

WYROK

z dnia 5 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie **1 marca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **10 lutego 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane REMBUD G.K., Legionowo**

w postępowaniu pn. *Remont Budynku nr 39 – dostosowanie pomieszczeń warsztatowo-laboratoryjnych do wymogów Zakładu R1 na terenie Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia w Zielonce* (nr postępowania ZPR/7/20/F1/L/KO)

prowadzonym przez zamawiającego: **Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia w Zielonce**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako wspólnicy spółki cywilnej: A.G. ADRO, Legionowo, J.G. ADRO, Legionowo** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów tego postępowania kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego**

Sygn. akt KIO 451/21

w Warszawie.

Uzasadnienie

Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia w Zielonce {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Remont Budyńku nr 39 – dostosowanie pomieszczeń warsztatowo-laboratoryjnych do wymogów Zakładu R1 na terenie Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia w Zielonce* (nr postępowania ZPR/7/20/F1/L/KO).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 lutego 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 771237-N-2020.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

5 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako wspólnicy spółki cywilnej: A.G. ADRO z Legionowa i J.G. ADRO z Legionowa {dalej również: „Adro s.c.” „Konsorcjum Adro” lub „Przystępujący”}.

10 lutego 2021 r. Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane REMBUD G.K. z Legionowa {dalej również: „Rembud” lub „Odwołujący”} wniosło w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Adro.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 tj. naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości – przez wybór oferty Konsorcjum Adro, która winna podlegać odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto jest niezgodna z ustawą w zakresie obejmującym wskazanie członków konsorcjum.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Adro, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, w szczególności w odniesieniu do stawki roboczogodziny robocizn, a ze złożonych przez Konsorcjum Adro dokumentów wynika, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, w szczególności w odniesieniu do stawki roboczogodziny robocizny.

3. Art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust 1 pkt 6 oraz 89 ust 1 pkt 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Adro, pomimo że jest ona niezgodna z ustawą co do wskazania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a ponadto nie została zabezpieczona wadium.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty Konsorcjum Adro.
3. Powtórzenia czynności w postępowaniu w wyniku czego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza oferta Rembudu.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

W uzasadnieniu odwołania zrelacjonowano następujące okoliczności faktyczne.

Stawka roboczogodziny pracy personelu wynikająca z oferty Adro Konsorcjum wynosi 19,80 zł.

Pismem z 22 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Adro do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny, przy czym poinformował, że zgodnie z art. 90 ust.2 ustawy pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Konsorcjum Adro w wyjaśnieniach:

- wskazało, że obliczeń stawki dokonało przy założeniu 176 godzin miesięcznie;
- nie przedstawiło, w jaki sposób dokonane zostały obliczenia stawki;
- nie przedstawiło również żadnych dowodów na potwierdzenie, że zastosowana przez nie stawka jest prawidłowa.

W 2021 r. średnia liczba roboczogodzin miesięcznie wynosi 168.

Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2177, zm. Dz.U.2019 r. poz.1564) Rada Ministrów ustala wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej. Natomiast rozporządzenie z dnia 15 września 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 1596) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. stanowi: *§ 1 od 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2 800 zł. § 2. Od 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 18,30 zł.*

Odwołujący wywiódł, że do wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej w budownictwie dla robót budowlano-montażowych należy przyjąć średni miesięczny czas pracy dla 2020 r. wynoszący 168 godzin, co daje stawkę wynoszącą 16,6667 zł. Powyższą stawkę uzupełnia się o narzuty podstawowe tj. składki na ubezpieczenie społeczne (łącznie 4,19 zł) oraz narzuty uzupełniające (łącznie 2,5707 zł), co w sumie daje minimalną kalkulacyjną stawkę godzinową dla robót budowlano-montażowych w 2020 r. w wysokości 23,43 zł, jaką musi przyjąć wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum Adro nie sprostało obowiązkowi nałożonemu przez Zamawiającego w wezwaniu, gdyż określona przez nie stawka godzinowa robocizny jest niezgodna powyżej przytoczonymi przepisami dotyczącymi wynagrodzenia minimalnego. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia Konsorcjum Adro są pobieżne i ogólne, a co do wysokości stawki nie zostały w ogóle przedstawione.

Odwołujący podkreślił, że stawka roboczogodziny personelu wykonawcy ma bardzo istotne znaczenie dla kalkulacji cenowej i jest podstawą do rozliczenia robót przez wykonawcę w trakcie wykonywania zamówienia, a co za tym idzie determinuje cenę całej oferty.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że skoro stawka minimalna roboczogodziny ma charakter obiektywny i jednakowy dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jej ukształtowanie poniżej minimalnej wysokości w ofercie Konsorcjum Adro może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że w ofercie oraz gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium skład Konsorcjum Adro został opisany następująco: *Adro A.G. – LIDER KONSORCJUM ul. Kwiatowa 69. 05-120 Legionowo i Adro S.C. A.G. J.G. CZŁONEK KONSORCJUM ul. Kwiatowa 69. 05-120 Legionowo.* Załączone do oferty pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do złożenia oferty udzielone przez J.G. A.G..

Odwołujący wywiódł, że art. 860 kc definiuje spółkę cywilną jako stosunek obligacyjny, zgodnie z którym wspólnicy zobowiązują się do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. *Przede wszystkim nie jest ona osobą prawną ani jednostką organizacyjną niemającą osobowości prawnej, ale wyposażonego w zdolność prawną. Spółka cywilna, mimo że nie ma osobowości prawnej, jest powszechnie uznawana za korporację, czyli za zrzeszenie osób współdziałających dla osiągnięcia zamierzonego, wspólnego dla wszystkich celu* {K. Pietrzykowski [w:] Kodeks cywilny, t. 2, red. K. Pietrzykowski, 2018,

kom. do art 860, nb 6}. *Konsekwencje braku podmiotowości prawnej spółki cywilnej przejawiają się m.in. w tym, że: 1) stroną zawieranych umów są wszyscy wspólnicy, a nie tylko spółka; 2) podmiotami praw i obowiązków są wszyscy wspólnicy, a nie spółka; 3) stroną postępowania sądowego, administracyjnego są wszyscy wspólnicy, a nie spółka; 4) majątek spółki jest majątkiem wspólnym wspólników; 5) odpowiedzialność za zobowiązania ponoszą wspólnicy, a nie spółka* {A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] Kodeks cywilny..., t. 3, Część szczególna, red. A. Kidyba, 2014, kom. do art. 860, nt 1}.

Odwołujący skonstatował, że ponieważ spółka cywilna wynika wyłącznie z umowy stron, w tym przypadku dwóch podmiotów prowadzących tzw. jednoosobową działalność gospodarczą, wyłącznie wspólnicy mogą być stroną przyszłej umowy z Zamawiającym.

Według Odwołującego Konsorcjum Adro nie złożyło odpowiedniego pełnomocnictwa, o którym mowa z art. 23 ust. 2 pzp, gdyż z żadnego z załączonych do oferty dokumentów nie wynika aby A.G. jako lider konsorcjum był uprawniony do działania w imieniu pozostałych konsorcjantów. Z pełnomocnictw tego wynika bowiem jedynie umocowanie do złożenia oferty udzielone przez jednego wspólnika spółki cywilnej drugiemu. Co więcej, taki dokument jest zbędny, gdyż z art. 865 § 1 kc wynika, że każdy wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki. Natomiast brakuje pełnomocnictwa udzielonego A.G. jako liderowi konsorcjum przez A.G., choć jednocześnie taki dokument nie mógł powstać.

Odwołujący zarzucił, że prowadzący tzw. jednoosobową działalność gospodarczą A.G. złożył ofertę zarówno jako lider konsorcjum, jak i podmiot reprezentujący spółkę cywilną, a więc złożył ofertę w oparciu o stosunek prawny zawarty z samym sobą, choć według art. 108 kc wyłączona jest możliwość zawierania czynności z samym sobą. Jeśli A.G. pragnął wziąć udział w tym postępowaniu w charakterze członka konsorcjum (lidera), mógł to uczynić w każdej innej sytuacji niż ta, gdzie spółka cywilna, której jest wspólnikiem, jest członkiem tego konsorcjum. W konsekwencji nie było możliwe udzielenie pełnomocnictwa wymaganego na mocy art. 23 ust. 2 pzp w zakresie, w jakim A.G. jako wspólnik spółki cywilnej miałby udzielić pełnomocnictwa samemu sobie.

Odwołujący podsumował, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być wątpliwości co do osoby wykonawcy. O ile zatem złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu przez wspólników spółki cywilnej było jak najbardziej dopuszczalne, o tyle konsorcjum oparte o wszystkich wspólników spółki cywilnej jako partnerów konsorcjum oraz jednocześnie wskazanie obok nich jednego z wspólników jako oddzielnego konsorcjanta pełniącego jednocześnie funkcję lidera nie jest dopuszczalne, gdyż narusza art. 23 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 108 kc. W konsekwencji oferta Konsorcjum Adro winna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1

w zw. z art. 26 ust 3a pzp, bez stosowania wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3a pzp, gdyż już z treści oferty wynika podstawa faktyczna odrzucenia.

Odwołujący zarzucił również, że z uwagi na powyżej opisany sposób określenia w treści gwarancji ubezpieczeniowej zobowiązanego, który jest sprzeczny z przepisami prawa, oferta złożona przez Konsorcjum Adro nie została zabezpieczona wadium.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 1 marca 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zamawiający wywiódł, że samo wezwanie wykonawcy do wyjaśnień nie przesądza, że cena jego oferty jest rażąco niska, gdyż decydujące znaczenie ma to, czy złożone wyjaśnienia są przekonujące.

Zamawiający podał, że:

- w kosztorysie inwestorskim z grudnia 2020 r. przyjęto stawkę roboczogodziny na poziomie 18,00 zł;
- Konsorcjum Adro w ramach wyjaśnień przedstawiło m.in. otrzymane oferty i wyceny od dostawców (maile, faktury proforma itd.), informacje na temat preferencyjnych warunków cenowych (w tym oświadczenia współpracujących z nim podmiotów);
- z wyjaśnień wynika, że przyjęto stawkę roboczogodziny wynoszącą 19,80 zł.

W ocenie Zamawiającego wyliczenie ceny zostało przedstawione w sposób wyczerpujący oraz nie budziło wątpliwości co do przyjętych kosztów, a wyjaśnienia potwierdzają, że Konsorcjum Adro jest w stanie wykonać zamówienie za cenę wskazaną w ofercie.

Zamawiający podniósł, że skoro zgodnie z przepisami przywołanymi w odwołaniu od 1 stycznia 2021 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 18,30 zł, przyjęcie przez Konsorcjum Adro stawki godzinowej o 1,50 zł wyższej nie może być uznane za naruszające te przepisy. Nie ma przy tym znaczenia przyjęcie 176 zamiast 168 godzin jako średniej liczby roboczogodzin przypadającej miesięcznie. Uzyskana z przemnożenia przyjętej stawki i liczby godzin kwota 3.484,80 zł pokrywa w sposób kompletny koszt minimalnego wynagrodzenia o pracę.

Zamawiający dodał, że przeprowadził własne obliczenia w celu sprawdzenia poprawności stawki zaoferowanej przez Konsorcjum Adro, porównując stawki roboczogodziny z kosztorysu ofertowego i kosztorysu inwestorskiego {w piśmie zamieszczono stosowną tabelę}.

Według Zamawiającego wyjaśnienia mogą dotyczyć również takich okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy czy przedstawienie przyjętych przez niego do kalkulacji ceny założeń jest wystarczające dla oceny prawidłowości tej kalkulacji, co było wielokrotnie potwierdzane w orzecznictwie Izby (np. w wyroku z 15 września 2016 r. sygn. akt KIO 1624/16).

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zamawiający przytoczył następujący fragment uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z 10 września 2015 r. (II CSK 630/14):

Umowa konsorcjum nie została uregulowana w kodeksie cywilnym. Nie doszło także do wypracowania jej legalnej definicji. Z art. 23 ustawy z dnia 9 stycznia 2006 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 907) wynika jedynie, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia; w tym przypadku, ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego; stosuje się do nich odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Przepis ten określa podstawowe wymagania, które powinna spełniać umowa konsorcjum. W doktrynie prezentowane jest zapatrywanie, że w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcy mogą określić formę prawną wspólnego działania, która najlepiej będzie odpowiadała ich interesom (np. konsorcjum, spółka cywilna). Dopuszczalność zawierania umowy konsorcjum wynika z zasady swobody umów (art. 353¹ KC). Konsorcjum nie ma osobowości prawnej; jest umową pomiędzy dwoma podmiotami lub większą ich liczbą (osobami prawnymi, fizycznymi, ułomnymi osobami prawnymi spółkami osobowymi), zawieraną w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia. W wyniku zawarcia takiej umowy nie powstaje osobny byt prawny posiadający zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Taką zdolność posiadają wyłącznie członkowie tworzący konsorcjum. W orzecznictwie przyjmowane jest, że umowa konsorcjum może stanowić podtyp spółki cywilnej, być spółką cywilną albo mieć samodzielny charakter, jeżeli nie ma podstaw do ustalenia, że występują w niej istotne cechy spółki cywilnej (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14; z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14; z dnia 10 września 2014 r., II CSK 536/14 oraz postanowienie z dnia 6 marca 2015 r., 111 CZP 113/14, niepublikowane).

W orzecznictwie został wyróżniony model scentralizowanego konsorcjum wykonawczego, w którego umowie przewidziano funkcję lidera konsorcjum z szerokimi uprawnieniami do reprezentowania konsorcjum jako całości w jego relacjach prawnych z zamawiającym. Stosunek obligacyjny wynikający z umowy o udzielenie zamówienia publicznego

ukształtowany został między tym konsorcjum (grupą konsorcjantów) a zamawiającym. W jego ramach poszczególni uczestnicy konsorcjum są współwykonawcami wspólnego zadania inwestycyjnego w wielopodmiotowym, ale dwustronnym stosunku obligacyjnym. Wewnętrzny podział robót między poszczególnych uczestników pozostaje już sprawą obojętną dla zamawiającego, ponieważ może on oczekiwać od nich wykonania całego zadania inwestycyjnego (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 130; z dnia 11 maja 2012 r., 11 CSK 491/11; z dnia 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14). Wyszczególnione zostało także konsorcjum zdecentralizowane, w którym poszczególni uczestnicy mogą działać samodzielnie i nawiązywać we własnym imieniu oraz na własny rachunek bezpośrednio stosunki obligacyjne z zamawiającym, Zawierając szczegółowe umowy z zamawiającym, uczestnicy konsorcjum mogą działać wprawdzie w ramach ogólnej umowy konsorcjum, jednakże we wskazanych w tej umowie granicach uczestnictwa we wspólnym przedsięwzięciu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14). Treść wewnętrznego porozumienia pomiędzy uczestnikami konsorcjum decyduje zatem o rodzaju więzi prawnej między nimi j zakresie samodzielności uczestnika, w działaniach względem zamawiającego.

Zamawiający dodał, że nie można zapominać, że zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.) przedsiębiorcami są także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

Zamawiający powołał się również na wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 29 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1789/09 stanowisko Izby, że pełnomocnictwo udzielone przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, najczęściej tzw. konsorcja, ma – wobec brzmienia art. 23 ust. 2 Prawa zamówień publicznych szczególną rolę – gdyż pozwala na stwierdzenie, jakie podmioty są uczestnikami konsorcjum; tylko z niego, (a nie np. z formularza ofertowego) wynika krąg podmiotów, które złożyły ofertę wspólną. W przypadku spółki cywilnej wspólnicy działają w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna wprawdzie nie posiada osobowości prawnej, co jednak nie wyłącza stwierdzenia jej bytu jako podmiotu niezależnego od osób fizycznych będących jej współnikami.

Zamawiający podkreślił, że ponieważ spółka cywilna jest stosunkiem zobowiązaniowym łączącym jej współników, w obrocie prawnym występują jej wspólnicy, a skoro sama spółka nie jest podmiotem praw i obowiązków, nie może składać oświadczeń woli. W konsekwencji oświadczenie woli, jakim jest złożenie oferty, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej współników jako wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia. Również wspólnicy, a nie spółka, mogą być stroną przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający podsumował, że w przypadku Konsorcjum Adro liderem, czyli pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 3 pzp został ustanowiony jeden ze wspólników spółki cywilnej Adro, a oferta złożona przez konsorcjum, w skład którego wchodzi: Adro A.G. (lider konsorcjum) oraz Adro s.c. A.G., J.G. (członek konsorcjum), została złożona prawidłowo.

Zamawiający wywiódł, 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 treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być różnie ukształtowana. Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje treść gwarancji.

Zamawiający powołał się na uzasadnienie wyroku z 17 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 627/18, w którym Izba wskazała że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Artykuł 45 ust. 6 ustawy pzp określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Aby tak się stało, nie może być jakichkolwiek wątpliwości co do tego, w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada.

Zamawiający podsumował, że w przedmiotowej sytuacji nie miał i nie ma wątpliwości, że wadium wniesiono w formie prawidłowej, a w sytuacji wystąpienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 pzp, mógłby wystąpić do gwaranta o wypłatę wskazanej w gwarancji kwoty.

Do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum Adro, wnosząc o oddalenie odwołania i w szczególności następująco odnosząc się do zarzutów odwołania.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Przystępujący zauważył, że przyjęta przez niego w kosztorysie ofertowym stawka roboczogodziny personelu („R”) w wysokości 19,80 zł oczywiście przewyższa wysokość

minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. wynoszącej 18,30 zł brutto. Także dzieląc wysokość miesięcznego minimalnego wynagrodzenia za pracę przez średnią liczbę dni pracy w miesiącu otrzymamy stawkę znacznie niższą (16,66 zł jak to obliczono w odwołaniu) od przyjętej przez Konsorcjum Adro. Przystępujący nadmienił, że omyłkowe obliczenie w oparciu o 176 godzin miesięcznie zamiast 168 działa tylko na korzyść Przystępującego.

Przystępujący podniósł, że podstawę odrzucenia jego oferty Odwołujący opiera na rzekomo niezgodnej z obowiązującymi przepisami stawce wynagrodzenia pracowniczego personelu, podczas gdy stawka, jaką zastosowało Konsorcjum Adro jest zgodna z przepisami przywołanymi w odwołaniu.

Natomiast dokument, do którego dodatkowo odwołuje się Odwołujący, to zalecenia izby branżowej, które można określić co najwyżej jako rekomendacje o niewiążącym charakterze, gdyż Związek Zawodowy „Budowlani” z pewnością nie kształtuje stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Przystępujący powołał się na to, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie potwierdzała że stawki zawarte w powołanych rekomendacjach nie stanowią podstawy oceny zgodności stawki kalkulacyjnej z oferty przetargowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, gdyż podstawą oceny zgodności stawki z ustawą jest ustawa nie zaś rekomendacje branżowe.

Przystępujący podsumował, że jego oferta jest zgodna zarówno z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę jak i wydanym na jej podstawie rozporządzeniem. Okoliczność, że Odwołujący przyjął wyższą stawkę za roboczogodzinę nie może natomiast stanowić podstawę zarzutu niezgodności innej oferty z obowiązującymi przepisami prawa. Z uwagi na powyższe zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są bezpodstawne.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

W ocenie Przystępującego stanowisko i argumentacja Odwołującego są wewnątrznie sprzeczne, co świadczy o pozorności zarzutu. Odwołujący z jednej strony stwierdza bowiem, że zgodnie z art. 23 ust 2 pzp w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielanie zamówienia wykonawcy obowiązani są do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący twierdzi, że przecież dla złożenia oferty przez A.G. w imieniu spółki cywilnej Adro A.G., J.G. nie był w ogóle potrzebny dokument pełnomocnictwa z uwagi na art. 865 § 1 kc.

W ocenie Przystępującego sposób reprezentacji w ramach konsorcjum, jaki wskazał w postępowaniu jest prawidłowy, gdyż uwzględnia specyfikę spółki cywilnej oraz

jednoosobowej działalności gospodarczej w sytuacji ubiegania się o zamówienie spółki cywilnej tworzonej przez wspólników i jednoosobowego przedsiębiorcy.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymały swoje stanowiska.

Przystępujący dodatkowo wskazał m.in., co następuje.

W odniesieniu do tego, że nie można utożsamiać stawki kosztorysowej roboczogodziny ze stawką minimalnego wynagrodzenia, dodał, że w przypadku kosztorysów opartych o KNR wynika to z tego, że nakłady przewidziane w tych normach pochodzących z lat 80-tych nie odpowiadają obecnej rzeczywistości gospodarczej, tzn. obecnie dzięki większej mechanizacji i lepszym narzędziom faktyczny nakład pracy dla wykonania robót objętych daną pozycją KNR jest znacznie niższy. Dla przykładu złożył w zakresie trzech pozycji wyciąg z kosztorysu ofertowego ze wskazaniem (ręczne adnotacje na wydrukach), jaki jest rzeczywisty nakład roboczogodziny dla wykonania tych prac.

Odnośnie określenia wykonawcy, nawet jeżeli doszło do niepotrzebnego zdublowania wskazania jednego z przedsiębiorców wchodzących w skład spółki cywilnej odrębnie jako lidera konsorcjum, nie prowadzi to do żadnych konsekwencji, na które wskazuje odwołujący, włącznie z kwestią wadium, które należy uznać za wniesione prawidłowo.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwoływający wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Adro uniemożliwia Odwoływającemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Podkreślić należy, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 npzp należy interpretować szeroko jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes ten może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.

Wobec tego nie ma znaczenia okoliczność, którą podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że ponieważ cena oferty Rembudu przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, nie mógłby w aktualnie prowadzonym postępowaniu dokonać wyboru tej oferty, a zmuszony byłby do unieważnienia tego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Stanowisko Zamawiającego stanowi przejaw zawężania interesu wykonawcy do postępowania o udzielenie zamówienia, w którym złożył on odwołanie, czyli stanowiska, które zarzucono już na tle obowiązującego poprzednio art. 179 ust. 1 pzp.

Takie wąskie postrzeganie interesu zaczęło się zmieniać w związku z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej: „TSUE” lub „Trybunał”} z 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13, Puligienica Facility Esco SpA (PFE) v. Airgest SpA (EU:C:2016:199), w którym Trybunał, rozpoznając odwołania wniesione przez dwóch wykonawców, z których każdy domagał się wykluczenia konkurenta, wyraził pogląd, że w takiej sytuacji każdy z nich ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może doprowadzić bowiem do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tym samym Trybunał uznał, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej, nawet w sytuacji, gdy skutkiem miałyby być unieważnienie postępowania, gdyż wówczas mogą ubiegać się o zamówienie w kolejnym postępowaniu. W ślad za tym wyrokiem Izba w wyroku z 5 września 2016 r. sygn.

akt KIO 1556/16 wywiodła, że w świetle aktualnej wykładni prounijnej w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego, tj. umowy odpłatnej zawieranej między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Następnie zbliżony pogląd wyraził TSUE w wyroku z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik v. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (EU:C:2017:358), w uzasadnieniu którego stwierdził, że w sytuacji, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie danego zamówienia w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji w orzecznictwie krajowym z czasem przyjęto szerokie ujęcie interesu, oparte odróżnianiu postępowania o udzielenie zamówienia od zamówienia. W szczególności w uzasadnieniu wyroku z 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19 Izba stwierdziła, że w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak też Izba w uzasadnieniu wyroku z 5 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2144/18).

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Poza wszelkim sporem jest okoliczność (przyznana również na rozprawie przez Odwołującego), że wynikająca z kosztorysu ofertowego Konsorcjum Adro stawka roboczogodziny 19,80 zł jest wyższa od stawki 18,30 zł, wynikającej wprost z § 2 rozporządzenia z dnia 15 września 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 1596) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r., czy stawki 16,66 zł, wyliczonej z podzielenia kwoty minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę określonego w § 1 tego rozporządzenia na 2800 zł przez liczbę 168

godzin średnio przypadającą miesięcznie w 2021 r.

Przy czym zgodnie z art. 6 ust. 4. ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) do obliczenia wysokości wynagrodzenia pracownika przyjmuje się przysługujące pracownikowi składniki wynagrodzenia i inne świadczenia wynikające ze stosunku pracy, zaliczone według zasad statystyki zatrudnienia i wynagrodzeń określonych przez Główny Urząd Statystyczny do wynagrodzeń osobowych, z zastrzeżeniem ust. 5 (wg tego ostatniego przy obliczaniu wysokości wynagrodzenia pracownika nie uwzględnia się: 1) nagrody jubileuszowej; 2) odprawy pieniężnej przysługującej pracownikowi w związku z przejściem na emeryturę lub rentę z tytułu niezdolności do pracy; 3) wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych; 4) dodatku do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej; 5) dodatku za staż pracy). Według informacji publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny wynagrodzenia osobowe obejmują w szczególności (po uwzględnieniu przywołanych powyżej wyłączeń): wynagrodzenia zasadnicze w formie czasowej, akordowej, prowizyjnej i innej, dodatkowe wynagrodzenia) za szczególne właściwości pracy, szczególne kwalifikacje lub warunki pracy, premie i nagrody regulaminowe i uznaniowe, wynagrodzenia dodatkowe za prace wykonywane w ramach obowiązującego wymiaru czasu pracy, lecz nie wynikające z zakresu czynności, wynagrodzenia za czynności przewidziane do wykonania poza normalnymi godzinami pracy w zakładzie lub w innym miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, wynagrodzenia za czas niewykonywania pracy, wypłacane za środków pracodawców (wynagrodzenia za urlopy wypoczynkowe i dla poratowania zdrowia, za czas niezdolności do pracy wskutek choroby, za czas przestoju nie zawinionego przez pracownika i inne), ekwiwalenty pieniężne za nie wykorzystany urlop wypoczynkowy i inne, świadczenia o charakterze deputatowym (wartość świadczeń w części nieopłaconej przez pracownika) [<https://stat.gov.pl/metainformacje/sloownik-pojec/pojecia-stosowane-w-statystyce-publicznej/608,pojecie.html>]

Natomiast wskazywana w odwołaniu jako właściwy punkt odniesienia stawka roboczogodziny 23,43 zł, jak dowiódł sam Odwołujący, stanowi jedynie stawkę rekomendowaną (czyli zalecaną) dla robót budowlano-montażowych w 2021 r. przez 6 organizacji pracodawców, 2 związki zawodowe i 7 organizacji tzw. wspierających {patrz dokument złożony przez Odwołującego na rozprawie}.

Reasumując, już z uzasadnienia odwołania wynika, że wbrew temu, co wskazano w jego podsumowaniu, stawka roboczogodziny z kosztorysu Konsorcjum Adro nie jest niezgodna z obowiązującymi przepisami prawa, a co najwyżej nie uwzględnia wspomnianych rekomendacji, które jednak nie stanowią w ogóle przepisów prawa.

Z uwagi na treść pisma procesowego Odwołującego z 1 marca 2021 r., podkreślić należy, że ponieważ zarzut zawarty w odwołaniu oparty jest wyłącznie na powyżej omówionych okolicznościach, Izba nie wzięła pod uwagę nowych okoliczności, o których wspomniano dopiero w tym piśmie, kształujących w istocie stanowi alternatywną wersję uzasadnienia odwołania, przedstawioną już po upływie zawitego terminu na jego wniesienie. Stąd pominięciu podlegały również wnioski dowodowe zgłoszone na potwierdzenie tych nowych zarzutów, do których rozpoznania w tej sprawie Izba nie była uprawniona {o czym szerzej poniżej w ramach rozważań prawnych}.

Ponadto zgodzić się należy z Przystępującym, który podniósł na rozprawie, że nakłady robocizny określone wg Katalogach Nakładów Rzeczowych (KNR) pochodzących z wczesnych lat '80 nie odzwierciedlają faktycznego czasu pracy koniecznego, po uwzględnieniu współcześnie dostępnych narzędzi, dla wykonania zakresu prac opisanego w danej pozycji KNR. Przystępujący przedstawił w tym zakresie na rozprawie przykładowo 3 takie pozycje, w których rzeczywisty czas pracy jest od 2 do nawet ponad 5 razy krótszy niż nakład robocizny wg opisu pozycji KNR. Ponieważ Odwołujący temu nie zaprzeczył, na zasadzie art. 533 § 2 npzp uznano te okoliczności za przyznane przez Odwołującego.

Reasumując, ponieważ odwołanie nie zawiera okoliczności dotyczących wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Konsorcjum Adro innych niż powyżej opisane, a te nie wskazują na rażące zaniżenie choćby kosztów robocizny, nie ma podstaw do ustalenia, że wyjaśnienia te były niewystarczające.

Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, gdyż nie wykazał, że Zamawiający nie mógł uznać udzielonych na jego wezwania przez Konsorcjum Adro wyjaśnień za wykazujące, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie ze spoczywającym na nim w tym zakresie ciężarem dowodu.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 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. poz. 2177); 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.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia

tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 i art. 537 pkt 1 i 2 {poprzednio art. 190 ust. 1 i 1a pzp} do przepisu art. 555 nowego pzp {poprzednio art. 192 ust. 7 pzp}.

Według art. 534 ust. 1 npzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym art. 535 npzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże z art. 537 npzp wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania

odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja, wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 npzp, a przede wszystkim z uwzględnieniem art. 555 npzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 npzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd wprowadzony w art. 537 pkt 1 i 2 npzp szczególny rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny, nie zmienia reguły, że wprawdzie muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Zatem odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może to sprowadzać się do twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień

powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu, jak to powyżej zrelacjonowano, w uzasadnieniu odwołania tak, a nie inaczej opisano okoliczności faktyczne, które zdaniem Odwołującego świadczą o tym, że Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie ocenić złożone na jego żądanie przez Konsorcjum Adro wyjaśnienia. W szczególności z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty określoną przez Konsorcjum Adro obiektywnie nie dało się zrealizować tego zamówienia. Z kolei okoliczności podniesione przez Odwołującego w piśmie procesowym z mocy art. 535 npzp wykraczały poza kognicję Izby w tej sprawie.

Wobec tego rozpoznając sprawę w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp przez Zamawiającego.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Wskazanie w ofercie oraz gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, że w skład Konsorcjum Adro wchodzi: Adro A.G. jako lider tego konsorcjum i Adro s.c. A.G., J.G. jako członek tego konsorcjum, nie zmienia tego, że faktycznie o przedmiotowe zamówienie ubiegają się wspólnie przedsiębiorcy A.G. ADRO z Legionowa i J.G. ADRO z Legionowa jako wspólnicy spółki cywilnej ADRO.

W takim przypadku wspólnicy spółki cywilnej, aby uczynić zadość wymaganiu z art. 23 ust. 2 pzp, mogą się zdecydować albo na załączenie do oferty umowy spółki cywilnej, albo na sporządzenie odrębnego pełnomocnictwa, jak zdecydowali się w tym postępowaniu wspólnicy spółki cywilnej ADRO.

Skoro art. 866 Kodeksu cywilnego stanowi, że w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw, prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia nie może domniemywać, jaka jest treść umowy spółki, bez zapoznania się z jej treścią.

Skoro w tym przypadku w skład spółki wchodzi dwóch wspólników konieczne a zarazem wystarczające jest aby jeden z nich udzielił drugiemu umocowania do występowania w ich imieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co też zostało uczynione, jak wynika z treści pełnomocnictwa 11 stycznia 2021 r. Zgodnie z brzmieniem

tego pełnomocnictwa J.G., jako współniczka w ADRO s.c. J.G., A.G., udzieliła A.G., współnikowi ADRO s.c. J.G., A.G., umocowania m.in. do podpisania i złożenia w ich imieniu oferty w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

Co prawda na wstępie odwołania wskazano na naruszenie przepisów stanowiących trzy odrębne podstawy prawne odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp i art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp), ale w uzasadnieniu odwołania nawiązano tylko do pierwszej (oferta niezgodna z ustawą) z nich, wskazując na art. 23 ust. 1 i 2 pzp, względnie na art. 108 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} (co jednak z kolei nawiązuje do podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp – oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów).

Art. 23 stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (ust. 1). W takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2).

Skoro, jak powyżej ustalono, wspólnicy spółki cywilnej zdecydowali się na ubieganie się o udzielenie tego zamówienia i ustanowili jednego z nich pełnomocnikiem do ich reprezentowania w tym postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia publicznego, oczywiste jest, że nie doszło do naruszenia art. 23 ust. 1 i 2 pzp.

Zgodnie z art. 108 kc pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonywa w imieniu mocodawcy, chyba że co innego wynika z treści pełnomocnictwa albo że ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Przepis ten stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy pełnomocnik reprezentuje obie strony.

Skoro, wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, ustanowienie jednego ze współników spółki, o której mowa w art. 860 § kc, pełnomocnikiem obu współników, jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 pzp, nie stanowi czynności, o której mowa w art. 108 kc, oczywiste jest, że ten ostatni przepis nie wskazuje na nieważność złożonej przez Konsorcjum Adro oferty.

Z kolei dla zarzutu związanego z wadium nie wskazano nawet przepisu, który miałyby zostać naruszone przez Zamawiającego. Przede wszystkim, skoro nie ma wątpliwości co do tego, jacy wykonawcy ubiegają się o udzielenie tego zamówienia w ramach Konsorcjum

Adro, a ich określenie w treści gwarancji wadialnej jest tożsame z określeniem wykonawców w treści oferty, nie ma podstaw, aby twierdzić, że Konsorcjum Adro wniosło wadium w sposób nieprawidłowy, co stanowi podstawę odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp ma charakter niesamoistny, gdyż nie obejmuje żadnych odrębnych okoliczności w stosunku do powyżej rozpoznanych zarzutów, należało uznać, że jest również niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, czyli uiszczonym przez niego wpisem.