



Warszawa, dnia 2023 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KU/21/23/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Miejskie Wodociągi i Kanalizacja w Bydgoszczy Sp. z o.o. ul. Toruńska 103 85-817 Toruń
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej i dostosowanie sieci kanalizacji deszczowej do zmian klimatycznych na terenie miasta Bydgoszczy. Budowa i przebudowa. Dokończenie robót budowlanych. IIIa.
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	27.01.2023 r.
Wartość zamówienia:	całość zamówienia: 212.191.079,35 zł, co stanowi 47.644.844, 47 euro; w tym: kontrolowane zamówienie: 19.770.160,86 PLN, co stanowi 4.439.141,56 euro; w tym dla: Części 1: 6.236.797,23 zł, co stanowi równowartość 1.400.394,56 euro; Części 2: 6.540.997,66 zł, co stanowi równowartość

1.468.698,95 euro;

Części 3: 5.641.014,05 zł, co stanowi równowartość 1.266.618,93 euro;

Części 4: 1.351.351,92 zł, co stanowi równowartość 303.429,12 euro.

Środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014 - 2020

Rodzaj procedury: zamówienie sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdza naruszenie przez zamawiającego:

- 1) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o., która to oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 2) art. 128 pkt 1 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności wezwania wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. do uzupełnienia niekompletnych dokumentów lub wyjaśnienia treści przedłożonych przez wykonawcę dokumentów na potwierdzenie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

UZASADNIENIE

1. Przedmiotem zamówienia w części 4 kontrolowanego postępowania były roboty budowlane podzielone na 3 zadania:

- 1) C2_K4K5_3.19 - „Rozbudowa sieci kanalizacji deszczowej w rejonie ul. Stary Port w Bydgoszczy” o wartości szacunkowej 210.572,60 zł netto,
- 2) C2_K61_10.1 - „Rozbudowa sieci kanalizacji deszczowej w rejonie ul. Rekinowej w Bydgoszczy” o wartości szacunkowej 976.489,86 zł netto,
- 3) C2_K45K61_11.1 – „Zbiornik retencyjny – adaptacja istniejącego zbiornika naturalnego wodnego przy ul. Łowiskowej” o wartości szacunkowej 164.289,46 zł netto.

Łączna wartość szacunkowa 3 zadań ustalona została na kwotę 1.351.351,92 zł, co stanowi równowartość 303.429,12 euro.

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 17.02.2023 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający udostępnił informację o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj.: 24.320.000,00 zł brutto łącznie, w tym dla części 4: 1.663.000,00 zł brutto.

Do upływu wyznaczonego terminu na część 4 złożone zostały nw. oferty:

L.p.	Nazwa wykonawcy	Cena brutto
1	BUKOLT Sp. z o.o.	969.732,00 zł
2	Konsorcjum firm: - KADA - BIS Sp. z o.o., - Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „ALFA” Sp. z o.o.	2.453.850,00,00 zł

W trakcie prowadzonego postępowania zamawiający pismem z dnia 27.02.2023 r. działając na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) oraz ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. w terminie do dnia 02.03.2023 r. do godziny 10:00 do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy cena oferty złożonej na część 4 nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że zaoferowana przez wykonawcę cena całkowita oferty na część 4, jest:

- niższa o 41,66 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej na Część 4 przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania,
- niższa o 43,35 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert na część 4 niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym, w celu ustalenia, czy cena całkowita oferty wykonawcy nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także ustalenia, czy wykonawca uwzględnił w cenie oferty wszystkie wymagania zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia określone w dokumentach zamówienia, zamawiający wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który musi w tym celu złożyć wyjaśnienia wraz z dowodami do dnia 02.03.2023 r., do godz. 10:00.

Wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. pismem z dnia 01.03.2023 r. udzielił następujących wyjaśnień:

„Ad. 1. W pierwszej kolejności wyjaśniam, że wszelkie zadania będziemy realizować siłami własnymi oraz sprzętem własnym, co znacznie ogranicza koszty z tym związane. Wykonawca zatrudnia 12 osób w oparciu o umowy o pracę na pełny etat. Spółka dysponuje własnymi koparkami oraz zagęszczarkami, które będą wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia. W skład kadry Wykonawcy wchodzi także operatorzy koparek posiadający stosowne uprawnienia.

Zgodnie z założeniami realizacji przedmiotu zamówienia budowy oraz odbudowy nawierzchni wykonamy siłami własnymi, co obniży dodatkowo koszty.

Ad. 2. Przy planowanym zadaniu Spółka w swym kosztorysie nie uwzględniała narzutu na materiały, których są niezbędne do jego realizacji. Wartość materiałów uwzględniliśmy w cenach jakie ponieśliśmy z uwzględnieniem posiadanych rabatów w hurtowniach, w których zaopatruje się Spółka. Według naszych wyliczeń materiał potrzebny na wykonanie przedmiotu zamówienia będzie kosztował Spółkę maksymalnie 40% wartości wskazanej w ofercie ceny netto. Sprzyjającym elementem przy realizacji zamówienia jest niski poziom lustra wody przy ul. Łowiskowej, a nawet jej brak przy ul. Rekinowej, co znacznie ułatwi i przyspieszy pracę Wykonawcy oraz obniży jej koszty. Szacujemy, iż koszty robocizny i sprzętu, które trzeba będzie ponieść przy zadaniu to maksymalnie 55% wartości złożonej oferty. Wszelkie koszty dodatkowe, w tym m.in. geodety, geologa, zajęcia pasów, działek miasta kształtują się poniżej 5% wartości złożonej oferty i w ocenie Wykonawcy nie przekroczą tej kwoty. Zakładany zysk z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia powinien wynieść około 15% wartości złożonej oferty. W przedstawionym kosztorysie zysk 15% stanowi sumę poszczególnych pozycji.

Ad. 3. Wykonawca nie przewiduje przy realizacji przedmiotu zamówienia oryginalności w zakresie dostaw, usług lub robót budowlanych.

Ad. 4. Zapewniam, jak to zostało wyżej wskazane, że Wykonawca będzie korzystał jedynie z własnych pracowników, którzy zatrudnieni są w oparciu o umowy o pracę, w których wskazano aktualnie obowiązuje minimalne wynagrodzenie za pracę wynoszące 3.490 zł brutto. Od lipca 2023 r. wynagrodzenie to wzrośnie oczywiście do kwoty 3.600 zł brutto. Stawka kosztorysowa roboczogodziny przyjęta do obliczeń w kosztorysie to 31,00 zł.

Ad. 5. Wykonawca przy realizacji zamówienia nie będzie korzystał z pomocy publicznej.

Ad. 6. Oferta Wykonawcy uwzględnia obowiązujące przepisy prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca opłaca na bieżąco i terminowo wszelkie należności publicznoprawne w związku z zatrudnieniem pracowników poprzez odprowadzenie należnych podatków i składek na ubezpieczenie społeczne.

Ad. 7. Wszelkie koszty związane z przestrzeganiem przepisów z zakresu ochrony środowiska będą się mieścić w zarezerwowanej w kwocie stanowiącej 5% kosztów dodatkowych, o której mowa w pkt. ad.2.

Ad. 8. Wykonawca nie przewidział na etapie składania oferty posługiwania się podwykonawcami.

W imieniu Spółki oświadczam, że w jej ocenie koszty wyliczone zostały rzetelnie, z zachowaniem odpowiedniej jakości materiału zgodnie z dokumentacją projektową oraz z zachowaniem wysokiej jakości prac. Prace przy budowie z pełną odpowiedzialnością wykonamy w zaoferowanej kwocie i terminie”.

Dodatkowo wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. uzupełnił wyjaśnienia o „szczegółowy kosztorys dla poszczególnych zadań w ramach przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający w dniu 09.03.2023 r. poinformował, że w zakresie części 4 wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. z ceną wynoszącą 969.732,00 zł brutto.

Prezes Urzędu pismem z dnia 09.04.2023 r. zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż wyjaśnienia wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. uzasadniają, że zaoferowana cena lub jej istotne części składowe, nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub nie budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 07.04.2023 r. udzielił następujących wyjaśnień, „W odniesieniu do pkt 4) wezwania, Zamawiający wskazuje, że uznał złożone przez wykonawcę Bukolt sp. z o.o. wyjaśnienia wraz z dowodami za uzasadniające podaną w ofercie przez tego wykonawcę cenę, po szczegółowej analizie wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez wykonawcę oraz zakresu robót budowlanych objętego częścią 4 Postępowania. W ocenie Zamawiającego informacje przedstawione przez wykonawcę pozwalały na dokonanie analizy ceny oferty wykonawcy w zakresie objętym wezwaniem

pod kątem możliwości realizacji zamówienia za tę cenę. Wyjaśnienia te były dostatecznie konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę za wskazaną cenę, a więc odpowiadały warunkom określonym m. in. w wyroku KIO z dnia z dnia 14 maja 2019 r., sygn. KIO 747/19.

Zamawiający ocenił przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia jako wystarczające, przede wszystkim uwzględniając, że odniesiono się w nich do wszystkich elementów wezwania zamawiającego, jak również przedstawiono kosztorys dla poszczególnych zadań mających być realizowanymi w ramach zamówienia. Wykonawca wskazał m.in., że dysponuje samodzielnie niezbędnym wykwalifikowanym personelem i sprzętem w celu realizacji przedmiotu zamówienia, co powoduje, że nie istnieje konieczność angażowania w tym celu podwykonawców. Wykonawca potwierdził również, że materiały do realizacji przedmiotu zamówienia będzie zamawiał na podstawie zawartych umów z hurtowniami, jak również zwrócił uwagę na warunki realizacji robót budowlanych w ramach zamówienia, stosunkowo proste przy uwzględnieniu wysokości lustra wody. Ponadto potwierdził zgodność wskazanej w ofercie ceny z przepisami, w tym z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca przedstawił w szczególności kalkulację przyjętej stawki kosztorysowej roboczogodziny oraz potwierdził jej zgodność z wymaganiami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto, w szczegółowym kosztorysie załączonym do wyjaśnień przedstawił informację odnośnie do przyjętych cen jednostkowych dla poszczególnych elementów składających się na zakres zamówienia. W ocenie Zamawiającego ceny te uznać należy za racjonalne, odpowiadające cenom możliwym do pozyskania na rynku, a ponadto kosztorys przedstawiony przez wykonawcę miał charakter kosztorysu kompletnego, uwzględniającego niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia elementy.

W konsekwencji, w ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy uznać należało za uzasadniające cenę wskazaną w ofercie. Podyktowane było to również kwestią samego zakresu zamówienia — w ocenie Zamawiającego bowiem roboty budowlane objęte zamówieniem mają charakter robót stosunkowo „prostych”, niewymagających użycia wysoce specjalistycznego sprzętu czy personelu (a więc angażowania podmiotów zewnętrznych), mogących być zrealizowanymi przy użyciu standardowo dostępnych na rynku materiałów (których ceny zależne są w dużej mierze właśnie od indywidualnych ustaleń między danym wykonawcą a producentem), nierodzących jednocześnie dużych ryzyk realizacyjnych, które wymagałyby uwzględnienia możliwości ich zaistnienia w cenie oferty. O takim nieskomplikowanym charakterze robót budowlanych objętych częścią 4 Postępowania świadczy również fakt, że stawiając warunki udziału w Postępowaniu Zamawiający przedstawił „niższe” w stosunku do części 4 Postępowania niż w stosunku do pozostałych części (nie wymagając w tym zakresie dysponowania przez wykonawcę kierownikiem robót ogólnobudowlanych ani określonego doświadczenia w realizacji „podobnych” zamówień). Takie rozróżnienie związane było właśnie

z faktem, że roboty budowlane objęte częścią 4 Postępowania charakteryzują się znacznie niższym stopniem skomplikowania niż roboty objęte pozostałymi częściami Postępowania. Również w związku z powyższym w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie ceny były przekonujące, zgodnie z określonymi wyżej kwestiami związanymi z zakładaną łatwiejszą realizacją tych robót budowlanych.

Oceniając wyjaśnienia Bukolt sp. z o.o. oparto się na wiedzy i rozeznanii w obecnych realiach rynkowych, które posiadają pracownicy Zamawiającego, którzy zlecają, nadzorują i rozliczają dziesiątki podobnych przedsięwzięć rocznie. Na podstawie wiarygodnych informacji, jakie są w posiadaniu kadry Zamawiającego, możliwe było uznanie wyjaśnień za wystarczające. Na marginesie, również konkurencyjni wykonawcy nie zgłaszali obiekcji co do ceny zaoferowanej przez Bukolt sp. z o.o. oraz złożonych następnie wyjaśnień. Zresztą samo wezwanie wykonawcy było spowodowane wyłącznie spełnieniem przesłanek określonych w art. 224 ust. 2 PZP, a nie realnymi wątpliwościami Zamawiającego.

Ponadto zgodnie z wiedzą Zamawiającego wykonawca Bukolt sp. z o.o. jest wykonawcą działającym na rynku, w tym na rynku bydgoskim, i mającym doświadczenie w realizacji umów o roboty budowlane. Uwzględniając więc, że wykonawca posiada określone doświadczenie w realizacji robót budowlanych, Zamawiający przyjął, biorąc pod uwagę też treść złożonych wyjaśnień, że prawidłowo skalkulował cenę oferty, w szczególności w sposób uwzględniający realne zakładane koszty wykonawcy związane z realizacją zamówienia. W przypadku wykonawców dysponującym określonym doświadczeniem, którzy jednocześnie przedstawiają racjonalne i odpowiadające na wszystkie zaistniałe wątpliwości zamawiającego wyjaśnienia w przedmiocie podstaw przyjęcia określonej ceny oferty, tym bardziej nie ma podstaw do uznawania, że cena wskazana przez wykonawcę jest nierealistyczna. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem „Istotne jest takie wyjaśnienie kalkulacji ceny, które przekona, że wykonawca przyjął racjonalne założenia co do koniecznych do poniesienia kosztów i nakładów. Chodzi tu więc o uprawdopodobnienie poprawności kalkulacji rozwianie wątpliwości Zamawiającego.” (wyrok KIO z dnia 14.10.2014 r., sygn. KIO 1833/14). Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę spełniają wskazane założenia.

Zamawiający zwraca w tym zakresie uwagę, że o rażąco niskiej cenie można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, na co zwróciła też uwagę KIO w wyroku z dnia 28 marca 2013 r., sygn. KIO 592/13. Podobnie wskazało również KIO w wyroku z dnia 20 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 676/12, gdzie zauważono, że za rażąco niską cenę należy uznać taką, która w ogóle uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia. O rażąco niskiej cenie możemy więc mówić jedynie wówczas, gdy w ogóle i w sposób oczywisty niemożliwa jest realizacja przez wykonawcę zamówienia za zaoferowaną cenę. Tymczasem w świetle realiów zakresu robót budowlanych objętych częścią 4 Postępowania, na które

złożył ofertę wykonawca Bukolt sp. z o.o. oraz przedstawionych przez niego wyjaśnień, w żadnej mierze nie można uznać, że obiektywnie, a tym bardziej że w sposób oczywisty, cena zaproponowana przez wykonawcę nie pozwala na realizację zamówienia. Nie można w szczególności przyjąć, że każdorazowo zamawiający powinien, również po zapoznaniu się z wyjaśnieniami wykonawcy, uznawać daną cenę za rażąco niską tylko dlatego, że jest o określony procent niższa niż ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia czy średnia innych ofert. Byłoby to sprzeczne z intencją ustawodawcy, który dąży niewątpliwie do tego, by zamówienia publiczne (przy zachowaniu oczywiście jakości) realizowane były możliwie jak najtaniej, a składane oferty miały charakter konkurencyjny i który wyraźnie wskazuje na konieczność wyjaśniania potencjalnie „za niskiej” ceny w miejsce odgórnego nakazania odrzucenia oferty z taką ceną. W sytuacji, gdy wyjaśnienia są wyczerpujące, jak w niniejszym przypadku, niewątpliwie prawidłowe z punktu widzenia PZP, jak i korzystne dla zamawiającego ze względów praktycznych (niższe koszty realizacji zamówienia), jest przyjęcie takich i dokonanie wyboru danego wykonawcy.

Podsumowując, w ocenie Zamawiającego przedstawione przez wyjaśnienia, wskazujące na dotyczące konkretnie jego okoliczności pozwalające na zaoferowanie niższej ceny od konkurentów i przyjmowane w związku z tym założenia odnośnie do planowanego sposobu realizacji zamówienia (w tym np. posiadanie we własnych zasobach niezbędnego personelu i sprzętu czy posiadanie korzystnych umów z dostawcami materiałów), przy uwzględnieniu również zakresu robót budowlanych objętego przedmiotową częścią Postępowania oraz doświadczenia wykonawcy, bez wątpienia pozwalały na uznanie, że wykonawca może zrealizować zamówienie za wskazaną cenę. Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę były spójne i przekonujące, odnosiły się do wszystkich kwestii określonych w wezwaniu Zamawiającego, załączono również stosowny i racjonalny kosztorys cen jednostkowych. Stąd też Zamawiający działając z dochowaniem należytej staranności oraz z poszanowaniem zasad konkurencji w przedmiotowej sytuacji mógł ostatecznie jedynie uznać, że wyjaśnienia wykonawcy uzasadniają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i że nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi w dokumentach zamówienia. Nie zaistniały bowiem podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 6 PZP”.

Prezes Urzędu pismem z dnia 19.04.2023 r. wezwał zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w następujący sposób „Jak wynika z wyjaśnień z dnia 1 marca 2023 r. udzielonych przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o., wykonawca oszacował wartość robót budowlanych dotyczących zadania „Zbiornik retencyjny nr 1 - adaptacja istniejącego naturalnego zbiornika wodnego przy ul. Rekinowej” na kwotę 244.760,00 zł netto. Natomiast zamawiający oszacował wartość ww. robót w kosztorysie ofertowym

na kwotę równą 976.489,86 zł netto. Oznacza to, że wskazana przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. wartość ww. robót stanowi jedynie 25,07 % wartości robót według szacunków Zamawiającego. (...)

Odnosząc się do wyżej przytoczonych twierdzeń proszę o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż wykonawca dokonał prawidłowej wyceny wszystkich „elementów składających się na zakres zamówienia”. Jak wynika bowiem z analizy kosztorysu złożonego przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny ofertowej, dla robót pn. „Zbiornik retencyjny nr 1 - adaptacja istniejącego naturalnego zbiornika wodnego przy ul. Rekinowej” nie zawiera on informacji dotyczących m.in.:

1) studni przebudowanej na komorę rozdziału \varnothing 1500 – szt. 1. - w kosztorysie wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. nie zamieścił pozycji dotyczącej montażu lub przebudowy studni \varnothing 1500, studni połączeniowej \varnothing 1500 czy komory rozdziału REK 12 (terminy pojawiające się w dokumentacji projektowej). W kosztorysie wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. przedstawił jedynie pozycję „wykonanie zastawki z przylgą”. Jednak z projektu budowlanego, projektu technicznego oraz projektu wykonawczego wynika, że „Zgodnie z koncepcją istniejąca studnia REK 12 polega przebudowie na Komorę rozdziału REK12. Należy wykonać wg poniższych ustaleń:

- zdemontować istniejącą studnię; (zaleca się wykonanie demontażu w porze bezdeszczowej)
- płytę denną o grubości 20 cm wykonać z betonu C35/45 jako monolityczną, wylewaną na mokro i posadowioną na warstwie betonu wyrównawczego C8/10 o grubości 10 cm;
- część przydenną studzienki wykonać jako murowaną z cegły kanalizacyjnej do wysokości 30 cm powyżej wierzchu rury;
- wykonać uszczelnienie końcówek kanałów po obu stronach studni za pomocą szybkoschnącego niekurczliwego cementu hydraulicznego,
- przejścia szczelne dla przebudowywanych kanałów wykonać za pomocą przejść szczelnych systemowych;
- osadzić w części przydennej stopnie złazowe powlekane wg. PN-EN 13101 :2005.,
- górną część studzienki wykonać z kręgów żelbetowych prefabrykowanych typowych o średnicy 1500 mm, przykrytych typową płytą pokrywową;
- na płycie osadzić właz żeliwny typu ciężkiego klasy D400 wg. PN-EN 124:2000, o średnicy \varnothing 600mm, z niepełną wentylacją, z logo Zamawiającego i napisem „kanalizacja deszczowa”.

Wynika z tego, że prace związane z przebudową istniejącej studni na komorę rozdziału mają polegać na demontażu starej studni oraz montażu nowej komory rozdziału zaś z udzielonych wyjaśnień nie wynika, iż wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. zawarł w zaoferowanej cenie koszt przebudowy istniejącej studni na komorę rozdziału w sposób zgodny z dokumentacją projektową;

2) prac oznaczonych w kosztorysie inwestorskim pod nr 59 pn. „Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodzic G-62 wibromłotem HVB; głębokość wbicia do 6 m, grunt kat. IV Ponad 50 do 75 m na jednym

placu budowy, Mx0,1” oraz prac oznaczonych w kosztorysie inwestorskim pod nr 60 pn. „Wyciąganie ścianek szczelnych stalowych z grodziec G-62 wibromłotem HVB; głębokość wbicia do 6 m, grunt kat. IV”. Z udzielonych wyjaśnień nie wynika, iż wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. w zaoferowanej cenie zawarł koszt ww. robót, które łącznie oszacowane zostały w kosztorysie inwestorskim na kwotę 442.391,40 zł netto.

W związku z powyższymi wątpliwościami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny zaoferowanej przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o., ponownie proszę o udzielenie wyjaśnień, na jakie podstawie Zamawiający uznał, że wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. w skalkulował cenę ofertową w sposób racjonalny oraz umożliwiający prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, tj. w sposób uwzględniający wszystkie wymogi określone w projekcie budowlanym oraz wykonawczym wyznaczających zakres oraz sposób realizacji przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający pismem z dnia 24.04.2023 r. udzielił wyjaśnień, w których wskazał, że „3. Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia wykonawcy w zakresie przedstawionego kosztorysu spełniały oczekiwania Zamawiającego określone w wezwaniu Zamawiającego z dnia 27.02.2023 r. Zamawiający nie oczekiwał bowiem od wykonawcy przedstawienia „rozbicia” proponowanego w ofercie wynagrodzenia w oparciu o poszczególne pozycje kosztorysu inwestorskiego (kosztorys ten na żadnym etapie nie był też przedstawiony wykonawcy). Wykonawca, postępując w zgodzie z wezwaniem Zamawiającego, mógł więc przyjąć odmiennie założenia co do wyszczególnienia określonych pozycji w przedstawionym przez siebie kosztorysie, Zamawiający nie formułował bowiem w wezwaniu w tym zakresie żadnych wymagań (elementem wezwania nie było nawet zobowiązanie do przedstawienia kosztorysu w ogóle). Wykonawca mógł więc określone pozycje robót niezbędnych do wykonania w ramach poszczególnych części przypisać odmiennie lub odmiennie ocenić ich wagę, uznając przykładowo za niewymagające wyodrębnienia i możliwe do ujęcia w ramach innych pozycji.

4. Niewątpliwie sam fakt, że wykonawca przedstawił kalkulację kosztorysową w podziale na inne pozycje niż te określone W kosztorysie inwestorskim nie oznacza jeszcze, że kalkulacja przygotowana przez wykonawcę jest nieprawidłowa. Wykonawca może przykładowo przyjąć, że określone działania związane z przebudową studni ujmie w kosztorysie jako element innej lub innych pozycji i nie stanowi to o niewłaściwym podejściu wykonawcy czy o nieuwzględnieniu określonych zakresów robót w swojej wycenie. Wykonawca, jak wskazano, nie przygotowywał swojego kosztorysu na bazie kosztorysu inwestorskiego, ten kosztorys nie był mu nawet znany. Dla Zamawiającego prawidłowe i niebudzące wątpliwości jest niewyodrębnienie omawianego elementu jako osobnej propozycji, a ujęcie go w innych pozycjach przedstawionej przez wykonawcę kalkulacji kosztorysowej. Jeżeli zaś wartość pozostałych elementów wskazanego przez wykonawcę kosztorysu uzasadnia przyjęcie (a tak było w niniejszej sprawie), że wykonawca mógł koszty związane np. z przebudową studni ująć w jednej lub

w kilku odrębnych pozycjach, nie ma podstaw do zakwestionowania złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Fakt, że określone pomniejsze elementy mające podlegać realizacji w ramach zamówienia nie zostały wprost wskazane w kosztorysie przedstawionym przez wykonawcę czy też że zostały przedstawione w inny sposób niż przyjęty w kosztorysie inwestorskim (rozbite na inne pozycje), nie może być przesądzający dla oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień — w świetle przepisu art. 224 PZP oraz wystosowanego przez wykonawcę wezwania Zamawiający zobowiązany był bowiem do całościowej oceny wyjaśnień wykonawcy, z uwzględnieniem ich treści oraz pozostałych okoliczności związanych z realizacją zamówienia.(...)

6. Zauważenia też wymaga, że kosztorys inwestorski oparty jest na określonych założeniach Zamawiającego co do tego, jak dane prace będą realizowane. Wykonawca może jednak, w oparciu o własną wiedzę, doświadczenie, praktyczną znajomość czy poczynione rozeznanie terenu, na którym będą realizowane dane prace, umiejętność doboru właściwego sposobu realizacji robót dostosowanego do stanu faktycznego, przyjąć (o ile oczywiście jest to zgodne z wymaganiami zamawiającego co do sposobu realizacji zamówienia) odmienne założenia np. co do technologii wykonywania robót. Możliwe są więc takie sytuacje, gdy zamawiający przy przygotowaniu kosztorysu inwestorskiego przyjmie inne założenia co do technologii wykonywania określonych robót, np. w odniesieniu do zabezpieczenia wykopu, niż wykonawca składający ofertę co w konsekwencji spowoduje, że i inne będą rezultaty „wyceny” przeprowadzonej przez zamawiającego i wykonawcę. W odniesieniu do kwestii wbijania i wyciągania ścianek szczelnych ujętej w skierowanym do Zamawiającego wezwaniu, zauważenia wymaga, że Zamawiający nie przesądził w dokumentacji postępowania, że zabezpieczenie wykopu odbywać się ma właśnie we wskazany sposób. W treści projektu wykonawczego dla obiektu budowlanego „Rozbudowa sieci kanalizacji deszczowej w rejonie ul. Rekinowej w Bydgoszczy—C2 K61 10.1.” wskazano jedynie (patrz str. 25), że wykop należy zabezpieczyć, przykładowo wskazując możliwe do zastosowania w tym celu rozwiązania, nie determinując jednak doboru technologii przez wykonawcę w tym zakresie.

7. Wykonawca może więc realizować zamówienie zgodnie z jego treścią, ale poprzez zabezpieczenie wykopu w sposób odmienny niż przez zastosowanie ścianek szczelnych, takie działanie jest dopuszczalne i zgodne z wymogami Zamawiającego. Z treści wyjaśnień wykonawcy wynika zaś, że elementem umożliwiającym przyjęcie określonych założeń co do sposobu realizacji robót w rejonie ul. Rekinowej była kwestia poziomu wód gruntowych. Dopuszczalne pod kątem technologicznym jest, przy uwzględnieniu warunków gruntowo- wodnych i doświadczenia wykonawcy, zabezpieczenie wykopu w odmienny sposób niż poprzez wykonanie ścianek szczelnych, co może znacząco obniżyć koszty wykonawcy - to bowiem warunki gruntowo- wodne i doświadczenie wykonawcy determinują dobór sposobu zabezpieczenia i odwodnienia wykopu. Brak wyodrębnienia w przedstawionym przez wykonawcę kosztorysie wbijania i wyciągania ścianek szczelnych jest więc uzasadniony

uwzględnionymi w treści wyjaśnień wskazaniaми co do poziomu lustra wody w rejonie prac, w tym w ul. Rekinowej — wykonawcy, będący podmiotami realnie realizującymi określone prace, z praktycznym doświadczeniem szerszym niż inwestorzy, nierzadko są w stanie dobrać inną, tańszą, lecz wciąż spełniającą wymagania Zamawiającego, technologię realizacji określonych robót. Istnieją różne możliwości zabezpieczenia wykopu, dobór należy zaś do wykonawcy który, jak w omawianym przypadku, może, bazując na stanie faktycznym i swoim doświadczeniu, przyjąć tańsze rozwiązania (odmienne od tych zakładanych w kosztorysie inwestorskim) i w konsekwencji złożyć ofertę na niższą cenę. Zwrócenia w tym zakresie uwagi wymaga, że właśnie odpowiednie przygotowanie do złożenia oferty (np. rozpoznanie możliwych do zastosowania rozwiązań w celu zabezpieczenia wykopu w świetle istniejących warunków gruntowo- wodnych, w tym w szczególności dotyczących poziomu lustra wody) również stanowić może okoliczność pozwalającą na zaproponowanie realizacji zamówienia za niższą cenę niż ta wskazana w kosztorysie inwestorskim, a w konsekwencji i to również brane było pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie wyjaśnień wykonawcy Bukolt sp. z o. o. Niewątpliwie fakt poczynienia przed złożeniem oferty ustaleń co do okoliczności realizacji umowy, istniejącego stanu faktycznego w lokalizacji danych robót i możliwych do zastosowania w związku z tym technologii zabezpieczenia i odwodnienia wykopu (a w konsekwencji i braku konieczności stosowania ścianek szczelnych w zakresie przyjętym w kosztorysie inwestorskim) również należy traktować jako okoliczność uprawdopodobniającą kalkulacje przyjęte przez wykonawcę i nie powinien on prowadzić do „sankcjonowania” wykonawcy”.

Prezes Urzędu pismem z dnia 04.05.2023 r. zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, jednocześnie odnosząc się do już wcześniej udzielonych wyjaśnień i wskazał, że „jak wynika z przekazanej kopii dokumentacji projektowej, na stronie 25 projektu wykonawczego wskazano, iż:

„Zabezpieczenie wykopów.

Ściany wykopów wąsko przestrzennych muszą być zabezpieczone przed osunięciem się gruntu i zawaleniem. Wykopy zabezpieczyć stosując metalowe obudowy płytowe, szalunki, ścianki szczelne. Stosowane systemowe zabezpieczenia muszą posiadać dokumentację techniczną (DTR). (...)

Z powyższego zapisu wynika zatem, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego, dowolność wyboru technologii zabezpieczenia wykopów przewidziana została jedynie do wykopów wąsko przestrzennych. Jednocześnie z Projektu wykonawczego szcerpania wody igłofiltrami stanowiącego jeden z elementów projektu wykonawczego wynika m.in., cyt.:

3. Wstępna ocena możliwości oddziaływania projektowanej inwestycji na środowisko gruntowo – wodne

Wykonanie instalacji igłofiltrów oraz przeprowadzenie pompowania odwadniającego na czas budowy, z uwagi na zakres, może wpłynąć na stosunki wodne działek sąsiadujących. Z tego powodu projektuje

się przegrodę ze ścianek szczelnych wokół projektowanej inwestycji odcinającą obręb wykopu od połączenia hydraulicznego z warstwą wodonośną. Prawidłowo wykonana ścianka szczelna uniemożliwi rozwój leja depresji poza jej obrys. Odwodnienie ograniczone zostanie do szczerpania wód podziemnych odciętych ścianką. Oddziaływanie odwodnienia nie przekroczy granic działek Inwestora.

(...)

6.1. Schemat hydrogeologiczny

Roboty geologiczne wykonane dla udokumentowania geologiczno – inżynierskich warunków posadowienia obiektów budowlanych wykazały, że na omawianym terenie, do głębokości rozpoznania, występuje jeden poziom wodonośny związany z czwartorzędową warstwą piaszczystą. Zwierciadło wody jest swobodne, ustabilizowane na rzędnej ok 70,6 m n.p.m.

Po analizie lokalizacji projektowanych obiektów oraz rzędnych dna wykopów względem rzędnych stabilizacji zwierciadła wód gruntowych, stwierdzono, iż konieczność odwodnienia dotyczy całości zakresu inwestycji.

W związku z powyższym, do obliczeń przyjęto wariant w którym konieczne będzie obniżenie zwierciadła wód gruntowych do rzędnej 69,8 m n.p.m..

Dla potrzeb obliczeniowych przyjęto:

- szczelne ściany szczelinowe wykonane do głębokości 1,0 m poniżej podstawy warstwy wodonośnej
- powierzchnie wykopu ograniczona ścianą szczelną wynosi 81 m²
- jeden czwartorzędowy poziom wodonośny

(...)

6.2. Obliczenia hydrogeologiczne

Przewiduje się, że wykop będzie otoczony ścianą szczelną wykonaną do ok. 1,5m poniżej stropu warstwy nieprzepuszczalnej. Odwodnienie terenu sprowadzi się więc do spompowania wody zamkniętej ścianą szczelną do wymaganego oraz kontroli i ewentualnie szczerpywania wód infiltrujących do środka wykopu w postaci opadów czy niewielkich przecieków przez wymagany okres wykonania nasypu budowlanego.

(...)

7.3. Wykonanie otworów obserwacyjnych

W celu ciągłej kontroli szczelności ściany szczelinowej podczas prowadzonych prac odwodnieniowych projektuje się wykonanie 2 otworów obserwacyjnych (piezometrów). Piezometry będą na działkach inwestora poza ścianami szczelnymi od stron wschodniej i zachodniej. Lokalizacja wskazana zostanie po wykonaniu ściany szczelinowej w obecności wykonawcy robót ziemnych. W czasie pompowania wykonywane będą w nich 1 raz dziennie pomiary poziomu zwierciadła wód podziemnych. Obniżenie zwierciadła powyżej 1 m od poziomu sprzed pompowania może być podstawą do poddania pod

wątpliwość szczelności ścianki na tym odcinku. W takim przypadku konieczne będzie natychmiastowe działanie w celu jej uszczelnienia.

(...)

10. Wnioski końcowe

Przewiduje się, że wykop pod projektowaną inwestycję będzie otoczony ścianą szczelinową wykonaną do ok. 1,5 m poniżej stropu gruntów nieprzepuszczalnych. Odwodnienie terenu sprowadzi się więc do spompowania wody zamkniętej ścianką oraz ewentualnego szczyrpywania wód infiltrujących do środka wykopu w postaci opadów czy niewielkich przecieków, przez wymagany okres wykonania wymiany gruntów organicznych na nasyp budowlany.

Dodatkowo zauważyć należy, że usytuowane ścinek szczelnych, piezometrów oraz igłofiltrów zostało doprecyzowane na Mapie dokumentacyjnej stanowiącej załącznik do Projektu odwodnienia budowlanego – szczyrpanie wody igłofiltrami.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż dokumentacja projektowa, jako metodę zabezpieczenia planowanej inwestycji przewiduje wykonanie ścinek szczelnych. Mając na uwadze powyższe proszę o dokładne wskazanie fragmentów SWZ, które zdaniem Zamawiającego uzasadniają możliwość zrealizowania zamówienia przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. w sposób wskazany przez niego w treści wyjaśnień z dnia 01.03.2023 r. w zakresie zaproponowanych rozwiązań oraz zaproponowanej technologii, innej niż wynikających z dokumentacji projektowej, tj. z pominięciem konieczności wykonania ścinek szczelnych. Na marginesie należy zauważyć, iż w ramach kontrolowanego postępowania Zamawiający nie dopuszczał składania ofert wariantowych”.

Zamawiający pismem z dnia 08.05.2023 r. wskazał, że „2.Odnosząc się konkretnie do kwestii dopuszczalnych specyfikacją warunków zamówienia technologii robót w odniesieniu do zabezpieczenia wykopu, w pierwszej kolejności wskazać należy, że fakt, że treść przywołanego przez Prezesa UZP fragmentu projektu wykonawczego odnosi się bezpośrednio do wykopu wąskoprzestrzennego nie oznacza, że jedynie dla części robót dotyczących obiektu budowlanego „Rozbudowa sieci kanalizacji deszczowej w rejonie ul. Rekinowej w Bydgoszczy — C2 K61 10.1.” (dalej jako: „Obiekt C2 K61 10.10”) możliwe jest zastosowanie różnych sposobów zabezpieczenia wykopu. Jak się wydaje, Prezes UZP przyjął, że przywołane postanowienie odnosi się jedynie do części robót, pozostały zakres należy zaś zabezpieczyć przez zastosowanie ścianek szczelnych. Takie rozumienie treści dokumentacji projektowej uwzględniając charakter wykopów mających zostać zrealizowanymi dla omawianego Obiektu C2 K61_10.1., a także powszechnie przyjmowany sposób odczytywania dokumentacji projektowej, wymagający jej całościowego oglądu, nie jest jednak uprawnione.

3. Zamawiający wskazuje, że wszystkie roboty odnoszące się do Obiektu C2 K61 10.1. budowlanego powinny być realizowane w wykopie wąskoprzestrzennym — co może nie było jasne dla Prezesa UZP i co wzbudziło wątpliwości w toku prowadzonej kontroli. Zauważenia na marginesie wymaga, że przez wykop wąskoprzestrzenny jednoznacznie w specjalistycznej literaturze przedmiotu rozumie się wykop, którego głębokość jest większa od szerokości dna lub wykop o szerokości dna mniejszej od 1,5 m¹. Całość wykopów powstających w związku z realizacją wskazanego Obiektu C2 K61 10.1. ma taki charakter, z uwagi na zakres robót do wykonania dla tego Obiektu C2_K61_10.1. w ramach zamówienia objętego częścią 4 Postępowania. Przywołane postanowienie pkt. 7.5. projektu wykonawczego stanowiącego element przekazanej wykonawcom w toku postępowania specyfikacji warunków zamówienia odnosić należy więc do całości robót dotyczących Obiektu C2 K61 10.1., nie jedynie do ich części. Tym samym dowolność wyboru przez wykonawcę sposobu zabezpieczenia wykopu nie odnosi się jedynie do części robót dla Obiektu C2 K61 10.1., ale do ich całości.

4. Zamawiający, jak już wskazano w piśmie z dnia 24.04.2023 r., przygotowując kosztorys inwestorski przyjął do kalkulacji wartość robót dotyczących zabezpieczenia wykopów w oparciu o ścianki szczelne — jako jeden (z ostrożności, najdroższy) z możliwych sposobów realizacji przez wykonawcę danych robót. Nie zmienia to jednak faktu, że, jak już wskazywano, ostateczną decyzję co do tego, w jaki sposób zrealizować zabezpieczenie wykopów podjąć winien, bazując na swoim doświadczeniu i wiedzy, wykonawcy. Zgodnie z treścią specyfikacji warunków zamówienia, jak wskazano, ostateczna decyzja co do tego, jak zabezpieczyć wykop, aby spełnić założenia Zamawiającego (a więc i jaki sposób zabezpieczenia wykopów przyjąć do wyceny), została pozostawiona wykonawcy, na co wskazuje cytowany pkt 7.5. projektu wykonawczego, odnoszący się do całości robót dla Obiektu C2 K61 10.1.

5. Odnosząc się w dalszej kolejności do cytowanych przez Prezesa UZP fragmentów „Projektu wykonawczego szcherpania wody igłofiltrami”, należy mieć na uwadze, że dokument ten należy odczytywać, co jasne jest dla podmiotów angażujących się rzeczywiście w realizację robót budowlanych, łącznie z pozostałą treścią dokumentacji projektowej dla Obiektu C2 K61 10.1. — co w realiach niniejszej sprawy omacza, że główną wagę przyłożyć należy do treści samego projektu wykonawczego (odczytywanego łącznie z projektem budowlanym), a nie do załącznika do niego, którym jest omawiany dokument. Dokument ten stanowi jedynie propozycję określonych rozwiązań, dane wyjściowe oparte na wstępnych założeniach, nieujęte jednak w ostatecznym projekcie przez projektanta (dokument ten sporządzany był, o czym szerzej poniżej, przed ustaleniem ostatecznego zagłębienia obiektów). Zgodnie z przywołanym i wyjaśnionym wyżej postanowieniem treści projektu wykonawczego, wykonawcom pozostawiona była dowolność w wyborze sposobu zabezpieczenia wykopu — tak bowiem ostatecznie uznał za właściwe, po analizie wszystkich opinii, uzgodnień i informacji dotyczących warunków realizacji robót, pozyskanych w toku procesu projektowego. odpowiedzialny za projekt projektant”.

Mając na uwadze powyższe w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Natomiast zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Jak wynika z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego należy na początku zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 18.01.2023 r. o sygn. akt KIO 33/23 wskazała, iż „Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę, co wynika z art. 224 ust. 5 PrZamPubl, zgodnie z którym: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

W związku z tym wyjaśnienia składane na takie wezwanie powinny uwzględniać oczekiwania zamawiającego w nim wskazane. Powinny być konkretne i wyczerpujące, w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, nadto wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaofferowaną cenę bez ponoszenia na straty na tym zamówieniu. Ze złożonych wyjaśnień powinno w szczególności wynikać, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny oferty oraz jakie okoliczności właściwe dla danego wykonawcy umożliwiły obniżenie ceny jego oferty, jakie oszczędności mógł dzięki nim osiągnąć. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia”. Zgodnie natomiast z komentarzem do ustawy Pzp opublikowanym na stronie Urzędu „Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Konsekwencją prawną wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224

ust. 1 Pzp jest powstanie domniemania faktycznego, że zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną lub kosztem. Domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny lub kosztu ma charakter wzruszalny, gdyż może zostać obalone przez wykonawcę składającego wyjaśnienia. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy i to on powinien obalić powyższe domniemanie stosownymi wyjaśnieniami. Przepis ten koreluje z regulacją właściwą dla rozkładu ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu w postępowaniu odwoławczym (art. 537 pkt 1 Pzp) oraz w postępowaniu skargowym (art. 586 pkt 1 Pzp)¹.

Innymi słowy oznacza to, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek rozwiania wątpliwości, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to on ponosi odpowiedzialność za niewystarczająco jasne i jednoznaczne udzielenie wyjaśnień. Należy jednak pamiętać, że również na zamawiającym jako gospodarzu prowadzonego postępowania ciąży obowiązek działania z należytą starannością na całym etapie postępowania, a więc także w przypadku stosowania procedury wskazanej w art. 224 ustawy Pzp.

Zamawiający w toku prowadzonej kontroli wskazywał, że wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. nie budzą jego wątpliwości oraz, że w wyniku analizy wyjaśnień oczywistym jest dla zamawiającego, że wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie za zaoferowaną cenę.

W tym miejscu należy przypomnieć, że przedmiotem kontrolowanego zamówienia są roboty budowlane. Oznacza to, że zamawiający zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp. W wezwaniu z dnia 27.03.2023 r. zamawiający wskazał m.in. na te czynniki wpływające na wysokość ceny lub kosztu, które zostały określone w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, tj.:

- zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

¹ <https://www.gov.pl/web/uzp/komentarz-do-prawa-zamowien-publicznych>

Ponadto w ostatnim akapicie zamawiający, powtarzając za ustawą Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami.

Wykonawca pismem z dnia 01.03.2023 r. odnosząc się do powyższych kwestii wskazał, że:

„Ad. 4. Zapewniam, jak to zostało wyżej wskazane, że Wykonawca będzie korzystał jedynie z własnych pracowników, którzy zatrudnieni są w oparciu o umowy o pracę, w których wskazano aktualnie obowiązuje minimalne wynagrodzenie za pracę wynoszące 3.490 zł brutto. Od lipca 2023 r. wynagrodzenie to wzrośnie oczywiście do kwoty 3.600 zł brutto. Stawka kosztorysowa roboczogodziny przyjęta do obliczeń w kosztorysie to 31,00 zł.

(...)

Ad. 6. Oferta Wykonawcy uwzględnia obowiązujące przepisy prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca opłaca na bieżąco i terminowo wszelkie należności publicznoprawne w związku z zatrudnieniem pracowników poprzez odprowadzenie należnych podatków i składek na ubezpieczenie społeczne”.

Wykonawca na potwierdzenie swoich twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów w postaci chociażby umów o pracę lub dokumentów płacowych. Wykonawca ograniczył się w tym zakresie jedynie do dwóch krótkich oświadczeń.

Jak wskazała podczas rozpatrywania analogicznej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31.01.2023 r. o sygn. akt KIO 148/23 „Przechodząc do meritum skład orzekający w pierwszej kolejności odniósł się do treści wezwania z dnia 7 grudnia 2022 r. skierowanego do przystępującego w związku z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny. W wyniku analizy tego wezwania Izba stwierdziła, że miało ono dość wąski zakres. W tym miejscu warto przypomnieć, że postępowanie zostało zakwalifikowane rodzajowo jako roboty budowlane. Zgodnie natomiast z art. 224 ust. 4 PrZamPubl w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. W wezwaniu z dnia 7 grudnia 2022 r. zamawiający wskazał na te czynniki wpływające na wysokość ceny lub kosztu, które zostały określone w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PrZamPubl, tj.:

- zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przystępujący zwracał uwagę na ogólnikowość wezwania oraz w związku z tym wskazywał na możliwość wykorzystania przeciw niemu wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na tak ogólnikowe wezwanie. W ocenie składu orzekającego w pewnej mierze stanowisko przystępującego było słuszne. Słuszność ta przejawiała się w tym, że w przypadku dość ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca, przygotowując odpowiedź na takie wezwanie, ma szerokie możliwości co do sposobu wyboru argumentacji służącej obronie swojej oferty. Innymi słowy ogólnikowe wezwanie daje wykonawcy sporą elastyczność w zakresie sporządzenia wyjaśnień i składania dowodów w celu wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy powyższe stwierdzenie okazało się niewystarczające, ponieważ należało zwrócić uwagę na dwie bardzo istotne kwestie. Po pierwsze ogólnikowość wezwania i związane tym możliwości pozostające po stronie wzywającego wykonawcy, nie uprawniają go do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień tj. stanowiących wyłącznie formalną odpowiedź na wezwanie. Po drugie w treści wezwania zamawiający wyraźnie wskazał, że zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w szczególności w zakresie czynników wskazanych w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PrZamPubl.

W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia przystępującego dotyczące zakresu wezwania były niewystarczające przede wszystkim w aspekcie dowodowym. Mimo ogólnikowości wezwania, nie można było pominąć faktu podania w ich treści zakresu wymagającego wyjaśnienia w tym udowodnienia, który odnosił się do czynników wpływających na wysokość ceny lub kosztu, które zostały określone w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PrZamPubl. W odniesieniu do tych czynników wyjaśnienia przystępującego obejmowały dwa oświadczenia zawarte w pkt 2 i 9 na str. 2-3 wyjaśnień z dnia 12 grudnia 2022 r., podanie stawki za roboczogodzinę oraz ryczałtowego wynagrodzenia kierownika robót, które zostało wskazane w części wyjaśnień dotyczącej prac przygotowawczych. Powyżej wskazane wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami, co w okolicznościach przedmiotowej sprawy musiało skutkować uznaniem tych wyjaśnień za niewłaściwe.

Przystępujący argumentował, że zamawiający nie wzywał go do złożenia konkretnych dowodów, niemniej tego argumentu nie można było potraktować, w okolicznościach niniejszej sprawy, jako zwolnienia z obowiązku ich złożenia. Przytoczony powyżej argument można było potraktować jako przyznanie pewnej swobody w składaniu dowodów na poparcie złożonych wyjaśnień. Zgodnie z orzecznictwem Izby, dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe. Ponadto Izba doszła do przekonania, że przystępujący miał świadomość istotności i konieczności złożenia dowodów w ramach wyjaśnień, ponieważ w trakcie postępowania odwoławczego, wnioskował o załączenie na poczet materiału dowodowego umów z pracownikami. Na tym etapie, tj. po upływie terminu na złożenie wyjaśnień oraz po wyborze najkorzystniejszej oferty taki dowód, w opinii składu orzekającego, należało uznać za spóźniony, ponieważ odnosił się do kwestii rażąco

niskiej ceny, która była wyjaśniana na etapie postępowania przetargowego. Wniosek dowodowy w tym zakresie zgłoszony przez przystępującego, Izba potraktowała jako pośrednie przyznanie przez tego wykonawcę, konieczności złożenia dowodów w celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie jego oferty. Dodatkowo skoro przystępującemu udało się zebrać takie dowody na etapie postępowania odwoławczego, to trudno nie uznać, że mógł on takie dowody przygotować i złożyć na etapie wyjaśnienia ceny, co tym bardziej podważało staranność przystępującego przy składaniu wyjaśnień oraz jego argumentację jako strony postępowania.

Kolejne argumenty przystępującego odnosiły się do wskazania, że zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe oraz nie wymagał złożenia szczegółowej kalkulacji. Okoliczność określenia wynagrodzenia ofertowego w formie ryczałtu nie zwalnia zamawiającego z obowiązku badania oferty wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny. Jeśli wystąpiły przesłanki obligujące do wezwania wykonawcy w celu złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny to zamawiający powinien skierować wezwanie do wykonawcy ze wszystkimi jego konsekwencjami. Co do złożenia szczegółowej kalkulacji Izba ustaliła powyżej, że zamawiający nie wzywał do złożenia konkretnych dowodów lub określonego sposobu złożenia wyjaśnień, zatem przystępujący miał słuszność, że nie musiał składać szczegółowej kalkulacji. Ustalenie to jednak nie zwalniało przystępującego, w okolicznościach faktycznych sprawy, z obowiązku złożenia dowodów na poparcie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. (...) Reasumując Izba uznała, że część argumentacji odwołującego, odnosząca się do braku złożenia dowodów przez przystępującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny okazała się zasadna i doprowadziła od przekonania, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę”.

Jak wynika z wyżej przytoczonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca udzielając wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej nie może poprzestać tylko na krótkich wyjaśnieniach pozbawionych konkretów oraz wycieńczonych potwierdzających prawdziwość tez wykonawcy, nawet w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego zostało sformułowane w sposób ogólnikowy, nieprecyzyjny jakich konkretnie dowodów wymaga zamawiający. W takiej sytuacji wykonawca otrzymuje swobodę wyboru w jaki sposób będzie próbował obalić domniemanie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca posiada swobodę w przedstawianiu swojej argumentacji, jak i przedstawianiu dowodów potwierdzających słuszność jego twierdzeń. Swoboda ta nie zdejmuje jednak z niego obowiązku obalenia domniemanie rażąco niskiej ceny. To wykonawca udzielając lakonicznych wyjaśnień, mających na celu tylko wypełnienie formalnego obowiązku udzielenia wyjaśnień w przewidzianym terminie, niepopartych żadnymi dowodami ponosi ryzyko, że mogą one okazać się niewystarczające, by wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W kontrolowanym postępowaniu wykonawca BUKOLT Sp. z o.o., analogicznie jak w wyżej przytoczonym wyroku ograniczył się jedynie do lakonicznych wyjaśnień dotyczących pkt 4 i 6 wezwania

z dnia 27.02.2023 r. oraz nie przedstawił na ich poparcie żadnych dowodów np. umów o pracę czy dowodów płacowych. Prezes Urzędu w pełni podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, że takie wyjaśnienia są niewystarczające. Co prawda wykonawca złożył wraz z wyjaśnieniami uproszczony kosztorys, ale nie przedstawił żadnych dowodów, że ceny jednostkowe w nim przedstawione są wiarygodne a ustalona cena całkowita umożliwi należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Co za tym idzie – fakt, że wykonawca nie udzielił wystarczających wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie, który ustawa wskazuje za minimalny i obowiązkowy, by wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, jest przesłanką do odrzucenia oferty wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 6 ustawy Pzp. Prezes Urzędu podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, że lakoniczne wyjaśnienia niepoparte dowodami są niewystarczające, gdyż nie obalają domniemania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Co za tym idzie oferta wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona przez zamawiającego, jako oferta zawierająca rażąco niską cenę.

Podkreślenia wymaga, że wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. udzielił bardzo zdawkowych wyjaśnień, nie tylko w zakresie pkt 4 i 6 wezwania, ale całe jego wyjaśnienia mają taki charakter. Nawet gdy wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. rozwinął własne wyjaśnienia, to nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie przedłożonych wyjaśnień. Całość przedstawionych przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. wyjaśnień nie tylko nie rozwiewa wątpliwości dotyczących rażąco niskiej ceny, ale budzi wręcz kolejne wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania ceny, która umożliwiłaby należyte wykonanie umowy.

Analizując dalszą treść wyjaśnień wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. odnoszących się do kwestii podwykonawstwa, tj. zapytań wskazanych w pkt 1 i 8 wezwania z dnia 27.02.2023 r. zauważyć należy, iż wykonawca wskazał jedynie, że zamierza zrealizować zadanie własnymi siłami, bez korzystania z podwykonawców, co ma „znacznie” obniżyć koszt realizacji robót. Dodatkowo wykonawca dookreślił, iż „zatrudnia 12 osób w oparciu o umowy o pracę na pełny etat. Spółka dysponuje własnymi koparkami oraz zagęszczarkami, które będą wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia. W skład kadry Wykonawcy wchodzi także operatorzy koparek posiadający stosowne uprawnienia. Zgodnie z założeniami realizacji przedmiotu zamówienia budowy oraz odbudowy nawierzchni wykonamy siłami własnymi, co obniży dodatkowo koszty”. Podkreślić należy, że są to stwierdzenia o bardzo ogólnikowym charakterze. Trudno z tych wyjaśnień wywodzić, o ile niekorzystanie z podwykonawców obniży koszt realizacji zamówienia, a w szczególności zadania „Zbiornik retencyjny nr 1 - adaptacja istniejącego naturalnego zbiornika wodnego przy ul. Rekinowej”. Mając na uwadze znaczącą różnicę pomiędzy wartością szacunkową zamawiającego a ofertą wykonawcy, trudno uznać, że takie wyjaśnienia rozwiewają jakiegokolwiek powstałe wątpliwości dotyczące sposobu skalkulowania oferty.

Wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. w piśmie z dnia 01.03.2023 r., odnosząc się do kwestii wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych, tj. aspektów podniesionych w pytaniu nr 2 wskazał, iż: „Przy planowanym zadaniu Spółka w swym kosztorysie nie uwzględniła narzutu na materiały, których są niezbędne do jego realizacji. Wartość materiałów uwzględniliśmy w cenach jakie poniesiemy z uwzględnieniem posiadanych rabatów w hurtowniach, w których zaopatruje się Spółka. Według naszych wyliczeń materiał potrzebny na wykonanie przedmiotu zamówienia będzie kosztował Spółkę maksymalnie 40% wartości wskazanej w ofercie ceny netto”. Jednak wykonawca nie przedstawił żadnych dowód potwierdzających jego twierdzenie, że może liczyć na specjalne oferty, korzystniejsze od rynkowych czy korzystniejsze od tych, które mogą uzyskać inni wykonawcy. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej nawiązał specjalne relacje gospodarcze, które umożliwią mu nabycie materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia po cenach korzystniejszych niż rynkowe. Należy zauważyć, że sytuacja w której przedsiębiorcy w wyniku prowadzonej działalności gospodarczej nawiązują relacje z innymi podmiotami, dzięki którym są w stanie uzyskać pewne rabaty w stosunku do cen oferowanych innym podmiotom, nie należą do wyjątków a stanowią powszechną praktykę. Jednak w tym przypadku wykonawca nie poparł swoich twierdzeń żadnymi dowodami, chociażby propozycjami ofert otrzymanych od hurtowni, na które powoływał się w wyjaśnieniach. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.03.2023 r. o sygn. akt KIO 604/23 „Na stosowne wezwanie Zamawiającego, wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak podkreśla się w orzecznictwie, wyjaśnienia powinny być szczegółowe i rzeczowe pełne – winny opisywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia. Dodatkowo, składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być poparte dowodami”. Natomiast w wyroku z dnia 09.03.2023 r. o sygn. akt KIO 490/23 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami”. Mając na uwadze powyższe należy uznać, że wykonawca nie potwierdził w należyty sposób, że dysponuje instrumentami, które umożliwią mu nabycie niezbędnych materiałów po cenie niższej od rynkowej, a tym bardziej po cenach niższych niż

inni wykonawcy składający oferty w przetargu. Oznacza to, że twierdzenie wykonawcy pozostają tylko na poziomie jego deklaracji, których zamawiający nie miał możliwości zweryfikować i które nie potwierdzają możliwości zrealizowania zamówienia na zadeklarowaną cenę.

Wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. odnosząc się do pkt 3 wezwania z dnia 27.02.2023 r. ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że nie przewiduje przy realizacji przedmiotu zamówienia oryginalności w zakresie dostaw, usług lub robót budowlanych. Natomiast odnosząc się do pkt 5 wezwania wykonawca wskazał, że przy realizacji zamówienia nie będzie korzystał z pomocy publicznej. Dodatkowo odnosząc się do pkt 7 wezwania wskazał, że „Wszelkie koszty związane z przestrzeganiem przepisów z zakresu ochrony środowiska będą się mieścić w zarezerwowanej w kwocie stanowiącej 5% kosztów dodatkowych, o której mowa w pkt. ad.2”. Jednak i w tym zakresie wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzić jego twierdzenia. Tym samym pozostają one jedynie na poziomie deklaracji wykonawcy, niepopartej żadnym dowodem.

W piśmie z dnia 24.04.2023 r. zamawiający wskazał, że „Fakt „prostego” charakteru (standardowego dla podmiotów działających w danej branży) robót budowlanych objętych Postępowaniem w części 4, zwiększa wiarygodność złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Przy takim przedmiocie zamówienia tym bardziej należy bowiem przyjąć, że doświadczony wykonawca zdaje sobie sprawę z tego, jak podejść do kwestii wyceny danego zakresu robót. Jak już przy tym zresztą wskazano, w praktyce oferta omawianego wykonawcy nie budziła realnych wątpliwości Zamawiającego, a samo wezwanie wykonawcy do wyjaśnień spowodowane było formalnym spełnieniem przesłanek określonych w PZP”. Zamawiający wskazał, że zaoferowana cena wynika z „prostego” charakteru robót objętych postępowaniem w części 4. Ale ten sam „prosty” charakter robót był znany zarówno pracownikom zamawiającego, którzy szacowali wartość zamówienia jak i drugiemu wykonawcy. Jednak obie wyceny znacznie różnią się od wyceny przedstawionej przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. Z przytoczonego fragmentu wynika również, że zamawiający już przed wezwaniem wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny uznał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, mimo iż znacznie odbiega ona od szacunków zamawiającego oraz konkurencyjnej oferty. Wynika to wprost ze sformułowania użytego przez zamawiającego, który zaznaczył że „samo wezwanie wykonawcy do wyjaśnień spowodowane było formalnym spełnieniem przesłanek określonych w PZP”. Zamawiający jeszcze przed zapoznaniem się z wyjaśnieniami wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. uznał, że cena została prawidłowo skalkulowana, opierając się przy tym, na tym etapie badania oferty, tylko na rzekomym doświadczeniu wykonawcy. Wątpliwości budzi fakt, że zamawiający bez pogłębionej analizy uznał za właściwe przyjęcie kalkulacji przedstawionych przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o., które mają wynikać z rzekomego doświadczenia tego wykonawcy, a pominął przy tym doświadczenie własnych

pracowników, którzy szacowali wartość zamówienia czy doświadczenie drugiego wykonawcy przy kalkulowaniu cen składanych ofert. Skoro zamawiający uznał wezwanie wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. do wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny za jedynie spełnienie formalności wynikającej z ustawy Pzp, to można wysnuć wniosek, że zamawiającemu nie zależało na starannym i należyтым wyjaśnieniu wątpliwości dotyczących wyliczenia ceny zawartej w ofercie złożonej przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o., dlatego też nie dochował należytej staranności podczas procedury wyjaśniania wątpliwości dotyczących wyliczenia ceny zawartej w ofercie złożonej przez tego wykonawcę. Może to tłumaczyć, dlaczego zamawiający w piśmie z dnia 27.02.2023 r. zadał ogólne pytania, a następnie nie wezwał ponownie wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. do doprecyzowania lub rozwiania wątpliwości, które pojawiły się wraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez wykonawcę w piśmie z dnia 01.03.2023 r.

W trakcie prowadzonej kontroli szczególnie wątpliwości wzbudził fakt, że wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. wycenił realizację zadania „Zbiornik retencyjny nr 1 - adaptacja istniejącego naturalnego zbiornika wodnego przy ul. Rekinowej” na kwotę 244.760,00 zł netto. Natomiast zamawiający oszacował wartość ww. robót w kosztorysie ofertowym na kwotę równą 976.489,86 zł netto. Oznacza to, że wskazana przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. wartość ww. robót stanowi jedynie 25,07 % wartości robót według szacunków Zamawiającego. Zadanie „Zbiornik retencyjny nr 1 - adaptacja istniejącego naturalnego zbiornika wodnego przy ul. Rekinowej” obejmuje najszerszy i jednocześnie najkosztowniejszy zakres robót przewidzianych do wykonania w ramach części 4 kontrolowanego postępowania, ponieważ zadanie „Rozbudowa sieci kanalizacji deszczowej w rejonie ul. Stary Port w Bydgoszczy” zostało oszacowane przez zamawiającego na kwotę 210.572,60 zł netto, a zadanie „Zbiornik retencyjny – adaptacja istniejącego zbiornika naturalnego wodnego przy ul. Łowiskowej” został oszacowany na kwotę 163.472,10 zł netto.

Analizując techniczne aspekty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, które mogły mieć wpływ na powyższą kalkulację ceny ofertowej w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż w wyjaśnieniach z dnia 01.03.2023 r. wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. wskazał, że „Sprzyjającym elementem przy realizacji zamówienia jest niski poziom lustra wody przy ul. Łowiskowej, a nawet jej brak przy ul. Rekinowej, co znacznie ułatwi i przyspieszy pracę Wykonawcy oraz obniży jej koszty”. Również zamawiający w piśmie z dnia 07.04.2023 r. powołał się na argumentację wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. jakoby niski poziom lustra wody uzasadniał prawidłowość skalkulowania ceny przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o.

Należy jednak zauważyć, że poziom lustra wody jako czynnik wpływający na skomplikowany charakter prac, a za razem wpływający na cenę, jest czynnikiem niezależnym od woli wykonawcy i może ulec zmianie w trakcie realizacji zamówienia. W przypadku zwiększonych lub obfitych opadów poziom lustra wody może ulec znacznemu zwiększeniu, a tym samym mógłby znacząco wpłynąć na trudność

wykonania prac oraz koszt ich realizacji. Oznacza to, że założenie, że niski poziom lustra wody lub jej brak utrzyma się przez cały okres robót budowlanych, które mają trwać kilka miesięcy, jest założeniem optymistycznym, a tym samym niosącym ryzyko, na który wykonawca nie ma żadnego wpływu. Dodatkowo wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. nie wykazał w jakim stopniu rzekomy niski poziom lustra wody przyczyni się do usprawnienia prac, a zarazem do obniżenia kosztu robót. Twierdzenia wykonawcy pozostają jedynie na poziomie ogólnych deklaracji nie popartych żadnymi dowodami, kalkulacjami lub alternatywnymi obliczeniami. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 09.03.2023 r. o sygn. akt KIO 490/23 „Treść obu złożonych pism, zdaniem Izby, w większej części nie spełnia wymogu wyjaśnień. Wyjaśnienia opierają się na twierdzeniach, podaniu stawek za wykonanie elementów przedmiotu zamówienia bez wyjaśnienia dlaczego Wykonawca przyjmuje taką wartość jako rynkową. Co prawda ZGK podaje czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty ale nie wyjaśnia w jaki sposób to nastąpiło i jak w zasadzie przełożyło się na cenę. Zamieszczonych w wyjaśnieniach wyliczeń nie można uznać za kalkulację, ponieważ są tam podane jedynie suche dane o kosztach bezpośrednich (na co składa się wynagrodzenie kierowcy i ładowacza, ilość samochodów, kwota za worki), następnie podana jest wartość kosztów pośrednich, ogólnozakładowych za dwa dni przeznaczone na zbiórkę odpadów. W tym elemencie ZGK w ogóle nie tłumaczy co składa się na wartość kosztów pośrednich i w jakiej wysokości. Załączona do wyjaśnień kalkulacja ma więc wysoce uproszczony charakter. Wykonawca operuje w niej kwotami nie wyjaśniając w jaki sposób kwoty te odpowiadają przyjętym założeniom do wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wyjaśnia na jakiej podstawie do kalkulacji przyjmuje wysokość podanych kosztów”.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że wykonawca udzielając wyjaśnień w powyższym zakresie nie wykazał się należyłą starannością, a jego ogólne twierdzenia niepoparte żadnymi dowodami nie wykazują, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a tym samym nie obalił domniemania jakie powstaje wraz z wezwaniem wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny przedstawionej w ofercie.

Zamawiający w piśmie z dnia 24.04.2023 r. wskazał, że „Zamawiający nie formułował w wezwaniu w tym zakresie żadnych wymagań (elementem wezwania nie było nawet zobowiązanie do przedstawienia kosztorysu w ogóle). Wykonawca mógł więc określone pozycje robót niezbędnych do wykonania w ramach poszczególnych części przypisać odmiennie lub odmiennie ocenić ich wagę, uznając przykładowo za niewymagające wyodrębnienia i możliwe do ujęcia w ramach innych pozycji.

4. Niewątpliwie sam fakt, że przedstawił kalkulację kosztorysową w podziale na inne pozycje niż te określone w kosztorysie inwestorskim nie oznacza jeszcze, że kalkulacja przygotowana przez wykonawcę jest nieprawidłowa. Wykonawca może przykładowo przyjąć, że określone działania związane z przebudową studni ujmie w kosztorysie jako element innej lub innych pozycji i nie stanowi

to o niewłaściwym podejściu wykonawcy czy o nieuwzględnieniu określonych zakresów robót w swojej wycenie". Prezes Urzędu zgadza się z zamawiającym, że w sytuacji, gdy zamawiający nie sprecyzuje dokładnie w wezwaniu sposobu lub metodyki wyjaśniania rozbicia ceny na poszczególne elementy (np. poprzez wezwanie do uzupełnienia przygotowanej przez zamawiającego tabeli zawierającej elementy składowe robót), to wykonawca ma pewną swobodę w przedstawieniu wyjaśnień oraz dowodów, w tym w przedstawieniu kosztorysu robót. Co do zasady należy uznać za słuszne twierdzenie zamawiającego, że wykonawca nie musiał przedstawić kosztorysu identycznego do kosztorysu opracowanego przez zamawiającego i mógł nie uwzględnić pewnych pozycji wprost, a mógł je zawrzeć w innych pozycjach. Jednak nawet bardzo ogólnikowa analiza przedłożonego kosztorysu prowadzi do wniosku, iż w omawianym przypadku wykonawca nie zamieścił w kosztorysie tak ważnej pozycji jak ta dotycząca przebudowy studni na komorę rozdziału Ø 1500 – komorę rozdziału REK 12. Zamawiający opisał tę pozycję w kosztorysie inwestorskim pod l.p. 42 oraz pod nazwą „Studnie rewizyjne z kręgów betonowych o śr. 1500 mm w gotowym wykopie - komora REK12 wraz z podstawą, krawędzią przelewową ze stali nierdzewnej zgodnie z PT oraz zastawką DN400 z napędem elektrycznym” oraz oszacował jej wartość na kwotę 58.500 zł netto. Z projektu budowlanego, projektu technicznego oraz projektu wykonawczego wynika, że „Zgodnie z koncepcją istniejąca studnia REK 12 polega na przebudowie na Komorę rozdziału REK12. Należy wykonać wg poniższych ustaleń:

- zdemontować istniejącą studnię; (zaleca się wykonanie demontażu w porze bezdeszczowej)
- płytę denną o grubości 20 cm wykonać z betonu C35/45 jako monolityczną, wylewaną na mokro i posadowioną na warstwie betonu wyrównawczego C8/10 o grubości 10 cm;
- część przydenną studzienki wykonać jako murowaną z cegły kanalizacyjnej do wysokości 30 cm powyżej wierzchu rury;
- wykonać uszczelnienie końcówek kanałów po obu stronach studni za pomocą szybko schnącego niekurczliwego cementu hydraulicznego,
- przejścia szczelne dla przebudowywanych kanałów wykonać za pomocą przejść szczelnych systemowych;
- osadzić w części przydennej stopnie żłazowe powlekane wg. PN-EN 13101:2005.,
- górną część studzienki wykonać z kręgów żelbetowych prefabrykowanych typowych o średnicy 1500 mm, przykrytych typową płytą pokrywową;
- na płycie osadzić właz żeliwny typu ciężkiego klasy D400 wg. PN-EN 124:2000, o średnicy Ø 600mm, z niepełną wentylacją, z logo Zamawiającego i napisem „kanalizacja deszczowa”.

Wynika z tego, że prace związane z przebudową istniejącej studni na komorę rozdziału mają polegać na demontażu starej studni oraz montażu nowej komory rozdziału. Z kosztorysu dołączonego do wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. nie wynika, iż wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. zawarł w zaoferowanej cenie koszt przebudowy istniejącej studni na komorę rozdziału

w sposób zgodny z dokumentacją projektową. Trudno bowiem przypisać innym pozycjom wskazanym przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o., że w nich mogłyby zawierać się koszty przebudowy studni na komorę rozdziału. Jediną pozycją, która odpowiada pewnemu zakresowi prac związanych z przebudową studni na komorę rozdziału jest „wykonanie zastawki z przylgami”, które wykonawca oszacował na 6.000 zł netto. Mając nawet na uwadze, że wykonawca nie musiał przedstawić kosztorysu, którego pozycje odpowiadałyby wprost kosztorysowi inwestorskiemu, to należy zwrócić uwagę, że kosztorys przedstawiony przez wykonawcę nie zawiera jednej z kluczowych pozycji dla realizacji zadania. Obawy dotyczące należytej kalkulacji ceny powiększają się, gdy pod uwagę weźmiemy, że wykonawca wyodrębnił w kosztorysie inne podobne, ale mniejsze i tańsze elementy inwestycji jak: „montaż studni betonowej DN1000” wyceniony na 10.000 zł netto czy „montaż wpustu drogowego” wyceniony na 3.000 zł netto. Jednak znacznie ważniejszej pozycji dotyczącej przebudowy studni na komorę rozdziału nie uwzględnił w przedstawionym kosztorysie. Trudno również przypisać pozycjom wskazanym w kosztorysie wykonawcy, że zawierają one inną kluczową pozycję opisaną przez zamawiającego w kosztorysie inwestorskim jako „Technologia AKPIA i elektryczna w obrębie obiektu (czujnik otwarcia drzwi rozdzielnic RZS, czujnik otwarcia włazu studzienki REK12, czujnik otwarcia wylotu, czujnik poziomy (sonda radarowa), sterowanie miejscowe zastawką, zastawka ZN1.1 - zgodnie z PT)”.

Odnosząc się ponadto do kwestii zastosowania zabezpieczenia wykopów należy zwrócić uwagę, że wykonawca nie wskazał w treści wyjaśnień jak planuje zabezpieczyć wykopy, jakie technologie zabezpieczania wykopów planuje zastosować. Jediną wzmianką dotyczącą zabezpieczenia wykopów podczas realizacji zadania „Zbiornik retencyjny nr 1 - adaptacja istniejącego naturalnego zbiornika wodnego przy ul. Rekinowej” znajduje się w kosztorysie przedstawionym przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami. W tymże kosztorysie wykonawca wskazał, że wycenia pozycję „wykopy liniowe wraz z umocnieniem ścian wykopów” na kwotę 24.900 zł netto. Ale nie przedstawia ona technologii jaką wykonawca planuje zastosować do zabezpieczenia wykopów liniowych. Nie ma za to żadnej wzmianki dotyczącej sposobu w jaki wykonawca planuje zabezpieczyć chociażby wykopy potrzebne do przebudowy studni na komorę rozdziału. Trudno tutaj uwzględnić wyjaśnienia zamawiającego, że wykonawca planował zastosować inną niż zamawiający, znacznie tańszą technologię zabezpieczania wykopów.

Odnosząc się do technicznego aspektu realizacji przedmiotu zamówienia, na marginesie rozważań należy podkreślić, iż Zamawiający pismami z dnia 24.04.2023 r. oraz z dnia 08.05.2023 r. zamierza udowodnić, że wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. prawidłowo skalkulował cenę, gdyż metoda zabezpieczenia wykopów przez niego wybrana była zgodna z SWZ, zapewniając jednocześnie znaczne oszczędności podczas realizacji zadania „Zbiornik retencyjny nr 1 - adaptacja istniejącego naturalnego

zbiornika wodnego przy ul. Rekinowej”. Zamawiający wskazuje, że wszystkie roboty odnoszące się do Obiektu C2 K61 10.1.budowlanego powinny być realizowane w wykopie wąskoprzestrzennym — odwołując się do jego definicji, zgodnie z którą przez wykop wąskoprzestrzenny jednoznacznie w specjalistycznej literaturze przedmiotu rozumie się wykop, którego głębokość jest większa od szerokości dna lub wykop o szerokości dna mniejszej od 1,5 m².

Powyższe stanowisko stoi w jednoznacznej sprzeczności z dokumentacją budowlaną, w szczególności treścią wymogów projektu wykonawczego w zakresie wskazanym w piśmie Prezesa Urzędu z dnia 04.05.2023 r. Mając bowiem na uwadze definicję wykopu wąskoprzestrzennego przytoczoną przez samego zamawiającego, zgodnie z którą jest to wykop, którego głębokość jest większa od szerokości dna lub wykop o szerokości dna mniejszej od 1,5 m, zauważyć należy, że wykop dotyczący robót budowlanych odnoszących się do obiektu C2 K61 10.1. będzie miał szerokość znacznie przekraczającą szerokość 1,5 m. Z *Mapy dokumentacyjnej stanowiącej załącznik do Projektu odwodnienia budowlanego – sczerpanie wody igłofiltrami dla projektu, budowy i przebudowy sieci kanalizacji deszczowej do zmian klimatycznych - zbiornik retencyjny* wynika, iż w odniesieniu do dwóch wykopów przewidziano zabezpieczanie ściankami szczelnymi, przy czym w jednym wykopie przewidziano łącznie do realizacji zakres robót obejmujący m.in.:

- przebudowę studni na komorę rozdziału Ø 1500 – komora rozdziału REK 12 - całkowita szerokość obiektu wraz z podbudową wynosi: 2400 mm (vide: rysunek KOMORA REK12),
- budowę separatora zintegrowanego z osadnikiem Ø 2500 - całkowita szerokość obiektu wraz z przykrywą wynosi: 2740 mm (vide: rysunek SEPARATOR ZINTEGROWANY).

Powyższa okoliczność jednoznacznie wskazuje, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego w opisywanym przypadku realizowane roboty nie będą prowadzone w wykopie wąskoprzestrzennym lecz szerokoprzestrzennym – znacznie przekraczającym szerokość 1,5 m. Powyższe oznacza zatem, iż wykonawca zobligowany był do uwzględnia przy kalkulacji ceny ofertowej droższej metody zabezpieczenia wykopu szerokoprzestrzennego z zastosowaniem ścinek szczelnych – co wynikało bezpośrednio z treści projektu wykonawczego.

W podsumowaniu niniejszych rozważań podkreślić należy, iż analizując wyjaśnienia zamawiającego z dnia 24.04.2023 r. oraz z dnia 08.05.2023 r. można dojść do wniosku, że to zamawiający wziął na siebie ciężar udowodnienia, że oferta wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. jest zgodna z dokumentacją projektową oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie uwzględniając, że ten obowiązek ciąży na wykonawcy. To na podstawie wyjaśnień złożonych wraz z dowodami przez wykonawcę zamawiający

² Patrz. np. *Głębokie wykopy – projektowanie i wykonawstwo*, prof. dr hab. A. Siemińska-Lewandowska., Wyd. Komunikacji i Łączności, wyd. 2013.

ma powziąć pewność, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. To nie zamawiający ma przedstawiać argumenty, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie może też ich przedstawiać ponieważ nie zna planów, metody działania, organizacji pracy oraz biznesowych kalkulacji wykonawcy. Jedyną możliwością uzyskania wiedzy przez Zamawiającego w tym zakresie jest właściwe przeprowadzenie procedury badania rażąco niskiej ceny. W kontrolowanej części zamówienia zamawiający poprzestał jednak na ogólnikowym wezwaniu oraz na analizie ogólnych wyjaśnień wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. Dlatego też Prezes Urzędu nie uznał wyjaśnień zamawiającego, że wykonawca BUKOLT wybrał taką metodę zabezpieczenia wykopów, która umożliwiła mu niewykonanie prac dotyczących montażu i demontażu ścianek szczelnych, które zamawiający w kosztorysie inwestorskim oszacował na łączną kwotę 442.391,40 zł netto, za wiarygodne. Wykonawca nie odniósł się w treści swoich wyjaśnień do kwestii metody zabezpieczenia wykopów, a tym bardziej nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdziłyby, że był w stanie dokonać tak znaczących oszczędności na zabezpieczeniu wykopów. Tym samym wykonawca nie obalił domniemania, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że wykonawca nieprawidłowo oszacował wartość robót, w wyniku czego złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Należy przypomnieć, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a zaoferowana cena umożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.03.2023 r. o sygn. akt KIO 490/23 „Analiza przepisów PrZamPubl prowadzi do wniosku, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także analizując poszczególne, istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia”. W kontrolowanym postępowaniu wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. przedstawił, kosztorys który nie rozwiewa wątpliwości dotyczących prawidłowości skalkulowania ceny, a wręcz przeciwnie rodzi dalsze wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty, w szczególności co do faktu skalkulowania wszystkich elementów składających się na jego zakres. Wada w tym zakresie dotyczy zatem działań Zamawiającego, który zamawiający uznał lakoniczne wyjaśnienia (wraz z kosztorysem) wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o., który nie obalił skutecznie domniemania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym nie udowodnił, że jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyżej przytoczone fakty i rozważania, Prezes Urzędu stwierdza, że wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. w toku procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym nie obalił domniemania jakie rodzi wezwanie, o którym

mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym oferta wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Oznacza to, że zamawiający uznając wyjaśnienia wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. za prawidłowe, zaniechał odrzucenia jego oferty i tym samym naruszył art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zalecenie:

Prezes Urzędu zaleca zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 4 zamówienia.

W dalszej kolejności przedstawiono naruszenie zawierają zalecenie do uzupełnienia niekompletnych dokumentów lub wyjaśnienia treści dokumentów przedłożonych przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. na potwierdzenie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Ze względu na konieczność odrzucenia oferty ww. wykonawcy, o czym mowa w naruszeniu nr 1, stwierdzenie naruszania nr 2 nie jest konieczne, jednak naruszenie to zostało przedstawione z ostrożności, na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ewentualne zastrzeżenia Zamawiającego do naruszenia nr 1.

2. Z nadesłanej do kontroli uprzedniej dokumentacji wynika, że zamawiający opisując sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazał, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 zł dla części 4.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, Zamawiający wymagał przedłożenia dokumentu, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”, tj. dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. w zakresie części 4 postępowania przedstawił wraz z ofertą polisę OC polisy nr 1069550462 wystawioną przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., jednak bez załączenia potwierdzenia jej opłacenia na dzień składania ofert (brak potwierdzenia uiszczenia jednorazowej płatności, której termin wyznaczono na dzień 25.03.2022 r.).

Jednocześnie należy zaznaczyć, że z treści przedstawionej polisy, nie wynika, iż ww. wykonawca uregulował należną składkę, co potwierdziłoby posiadanie ochrony ubezpieczeniowej. Nie przedstawiono również, żadnego innego dokumentu potwierdzającego, że ww. wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, na dzień składania ofert, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą sumę gwarancyjną. Innymi słowy nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu przez ww. wykonawcę na dzień składania ofert.

Z uwagi na powyższe pismem z dnia 18.05.2023 r., Prezes Urzędu, wskazując, że nadesłana do kontroli uprzedniej dokumentacja nie zawiera potwierdzenia opłacenia polisy OC, wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. w zakresie części 4 postępowania (brak potwierdzenia uiszczenia jednorazowej płatności, której termin wyznaczono na dzień 25.03.2022 r.), zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień czy Zamawiający wzywał ww. wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w powyższym zakresie.

Zamawiający w dniu 19.05.2023 r. wyjaśnił m.in., że:

„1. Zamawiający w pkt 8.10 IDW zastrzegł, że „W celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, określonego w pkt 7.2.3 IDW, wykonawca składa: 1) dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia”. W IDW nie zawarto dalszych wymagań odnośnie dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku, w tym np. potwierdzenia opłacenia składki ubezpieczeniowej.

2. Zamawiający dokonał analizy złożonej przez Bukolt sp. o.o. (dalej jako: „Bukolt”) polisy nr 1069550462 przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. (dalej jako: „Polisa”) i uznał, że jej treść jest wystarczająca dla uznania, że Bukolt spełnia warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej dotyczący posiadanego ubezpieczenia OC. W rezultacie nie zachodziły podstawy do wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu lub wyjaśnienia jego treści i dlatego Zamawiający kierował takich wezwań wobec Bukolt.

3. Przede wszystkim z treści polisy przedstawionej przez Bukolt jednoznacznie wynika, że okres ubezpieczenia rozpoczął się w dniu 12 marca 2022 r. i obowiązuje do 11 marca 2023 r. Tym samym dokument ten „był aktualny na dzień złożenia” Zamawiającemu, tj. w dniu 9 marca 2023 r., bowiem

potwierdzał spełnienie warunku zarówno na moment jego złożenia Zamawiającemu, jak i na moment składania ofert. Jednocześnie w polisie określono termin płatności na 25 marca 2022 r., a zatem termin płatności składki był późniejszy niż termin rozpoczęcia obowiązywania ochrony ubezpieczeniowej. Wobec tego należało przyjąć, że zastosowanie ma art. 814 § 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym *„Jeżeli ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty, a składka lub jej pierwsza rata nie została zapłacona w terminie, ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność. W braku wypowiedzenia umowy wygasa ona z końcem okresu, za który przypadła zapłacona składka”*.

4. Z powyższym koresponduje treść Ogólnych Warunków Ubezpieczenia, które mają zastosowanie do ww. polisy³, i które jednoznacznie potwierdzają, że brak płatności składki nie oznacza braku ochrony ubezpieczeniowej, a jedynie uprawnia ubezpieczyciela do wypowiedzenia umowy ubezpieczenia:

§ 41

1. W przypadku umowy ubezpieczenia zawartej przy jednoczesnej obecności obu stron tej umowy, jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność PZU rozpoczyna się od dnia następującego po dniu zawarcia umowy ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki ubezpieczeniowej lub jej pierwszej raty, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3.

2. Jeżeli w umowie ubezpieczenia określono termin zapłaty składki ubezpieczeniowej lub jej pierwszej raty przypadający na dzień, w którym rozpoczyna się określony w tej umowie okres ubezpieczenia, albo na dzień przypadający po tym dniu, odpowiedzialność PZU rozpoczyna się w dniu określonym w umowie ubezpieczenia jako początek okresu ubezpieczenia.

3. Jeżeli w umowie ubezpieczenia określono termin zapłaty składki ubezpieczeniowej lub jej pierwszej raty przypadający przed dniem, w którym rozpoczyna się określony w tej umowie okres ubezpieczenia, a składka ubezpieczeniowa lub jej pierwsza rata nie została zapłacona najpóźniej w dniu poprzedzającym pierwszy dzień okresu ubezpieczenia, odpowiedzialność PZU rozpoczyna się nie wcześniej niż od dnia następnego po zapłaceniu składki ubezpieczeniowej lub jej pierwszej raty. Jeżeli składka ubezpieczeniowa lub jej pierwsza rata nie zostanie zapłacona do trzydziestego dnia od dnia początku okresu ubezpieczenia, umowa ubezpieczenia ulega rozwiązaniu z tym dniem.

§ 42

1. Ochrona ubezpieczeniowa w zakresie danego ubezpieczenia wygasa:

1) upływem okresu ubezpieczenia określonego w umowie ubezpieczenia;

³ Ogólne Warunki Kompleksowego Ubezpieczenia PZU Doradca ustalone uchwałą nr UZ/333/2020 Zarządu Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Spółki Akcyjnej z dnia 1 grudnia 2020 r., https://www.pzu.pl/_files/1527392

2) w ubezpieczeniu mienia z chwilą unicestwienia przedmiotu ubezpieczenia, co oznacza całkowite zniszczenie przedmiotu ubezpieczenia w takim stopniu, że nie jest możliwa jego naprawa albo odbudowa;

3) z dniem wyczerpania sumy ubezpieczenia lub sumy gwarancyjnej wskutek wypłaty odszkodowania bądź odszkodowań;

4) z dniem zbycia przedmiotu ubezpieczenia, chyba że wraz z przeniesieniem własności przedmiotu ubezpieczenia na nabywcę zostały przeniesione prawa z umowy ubezpieczenia na zasadach określonych w § 40 ust. 1, 2 i 5;

5) z dniem doręczenia ubezpieczającemu oświadczenia PZU o wypowiedzeniu umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy PZU ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki ubezpieczeniowej lub jej pierwszej raty, a składka lub jej pierwsza rata nie została zapłacona w terminie;

5. Zamawiający zwraca uwagę, że jest zamawiającym sektorowym w rozumieniu art. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „PZP”). W konsekwencji prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, może skorzystać z dodatkowych uprawnień czy rozwiązań przewidzianych w przepisach o zamówieniach sektorowych.

6. Zgodnie z art. 393 ust. 1 pkt 3 PZP „W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego: (...) zamawiający może żądać przedstawienia także innych podmiotowych środków dowodowych niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 128 ust. 6, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków oraz braku podstaw wykluczenia”. Zamawiający skorzystał z tej możliwości i w treści IDW wyraził oczekiwanie złożenia wyłącznie dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia, przez które powszechnie rozumie się polisę jako dokument ubezpieczenia.⁴ Jednocześnie z treści IDW nie wynikał obowiązek przedstawienia dokumentu potwierdzającego opłacenie składki czy też innych dokumentów potwierdzających obowiązywanie ubezpieczenia, np. oświadczenia ubezpieczyciela potwierdzającego, że na moment składania oferty ochrona ubezpieczeniowa obowiązuje, suma ubezpieczeniowa nie została wyczerpana, zaś umowa ubezpieczenia nie została wypowiedziana (co przecież też może nastąpić już po zawarciu umowy, polisy i opłaceniu składki, lecz przed składaniem ofert).

⁴ Jak zauważa się w doktrynie: „Dokumentem ubezpieczenia najczęściej stosowanym w praktyce jest polisa ubezpieczeniowa, lub — rzadziej — ceduła. Niekiedy wstawia się także certyfikaty ubezpieczenia. Zdarza się, że ubezpieczyciele wystawiają też tzw. noty pokrycia, które w praktyce stanowią dowód udzielenia tymczasowej ochrony ubezpieczenia, jeszcze przed zakończeniem negocjacji odnośnie do finalnej treści umowy ubezpieczenia. (J. Pokrzywniak [w:]M. Gutowski, Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627—1088, wyd. 3, Warszawa 2022, C.H. Beck, komentarz do art. 809). Podobnie uważa Komisja Nadzoru Finansowego, która w swoich publikacjach stwierdza, że „W przypadku zawarcia umowy ubezpieczenia zakład ubezpieczeń zobowiązany jest potwierdzić ten fakt dokumentem ubezpieczenia, zwanym zwykle polisą” (P. Dudzicz, P. Matraszek, P. Nowak, Ł. Szymański, Ubezpieczenia z głową, czyli ubezpieczeniowe ABC dla myślących przed szkodą, wyd. I, Warszawa 2012 r., Komisja Nadzoru finansowego, str. 25).

7. Podsumowując, pkt 8.10 IDW stanowił skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia określonego w art. 393 ust. 1 pkt 3 PZP, które upoważniało go do oczekiwania złożenia dokumentu ubezpieczenia (np. polisy, certyfikatu, zaświadczenia) bez jednoczesnego obowiązku składania innych dokumentów związanych z zawartą umową ubezpieczenia (informacja o opłaceniu składki, aktualnej wysokości sumy ubezpieczenia, obowiązywaniu ubezpieczenia na moment złożenia oferty itd.).

8. Jednocześnie zwracamy uwagę, że § 8 ust 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako: „RozpDok2020”), na brzmieniu którego wzorował się Zamawiający przygotowując treść IDW (z jednoczesnym uwzględnieniem uprawnień, o których mowa w pkt. 3-5 powyżej), również nie uprawnia Zamawiającego do żądania dowodu zapłaty składki ubezpieczeniowej. Zgodnie z ww. przepisem: „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia”.

9. Brzmienie tego przepisu jest jednoznaczne i całkowicie odmienne niż jego wcześniej obowiązującego (do 2016 r.), odpowiednika, tj. § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej jako „RozpDok2013”), zgodnie z którym: „W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”

10. Brzmienie obecnie obowiązującego § 8 ust. 1 pkt 4 RozpDok2020 (oraz jego odpowiednika obowiązującego od 2016 r.) wskazuje jednoznacznie, że zamiarem ustawodawcy było złagodzenie wymogów odnośnie dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zrezygnowanie z obowiązku żądania „opłaconej polisy”.

11. Zamawiający miał też na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1226/21, w którym stwierdzono — na gruncie postanowień SWZ wymagających przedstawienia opłaconej polisy, czego Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu nie uczynił — że „okoliczność, iż data objęcia wykonawcy ubezpieczeniem była wcześniejsza niż data zapłaty pierwszej składki nie oznacza, że w dniu składania ofert przystępujący nie posiadał wymaganego ubezpieczenia od

odpowiedzialności cywilnej. Objęcie wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej jest możliwe pomimo nieopłacenia polisy przed dniem, w którym rozpoczął się okres ubezpieczenia. Wniosek taki wynika z przepisów i 2 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 814 § 1 k.c. jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Natomiast z dyspozycji § 2 wynika możliwość odpowiedzialności ubezpieczyciela jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty. W sytuacji, gdy termin zapłaty polisy przypadał po dniu składania ofert, polisa ta powinna być w tym dniu opłacona. Niemniej jednak zamawiający - jak to już wyżej wskazano - nie wymagał od wykonawców przedłożenia dowodu opłaty polisy.”

12. Podsumowując, zarówno jednoznaczna treść polisy, jak i treść IDW — którego treść została ukształtowana w oparciu o uprawnienia Zamawiającego wynikające z art. 393 ust. 1 pkt 3 PZP — nie dawały podstaw do wzywania Bukolt do udzielenia wyjaśnień co do polisy lub wezwania do uzupełnienia tego dokumentu. Jednakże nawet gdyby w Postępowaniu bezpośrednio zastosowanie znajdował § 8 ust 1 pkt 4 RozpDok2020, to i jego treść nie pozwalała uznać, że Zamawiający miał prawo żądać dodatkowych dokumentów związanych z obowiązywaniem umowy ubezpieczenia, czy to dotyczących opłacenia składek czy związanych z innymi okolicznościami, które mogłyby wiązać się z ustaniem ochrony ubezpieczeniowej (np. wyczerpanie sumy ubezpieczenia, wypowiedzenie umowy przez którąkolwiek ze stron)”.

Biorąc pod uwagę powyższe wyjaśnienia Zamawiającego, w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że przepis § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia, wskazuje na dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Powyższy przepis nie wskazuje jaki to ma być dokument, kluczowe jest natomiast, żeby potwierdzał, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Innymi słowy ubezpieczenie musi być ważne, czyli wykonawca musi być objęty ochroną ubezpieczeniową.

Z przedstawionej przez wykonawcę polisy OC nie wynika jednoznacznie, że była ona ważna na dzień składania ofert. Takim potwierdzeniem mógłby być zapis w samej polisie lub też załączenie dokumentu potwierdzającego ich opłacenie.

Zamawiający udzielając wyjaśnień przytoczył również zapis Ogólnych Warunków Kompleksowego Ubezpieczenia PZU Doradca ustalone uchwałą nr UZ/333/2020 Zarządu Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń Spółki Akcyjnej z dnia 1 grudnia 2020 r., które, zdaniem Zamawiającego, w § 41 ust. 2

wskazują, że odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od momentu wskazanego w umowie ubezpieczenia jako początek okresu ubezpieczenia, niezależnie od terminu i sposobu płatności składki, chyba że w umowie ubezpieczenia wskazano inaczej.

Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż w przywołanych powyżej Ogólnych Warunkach Ubezpieczenia w § 42 ust. 2 pkt 5) wskazano także, że umowa ubezpieczeniowa wygasa „z dniem doręczenia ubezpieczającemu oświadczenia PZU o wypowiedzeniu umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy PZU ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki ubezpieczeniowej lub jej pierwszej raty, a składka lub jej pierwsza rata nie została zapłacona w terminie”.

Powyższy zapis OWU nawiązuje do treści art. 814 § 2 KC, stanowiącego, że Jeśli ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki (lub jej pierwszej raty), a składka ubezpieczeniowa (lub jej pierwsza rata) nie została zapłacona w terminie, wówczas ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność.

Z powyższych zapisów OWU jednoznacznie wynika, że w przypadku nieopłacenia składki lub jej pierwszej raty ubezpieczający może złożyć ze skutkiem natychmiastowym oświadczenie o wypowiedzeniu umowy. Oznacza to, że przedstawienie polisy OC, z której nie wynika, że ochrona ubezpieczeniowa jest nadal aktualna, czy też nie załączenie potwierdzenia opłacenia należnych składek, nie wykazuje w sposób jednoznaczny, że na dzień składania ofert wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Tym samym Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić w sposób nie budzący wątpliwości, czy wykonawca na dzień składania ofert spełniał postawiony warunek udziału w postępowaniu.

Nie można się również zgodzić, że potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego jest przytoczony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2021 r., (sygn. akt KIO 1226/21), bowiem dotyczy on innego stanu faktycznego niż kontrolowany. Dotyczy on sytuacji gdy termin zapłaty składki mija po dniu składania ofert. W kontrolowanym postępowaniu jest odwrotnie. To termin składania ofert jest po terminie zapłaty składki. Oznacza to, że jeżeli wykonawca nie opłacił wymaganej składki w wymaganym terminie, to ubezpieczyciel mógł wypowiedzieć mu umowę ubezpieczeniową. Tym samym wykonawca w terminie składania ofert mógł nie być objęty ochroną ubezpieczeniową. Dlatego należy uznać, że w analizowanej sytuacji wykonawca musiał złożyć umowę zawarcia polisy wraz z dowodem terminowego opłacenia jednorazowej składki.

Analizując dalej stan faktyczny przedmiotowej sprawy, należy podkreślić, że brakujące w dokumentacji przedmiotowego postępowania, potwierdzenia opłacenia składki dotyczyły terminu ich wymagalności (inaczej niż było to w przypadku wskazanym w ww. orzeczeniu) z przed terminu składania ofert, tj. 17.02.2022 r. Oznacza to, że Zamawiający, przy braku innego dokumentu potwierdzającego ważność ubezpieczenia ww. wykonawcy, nie miał pewności czy był on objęty wymaganym ubezpieczeniem na dzień składania ofert.

Do opisywanego przypadku zastosowanie będzie znajdowało natomiast stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 19 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 835, 843/20). Jak bowiem słusznie zauważa KIO: „W Kodeksie cywilnym ustawodawca nadał zapłacie składki jednorazowej (lub jej pierwszej raty), jak również zapłacie pierwszej składki bieżącej wyjątkową wagę. Niewypełnienie przez ubezpieczającego obowiązku zapłaty wymienionych należności wywołuje bowiem skutki szczególne w postaci wstrzymania początkowego terminu świadczenia przez ubezpieczyciela ochrony ubezpieczeniowej, możliwości wypowiedzenia przez ubezpieczyciela umowy ze skutkiem natychmiastowym albo rozwiązania umowy z mocy samego prawa z końcem okresu, na który przypadła niezapłacona składka.

Artykuł 814 § 1 KC wskazuje, że w braku przeciwnego porozumienia stron umowy ubezpieczenia odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, **nie wcześniej jednak niż dnia następnego po zapłaceniu składki**. Chodzi tu o zapłatę składki w pełnej wysokości w przypadku składki jednorazowej, zapłatę pierwszej raty składki w przypadku składki jednorazowej płatnej w ratach lub też – w przypadku składki bieżącej – o zapłatę pierwszej składki.

Jeśli ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki (lub jej pierwszej raty), a składka ubezpieczeniowa (lub jej pierwsza rata) nie została zapłacona w terminie, wówczas ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność (art. 814 § 2 KC). Jeśli jednak ubezpieczyciel umowy nie wypowiedział, wygasa ona z końcem okresu, na który przypadła niezapłacona składka (art. 814 § 2 in fine KC). Umowa ubezpieczenia rozwiązuje się w takich przypadkach wraz z upływem całego okresu trwania umowy ubezpieczenia (w przypadku umówienia składki jednorazowej) bądź z upływem okresu, na który przypadła składka bieżąca. Ubezpieczyciel w każdym razie zachowuje roszczenie o zapłatę składki ubezpieczeniowej za okres, przez który ponosił odpowiedzialność (art. 814 § 2, art. 813 § 1 KC). Jeżeli składka jednorazowa została rozłożona na raty, ubezpieczyciel nie może zaniechać świadczenia ochrony ubezpieczeniowej ze względu na opóźnienie w płatności kolejnej raty składki. Z mocy art. 814 § 3 KC ustanie odpowiedzialności ubezpieczyciela może nastąpić w takim przypadku tylko wówczas, gdy tego rodzaju skutek przewidywała umowa ubezpieczenia lub ogólne warunki ubezpieczenia, a ubezpieczyciel po upływie terminu wezwał ubezpieczającego do zapłaty z zagrożeniem, że brak zapłaty

w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania spowoduje ustanie odpowiedzialności - zgodnie z Prawo zobowiązań – część szczegółowa, tom 8, red. prof. dr hab. Janina Panowicz-Lipska, wydanie 2011 r.

W ocenie składu orzekającego Izby w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej nieuprawniona była ocena Zamawiającego, że (...) potwierdził i wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

W związku ze złożeniem polisy o określonej treści i wykazaniem faktu opłacenia składki 10 miesięcy po terminie wyznaczonym treścią polisy, nieznaną stanowiska ubezpieczyciela, Zamawiający nie mógł podjąć decyzji, że otrzymane dokumenty są prawidłowe i potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko Izby potwierdza tylko dokument załączony do odwołania – Ogólne warunki Ubezpieczenia towarzystwa ubezpieczeniowego, z którego bezspornie wynika, że w razie opłacania składki w ratach, niezapłacenie w terminie kolejnej składki powoduje ustanie odpowiedzialności towarzystwa po upływie 7 dni od daty otrzymania przez ubezpieczonego pisemnego wezwania do zapłaty raty składki wraz z informacją o skutkach jej niezapłacenia, jeśli rata nie zostanie zapłacona w terminie określonym w wezwaniu. Przed terminem składania ofert Zamawiający w ogóle nie poddał ocenie, czy polisa przedstawiona przez (...) obowiązywała. Przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie i stanowisko towarzystwa ubezpieczeniowego nie było wówczas Zamawiającemu znane, nie mógł więc na jego podstawie podjąć decyzji o uznaniu oferty (...) za najkorzystniejszą.

Skoro zatem, w ocenie Izby za dokument prawidłowo złożony oraz potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie może być uznana polisa wraz z dowodem opłacenia składki po terminie, to tym bardziej uznać należy, iż dokumentem takim nie będzie polisa bez załączenia takiego dowodu, jeżeli z treści polisy wynika, że termin płatności składki lub raty składki upływał przed terminem składania i otwarcia ofert.

W takim bowiem przypadku, stosowanie do treści samej polisy, Ogólnych Warunków Ubezpieczenia oraz regulacji kodeksowych ubezpieczyciel będzie miał możliwość wypowiedzenia umowy, co oznaczałoby brak objęcia ochroną ubezpieczeniową wykonawcy, a tym samym niewykazane spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe oznacza, iż polisa ubezpieczeniowa przekazana przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. bez potwierdzenia opłacenia jednorazowej składki, której termin wyznaczono na dzień 25.03.2022 r., mogła zostać wypowiedziana przez ubezpieczyciela na podstawie § 42 ust. 2 pkt 5) OWU stanowiącym, że ochrona ubezpieczeniowa w zakresie danego ubezpieczenia wygasa z dniem doręczenia ubezpieczającemu oświadczenia PZU o wypowiedzeniu umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy PZU ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zaplaceniem składki ubezpieczeniowej lub jej pierwszej raty, a składka lub jej pierwsza rata nie została zapłacona w terminie co prowadzi do

wniosku, iż wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. nie wykazał w sposób jednoznaczny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp stanowi natomiast, że zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zaniechanie dokonania czynności wezwania do uzupełnienia niekompletnych dokumentów lub wyjaśnienia treści przedłożonych przez wykonawcę BUKOLT Sp. z o.o. dokumentów na potwierdzenie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, stanowi naruszenie art. 128 pkt 1 i 4 ustawy Pzp.

Zalecenie:

Prezes Urzędu zaleca zamawiającemu, w celu usunięcia stwierdzonego naruszenia, wezwanie wykonawcy BUKOLT Sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia,

lub

na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp - do udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonego podmiotowego środka dowodowego (przedłożona polisa).

Uzupełnione dokumenty lub udzielone wyjaśnienia muszą w sposób jednoznaczny potwierdzać fakt spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą sumę gwarancyjną.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.