

Sygn. akt: KIO 2093/19

WYROK

z dnia 31 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2019 r. przez wykonawcę: **ERBUD INDUSTRY POMORZE Sp. z o.o., ul. Wiślna 6, 80-555 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum „ROLLMEX” Sp. z o.o., ZRE Gdańsk S.A., Zakład Usługowo - Produkcyjny „ERGOM” Sp. z o.o., ul. Hutnicza 20B, 81-061 Gdynia** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: ERBUD INDUSTRY POMORZE Sp. z o.o., ul. Wiślna 6, 80-555 Gdańsk, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: ERBUD INDUSTRY POMORZE Sp. z o.o., ul. Wiślna 6, 80-555 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy ERBUD INDUSTRY POMORZE Sp. z o.o., ul. Wiślna 6, 80-555 Gdańsk na rzecz zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, PGE Energia Ciepła S.A., z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Usługa modernizacji, remontów bieżących, napraw awaryjnych, obsługi serwisowej oraz planowej konserwacji na urządzeniach pozablokowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S108 264045 w dniu 6 czerwca 2019 r. Zamówienie zostało podzielone na dwie części.

W przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do Części 1 Zamawiający w dniu 7 października 2019 r. wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum Sp. z o.o., ZRE Gdańsk S.A., Zakład Usługowo - Produkcyjny „ERGOM” Sp. z o.o. (zwane dalej „Konsorcjum ROLLMEX”), jako najkorzystniejszą.

Wykonawca ERBUD INDUSTRY POMORZE Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty Konsorcjum ROLLMEX jako najkorzystniejszej w Części 1 zamówienia oraz wobec:

- zaniechania wezwania Konsorcjum ROLLMEX do udzielenia wyjaśnień celem zweryfikowania, czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ROLLMEX;
- zaniechania wezwania Konsorcjum ROLLMEX do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;
- zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum ROLLMEX.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a Pzp, poprzez wybranie oferty Konsorcjum ROLLMEX bez uprzedniego wezwania do udzielenia wyjaśnień celem zweryfikowania, czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny ani kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia i poprzez nieodrzućenie jego oferty mimo tego, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że Konsorcjum ROLLMEX prawidłowo wniosło wadium i nieodrzuconie oferty ww. wykonawcy;
- art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 1a i art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum ROLLMEX niezgodnie z obowiązującymi przepisami;
- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ROLLMEX, które nie wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;
- art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez niezwrócenie się do Konsorcjum ROLLMEX o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w sytuacji, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
- art. 90 ust. 1a Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez niezwrócenie się do Konsorcjum ROLLMEX o udzielenie wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta Konsorcjum ROLLMEX nie zawiera rażąco niskiej ceny ani kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia i poprzez nieodrzuconie oferty ww. wykonawcy mimo tego, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że Konsorcjum ROLLMEX wniosło prawidłowo wadium i nieodrzuconie oferty ww. wykonawcy mimo tego, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;
- art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ROLLMEX do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji, gdy przedłożone dokumenty nie potwierdzały spełnienia tego warunku;
- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ROLLMEX z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;
- art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że Konsorcjum ROLLMEX wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej;
- 2) Powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert;
- 3) wykluczenia z postępowania Konsorcjum ROLLMEX;
- 4) wezwania Konsorcjum ROLLMEX do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej i wykluczenia ww. wykonawcy w przypadku niezłożenia lub nieprawidłowego złożenia wskazanych dokumentów;
- 5) odrzucenia oferty Konsorcjum ROLLMEX;
- 6) zweryfikowania, czy oferta Konsorcjum ROLLMEX nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzucenia oferty;
- 7) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że w celu uzyskania zamówienia złożył ofertę, której treść jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza oferta została jednak wybrana oferta Konsorcjum ROLLMEX, która zawiera liczne uchybienia polegające m.in. na tym, że nie zabezpieczono jej prawidłowo wniesionym wadium, a nadto zawiera rażąco niską cenę.

I. Zarzut braku wniesienia prawidłowego wadium przez Konsorcjum ROLLMEX

Odwołujący wskazał, że gwarancja wadialna przedłożona przez Konsorcjum ROLMEX jest gwarancją ubezpieczeniową wystawioną wyłącznie na Spółkę „ROLLMEX” Sp. z o.o. działającą samodzielnie, a nie jako Lider Konsorcjum czy nawet Członek Konsorcjum. Co więcej, treść ww. gwarancji ubezpieczeniowej nie daje podstaw do przyjęcia, że może być ona wykorzystana w przypadku, gdy „ROLLMEX” Sp. z o.o. ubiegać się będzie o udzielenie zamówienia w konsorcjum z innymi podmiotami.

Ponadto, gwarancja przedłożona przez ww. Konsorcjum została udzielona dla „ROLLMEX” Sp. z o.o. dnia 5 lipca 2019 r., tj. zanim wskazane Konsorcjum zostało w ogóle utworzone. Umowa Konsorcjum została bowiem zawarta 17 lipca 2019 r. W tych okolicznościach oświadczenie woli złożone przez Gwaranta (Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A.) w dokumencie gwarancyjnym w dniu 5 lipca 2019 r. nawet potencjalnie nie obejmowało swoim zakresem udzielenia gwarancji dla Konsorcjum albowiem Konsorcjum w czasie udzielenia gwarancji nie istniało. Co więcej, treść oświadczenia woli Gwaranta zawartego w dokumencie gwarancji w istocie wyklucza odniesienie tej gwarancji do Konsorcjum jako ubezpieczonego.

Zamawiający w SIWZ (pkt 18.9 SIWZ) zastrzegł, że *„Z dokumentu wadialnego lub innego dokumentu załączonego do Oferty powinno wynikać, w imieniu jakich Wykonawców wadium jest wnoszone.”* W przedmiotowej sprawie wskazany wymóg Zamawiającego nie został przez Konsorcjum spełniony.

Powyższe oznacza, że Konsorcjum ROLLMEX nie wniosło prawidłowo wadium, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

II. Zarzut rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia w ofercie Konsorcjum ROLLMEX

Konsorcjum ROLLMEX w ofercie podało cenę 10.348.420,50 zł. Kolejne oferty zawierały ceny wynoszące odpowiednio 14.073.851,88 zł (oferta Odwołującego) i 14.901.752,52 zł (oferta kolejnego wykonawcy). Zamawiający na realizację zamówienia (w odniesieniu do Części 1 zamówienia) przewidział środki w kwocie 19.731.168,00 zł brutto.

Powyższe oznacza, że cena zaoferowana przez wybrane Konsorcjum jest o ok. 50% niższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Ponadto, oferta Konsorcjum ROLMEX jest ponad 30% niższa od oferty kolejnego wykonawcy i średniej arytmetycznej cen kolejnych ofert. W ocenie Odwołującego, cena Konsorcjum ROLLMEX nie obejmuje nawet wszystkich kosztów niezbędnych do poniesienia w trakcie realizacji inwestycji.

Wskazane powyżej okoliczności prowadzą do wniosku, że oferta Konsorcjum ROLMEX jest rażąco niska co do ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wg wiedzy Odwołującego, Zamawiający nie przeprowadził żadnej szczegółowej i dokładnej weryfikacji oferty Konsorcjum w szczególności co do kwestii ewentualnego występowania rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zażądał od Konsorcjum ROLLMEX żadnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a Pzp.

Całość opisanych powyżej okoliczności prowadzi do wniosku, że oferta Konsorcjum ROLLMEX powinna zostać odrzucenia albowiem zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu umowy, a powinno to być ewentualnie poprzedzone przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego i wezwaniem do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub 90 ust. 1a Pzp.

III. Zarzut braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum ROLLMEX

Zgodnie z SIWZ (pkt 15.6.3.1. SIWZ), Zamawiający, w zakresie warunku posiadania zdolności zawodowej, wymagał wykazania, że we wskazanym okresie czasu wykonawca wykonał co najmniej 2 zamówienia w zakresie remontów urządzeń gospodarki wodnej, odżużlania, odpopielania, gospodarki olejowej, których wartość musi być nie mniejsza niż 5.000.000,00 zł.

Wybrane Konsorcjum nie wykazało spełnienia tego warunku. Zamawiający wymagania co do inwestycji referencyjnych na potrzeby wykazania posiadania zdolności zawodowej odnosi do remontów. Jako remont, zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, należy rozumieć *„wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej*

konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym”.

Wybrane Konsorcjum jako inwestycje referencyjne przedstawiło m.in. inwestycje polegające na budowie. Zgodnie zaś z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane, przez budowę należy rozumieć „*wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego*”. Nadto, przedłożone przez Konsorcjum referencje obejmują również inne roboty niż referencyjne, co obniża realną wartość potencjalnych robót referencyjnych.

Powyższe oznacza, że „budowa” jest na gruncie obowiązujących przepisów całkowicie innym rodzajem robót budowlanych niż „remont”. W tych okolicznościach przedstawianie przez wybrane Konsorcjum jako referencyjnych - inwestycji polegających na budowie - nie może być uznane za skutkujące wykazaniem przez Konsorcjum posiadania wymaganej zdolności zawodowej. To oznacza, że Konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania (po ewentualnym wezwaniu do uzupełnienia wskazanych uchybień).

Konsorcjum „ROLLMEX” Sp. z o.o., ZRE Gdańsk S.A., Zakład Usługowo - Produkcyjny „ERGOM” Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Przystępujący podniósł, że mając na uwadze obowiązującą linię orzeczniczą KIO i sądów powszechnych oraz realia niniejszej sprawy stwierdzić należy, że złożenie przez Lidera Konsorcjum gwarancji ubezpieczeniowej czyni zadość wymogom SIWZ, obowiązującym normom prawnym, jak również spełnia cel wadium, tj. całkowicie zabezpieczało interesy Zamawiającego na wypadek odstąpienia przez Przystępującego od zawarcia umowy lub innych przypadków prawem przewidzianych.

Przystępujący potwierdził, że przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona przed zawarciem Umowy Konsorcjum. Nie sposób jednak wywodzić z tego faktu wniosku, jakoby uprawniała ona Zamawiającego do zaspokojenia roszczenia wyłącznie w sytuacji, w której Lider składałby ofertę samodzielnie. Z treści gwarancji nie wynika żadne tego rodzaju ograniczenie. Przeciwnie — gwarancja sformułowana jest ogólnie i abstrahuje od formy ubiegania się przez wykonawcę o zamówienie publiczne. Lider pojawia się w jej treści wyłącznie na jej wstępie jako podmiot składający ofertę.

Odwołujący podniósł, że konsorcjum jest szczególną odmianą spółki cywilnej, związanej dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez połączenie się w jednej organizacji gospodarczej. Umowa będąca podstawą zawarcia współpracy zasadniczo trwa tak długo, jak trwa umowa o zamówienie publiczne. Analogicznie jak w przypadku spółki cywilnej odpowiedzialność za zobowiązania spółki ponoszą wszyscy wspólnicy solidarnie (art. 864

k.c.). Odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia jest tzw. odpowiedzialnością solidarną bierną, tzn. występującą po stronie dłużnika. Odpowiedzialność solidarna wykonawców posiada dla zamawiającego także doniosłe znaczenie procesowe. W szczególności zamawiający może dochodzić roszczenia przeciwko wszystkim dłużnikom w jednym pozwie. Celem wadium jest zaś zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez wykonawcę lub podmiot trzeci na rzecz zamawiającego) przez cały okres związania ofertą. Ze swej istoty wadium zabezpiecza bowiem roszczenia odszkodowawcze zamawiającego na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcy od zawarcia umowy finalnej i stanowi surogat odszkodowania. Obok funkcji zabezpieczającej pełni także funkcję rekompensacyjną. Wykonawcy uchylającemu się od obowiązku zawarcia umowy finalnej nie może grozić nic więcej, niż utrata wadium, a dochodzenie odszkodowania uzupełniającego jest wykluczone. Zastrzeżenie wadium skutkuje więc w tym sensie, że obciąża wykonawcę określonym świadczeniem pieniężnym.

Wadium jest z jednej strony dokumentem formalnym, z drugiej zaś dokumentem gwarancyjnym, co w konsekwencji powoduje, że na kanwie zaistniałego stanu faktycznego ocena czy złożone przez Konsorcjum ROLLMEX wadium jest prawidłowe, powinna polegać na zbadaniu czy zamawiający jest w stanie skutecznie zaspokoić swoje roszczenia na podstawie złożonego dokumentu gwarancyjnego i weryfikacji, czy w jego treści zostały zawarte wszystkie wymagane w SIWZ elementy.

W konsekwencji stwierdzić należy, że wadium wniesione przez jednego z wykonawców składających ofertę wspólnie z innymi podmiotami w postępowaniu o udzielenie zamówienia zabezpiecza działania wszystkich podmiotów występujących razem. Należy wziąć pod uwagę cel wadium - zabezpieczenie oferty, a nie wszystkich działań podmiotu lub podmiotów w postępowaniu. Przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp odnoszą się bowiem do wszystkich wykonawców składających ofertę wspólnie, jak i do każdego z nich z osobna.

Ponadto, ustawa Pzp daje możliwość wniesienia wadium w formie: pieniężnej (przelew środków na konto zamawiającego) oraz niepieniężnej (gwarancje, poręczenia). W przypadku wniesienia gwarancji w formie pieniężnej polecenie przelania środków może być wydawane przez jednego z konsorcjantów, a także przez podmiot całkowicie niezwiązany z udziałem w przetargu, a zamawiającemu nie przysługują żadne uprawnienia natury prawnej, aby tego rodzaju czynność zakwestionować. W takiej sytuacji, bez względu na to czy wadium zostało wniesione przez lidera czy partnera konsorcjum, zamawiający uznaje je za skuteczne, a w przypadku zaistnienia przesłanek przewidzianych w ustawie zatrzymuje środki będące w jego dyspozycji.

W przypadku, gdy wykonawca konsorcjum kwestionuje podstawy zatrzymania wadium, posiada uprawnienie wystąpienia do sądu z powództwem cywilnym o zwrot nienależycie

zatrzymanego wadium. Powództwo składane jest przez wszystkich członków konsorcjum, a nie przez wykonawcę, który faktycznie przełał środki finansowe tytułem wadium.

Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku wniesienia wadium w formie niepieniężnej. Zamawiający zwraca się do gwaranta o zapłatę sumy gwarancyjnej, a gwarant będzie zobowiązany do wykonania ww. zobowiązania. Ewentualne spory o zasadność zatrzymania wadium będą rozstrzygane na linii zamawiający - konsorcjum. Przepisy Pzp nie zabraniają, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli wadium w częściach (dotyczy również wadium niepieniężnego). Zamawiający ma wówczas możliwość zaspakajania się z każdej części wadium niezależnie od faktycznych przyczyn jego zatrzymania. Stawianie wobec wadium wnoszonego w formie niepieniężnej dodatkowych obostrzeń stanowiłoby nieuprawnione ograniczenie prawa wykonawcy co do wyboru sposobu zabezpieczenia oferty. Art. 45 ust. 6 Pzp nie dokonuje hierarchizacji form wniesienia wadium oraz nie wskazuje dodatkowych wymogów co do wadium wnoszonego w ww. formie. W związku z tym argumenty odwołującego nie powinny zasługiwać na aprobatę. Przedmiotowe stanowisko było wielokrotnie potwierdzone przez KIO i sądy powszechne.

Zgodnie z art. 805. 1 k.c. przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem o charakterze abstrakcyjnym, „oderwanym” i niezależnym od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Dla wypłaty kwoty wadium nie ma znaczenia stosunek podstawowy łączący zleceniodawcę z beneficjentem, będący przyczyną udzielenia gwarancji. Abstrakcyjny charakter przedmiotowego zobowiązania uniemożliwia skuteczne podniesienie zarzutów przeciw wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji) ze stosunku podstawowego, a gwarant zobowiązany jest do świadczenia już z momentem przedstawienia przez beneficjenta żądania zapłaty sumy gwarancyjnej. Istotne jest zatem to, aby gwarancja prawidłowo wskazywała zamawiającego oraz postępowanie w jakim wadium jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej na wypadek wystąpienia zdarzeń opisanych treści gwarancji.

Odnosząc się do argumentów zawartych w odwołaniu, jakoby w dniu pozyskania gwarancji wadium Konsorcjum jeszcze nie istniało, podnieść należy, że jego strony prowadziły rozmowy w przedmiocie udziału w postępowaniu, których przedmiotem była m.in. forma złożenia oferty (indywidualnie przez Lidera lub wspólnie przez wszystkie trzy spółki). Rozważane były dwa warianty: w pierwszym Rollmex Sp. z o.o. składałaby ofertę indywidualnie, a pozostali uczestnicy byłiby jej podwykonawcami, w drugim przewidziano utworzenie konsorcjum z Rollmex Sp. z o.o. jako liderem. Z uwagi na zbliżający się termin złożenia oferty strony postanowiły, że Rollmex Sp. z o.o. będzie odpowiedzialny za złożenie

wadium. Wprowadzono również zasadę pełnego regresu. Przystępujący przedstawił protokół uzgodnień z dnia 01.07.2019 r.

Przystępujący podniósł także, że brzmienie złożonej przez Konsorcjum ROLLMEX gwarancji jest w pełni zgodne z wymogami zamawiającego. Zgodnie z SIWZ (punkt 18.9), w przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wadium może być wniesione przez dowolny podmiot (podmioty). Z dokumentu wadialnego lub innego dokumentu załączonego do oferty powinno wynikać, w imieniu jakich wykonawców wadium jest wnoszone. Analiza przedmiotowego punktu prowadzi do wniosku, że Zamawiający przewidywał i aprobował sytuację, w której:

1. wadium będzie wniesione przez jednego lub niektórych konsorcjantów,
2. wadium będzie wniesione w imieniu jednego lub niektórych konsorcjantów.

Jedyny wymóg formalny postawiony przez Zamawiającego dotyczył oświadczenia w dokumencie gwarancji, w imieniu kogo jest wnoszona. Idąc śladem rozumowania Odwołującego, Zamawiający winien sformułować ten wymóg inaczej. Hipotetycznie powinien on wówczas brzmieć: „W przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wadium może być wniesione przez dowolny podmiot (podmioty). Z dokumentu wadialnego lub innego dokumentu załączonego do oferty powinno wynikać, że wadium jest wnoszone w imieniu wszystkich wykonawców.”

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że zakwestionowanie przez zamawiającego wadium złożonego przez Konsorcjum ROLLMEX i odrzucenie jego oferty stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Konsorcjum, działając w najlepszej wierze, przedstawiło bowiem zabezpieczenie zgodne z wymogami Zamawiającego. Z drugiej strony zaś oznacza to, że zarzut Odwołującego winien raczej odwoływać się do treści SIWZ, a nie poczynionych w oparciu o jego treść decyzji. W konsekwencji uznać należy, że zarzut ten jest spóźniony.

Zarzut rażąco niskiej ceny również jest nietrafny. Obowiązujące w tym zakresie normy Pzp nie mogą być interpretowane w sposób automatyczny i bezrefleksyjny. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany wezwać wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jeżeli rozbieżność pomiędzy przedmiotową ceną a wartością zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jak wynika z dowodów, jakie zostaną skomentowane w dalszej części pisma, przedmiotową oczywistą okolicznością było przeszacowanie przez Zamawiającego wartości zamówienia.

Z daleko posuniętej ostrożności, w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że Zamawiający dopuścił się uchybienia formalnego, nie wzywając wykonawcy do złożenia wyjaśnień, podnieść należy, że błąd ten nie miał wpływu na wynik postępowania. Zaoferowanej przez Konsorcjum ROLLMEX ceny nie sposób bowiem traktować w kategoriach rażąco niskiej.

Po pierwsze, ostateczna cena stanowi iloczyn stawki za jedną roboczogodzinę i ustalonej przez Zamawiającego ich liczby — 224.356. Realizacja zamówienia nie wymaga zakupów specjalistycznego sprzętu, materiałów lub innych wydatków. Zlecane przez Zamawiającego prace nie mają charakteru robót specjalistycznych.

Ponadto, zaoferowana przez Konsorcjum ROLLMEX stawka 37,50 PLN netto, stanowiąca podstawę ustalenia ceny, jest rynkowa. Zgodnie z najnowszym wydawnictwem SEKOCENBUD, stawki robocizny kosztorysowej w Gdańsku kształtują się obecnie na poziomie 27,90 — 35,00 PLN brutto. Zaoferowana przez Konsorcjum ROLLMEX cena jest wyższa od ww. stawek. Przystępujący przedstawił wyciąg z SEKOCENBUD za III kwartał 2019 r. Dodatkowo, uczestnik ZRE Gdańsk S.A. realizuje obecnie na obiekcie EC Gdańsk, na zlecenie Zamawiającego, szereg innych umów. Dysponuje zatem zasobami ludzkimi, znajomością obiektu, które korzystnie przekładają się na zaoferowaną cenę. Nie będzie ponadto ponosił dodatkowych kosztów mobilizacji. Przystępujący przedstawił zestawienie realizowanych ofert – zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Przystępujący podniósł także, że w ramach drugiej części zamówienia wybrana została oferta ZEC SERVICE Sp. z o.o., z ceną jednostkową na poziomie 37,00 PLN netto. W ramach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w zakresie udzielenia zamówienia publicznego na Serwis elektrofiltrów PGE Energia Ciepła S.A. i Zespołu Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. najkorzystniejsza oferta opiewała na stawkę roboczogodziny 30,00 zł netto. Przystępujący przedstawił dokumenty: oferta z dnia 20.12.2018 r., informacja z otwarcia ofert z dnia 20.12.2018 r., formularz oferty ostatecznej z dnia 08.04.2019 r., informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.05.2019 r.

Przystępujący wyjaśnił, że Lider realizował na rzecz Odwołującego, działającego wówczas pod firmą NGK O. Sp. z o.o., w latach 2013 — 2016 umowę nr 59/47P/2013 z dnia 01.10.2013 r. W jej ramach realizował na rzecz EDF Wybrzeże S.A. (poprzedniego dysponenta gdańskiej elektrociepłowni) prace analogiczne do zlecanych w przedmiotowym postępowaniu. Średnia stawka rbg wynosiła wówczas 23,80 zł netto. Przystępujący przedstawił jako dowód umowę nr 59/47P/2013.

Ponadto, Lider realizuje na rzecz Zamawiającego umowę nr C32Z190047 z dnia 26.06.2019 r. W jej ramach wykonuje prace serwisowe, przeglądy cykliczne i ulepszenia podczas postojów planowych i awaryjnych na elektrofiltrach w PGE Energia Ciepła S.A. oddział Wybrzeże. Stawka rbg wynosi 38,00 zł netto. Na dowód Przystępujący przedstawił umowę nr C32Z190047.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że cena zaoferowana przez Konsorcjum ROLLMEX nie spełnia znamion rażąco niskiej. Przeciwnie, ma ona charakter rynkowy, zarówno w odniesieniu do EC Gdańsk, jak również innych analogicznych obiektów w kraju. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego.

Zarzut braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zdaniem Przystępującego jest również całkowicie bezzasadny. Niezależnie bowiem od zakwestionowanej przez Odwołującego referencji, pozostałe — niekwestionowane — referencje potwierdzają spełnienie przez Konsorcjum ROLLMEX warunków udziału w postępowaniu, tj. wykonania co najmniej dwóch remontów urządzeń gospodarki wodnej, odzuzłania, odpopielania, gospodarki olejowej, których wartość jest nie mniejsza niż 5.000.000,00 PLN. Przy czym, zgodnie z wyjaśnieniami SIWZ ww. kwota odnosi się łącznie do zamówień przywołanych jako referencje. Wyjaśnienia odnosiły się wprawdzie do 2 części zamówienia, niemniej jednak należy je stosować do obu części.

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 października 2019 r. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu dotyczącego wadium wniesionego przez Konsorcjum ROLLMEX, Zamawiający podkreślił, iż przywołana przez Odwołującego linia orzecznicza jest nieaktualna po wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17, w którym Sąd Najwyższy orzekł, iż obowiązki obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, które zabezpiecza wadium, mają charakter solidarny, a tym samym gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona tylko na lidera konsorcjum w sposób prawidłowy zabezpiecza interesy Zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy: „Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.” Stanowisko Sądu Najwyższego spotkało się z aprobującym stanowiskiem komentatorów (vide Gwarancja wadialna może obejmować tylko jednego członka konsorcjum (Glosa do wyroku SN z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17, Lex 2018). Zostało także zaaprobowane w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej.

Analiza postanowień przedłożonej przez Konsorcjum ROLLMEX gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000171189 z dnia 5 lipca 2019 r. wraz z aneksami z dnia 18 lipca 2019 r., 22 lipca 2019 r. i 20 września 2019 r. potwierdza, iż Zamawiający uprawniony będzie do skorzystania z gwarancji wadialnej, gdyby zaszła jakakolwiek z okoliczności uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium, zgodnie z przepisami Pzp.

Zamawiający podkreślił, że żadne postanowienie gwarancji wadialnej nie uzależnia wypłaty wadium od tego, aby przyczyna zatrzymania wadium była spowodowana okolicznościami, za które odpowiada tylko ROLLMEX.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie tezy, jakoby cena zaoferowana przez Konsorcjum ROLLMEX była ceną rażąco niską.

Analiza postanowień art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp pozwala na stwierdzenie, że zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jeżeli zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów lub wówczas, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od 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, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W przypadku niniejszego postępowania — wbrew twierdzeniom Odwołującego — cena oferty Konsorcjum ROLLMEX nie jest o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, która wynosi 13.108.008,30 zł (oferta o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert wynosi 9.175.605,81 zł).

Cena oferty Konsorcjum ROLLMEX jest faktycznie o ponad 30% niższa niż szacunkowa wartość zamówienia, jednak fakt ten w ocenie Zamawiającego nie przesądza o konieczności przeprowadzenia badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wyjaśnił, że po raz pierwszy przeprowadza postępowanie na usługi objęte przedmiotem niniejszego zamówienia, wobec czego nie miał wiarygodnych danych rynkowych do oszacowania przedmiotu zamówienia. Dlatego też z ostrożności założył znacznie wyższy budżet na sfinansowanie zamówienia. Po analizie złożonych ofert uznał jednak, że cena zaoferowana przez Konsorcjum ROLLMEX nie jest ceną, która budzi wątpliwości co do możliwości należytego zrealizowania zamówienia.

Przedmiotowe postępowanie obejmuje dwie części. Zakres czynności wykonywanych w ramach obydwóch części jest taki sam, usługi świadczone są tylko na różnych obiektach: część 1 na terenie PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże, część 2 na terenie KOGENERACJA S.A. Zamawiający wybrał jako oferty najkorzystniejsze: dla części 1 — ofertę Konsorcjum ROLLMEX z ceną jednostkową netto za roboczogodzinę: 37,50 PLN dla części 2 - ofertę ZEC SERVICE Sp. z o.o. z ceną jednostkową netto za roboczogodzinę: 37,00 PLN. Z powyższego zestawienia widać, że cena za roboczogodzinę dla obu najkorzystniejszych ofert jest zbieżna.

Zamawiający podkreślił, że czynności objęte zamówieniem nie wymagają wysokospecjalistycznych umiejętności. Cena zaoferowana przez Konsorcjum ROLLMEX jest zdecydowanie wyższa niż stawka godzinowa minimalnego wynagrodzenia obowiązująca w

2019 r. Zamawiający wyjaśnił, że dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, brał również pod uwagę stawki godzinowe w innych zamówieniach na usługi bieżącej obsługi serwisowej, remontów bieżących, napraw awaryjnych rozstrzyganych w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Przykładowo w postępowaniu prowadzonym dla Oddziału w Rybniku, Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nie noszącą znamion rażąco niskiej ceny stawkę 30 zł/rbg (sygn. akt KIO 1870/19). Jak wskazano w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych autorstwa Józefa Edmunda Nowickiego (LEX 2019), do „okoliczności oczywistych” należy zaliczyć również sytuację, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, wskutek zawyżenia wartości zamówienia. Analogiczne stanowisko zajął Włodzimierz Dzierżanowski w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych (LEX 2017).

W przypadku niniejszego postępowania Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie wydatków z lat 2017-2018, z tym, że jak wskazano już powyżej, w latach ubiegłych Zamawiający w inny sposób rozliczał usługi objęte przedmiotem niniejszego zamówienia. Dlatego też z braku możliwości określenia szacunkowej wartości zamówienia z należytą starannością ze względu na jego charakter dokonał przeszacowania wartości zamówienia i założył duży „margines” na ewentualne niedokładności szacowania.

W odniesieniu do zarzutu braku zdolności technicznej Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z punktem 15.6.3.1 SIWZ, wymagał, aby wykonawca wykazał wykonanie - w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert — co najmniej 2 zamówień w zakresie remontów urządzeń gospodarki wodnej, odżużłania, odpopielania, gospodarki olejowej o wartości nie mniej niż 5 mln zł. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 8 wyjaśnień do SIWZ z dnia 21.06.2019 r., przedmiotowy warunek należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma się wykazać wykonaniem co najmniej dwóch zamówień, których łączna wartość jest nie mniejsza niż 5 mln zł. Nie sposób zgodzić się z zarzutem Odwołującego, że Konsorcjum ROLLMEX nie wykazało spełnienia przedmiotowego warunku.

W Wykazie wykonanych usług Konsorcjum ROLLMEX wskazało 4 pozycje, które spełniają wymagania Zamawiającego: poz. 1-3 dotyczą prac remontowych i modernizacyjnych a poz. 4 dotyczy prac wykonywanych na układzie odpopielania w ramach zadania p.n. „Budowa bloku energetycznego na paramenty nadkrytyczne opalanego węglem kamiennym o mocy elektrycznej brutto 1075 MWe w Koziencicach dla ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o.”

Zamawiający podniósł, że Odwołujący zakwestionował w odwołaniu tylko poz. 4 Wykazu, gdy tymczasem poz. 1-3 potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego, tak więc nawet ewentualna wadliwość zamówienia opisanego w poz. 4 wykazu jest irrelevantna dla wyniku postępowania.

Na marginesie Zamawiający zaznaczył, iż kwestionowana referencja dotyczy wykonania układu odpopielania. Zdaniem Zamawiającego, skoro Wykonawca potrafi

wybudować nowy obiekt, to tym bardziej potrafi go wyremontować, a więc Konsorcjum ROLLMEX spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie szerszym niż było to wymagane. Powyższe rozumienie potwierdza także analiza postanowień ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przywołanych przez Odwołującego. Zgodnie bowiem z definicją remontu zawartą w art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane, przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Skoro więc remont to odtworzenie stanu pierwotnego, to tym bardziej wykonanie tego stanu pierwotnego będzie potwierdzeniem posiadania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum „ROLLMEX” Sp. z o.o., ZRE Gdańsk S.A., Zakład Usługowo - Produkcyjny „ERGOM” Sp. z o.o. skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest: „Usługa modernizacji, remontów bieżących, napraw awaryjnych, obsługi serwisowej oraz planowej konserwacji na urządzeniach pozablokowych” Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części:

Część 1 - Usługa modernizacji, remontów bieżących, napraw awaryjnych, obsługi serwisowej oraz planowej konserwacji na urządzeniach pozablokowych zainstalowanych w PGE Energia Ciepła Oddział Wybrzeże.

Część 2 - Usługa modernizacji, remontów bieżących, napraw awaryjnych, obsługi serwisowej oraz planowej konserwacji na urządzeniach pozablokowych zainstalowanych w Kogeneracji S.A.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum ROLLMEX wobec braku wniesienia

prawidłowego wadium.

W pkt 18.6 SIWZ Zamawiający postanowił, że „W przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej albo poręczenia, z treści tych dokumentów musi w szczególności jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, ubezpieczyciela, poręczyciela) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy PZP – bez konieczności potwierdzania tych okoliczności.”

Zgodnie z pkt 18.8 SIWZ, „Nie wniesienie wadium w wymaganym terminie lub w sposób określony w SIWZ spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy PZP.”

W pkt 18.9 SIWZ Zamawiający ustalił, że „W przypadku składania Oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia, wadium może być wniesione przez dowolny podmiot (podmioty). Z dokumentu wadium lub innego dokumentu załączonego do Oferty powinno wynikać, w imieniu jakich Wykonawców wadium jest wnoszone.”

Konsorcjum ROLLMEX przedłożyło wraz z ofertą gwarancję ubezpieczeniową nr 280000171189 z dnia 5 lipca 2019 r. wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. oraz następnie aneksy do ww. gwarancji: z dnia 18 lipca 2019 r., 22 lipca 2019 r. i 20 września 2019 r.

Dokument złożonej gwarancji ubezpieczeniowej zawiera jednoznaczne oświadczenie Gwaranta: *„Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej 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 ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”*. Żadne postanowienie ww. gwarancji wadium nie uzależnia wypłaty wadium od tego, że przyczyna zatrzymania wadium zostanie spowodowana okolicznościami, za które tylko spółka ROLLMEX odpowiada, występująca w przedmiotowym postępowaniu jako lider Konsorcjum. Analiza postanowień przedłożonej przez Konsorcjum ROLLMEX gwarancji ubezpieczeniowej potwierdza wprost, że Zamawiający uprawniony będzie do skorzystania z gwarancji wadium, gdyby zaszła jakakolwiek z okoliczności uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że z uwagi na abstrakcyjny i samoistny charakter gwarancji, ubezpieczyciel (gwarant) nie może przedstawiać wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego, a tym samym w stosunku wewnętrznym gwarant nie jest zobligowany lub upoważniony do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. W konsekwencji zatem,

wobec jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, podmiotu zamawiającego będącego beneficjentem gwarancji, wykonawcy, który w postępowaniu złożył ofertę (fakt złożenia jej wspólnie z drugim wykonawcą nie odbiera mu przymiotu wykonawcy) powoduje, że niezależnie od tego, po stronie którego z konsorcjantów ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia uwidocznionej w dokumencie gwarancyjnym. Działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń (patrz: wyrok KIO z dnia 25 marca 2019 r. sygn. akt KIO 392/09). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17 orzekł, iż obowiązki obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, które zabezpiecza wadium, mają charakter solidarny, a tym samym gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona tylko na lidera konsorcjum w sposób prawidłowy zabezpiecza interesy Zamawiającego. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia) a nie wyłącznym wykonawcą mogłaby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.

Podkreślić przy tym należy w szczególności, że złożona przez Lidera Konsorcjum gwarancja ubezpieczeniowa czyni zadość także wymogom SIWZ, określonym przez Zamawiającego. Zamawiający przewidywał i dopuszczał sytuację (pkt 18.9 SIWZ), w której wadium będzie wniesione przez jednego lub niektórych członków konsorcjum oraz w imieniu jednego lub niektórych członków konsorcjum. Spełniony został też wymóg formalny postawiony przez Zamawiającego dotyczący oświadczenia w imieniu jakich podmiotów gwarancja jest wnoszona, fakt ten wynika jednoznacznie z treści oświadczenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - w formularzu ofertowym.

Zauważyć należy, że celem wadium jest zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez wykonawcę lub podmiot trzeci na rzecz zamawiającego) w okresie związania ofertą. Wadium zabezpiecza roszczenia zamawiającego na wypadek uchylenia się przez wybranego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ocena wobec tego, czy złożone przez Konsorcjum ROLLMEX wadium jest prawidłowe, powinna polegać na zbadaniu czy Zamawiający jest w stanie skutecznie zaspokoić swoje roszczenia na podstawie złożonego dokumentu gwarancyjnego i weryfikacji, czy w jego treści zostały zawarte wszystkie wymagane w SIWZ elementy.

W ocenie Izby, wadium wniesione przez jednego z wykonawców składających ofertę wspólnie z innymi podmiotami w postępowaniu o udzielenie zamówienia zabezpiecza działania wszystkich podmiotów występujących razem. Przesłanki określone w art. 46 ust. 4a

i 5 Pzp odnoszą się do wszystkich wykonawców składających ofertę wspólnie, jak i do każdego z nich z osobna. Gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem o charakterze abstrakcyjnym, „oderwanym” i niezależnym od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Istotne jest to, aby gwarancja prawidłowo wskazywała zamawiającego oraz postępowanie, w jakim wadium jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej na wypadek wystąpienia zdarzeń opisanych treści gwarancji. Biorąc pod uwagę abstrakcyjny charakter gwarancji złożonej przez Konsorcjum ROLLMEX oraz treść ww. dokumentu dla skuteczności zabezpieczenia i ważności gwarancji nie ma znaczenia fakt, że umowa konsorcjum została zawarta po dniu udzielenia przedmiotowej gwarancji.

W świetle powyższego należało uznać, że Konsorcjum ROLLMEX wniosło wadium w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ, a wobec tego brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum ROLLMEX bez uprzedniego wezwania do udzielenia wyjaśnień celem zweryfikowania, czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Konsorcjum ROLLMEX zaoferowało cenę 10.348.420,50 zł za realizację przedmiotu zamówienia. Kolejna oferta w rankingu zawiera cenę wynoszącą 14.073.851,88 zł (oferta Odwołującego), a następna wynosi 14.901.752,52 zł.

Zgodnie z protokołem postępowania, Zamawiający oszacował wartość zamówienia (w odniesieniu do części 1 zamówienia) na kwotę 16 041 600,00 zł, która po ubruttowieniu stanowi 19.731.168,00 zł. Jest to kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części 1. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w dniu 1 lutego 2019 r. na podstawie „wydatków w latach 2017-2018”, co wynika z treści protokołu postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, cena zaoferowana przez Konsorcjum ROLLMEX jest o ok. 50% niższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Jednocześnie cena ta nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, co odwołujący przyznała na rozprawie.

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.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od 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.

Zamawiający nie wzywał Konsorcjum ROLLMEX do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a Pzp. Zamawiający uznał, że zaoferowana cena jest rynkowa i nie ma uzasadnienia do żądania wyjaśnień.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie stwierdziła przesłanek do uznania, że oferta Konsorcjum ROLLMEX podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zarzut powyższy należy uznać za przedwczesny z uwagi na fakt, że Konsorcjum ROLLMEX nie było wzywane do złożenia wyjaśnień co do ceny oferty. W orzecznictwie Izby jednolicie przyjmuje się, że ocena w powyższym zakresie nie może być dokonywana przed uzyskaniem wyjaśnień od danego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 lub art. 90 ust. 1a Pzp.

Izba nie stwierdziła także podstaw do uznania, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, które mogłyby uzasadniać obowiązek wezwania Konsorcjum ROLLMEX do złożenia wyjaśnień. Przystępujący wyjaśnił, że cena oferty stanowi iloczyn stawki za jedną roboczogodzinę i ustalonej przez Zamawiającego liczby roboczogodzin - 224.356. Realizacja zamówienia nie wymaga zakupów specjalistycznego sprzętu, materiałów lub innych wydatków, a zlecane przez zamawiającego prace nie mają charakteru robót specjalistycznych. Zaoferowana przez Konsorcjum stawka 37,50 PLN netto, stanowiąca podstawę ustalenia ceny, jest stawką rynkową, wyższą od stawki wskazanej w

SEKOCENBUD za III kwartał 2019 r., w którym stawki robocizny kosztorysowej w Gdańsku kształtują się aktualnie na poziomie 27,90 — 35,00 PLN brutto. Pośrednio potwierdzeniem charakteru rynkowego ceny oferty Przystępującego jest także cena oferty wybranej w ramach części 2 zamówienia w przedmiotowym postępowaniu (ZEC SERVICE Sp. z o.o.), w której przyjęto nawet niższą stawkę, tj. 37,00 PLN netto przy takim samym rodzajowo zakresie prac. W świetle przedłożonych przez Przystępującego umów, cena zaoferowana przez Konsorcjum ROLLMEX nie wykazuje cech rażąco niskiej ceny. Podkreślić należy, że cena zaoferowana przez Konsorcjum ROLLMEX jest także znacznie wyższa niż stawka godzinowa minimalnego wynagrodzenia obowiązująca w 2019 r.

Przesłanka z art. 90 ust. 1a Pzp, tj. fakt, że cena oferty Konsorcjum ROLLMEX jest o ponad 30% niższa od szacunkowej wartości zamówienia w okolicznościach niniejszej sprawy również nie może przesądzać o konieczności przeprowadzenia badania ww. oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Podkreślić należy, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego znacznie, bo aż o ok. 25%, przewyższa ceny obu pozostałych ofert, co w sposób oczywisty potwierdza błąd w szacowaniu wartości zamówienia przez Zamawiającego. Jak wynika z opisu podstawy przyjętej do szacowania wartości zamówienia, Zamawiający nie dokonał tego na podstawie cen rynkowych z ostatniego okresu przed wszczęciem postępowania, lecz na podstawie ponoszonych kosztów w okresie dwóch ostatnich lat, co miało znaczenie dla nieprawidłowego ustalenia realnej wartości zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, że ocena zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty powinna być dokonywana, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności danej sprawy. Zamawiający nie ma obowiązku wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli rozbieżność między ceną oferty a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że w latach ubiegłych w inny sposób rozliczał usługi objęte przedmiotem niniejszego zamówienia, po raz pierwszy przeprowadza postępowanie na usługi objęte przedmiotem niniejszego zamówienia, wobec czego nie miał wiarygodnych danych rynkowych do oszacowania przedmiotu zamówienia. Zamawiający, jak wynika z treści protokołu postępowania, dokonał szacunku wartości zamówienia w oparciu o poniesione wydatki z lat 2017-2018, a nie na podstawie analizy cen rynkowych. Dlatego jest wyraźnie zauważalne, że budżet Zamawiającego na przedmiotowe zamówienie został bardzo wygórowany w porównaniu do cen panujących na rynku. Z powyższych względów zasadne jest i wiarygodne stanowisko Zamawiającego, że po analizie złożonych ofert mógł on uznać, że cena zaoferowana przez Konsorcjum ROLLMEX nie jest ceną, która budzi wątpliwości co do możliwości należytego zrealizowania zamówienia. Zamawiający potwierdził także, że

czynności objęte przedmiotem zamówienia nie wymagają wysokospecjalistycznych umiejętności. Okoliczność ta nie była także kwestionowana przez Odwołującego.

Odwołujący nie przedstawił dowodów uzasadniających tezę, że cena oferty Konsorcjum ROLLMEX nie obejmuje wszystkich kosztów niezbędnych do poniesienia na realizację zamówienia. Izba nie podzieliła twierdzeń Odwołującego odnośnie decydującego znaczenia w tym względzie kalkulacji średniego kosztu 1 r-g w przedsiębiorstwie ROLLMEX Sp. z o.o., ZRE Gdańsk S.A., Z.U.P. wyliczonych na podstawie sprawozdań finansowych tych podmiotów, które wynoszą odpowiednio 45,56zł; 43,47zł; 38,65 zł, a które wskazują zdaniem Odwołującego na zniżenie ceny oferty. Są to koszty znacznie uśrednione, które nie mogą być wprost przełożone na koszty realizacji danego zamówienia. Izba oceniła także, że zestawienie stawek oferowanych w innych postępowaniach przedłożone przez Odwołującego do akt sprawy, gdyż dotyczy ono innego zakresu prac – w szczególności w większości nie obejmuje prac „pozablockowych”, wchodzących w zakres przedmiotowego zamówienia.

W danym stanie faktycznym, cena oferty Konsorcjum ROLLMEX jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, na skutek zawyżenia przez Zamawiającego wartości zamówienia. Błąd Zamawiającego przy ustalaniu wartości zamówienia, która wskutek tego okazała się znacząco zawyżona w stosunku do wszystkich złożonych ofert, przesądza o tym, że jest to niewiarygodny punkt odniesienia do porównania z cenami ofert w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego też Zamawiający, stosownie do art. 90 ust. 1a Pzp, nie był zobowiązany do żądania wyjaśnień od Konsorcjum ROLLMEX co do zaoferowanej ceny.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ROLLMEX z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej oraz poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty ww. wykonawcy, który nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający określił w SIWZ w pkt 15.6.3.1, że *„Zamawiający uzna warunek dotyczący posiadania zdolności zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, wykonał co najmniej 2 zamówienia w zakresie remontów urządzeń gospodarki wodnej, odzūżlania, odpopielania, gospodarki olejowej, musi być nie mniejsza niż:*

- Dla części 1 - 5 000 000,00 zł,
- Dla części 2 - 5 000 000,00 zł.

W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część Przedmiotu Zamówienia, wartość

usług zrealizowanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, musi być nie mniejsza niż suma wartości zamówień określonych przez Zamawiającego dla poszczególnych części Przedmiotu Zamówienia, na które Wykonawca składa ofertę.”

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 8 Wyjaśnień do SIWZ z dnia 21.06.2019 r. przedmiotowy warunek należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca musi wykazać wykonanie co najmniej dwóch zamówień, których łączna wartość jest nie mniejsza niż 5 mln zł.

Wymagania Zamawiającego co do charakteru (rodzaju) inwestycji referencyjnych na potrzeby wykazania posiadania zdolności zawodowej zostały odniesione w treści warunku do „remontów urządzeń”. Jak wynika z jednoznacznej treści warunku, Zamawiający nie dopuścił możliwości wykazania doświadczenia w zakresie „budowy”.

Konsorcjum ROLMEX wskazało w Wykazie wykonanych usług 4 pozycje. Poz. 1 - 3 dotyczą prac remontowych i modernizacyjnych, a poz. 4 wykazu dotyczy prac wykonywanych na układzie odpopielania w ramach zadania p.n. „Budowa bloku energetycznego na paramenty nadkrytyczne opalanego węglem kamiennym o mocy elektrycznej brutto 1075 MWe w Kozienicach dla ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o.”. Konsorcjum ROLLMEX w pozycji nr 4 Wykazu przedstawiło zatem inwestycję polegającą na budowie. Pojęcie „budowa” obejmuje na gruncie obowiązujących przepisów inne rodzaje robót budowlanych niż „remont”, wobec czego charakter doświadczenia nabytego w zakresie remontów jest różny w porównaniu do doświadczenia nabytego w ramach budowy. Przedstawianie przez Konsorcjum ROLLMEX, jako referencyjnych, zadań polegających na budowie nie może zatem potwierdzać spełnienia warunku w zakresie posiadania wymaganej zdolności zawodowej. Powyższe nie oznacza jednak zasadności żądania wykluczenia Konsorcjum ROLLMEX z postępowania, gdyż pozostałe pozycje Wykazu potwierdzają zarówno w zakresie charakteru prac, jak też ich łącznej wartości - spełnienie warunku. Z powyższych względów w zakresie pozycji nr 4 Wykazu niezasadny jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp i żądanie Odwołującego dotyczące wezwania Konsorcjum ROLLMEX do uzupełnienia dokumentów.

Podobnie, w ocenie Izby, prace serwisowe wskazane w ramach pozycji nr 1 Wykazu nie wchodzi w zakres prac referencyjnych. Nie można uznać prac serwisowych za równoważne pracom remontowym. W tym zakresie Zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum ROLLMEX do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W okolicznościach tej sprawy stwierdzenie naruszenia powyższego przepisu należy jednak ocenić jako niemające wpływu na wynik postępowania (ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu) z uwagi na fakt, że sam Odwołujący wykazał na rozprawie wartość ww. prac serwisowych, składając załącznik nr 10 – wyciąg z dokumentu JEDZ Przystępującego złożonego w innym postępowaniu, w którym wskazano wartość prac serwisowych w ramach tego zamówienia rocznie na kwotę ok.

700 000 zł, a zatem za lata 2017-2019 powinna to być kwota ok. 2 100 000 zł, a w konsekwencji, pomniejszenie wartości wskazanej w pozycji nr 1 Wykazu o tę wartość nie wpływa na fakt wykazania łącznej wartości, która przekracza wymaganą wartość 5 mln zł dla pozycji 1-3 Wykazu.

W ocenie Izby, Odwołujący nie zawarł w odwołaniu zarzutu dotyczącego pozycji 2 i 3 Wykazu robót, który został podniesiony dopiero na rozprawie. W żadnym miejscu odwołania nie został zawarty bowiem zarzut dotyczący braku możliwości uwzględnienia poz. nr 2 i 3 Wykazu, które obejmują modernizację elektrofiltrów, jako „urządzeń gospodarki wodnej, odżużlania, odpopielania, gospodarki olejowej”, stosownie do brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, nie podlegają rozpoznaniu zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu na okoliczność, że elektrofiltry nie stanowią urządzenia wchodzącego w skład instalacji odpopielania i odżużlania, na co wskazywał Zamawiający. Ponadto, jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, przedmiot zamówienia obejmuje instalacje odpopielania i odżużlania w zakresie odbioru popiołu od misy pod elektrofiltrem, co potwierdza, że są to urządzenia powiązane z przedmiotem zamówienia i zakresem referencyjnym prac określonym w treści warunku.

Reasumując powyższe należy stwierdzić, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 1a i art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum ROLLMEX niezgodnie z obowiązującymi przepisami.

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

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

.....