (cennik na II kwartał 2020 roku) stawka za wykonanie 1 mb przewiertu wynosi 48,13 zł netto. Tym samym stawka przyjęta przez Konsorcjum jest istotnie zaniżona w stosunku do stawek rynkowych.

Ponadto Odwołujący zauważył, że w wyjaśnieniach Konsorcjum twierdzi (nie przedstawiając jakiegokolwiek dowodu), że sprzęt, który będzie używany do wykonania umowy jest rzekomo jego własnością Konsorcjum. Z tego tytułu Konsorcjum uznało, że może zaproponować korzystniejsze warunki za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jak już wskazano w odwołaniu, Konsorcjum nie przedstawiło jednak żadnego dowodu, który mógłby potwierdzać, że sprzęt jest jego własnością i nie ponosi dodatkowych kosztów jego utrzymania np. kosztów kredytu, amortyzacji etc. Ponadto zaproponowane koszty istotnie odbiegają od cen wynikających z aktualnego cennika Sekocenbud (cennik na II kwartał 2020 roku), zgodnie z którym stawka za 1 m-g (tzw. maszynogodzina):

a.podnośnika montażowego samochodowego hydraulicznego wynosi 108,19zł netto,

b.koparki jednonaczyniowej na podwoziu gąsienicowym (od 0,25 m3 do 0,60 m3) wynosi od 77,37 zł netto do 106,38 zł netto,

c.samochodu dostawczego 65, 13 zł netto.

Tym samym ceny zaproponowane przez Konsorcjum są całkowicie nierynkowe i nieuzasadnione. Niewykazana okoliczność dotycząca prawa własności Konsorcjum do takich urządzeń nie powoduje możliwości zaoferowania cen wskazanych przez Konsorcjum w wyliczeniach kosztów realizacji poszczególnych zadań. Odwołujący zauważył również, że w wyjaśnieniach z dnia 8 lipca 2020 r. Konsorcjum w ogóle nie przedstawiło informacji na temat kosztów związanych z wykorzystaniem przy realizacji zamówienia samochodu skrzyniowego z HDS (hydrauliczny dźwиг samochodowy). Jest to sprzęt konieczny do załadunku materiałów ciężkich, którymi są słupy betonowe, czy stalowe (słupy demontowane). Zgodnie z aktualnym cennikiem Sekocenbud (cennik na II kwartał 2020 roku) koszt realizacji prac przy zastosowaniu samochodu skrzyniowego z HDS wynosi minimalnie 11,20 zł za komplet czynności związanych z demontażem słupów. Powyższe powoduje, że Konsorcjum nie uwzględniło takich kosztów w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Jednocześnie także inne koszty dotyczące tego zakresu prac nie zostały przedstawione ani wykazane przez Konsorcjum.

Odnosząc się do zawartych w wyjaśnieniach informacji dotyczących uzyskanego wsparcia w wysokości 1 600 000 zł w ramach Tarczy Kryzysowej Covid — 19 od Polskiego Funduszu Rozwoju Odwołujący stwierdził, że takie oświadczenie nie zostało potwierdzone jakimikolwiek dokumentami. Ponadto, z wyjaśnień nie wynika czy takie wsparcie jest pożyczką (jeśli tak to jakie jest jej oprocentowanie), czy może bezzwrotnym dofinansowaniem. Trudno zatem określić czy Konsorcjum będzie zobowiązane do zwrotu tego wsparcia. Ponadto Konsorcjum nie wskazało, który z podmiotów takie wsparcie otrzymał — COPCO czy EL-PROD, oraz jaki wpływ takie wsparcie ma na realizację zamówienia i zaoferowaną cenę. W konsekwencji Konsorcjum nie wykazało, aby rzekomo uzyskane wsparcie mogło mieć jakikolwiek wpływ na zaproponowaną cenę oferty.

Kolejno Odwołujący zauważył, że Konsorcjum nie udowodniło poprzez oferty lub poprzez własną kalkulację (Konsorcjum przedstawiło jedynie koszty zatrudnienia geodety) kosztów geodezji dla poszczególnych zadań (części zamówienia). Przyjęte natomiast koszty dotyczące takiego zakresu dotyczą jedynie kosztów osobowych, a nie

uwzględniają pozostałych kosztów geodezji. Koszty przyjęte w kalkulacji budzą wątpliwości co do rzetelności jej wykonania. Konsorcjum przyjęło bowiem, że wysokość kosztów geodety dla poszczególnych zadań kształtuje się następująco: zadanie 2: 15 000 zł, zadanie 3: 28 000 zł, zadanie 4: 28 900zł. Jednak zakres robót, jakie powinien wykonać geodeta to: wyznaczenie trasy w terenie, oraz naniesienie zmian prowadzenia kabli zasilających, a także inwentaryzacja i naniesienie lokalizacji słupów oświetleniowych oraz zgłoszenie zakończenia powyższych prac do Wydziału Geodezji i Kartografii. Przy uwzględnieniu powyższego zakresu czynności oraz kosztów przedstawionych przez Konsorcjum Odwołujący uznał, że koszty tego zakresu zamówienia nie zostały przez Konsorcjum prawidłowo ustalone. Ponadto, Konsorcjum przyjęło wyższe koszty geodezyjne za wykonanie Zadania 4, podczas gdy w ramach tego zadania jest do "konania mniej czynności geodezyjnych niż w ramach zadania 3. To tym bardziej potwierdza, że przyjęte przez

Odnosząc się końcowo do kosztów dotyczących nadzoru nad robotami wskazał, że Zamawiający wymaga od wykonawcy skierowania do realizacji zadania Kierownika Budowy z uprawnienia budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej. Konsorcjum wskazało, iż za pełnienie powyższych czynności przyjmuje następujące koszty: Zadanie 2: 30 000 zł netto Zadanie 35 000 zł netto natomiast zadanie 4 - 40 000 zł netto. Tymczasem Konsorcjum nie przedstawiło żadnych twierdzeń ani argumentów, które pozwalałyby na obronę takiej wyceny. Koszty nadzoru dla każdej z części są bowiem znacznie wyższe. Jednocześnie, pomimo tego, że zakres zadania 4 jest mniejszy niż zadania 3, Konsorcjum przyjęło wyższe koszty nadzoru dla zadania 4. Jest to niczym nieuzasadnione działanie i potwierdza, że Konsorcjum działa nierzetelnie zarówno przy wycenie ceny oferty jak i przy składaniu wyjaśnień.

Konsorcjum wywodzi, że ze względu na posiadany zbiornik na paliwo, uzyska oszczędności w realizacji zamówienia. Jednak powyższe nie zostało poparte żadnymi dowodami. Do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne umowy, które potwierdzałyby obniżenie kosztów dotyczących paliwa względem rynkowych stawek. Tym samym twierdzenia Konsorcjum w tym zakresie należy uznać za nieudowodnione.

Odwołujący stwierdził również, że Konsorcjum w wyjaśnieniach nie uwzględniło kosztów, w szczególności odnoszących się do:

- a.opłat za zajęcia pasa ruchu drogowego (obowiązek wynikający z odpowiedzi na pytanie nr 62),
- b.kosztów zagospodarowania odpadami,
- c.utrymiania infrastruktury (obowiązek wykonawcy wynikający z § 3 ust. 5 pkt. f) wzoru umowy),
- d.przygotowania placu budowy, przywrócenia do stanu pierwotnego oznakowania.

Konsorcjum nie wyjaśniło również przyjętych ilości roboczogodzin i motogodzin sprzętu budowlanego. Przyjęte do wyceny ilości powinny zostać odpowiednio wykazane i potwierdzone stosownego dokumentu, na podstawie którego możliwa byłaby weryfikacja założeń Konsorcjum przyjętych do wyceny przedmiotu zamówienia. Oznacza to zatem, że Konsorcjum wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi nie wykazało, że cena oferty nie jest rażąco niska. Konsorcjum pominęło w swoich wyjaśnieniach istotne elementy przedmiotu zamówienia, które miały wpływ na cenę oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 września 2020r. wniósł o jego oddalenie w całości. Stwierdził, że nie jest zasady zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i uznania, że nie została ona w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium poprzez brak możliwości realizacji przez Zamawiającego gwarancji wadialnej w przypadku wystąpienia przesłanek określonych w art. 46 ust. 5 Pzp z uwagi na fakt, że została ona wystawiona na rzecz jednego z konsorcjantów — COPCO Plus Sp. z o.o.

Zamawiający stwierdził, że gwarancja ubezpieczeniowa nie musi być wystawiona na wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum. Takie stanowisko zostało wyrażone w bogatym orzecznictwie sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej np. w wyrokach: Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt: II Ca 489/06, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1313/15, Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 r., sygn. akt: XIX Ga 408/07, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2008 r., sygn. akt: V Ca 903/08, czy też niedawnym wyroku z dnia 3 marca 2020 r., KIO 361/20.

Zamawiający wskazał, że gwarancja ubezpieczeniowa ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego i samoistnego, co oznacza, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego Zobowiązanego z beneficjentem (zamawiającym), będącego podstawą udzielenia gwarancji. Dokument gwarancyjny o charakterze abstrakcyjnym charakteryzuje się bowiem tym, że gwarant podejmuje decyzję o zapłacie z tego dokumentu badając jedynie fakt, czy spełnione są przesłanki wynikające z jej treści. Jak stwierdził w przywołanym przez Odwołującego wyroku Sąd Najwyższy z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. IV CSK 86/17) treść wykładni gwarancji bankowej czy też ubezpieczeniowej należy dokonywać zgodnie z regułami wykładni wskazanymi w przepisie art. 65 Kodeksu cywilnego, uwzględniającej cały jej kontekst w aspekcie treści, jak i okoliczności, w których gwarancja została złożona. Biorąc już pod uwagę samą treść gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 8 czerwca 2020 r. stwierdzić należy, że z jej treści nie wynika żadne ograniczenie, że zostanie ona zrealizowana jedynie na skutek działania lub zaniechania jednego tylko konsorcjanta, tj. COPCO Plus Sp. z o.o. Z treści gwarancji jasno wynika, że wypłata kwoty gwarancji nastąpi w sytuacji, kiedy Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w Pzp. Dla Zamawiającego jasnym jest, że w niniejszej sprawie, skoro podstawy zatrzymania wadium mogą dotyczyć wszystkich członków konsorcjum, to działanie lub zaniechanie któregośkolwiek z nich będzie uprawniało Zamawiającego do realizacji uprawnień z tytułu gwarancji. Nie sposób utożsamiać zwrotu w treści gwarancji „ponieważ COPCO PLUS Sp. z o.o. składa ofertę” z ograniczeniem uprawnień wynikających z gwarancji jedynie do działania lub zaniechania tylko tego członka konsorcjum. Poza tym nie powinno budzić wątpliwości, że w niniejszej sprawie prawidłowość gwarancji wadialnej wynika również z jej kontekstu i całości okoliczności, w których gwarancja została złożona. W niniejszym postępowaniu bezsprzecznie całokształt okoliczności wskazuje, że zamiarem i celem Przystępującego było zabezpieczenie gwarancją wadialną oferty złożonej jako konsorcjum firm. Przedstawiona Zamawiającemu wraz ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego treść umowy konsorcjum z dnia 22.04.2020 roku wskazuje w § 2 pkt 3, ppkt b), iż lider konsorcjum tj. COPCO PLUS sp. z o.o. jest zobowiązany do wniesienia w imieniu konsorcjum wymaganego w postępowaniu wadium. W świetle treści tej umowy nie budzi wątpliwości, że COPCO PLUS sp. z o.o. w dacie wystawienia gwarancji (08.06.2020 r.) był pełnomocnikiem prawidłowo ustanowionym przez współkonsorcjantów do pozyskania tego dokumentu. Potwierdza to również treść pełnomocnictwa załączonego do oferty z której jasno wynika, że wszelkie czynności (w tym wniesienie wadium) dokonywane przez COPCO PLUS sp. z o.o. w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dodatkowo wskazał, że z treści gwarancji wynika, że gwarancja posiada charakter bezwarunkowy, nieodwołalny, płatny na pierwsze żądanie. W treści wskazano także, że jest płatna, kiedy Zamawiający stwierdzi zajęcie warunku zatrzymania wadium, wskazano także nazwę postępowania i jego numer. Pozwala to w sposób nie budzący żadnych wątpliwości stwierdzić, że wadium zostało złożone w sposób prawidłowy. Zamawiający wskazał także, że z przepisu art. 23 ust. 3 Pzp wynika, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jasnym jest, że obowiązek prawidłowego wniesienia wadium dotyczy wykonawcy (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), co oznacza, że zgodnie z ww. art. 23 ust. 3 Pzp obowiązek ten dotyczy wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których należy traktować jak jednego wykonawcę. Prawidłowość wniesienia gwarancji wadialnej wynika także z solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów. Potwierdził to Sąd Najwyższy w przywołanym wyżej wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. który stwierdził, że także wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków — ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do ich samych, bez ich wykonania przez pozostałych — nie ma żadnej wartości dla Zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 K.c., że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. Złożenie gwarancji ubezpieczeniowej lub gwarancji bankowej zapłaty wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wystawionej na rzecz jednego z tych wykonawców jest więc wystarczającym zabezpieczeniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wskazanie w treści gwarancji tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dyskwalifikuje możliwości zaspokojenia się z niej przez zamawiającego w przypadku zaistnienia którejkolwiek z sytuacji, o których

mowa w art. 45 ust. 4a i 5 Pzp. Przesłanki zatrzymania wadium odnoszą się bowiem do wykonawcy, a zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do tych wykonawców.

Zdaniem Zamawiającego, również drugi z podniesionych przez Odwołującego zarzutów w postaci braku odrzucania oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę nie zasługuje na uwzględnienie. Nie jest zasadne twierdzenie Odwołującego, że „wątpliwości stanowiące podstawę do wystosowania wezwania nie zostały przez Konsorcjum wyjaśnione”. Konsorcjum przedstawiło dowody w postaci zestawienia kosztów składających się na cenę oferty, a także oferty sprzedaży dostawców, z których Konsorcjum korzystało sporządzając ofertę. Jak podnosi się w doktrynie „artykuł 90 ust. 3 p.z.p. wprawdzie nie określa w sposób wyczerpujący, co może stanowić dowód potwierdzający, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ale przyjąć należy, że są to jakiekolwiek dokumenty, takie jak: oferty od kontrahentów czy dostawców pokazujące, że wykonawca może nabywać towary/materiały na korzystnych warunkach, informacje o otrzymanych rabatach handlowych, umowy z podwykonawcami, opracowania, analizy rynkowe, z których wynika, że zaoferowana cena lub jej elementy odpowiadają cenom rynkowym.” I Nie ma zatem wątpliwości, że Wykonawca posłużył się w wyjaśnieniach odpowiednimi dowodami.

Zamawiający stwierdził, że nieprawdziwe jest również założenie Odwołującego, jakoby katalog informacji wymaganych przez niego w wezwaniu „miał charakter katalogu otwartego i Konsorcjum powinno w wyjaśnieniach uwzględnić wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia.” Przedstawione przez Zamawiającego wyliczenie miało charakter wyłącznie poglądowy i przykładowy. Zauważyć należy, że konsekwencją wystosowania przez Zamawiającego wezwania jest (...) przeniesienie ciężaru dowodu wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska na wykonawcę będącego adresatem wezwania Wykonawca sam więc jest uprawniony do zadecydowania w jakim zakresie chce wyjaśnić cenę swojej oferty i jakimi dowodami to uczyni. Nie można również przyjąć, że Konsorcjum „przedstawiło lakoniczne i niewystarczające wyjaśnienia dotyczące ceny swojej oferty”. Przywołać należy w zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z którego wynika, że „o rzetelności i przekonywalności wyjaśnień nie świadczy sama ilość zapisanych stron i załączników, lecz ich wartość merytoryczna. W odniesieniu do kwestii składania wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny istotne jest, aby złożone wyjaśnienia wskazywały obiektywne czynniki dostępne danemu wykonawcy, które mogą być realnie przeliczone na kwoty ponoszonych przez wykonawcę kosztów”. Oferty dostawców są jednym z najbardziej wartościowych merytorycznie dowodów, które potwierdzają poziom kosztów materiałowych, które to są jednym z najistotniejszych elementów kosztotwórczych. Przywołać również należy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2020 r. (KIO 682/20) w którym KIO stwierdziło, że nie na każdą okoliczność wskazaną w wyjaśnieniach trzeba przedstawić dowody, w większości - przynajmniej wstępnie - wystarcza szczegółowa kalkulacja wykonawcy. Jednak w przypadku, gdy wykonawca odnosi się do nadzwyczajnych warunków czy okoliczności mu dostępnych, powinien to też udowodnić. Zatem jeśli stwierdza, że uzyska wysoce atrakcyjną cenę zakupu lub, że uniknie kosztów, które powinny być poniesione, to jednak powinien poprzeć to dowodami innymi niż własne stwierdzenie. Nie bez znaczenia jest okoliczność, że ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu (a już najbardziej oferty złożonej przez odwołującego) zbliżone są do ceny oferty złożonej przez Konsorcjum. Skoro przepisy Pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia. Można wtedy przyjąć, że cena rażąco niska to jedynie taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro cena oferty Konsorcjum plasuje się na poziomie innych złożonych ofert, znaczy, że jest rynkowa i nie można w stosunku do niej sformułować skutecznego zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnił, że powodem dla którego wszczął postępowanie wyjaśniające nie był fakt, iż cena najtańszej oferty odbiegała znacznie od cen innych ofert ale to, że wartość wszystkich ofert różniła się w znacznym stopniu od wartości szacunkowej zamówienia. Może to zatem znaczyć, że wartość ta została przeszacowana. Jak wyjaśnia Urząd Zamówień Publicznych, w przypadku miernika wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników, Zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywiście takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia

zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie, niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację.

Odnosząc się do kwestii poziomu wynagrodzenia z tytułu kosztów geodezji, Zamawiający wskazał, że w przypadku usług intelektualnych niebagatelną rolę w ustaleniu ceny czy kosztu stanowi czynnik ludzki, tj. wynagrodzenie osoby mającej wykonać przedmiot zamówienia. Stanowić to może swoistą trudność w ocenie, bowiem nie jest możliwe ustalenie jednej wspólnej wartości, za jaką powinna być wykonana usługa, aby cena nie była rażąco niska. Istotną kwestią z punktu widzenia niniejszej sprawy jest okoliczność ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Reasumując stwierdzić należy, że również zarzut polegający na zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty z rażąco niską ceną nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 15 września 2020r. wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że nie są uzasadnione żądania Odwołującego o konieczności odrzucenia oferty ze względu na sposób przekazanego przez Konsorcjum wadium. W przypadku gdy wadium wnoszone jest w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wymagania odnośnie tego sposobu wniesienia wadium zostały uregulowane w pkt. 11 SIWZ. Wymagania te zostały przez Konsorcjum spełnione, gdyż wadium zostało wniesione w jednej z form przewidzianych w SIWZ, a dokument został wystawiony na Gminę Miasta Tychy. W jego opinii zarzuty Odwołującego odnośnie nieprawidłowego wystawienia dokumentu gwarancji nie zasługują na uwzględnienie ze względu treść SIWZ, jak również ze względu na powołane niżej argumenty. Zgodnie z treścią gwarancji przekazanych jako wadium Zamawiającemu Ubezpieczyciel podejmuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej w dokumencie gwarancji po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadniania, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium określonego w Pzp. Nie są zatem zasadne zarzuty Odwołującego jakoby treść gwarancji ubezpieczeniowych nie pozwalała uznać, że ich wystawca odpowiada za działania i zaniechania innych podmiotów niż Copco Plus sp. z o.o. Z treści gwarancji wprost wynika, że do realizacji uprawnień Zamawiającego wystarczy tylko żądanie wypłaty obejmujące jednoznaczne stwierdzenie zaistnienia jednego z warunków uprawniających do zatrzymania wadium. Zamawiający nie ma przy tym obowiązku uzasadniania swego żądania, zatem obawa Odwołującego, iż przyjęcie takiej gwarancji wiąże się dla Zamawiającego z ryzykiem odmowy wypłaty wadium przez gwaranta jest całkowicie nieuzasadniona. Dodał, że kwestia wniesienia wadium została przez konsorcjantów określona w umowie konsorcjum z dnia 22.04.2020r. Umowa ta przewiduje, że to Copco Plus sp. z o.o. ma obowiązek wnieść wadium wymagane w postępowaniu. Przypomnieć trzeba, że Konsorcjum nie posiada osobowości prawnej, w związku z czym gwarancja mogła być wystawiona jedynie na wniosek jednego z konsorcjantów. Ponadto Przystępujący wskazał, że również stanowisko gwaranta zawarte w treści pisma Sopockiego Towarzystwa Ergo Hestia S.A. z dnia 20.08.2020 r. nie pozostawia w tym zakresie żadnych wątpliwości, iż odpowiedzialnością gwaranta objęte są działania i zaniechania konsorcjum firm. Kolejno

Odnosząc się do drugiego z zarzutów odwołania Przystępujący wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 8 lipca 2020 r. przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące obliczenia ceny, w których powołał się m.in. na posiadanie przez Konsorcjum własnych maszyn i urządzeń, które będą używane przy realizacji zamówienia. Dotyczy to w szczególności urządzeń przewiertowych, które lider konsorcjum użytkuje na podstawie umów leasingowych. Wyjaśnił, iż jako lider Konsorcjum posiada obecnie 2 urządzenia przewiertowe co w znaczący sposób może wpłynąć na termin realizacji zamówienia a tym samym na koszty jego realizacji (krótszy termin wykonania skutkuje zmniejszeniem kosztów związanych z zatrudnieniem personelu). Podkreślił, że w załączeniu do pisma załączył przykładową kalkulację dotyczącą przewiertów, wskazującą na zysowność prowadzenia działalności przy zastosowaniu ceny 45 zł netto za metr bieżący wykonanego przewiertu. Oczywiście kalkulacja została przygotowana na podstawie pewnych założeń dotyczących czasu używania maszyny, ale zawiera ona wszystkie koszty związane z wykonaniem tej części zamówienia. Na poparcie kalkulacji przedkładamy dokumenty na podstawie których została przygotowana, w tym w szczególności umowę leasingu. Powyższa kalkulacja jak również informacje wskazane przez Odwołującego w odwołaniu (aktualny cennik Sekocenbud podaje na 48,13 zł netto za metr bieżący przewiertu sterowanego) przeczą tezom Odwołującego jakoby cena 1 mb przewiertu zaproponowana przez Konsorcjum w sposób istotny odbiegała od

cen rynkowych. Ta różnica w cenie może właśnie wynikać z posiadania w wyłącznej dyspozycji maszyny wiertniczej oraz doświadczenia lidera konsorcjum w wykonywaniu tego rodzaju prac. Przystępujący zauważył także, że przedmiot zamówienia to również miejsce jego lokalizacji. Trudno nie brać pod uwagę faktu, że Konsorcjum posiada swoje zasoby personalne i techniczne bardzo blisko miejsca realizacji przedmiotu umowy. Ma to zasadnicze znaczenie dla wyliczenia ceny, w szczególności dotyczy to kosztu pracowników oraz kosztów logistyki. Konsorcjum nie musiało uwzględniać (przeciwnie niż Odwołujący) kosztów związanych z delegacjami pracowników, ich zakwaterowaniem, kosztów logistyki sprzętu, jego zabezpieczenia po wykonywaniu prac itp. Te wszystkie elementy powinien brać pod uwagę Odwołujący ale nie Konsorcjum. Być może jest to powodem dla którego dla Odwołującego złożona przez Konsorcjum oferta wydaje się Odwołującemu zawierać rażąco niską cenę. Szczególnie, że SIWZ nakłada na oferentów obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia. Takie warunki powodują, że Odwołujący przy znacznej części zamówienia nie może skorzystać z podwykonawców np. z terenu Śląska. Taki stan faktyczny znacząco wpływa na koszt wykonania zamówienia jednak jedynie w przypadku Odwołującego.

Zdaniem Przystępującego cenę należy też oceniać z uwzględnieniem aktualnej sytuacji rynkowej. Pandemia spowodowała kryzys, a termin przygotowania i składania ofert (maj-czerwiec 2020 roku) to w zasadzie szczyt lockdownu. Wiele przedsiębiorstw straciło klientów, nastąpił znaczny spadek obrotów. Przepisy tzw. tarczy antykryzysowej przewidują dofinansowania dla przedsiębiorstw, które zanotowały spadek przychodów, a w zamian za dofinansowanie zobowiązują się utrzymać miejsca pracy. Lider Konsorcjum COPCO Plus sp. z o.o. uzyskał z tego tytułu dofinansowanie w wysokości ponad 1.600.000 zł. To środki właśnie na dofinansowanie miejsc pracy. Jednak utrzymanie zatrudnienia to także zapewnienie pracownikom zajęcia. Otrzymanie dofinansowania przez przedsiębiorcę nie oznacza jednak zwolnienia go z obowiązku zapewnienia pracownikom pracy i osiągania przychodów. W takim konkretnym przypadku oferent ma prawo wziąć pod uwagę takie dofinansowanie przy określaniu kosztów wykonania zamówienia. Dodać trzeba, że przepisy dotyczące tego dofinansowania przewidują, że utrzymanie zatrudnienia jest warunkiem umorzenia znacznej części otrzymanego dofinansowania. W takich okolicznościach nie można uznać stawki godzinowej pracownika w wysokości 20 PLN netto za nierynkową, szczególnie że sam Odwołujący przywołuje w odwołaniu dane wskazujące na kwotę 21,65 zł brutto jako stawkę minimalną (łącznie koszt pracodawcy w budownictwie). Przystępujący nie zgodził się również argumentami Odwołującego dotyczącymi nie uwzględnienia przez Konsorcjum niektórych kosztów, w szczególności wyjaśnił, że w przypadku inwestycji w infrastrukturę drogową nie są pobierane na terenie Gminy Tychy opłaty z tytułu zajęcia pasa.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

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

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a

zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: COPCO Plus sp. z o. o. z siedzibą w Imielinie oraz R. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „EL-PROD”.

Izba ustaliła:

Przystępujący wraz z ofertą na wszystkie 4 części zamówienia złożył Zamawiającemu 4 dokumenty gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 08.06.2020r. o numerach od 280000167736 do 280000167739, w której treści wskazano: „ponieważ COPCO PLUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą: 41-407 Imielin, ul. Miarki 5a (dalej zwany

„wykonawcą”) składa ofertę na „wykonanie robót budowlanych dla potrzeb realizacji zadania (•••)”.

Izba zważyła:

Izba w składzie orzekającym za zasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że wykładnia wyroku SN z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17 dokonana przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, w wyniku ponownego rozpoznania skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, pozwala na uznanie, że w każdym przypadku, w którym ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (tzw. konsorcjum), dokument gwarancji wadialnej złożony przez konsorcjum, podlega wykładni w oparciu o przepis art. 65 kodeksu cywilnego. Za każdym więc razem, w sytuacji odnoszącej się do konkretnego wykonawcy w danym postępowaniu, konieczne jest odtworzenie oświadczenia woli, jakie zostało złożone w dokumencie gwarancji wadialnej. Jak słusznie wskazał SO w Gdańsku w wyroku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18: „Znaczenie takie ma bowiem wyłącznie okoliczność, którą potwierdził także i Sąd Najwyższy, 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. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r. późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie zadania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Art. 87 ust. 2 ww. ustawy stanowi natomiast o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Uprawnia to tym samym stwierdzenie, iż ani sposób ukształtowania ani treść stosunku prawnego podstawowego (zamawiający - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta. Odpowiedzialność ta jest bowiem wyznaczona samą treścią gwarancji. Z pewnością zaś rozważania dotyczące gwarancji bankowej należy odnieść także i do gwarancji ubezpieczeniowej, mając na względzie zarówno podobieństwo jak i charakter oraz cel obu dokumentów. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. 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 beneficjenta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. W efekcie okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałyby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji. Zatem nawet jeśli, jak w niniejszej sprawie, członkowie konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę/zlecającego należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę.”.

Natomiast treść gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez Konsorcjum COPCO nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby prowadzić do uznania, iż Gwarant miał wiedzę, że wykonawca COPCO Plus sp. z o.o. będzie składał ofertę w postępowaniu jako jeden z uczestników Konsorcjum, czy chociażby działał jako umocowany pełnomocnik tego Konsorcjum. Co więcej z treści gwarancji wynika, że to tylko sam wykonawca COPCO składa ofertę w

niniejszym postępowaniu.

Zauważyć należy, że analogiczna sytuacja była przedmiotem rozstrzygnięcia wskazanego wyżej wyroku SO w Gdańsku, w którym Sąd wskazał, że „próżno szukać w treści gwarancji ubezpieczeniowej (...) takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości gwaranta co do działania zlecającego jako lidera konsorcjum. Przeciwnie, podkreślane jest wielokrotnie przejęcie odpowiedzialności za zachowanie wyłącznie zleceniobiorcy, i leżące po "jego" stronie (nie "ich", czy "podmiotów powiązanych" czy "współwykonawców"), jako podmiotu w sposób pełny i kompletny zdefiniowanego już w komparycji gwarancji ubezpieczeniowej. Nie zaznaczono w tym miejscu by działał bądź zamierzał działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów, bądź by uzgodniono objęcie działań i zaniechań takich podmiotów definicją "przyczyn leżących po stronie zleceniodawcy". Przeciwnie - z jej treści, ani wprost ani w sposób domniemany, nie wynika by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta także poza wprost wskazane w niej "przyczyny leżące po stronie zleceniodawcy/wykonawcy". Wyłącznie zatem 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".

Podkreślić należy, iż ewentualne przyjęcie o objęciu gwarancją także i "przyczyn, za które zleceniodawca odpowiada" istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta. A wziąć pod rozwagę należy, iż z praktyki ubezpieczeniowej wynika, iż zakres ponoszonej przez gwaranta odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego. Gwarant udziela bowiem gwarancji w celu osiągnięcia zysku a zatem przede wszystkim realizacji własnego celu gospodarczego. Weryfikuje zatem szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy, na podstawie czego decyduje o akceptacji gwarancji i kalkuluje opłacalność dokonywanej z nim czynności. „Tym samym uznać należy, iż w treści tejże gwarancji znajduje odzwierciedlenie wyłączny - zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy - zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywistym jest, że w sytuacji, gdy gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie jednego członka konsorcjum ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp może być przecież inne niż gdyby jej treścią objęte było więcej podmiotów.”.

Tymczasem z treści przedłożonej przez Konsorcjum gwarancji ubezpieczeniowej okoliczności takie w żaden sposób nie wynikają i nie sposób je wyinterpretować w drodze wykładni gwarancji. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że złożona przez Konsorcjum gwarancja, nie zabezpiecza interesów Zamawiającego, a tym samym nie jest prawidłowa. W ocenie Sądu Odwoławczego (wyrok SO w Gdańsku), z czym Izba się zgadza, „koniecznym było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art. 23 ust. 1 w związku z ust. 3 Ustawy PZP), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku "gwarancyjnego" jest liderem - jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożą lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta - zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nim powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem Sądu Okręgowego w mniejszej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że zamawiający z uwagi na nieścisłości, co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją.”.

Odnosząc się do przedłożonej przez Zamawiającego umowy konsorcjum z dnia 22 kwietnia 2020r. stwierdzić należy, że Przystępujący nie wykazał, że dokument ten był przedłożony gwarantowi w momencie udzielania gwarancji, lub że gwarant miał wiedzę na istnienie takiego dokumentu, a w konsekwencji, że wykonawca COPCO działa w imieniu Konsorcjum. Jak już wyżej wskazano, z treści 4 analogicznych dokumentów gwarancji ubezpieczeniowych taka okoliczność nie wynika.

Natomiast przedłożone wraz z pismem procesowym Przystępującego oświadczenie gwaranta z dnia 20 sierpnia 2020r., że odpowiedzialnością gwaranta objęte są działania i zaniechania Konsorcjum firm: COPCO Plus sp. z o.o. oraz PPHU „EL-PROD” R. W. zostało wystawione już po upływie terminu składania ofert, a zatem nie było przedłożone

Zamawiającemu wraz z ofertą, co pozwoliłoby Zamawiającemu uznać złożoną gwarancję wadialną za prawidłową i potwierdzałoby okoliczność, że Gwarant miał wiedzę że wykonawca COPCO plus sp. z o.o. działa w imieniu Konsorcjum.

Skład orzekający za niezasadny uznał zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji gdy cena oferty Konsorcjum w zakresie części 2,3 i 4 jest rażąco niska, a Przystępujący nie wykazał, że cena jest ceną realną.

Podkreślić należy, że aby dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp musi zostać spełniona jedna z dwóch przesłanek wymienionych w tym przepisie, tj. albo brak złożenia wyjaśnień (co nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu) albo jeżeli dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Ponadto wskazać należy, że ustalenia, iż dana cena nie jest ceną rażąco niską, dokonuje Zamawiający, najpierw poprzez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1 Pzp), a następnie poprzez ocenę złożonych wyjaśnień. Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 2 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z art. 90 ust. 1 Pzp wynika ponadto, że Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zatem, rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Nie ulega także wątpliwości, iż badanie ceny i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, albowiem to z opisu dokonanego przez Zamawiającego wynika jakie czynności muszą zostać przez wykonawcę zrealizowane w ramach danego zamówienia, a szczegółowość złożonych wyjaśnień zależy od stopnia złożoności danego zamówienia i ilości czynności, które są konieczne do wykonania.

Podkreślenia również wymaga także, że w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Weryfikacji podlega zatem sama czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez Zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie, złożonej przez wykonawcę oferty.

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należało, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień Przystępującego dotyczących ceny oferty. Przystępujący w wyjaśnieniach powołał się na okoliczności, które umożliwiły mu obniżenie ceny oferty, jak np. bliskość jego bazy do miejsca realizowania zamówienia, posiadanie własnego sprzętu oraz maszyn i w tym zakresie dokonał szczegółowych wyliczeń, które zdaniem Izby zostały prawidłowo ocenione przez Zamawiającego. Przystępujący prawidłowość kalkulacji dotyczącą 1 mb przewiertu potwierdził również w złożonym piśmie procesowym w tym wykazał, że w cenie 1mb przewiertu zawarta jest także opłata leasingowa. Ponadto co istotne zaoferowana przez niego cena jest na poziomie niemal takim samym jak wskazywana w cenniku SEKOCENBUD, co w opinii Izby potwierdza jej rynkowy charakter. Przystępujący powołał się na uzyskaną pomoc w ramach tarczy antykryzysowej, na utrzymanie zatrudnienia w wysokości 1 600 000 zł, co jak wskazywał znalazło odzwierciedlenie przy określaniu kosztów pracowniczych. Za nierzetelną wycenę nie sposób uznać okoliczności, że koszty zatrudnienia geodety są różne w zależności od części zamówienia, tzn. wyższe tam, gdzie jak wskazywał Odwołujący zakres prac jest niższy. Jednak okoliczność ta nie została udowodniona, a nadto wskazać należy, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, w związku z czym sama struktura wewnętrzna ceny nie może stanowić podstawy do jej odrzucenia

Przystępujący przedłożył także kalkulacje cen dotyczące wszystkich czterech części zamówienia, która zawierała wszelkie istotne elementy wyceny jak również przedłożył dowody, których żądał Zamawiający w wezwaniu a dotyczących konieczności dostawy określonego rodzaju materiałów. Uwzględniając złożone wyjaśnienia w tym załączone kalkulacje skład orzekający stwierdził, że Zamawiający dokonał prawidłowego badania i analizy wyjaśnień, które doprowadziły go do

stwierdzenia, że zaoferowana przez Konsorcjum cena oferty jest realna. Zamawiający prawidłowo uznał, że wyjaśnienia złożone były przekonujące, a jednocześnie brak było podstaw, aby wykazać faktycznie, w sposób obiektywny, że cena wskazana przez tego wykonawcę była rażąco niska.

Raz jeszcze należy podkreślić, że przepisy Pzp wymagają dla odrzucenia oferty, aby cena była nie tylko niska, ale w sposób nieodparcie narzucający takie wnioski - rażąco niska. Natomiast w odniesieniu do oferty Konsorcjum Odwołujący nie był w stanie obiektywnie podważyć realności zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny, a tym bardziej wykazać, że cena ta jest cena rażąco niską.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: