

WYROK
z dnia 12 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **M. Cz.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą FOXMET M. Cz. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach przy ul. Kopalnianej 9a (44-230 Czerwionka-Leszczyny) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zakład Usług Komunalnych w Sosnowcu** z siedzibą przy ul. Plonów 22/1 (41-200 Sosnowiec)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części dotyczącej zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy BAKAMAX Sp. z o.o. z siedzibą w Iwanowicach Małych oraz podjęcie dalszych czynności w postępowaniu;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Miejski Zakład Usług Komunalnych w Sosnowcu** i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **M. Cz.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą FOXMET M. Cz. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego **Miejskiego Zakład Usług Komunalnych w Sosnowcu** na rzecz wykonawcy **M. Cz.** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą FOXMET M. Cz. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach kwotę 13 600 zł 00 gr

(słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejski Zakład Usług Komunalnych w Sosnowcu zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp” pn.: *Rozbiórka 3 nieużytkowanych budynków wielorodzinnych na terenie Gminy Sosnowiec* (numer referencyjny: ZP/47/2020), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 marca 2020 r., pod numerem 524587-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 28 kwietnia 2020 r. wykonawca M. Cz. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą FOXMET M. Cz. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy BAKAMAX Sp. z o. o. z siedzibą w Iwanowicach Małych, przy ul. Długiej 67, 42-152 Opatów (dalej zwanym jako: „BAKAMAX”) jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
- zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy BAKAMAX w związku z brakiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej lub finansowej pozwalającej na realizację zamówienia (brak dowodu opłacenia polisy OC);
- dokonaniu wyboru oferty wykonawcy BAKAMAX jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12) w z w. z art. 22c ust. 1 pkt 3) Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy BAKAMAX, podczas gdy ww. wykonawca nie przedstawił na wezwanie zamawiającego opłaconej polisy lub innego niż polisa dokumentu

potwierdzającego, że wykonawca BAKAMAX jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 złotych;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BAKAMAX zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy BAKAMAX jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy ww. wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania wykluczenia z postępowania wykonawcy BAKAMAX;
- 3) dokonania odrzucenia oferty wykonawcy BAKAMAX;
- 4) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż posiada interes w uzyskaniu zamówienia (złożona przez niego oferta posiada cechy pozwalające na uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu), a w wyniku naruszenia przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał zaś uszczerbku, bowiem zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy BAKAMAX.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny co do oferty BAKAMAX odwołujący wyjaśnił, że zamawiający pismem z dnia 10 kwietnia 2020 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do BAKAMAX z wezwaniem o wyjaśnienie i udokumentowanie, czy przedstawiona w ofercie cena jest ceną realną i gwarantującą właściwe – zgodne z wymaganiami zamawiającego i z obowiązującymi przepisami – wykonanie usług i robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający zastrzegł, że przedkładając wyjaśnienia należy jednoznacznie i wyczerpująco, z przedłożeniem stosownych i rzetelnych dowodów, wykazać obiektywne czynniki, które ukształtowały poziom cen zawarty w ofercie. Jednocześnie zamawiający poinformował, że na podstawie art. 90. ust. 3 Pzp odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto, zamawiający uzna za niezłożone wyjaśnienia, które zawierają wyłącznie ogólnikowe, subiektywne lub nieweryfikowalne stwierdzenia lub zawierające wprawdzie skonkretyzowane, obiektywne okoliczności, ale nie kwantyfikujące wprost wpływu tych okoliczności na wysokość oferty.

Dalej odwołujący wskazał, że pismem z dnia 15 kwietnia 2020 r. wykonawca BAKAMAX odpowiedział na wezwanie zamawiającego czyniąc to w sposób ogólnikowy, bez podawania jakichkolwiek dowodów. Wykonawca BAKAMAX powołał się na następujące czynniki wpływające na wysokość zaoferowanej ceny:

- 1) posiadanie własnego sprzętu budowlanego;
- 2) dysponowanie własną kadrą wykwalifikowanych pracowników budowlanych posiadających niezbędne uprawnienia oraz doświadczenie zawodowe;

oraz

- 3) fakt, iż zaoferowana cena nie odbiega znacząco od kolejnych względem ceny ofert.

W ocenie odwołującego co najważniejsze, wykonawca BAKAMAX nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazał kosztów zabezpieczenia terenu, sprawdzenia i odcięcia mediów, wykonania projektów tymczasowej organizacji ruchu i zajęcia pasa drogowego, transportu, pracy sprzętu, robocizny, utylizacji gruzu i innych odpadów, dostawy humusu oraz innych kosztów niezbędnych dla prawidłowego wykonania zamówienia.). W miejsce dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, wykonawca BAKAMAX ograniczył się do głośnych zapewnień, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Tymczasem, zgodnie z aktualnie obowiązującym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z 27 czerwca 2019 r., KIO 1060/19), w przypadku wyjaśnień dotyczących robót rozbiórkowych wszyscy wykonawcy muszą być traktowani tak samo. Skoro odwołujący przedstawił szereg dowodów wraz z wyjaśnieniami na wezwanie zamawiającego, to inni wykonawcy również powinni takie dowody okazać na etapie postępowania przetargowego.

W tym kontekście odwołujący wyjaśnił, że zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsekwencją zapytania jest także przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści Pzp. Z momentem skierowania stosowanego pisma, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Złożone w tym przedmiocie wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę. W zależności od stanu faktycznego danej sprawy, okoliczności, na jakich wykonawca opiera swoją argumentację w przedmiocie zaoferowanej ceny, składając wyjaśnienia wykonawca powinien rozważyć przedstawienie zamawiającemu stosownych dowodów, bowiem o ocenie dostarczonych dowodów stanowi art. 90 ust. 3 Pzp (por. wyrok KIO z 27 listopada 2018 r., KIO 2325/18 oraz wyrok KIO z 22 lipca 2019 r., KIO 1295/19).

Wobec powyższego w ocenie odwołującego należało uznać, iż wobec braku wyczerpujących

wyjaśnień, na zasadzie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp, oferta wykonawcy BAKAMAX podlegała odrzuceniu. W orzecznictwie podkreśla się, iż przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, niepozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. wyrok KIO z 24 października 2019 r. KIO 1894/19). Brak wyjaśnień, o których mowa w treści art. 90 ust. 3 Pzp, to nie tylko całkowita bierność wykonawcy, tj. brak odpowiedzi na wezwanie, ale też złożenie takich wyjaśnień, które są ogólne, nierzeczowe i niepoparte faktami, zawierające braki czy też nieodnoszące się do kwestii poruszanych w wezwaniu. Jako „nieudzielenie wyjaśnień” należy rozumieć także sytuacje, gdy wyjaśnienia są między innymi ogólne, wymijające, nie odpowiadają treści wezwania zamawiającego. W przypadku składania wyjaśnień w zakresie czy cena zaoferowana nie jest ceną rażąco niską nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale muszą to być wyjaśnienia, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia powinny wyczerpująco wskazywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego obliczenia ceny oferty (por. wyrok KIO z 22 lipca 2019 r., KIO 1295/19).

Na koniec odwołujący podkreślił, iż w przeciwieństwie do wykonawcy BAKAMAX, przedłożył zamawiającemu wyczerpujące wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które to wyjaśnienia zostały poparte szczegółową kalkulacją kosztów wykonania zamówienia oraz dowodami na potwierdzenie poszczególnych czynników cenotwórczych. Zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) obligują zamawiającego do tożsamerzego traktowania wykonawców znajdujących się w jednakowej sytuacji w postępowaniu. Skoro jeden z wykonawców (w tym przypadku odwołujący) rzetelnie wywiązał się z obowiązku, o którym mowa w art. 90 ust. 2 Pzp, to zamawiający nie powinien premiować drugiego z wykonawców (BAKAMAX), który zaniechał złożenia szczegółowych wyjaśnień oraz dowodów.

Jeśli chodzi o zarzut odnoszący się do braku dowodu opłacenia polisy odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z 4 grudnia 2017 r., KIO 2444/17) podkreśla się, iż wymaganie od wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na określoną sumę gwarancyjną nie ma na celu zapewnienia zamawiającemu możliwości zaspokojenia się z posiadanego przez wykonawcę ubezpieczenia. Wymóg ten nie jest też równoznaczny z objęciem ochroną ubezpieczeniową przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stawianie takiego warunku udziału w postępowaniu ma bowiem weryfikować, po pierwsze, zdolność podmiotu do bycia

ubezpieczonym, a także – po drugie – możliwość opłacenia przez niego składki ubezpieczeniowej. Ustawodawca zakłada, że wykonawca, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiewającą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej, znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia. Tymczasem, w niniejszej sprawie, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca BAKAMAX przedstawił dokument w postaci polisy Hestia Biznes numer 903013230936 z dnia 4 grudnia 2019 r. bez dowodu opłacenia składki. W myśl art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Na zasadzie zaś art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający nie wzywa do ich złożenia brakującego dowodu uiszczenia składki, ponieważ mimo jego złożenia, oferta wykonawcy BAKAMAX podlega odrzuceniu w związku z rażąco niską ceną.

W konsekwencji wymienionych wcześniej naruszeń, związanych z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy BAKAMAX oraz zaniechaniem wykluczenia go z postępowania, w ocenie odwołującego, zamawiający wadliwie dokonał wyboru ww. oferty jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca BAKAMAX.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której oddalenie odwołania w całości.

W pierwszej kolejności, przed ustosunkowaniem się do twierdzeń i zarzutów odwołującego zamawiający wskazał, że w jego ocenie procedowanie sprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą na obecnym etapie postępowania wydaje się być bezprzedmiotowe. Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w bieżącym postępowaniu jednym z kryteriów oceny ofert (o wadze 20%) było skrócenie terminu realizacji robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, ustalonego jako nieprzekraczalny: do dnia 10 czerwca 2020 r.

Zamawiający wyjaśnił, że spośród wszystkich 27 wykonawców biorących udział w postępowaniu 25 zaoferowało termin realizacji robót: do dnia 27 maja 2020 roku, a 2 do dnia 3 czerwca 2020 roku. Na dzień dzisiejszy dwa z wyznaczonych i wskazanych wyżej terminów minęły, natomiast ten nieprzekraczalny upływa z dniem dzisiejszym.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie zamawiającego, nawet w przypadku unieważnienia czynności wyboru oferty BAKAMAX Sp. z o.o. i nakazania powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej powtórzną ocenę, oraz badanie ofert, zamówienie nie będzie mogło być skutecznie udzielone, gdyż brak będzie możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, w konsekwencji czego zajdzie konieczność unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przesłanka określona w przywołanym przepisie składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje jego zastosowanie. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) – w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Nadto, wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy.

Według opinii zamawiającego, wskazaną wyżej okoliczność w sprawie uznać należy za niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. W przypadku gdy termin realizacji zamówienia zawarty w dokumentacji postępowania nie stanowi jednego z kryteriów oceny ofert, żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy ów termin upłynął. W bieżącym postępowaniu jednakowoż, termin wykonania zamówienia miał znaczenie istotne w rozumieniu art. 144 ust. 1e Pzp o czym świadczy ujęcie go w kryteriach oceny ofert, co z kolei oznacza, że miał on istotny wpływ na postępowanie. Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. I dalej, jak wynika z art. 144 ust. 1e Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli między innymi zmienia ogólny charakter umowy w stosunku do charakteru umowy w pierwotnym brzmieniu.

Wywodząc z powyższego słusznym jest stwierdzenie, że podpisując umowę z którymkolwiek z wykonawców biorących udział w postępowaniu, pomimo upływu terminu na realizację zamówienia w chwili zawierania umowy, zamawiający nie będzie mógł zmienić umowy wydłużając termin jej realizacji, co stanowi o niemożliwości zrealizowania umowy w bieżącym postępowaniu w terminie wyznaczonym i zaoferowanym przez żadnego z wykonawców.

Z tego punktu widzenia twierdzenia odwołującego o posiadaniu przez niego interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożona przez niego oferta posiada cechy pozwalające na uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, w dacie orzekania jest bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp zamawiający wyjaśnił, że w myśl przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp obowiązkiem zamawiającego jest zwrócenie się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu m. in. w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W rozpatrywanym postępowaniu zamawiający przed dniem wszczęcia postępowania oszacował wartość zamówienia na kwotę 353 658,54 (435 000,00 zł brutto). Średnia cena wszystkich 27 złożonych w postępowaniu ofert wynosi 273 786,23 zł brutto, wahając się od 141 204,00 zł brutto do kwoty 725 700,00 zł brutto. Większość wykonawców wykonanie przedmiotu umowy oferowała za cenę w granicach 200 000,00 brutto. Najniższą cenę zaoferował BAKAMAX, przy czym cena kolejnej oferty była jedynie o 246,00 zł brutto wyższa.

Zgodnie z twierdzeniem zamawiającego ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje wprost tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej leżące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., XIX Ga 128/08). W wyroku z 28 marca 2013 roku (KIO 592/13) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne. O zjawisku rażąco niskiej mówi się, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać. Jak wynika z treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona (oszacowana) przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, którą będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia mżąco niskiej ceny, jest wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89. ust. 1 pkt 4 Pzp wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, że cena może być uznana za

rażąco niską jest wartość zamówienia wraz podatkiem VAT oraz średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert. I tu należy wyraźnie podkreślić, iż wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, choćby ze względu na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością. Wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o uruchomieniu procedury przewidzianej w art. 90 Pzp, ale nie może przesądzać o tym, że cena jest ceną rażąco niską. W sytuacji, gdy ceny ofert złożonych w postępowaniu odbiegają od wartości ustalonej przez zamawiającego, ale nie różnią się w sposób rażący od cen innych wykonawców zamawiający powinien w pierwszej kolejności przeanalizować czy przyjęta przez niego wartość zamówienia (powiększona o podatek VAT) była określona z należytą starannością. Jeżeli okaże się, że tak określona wartość została ustalona z nienależytą starannością zamawiający nie powinien jej brać pod uwagę jako punkt odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej. W ocenie niektórych przedstawicieli doktryny, w przypadku nienależytego oszacowania wartości zamówienia, zamawiający na nowo powinien dokonać jej ustalenia, czego nie dokonano w bieżącym postępowaniu. Zauważyć jednak należy, iż modyfikacja ceny, a co się z tym wiąże modyfikacja wartości zamówienia służy wyłącznie do ustalenia rażąco niskiej ceny. Wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego co do zasady nie ulegnie zmianie, zgodnie bowiem z art. 35 Pzp ustalenia wartości zamówienia dokonuje się przed dniem wszczęcia postępowania. Ważnym jest również, iż bieżącym postępowaniu przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe. Biorąc pod uwagę powołany powyżej przepis art. 90 ust. 1a pkt 1) w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp oraz wysokość cen za wykonanie przedmiotu umowy wynikającą ze złożonych ofert, obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, którego dopełnił stosowanymi wezwaniami, które znajdują się w aktach sprawy. Z uwagi na fakt, iż wszystkich złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnień była zbliżona do siebie, oferta żadnego z wykonawców (niepolegająca odrzuceniu na podstawie innych przepisów) nie została na tej podstawie odrzucona. Każdy z wezwanych do złożenia wyjaśnień wykonawców w złożonych wyjaśnieniach powoływał się na posiadanie własnego sprzętu budowlanego, dysponowanie własną wykwalifikowaną kadrą pracowników budowlanych posiadających niezbędne uprawnienia oraz doświadczenie zawodowe oraz ogólny poziom, cen rynkowych branży budowlanej. Wszystkie wykazane w wyjaśnieniach wykonawców czynniki pozwalały na uznanie, iż wykonanie przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego jest możliwe za ceny wskazane w złożonych ofertach. Ponadto zamawiający uznał wskazane w wyjaśnieniach okoliczności jako obiektywne i kwantyfikujące wprost wpływ tych okoliczności na ofert. O tym, czy oferta jest rzeczywiście rażąco niska, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku w oparciu o posiadane dowody w

szczegółności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W bieżącym postępowaniu zamawiający nie jest w posiadaniu żadnych dowodów potwierdzających, że cena oferty BAKAMAX była jest ceną rażąco niską i zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp powinna być odrzucona.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający na wstępie przywołał orzecznictwo Izby powołując się na wyroki z 14 czerwca 2018 r. KIO 1059/18, z 4 grudnia 2017 r. KIO 2444/17 oraz z 21 września 2018 r. KIO 1778/18. Ponadto zwrócił uwagę, że w § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016, poz. 1126 ze zm.) wskazano, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać m. in. dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że ani SIWZ, ani we wskazanym powyżej akcie prawnym nie nałożono na zamawiającego obowiązku żądania przedłożenia przez wykonawcę dowodu opłacenia składki polisy, co podnosi odwołujący. Czym innym jest bowiem dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego, a czym innym dowód opłacenia składki wynikającej z posiadanego dokumentu. Przepis art. 814 § 1 k.c. stanowi, że 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. W przypadku Polisy Hestia Biznes 903013230936, przedłożonej na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania przywołanego wyżej warunku udziału w postępowaniu, przez BAKAMAX, zawartej na podstawie Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Hestia Biznes o symbolu B-iHB-01/18 w dniu 4 grudnia 2019 r. okres ubezpieczenia został uzgodniony przez strony umowy ubezpieczenia na okres od 6 grudnia 2019 r. do 5 grudnia 2020 r. Okres ubezpieczenia nie został uwarunkowany terminem opłacenia składki, który strony umowy ubezpieczenia uzgodniły na dzień 18 grudnia 2019 r. Ważnym jest tutaj również, że wskazana wyżej polisa jest wznowieniem co potwierdza, że BAKAMAX jest dla ubezpieczyciela wiarygodnym partnerem. Zamawiający podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega obowiązek przedłożenia opłaconej polisy, co wymaga

wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego umowy ubezpieczenia (art. 805 k.c.). W związku z powyższym wymóg opłacenia polisy OC powinien, być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Późniejsze wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, co uniemożliwia wykonawcy złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji wzięcie w nim udziału. Nie można uznać za „opłaconą” w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisę, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert. W bieżącym postępowaniu natomiast termin płatności był odroczony względem ustalonego okresu ubezpieczenia lecz upłynął przed terminem otwarcia ofert (18 grudnia 2019 r.). Uznać należy zatem, że na dzień składania ofert BAKAMAX prowadził działalność objętą skuteczną ochroną ubezpieczeniową (potwierdzona polisą odpowiedzialność ubezpieczyciela) i, złożył wraz z ofertą zgodne z prawdą oświadczenie o spełnianiu wszystkich warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie czego przedłożył później wskazaną wyżej umowę ubezpieczenia, uznaną przez zamawiającego jako opłaconą polisę potwierdzającą, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500 000,00 złotych, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu ustanowionym w bieżącym postępowaniu przez zamawiającego. Wywodząc z powyższego nie istniały przesłanki zobowiązujące zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, w opinii zamawiającego, nie można uznać za niezgodne z Pzp czynności polegające na dokonaniu wyboru oferty BAKAMAX jako oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego przez wykonawcę BAKAMAX nastąpiło nieskutecznie.

Tytułem wyjaśnienia należy wskazać, że wykonawca BAKAMAX informację o zgłoszonym przystąpieniu po stronie zamawiającego przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2020 r. za pomocą wiadomości e-mail skierowanej na adres odwolania@uzp.gov.pl. Do wiadomości został załączony skan pisma o przystąpieniu w formacie .pdf, podpisanego odręcznie przez prezesa zarządu (informacja taka wynika z pieczęci przy podpisie). Dokument nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, natomiast na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w formie pisemnej w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu.

Jak wskazano powyżej wykonawca BAKAMAX nie zgłosił przystąpienia za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu, a przesłany przez niego za pomocą poczty elektronicznej, zeskanowany dokument nie został opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stąd zgłoszone przystąpienie nie spełniało wymogów formalnych zawartych w cytowanych powyżej przepisach. Skład orzekający ma przy tym świadomość, że czynność zgłoszenia przystąpienia nastąpiła w czasie trwania ogłoszonego stanu epidemii spowodowanej wirusem COVID-19, a fizyczne dostarczenie dokumentu w postaci papierowej do siedziby Izby mogło wywoływać obawy, niemniej wykonawcy mają także możliwość zgłoszenia przystąpienia w postaci elektronicznej w sposób wskazany powyżej. W dobie współczesnych środków komunikacji społecznej, powszechności urzędów do przekazywania informacji, dopuszczenie w art. 185 ust. 2 Pzp możliwości zgłoszenia przystąpienia w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym niweluje ewentualne niedogodności związane z wniesieniem równoważnego zgłoszenia w formie pisemnej do Prezesa Izby. Ponadto należy wskazać, że wykonawca BAKAMAX nie wskazywał, ani nie powoływał się na niemożność skorzystania z elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu z powodu jej niedziałania, awarii lub błędu technicznego w jej działaniu, który uniemożliwiłby mu skorzystanie z tej drogi.

W związku z powyższym Izba nie dopuściła wykonawcy BAKAMAX do udziału w postępowaniu odwoławczym jako uczestnika.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci papierowej, nadesłanej do akt sprawy w dniu 12 maja 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
 - specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami;
 - oferty złożonej przez BAKAMAX;
 - pisma z dnia 10 kwietnia 2020 r. skierowanego przez zamawiającego do wykonawcy BAKAMAX, zawierającego m.in. wezwanie skierowane na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wezwanie do złożenia dokumentu dotyczącego warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej;
 - wyjaśnień BAKAMAX z dnia 15 kwietnia 2020 r. w zakresie rażąco niskiej ceny;
 - uzupełnionej w odpowiedzi na wezwanie z 10 kwietnia 2020 r. polisy numer 903013230936 z dnia 4 grudnia 2019 r.;
 - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 23 kwietnia 2020 r.;
- 2) złożonego na rozprawie przez odwołującego wydruku z dnia 12 czerwca 2020 r. ze strony internetowej zamawiającego z zakładki postępowania na okoliczność nieunieważnienia postępowania przez zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem 5 pkt 3 SIWZ został postawiony następujący warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej:

W celu potwierdzenia spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej Zamawiający wymaga posiadania ubezpieczenia Wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej (delikt + kontrakt) w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 zł.

W rozdziale 7 pkt 6 lit. c) zamawiający wskazał, że na jego wezwanie wykonawca zobowiązany jest złożyć – *W celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej: opłaconą polisę lub inny niż polisa dokument (obejmujący ubezpieczeniem OC (delikt + kontrakt) termin realizacji robót) potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 złotych.*

Pismem z dnia 10 kwietnia 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę BAKAMAX m. in. do:

- złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (na podstawie w art. 90 ust. 1 Pzp);

- złożenia opłaconej polisy lub innego niż polisa dokumentu (obejmujący ubezpieczeniem OC (delikt + kontrakt) termin realizacji robót) potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500.000,00 złotych.

Jeśli chodzi o wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zamawiający poprosił o wyjaśnienie i udokumentowanie, czy przedstawiona w ofercie cena jest ceną realną i gwarantuje właściwe wykonanie usług i robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia. Ponadto zamawiający poinformował, że przedkładając wyjaśnienia należy jednoznacznie i wyczerpująco, z przedłożeniem stosownych i rzetelnych dowodów, wykazać obiektywne czynniki, które ukształtowały poziom cen zawarty w ofercie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca BAKAMAX złożył:

- wyjaśnienia z dnia 15 kwietnia 2020 r. w zakresie rażąco niskiej ceny;
- polisę numer 903013230936 z dnia 4 grudnia 2019 r., z której wynikało, że opiewa na kwotę 500.000,00 zł.

W wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawca BAKAMAX wskazał, że (...) *wykonawca wyceniając roboty opiera się na czynnikach obiektywnych pozwalających na najlepszą najniższą wycenę oferty tj:*

- *posiadanie własnego sprzętu budowlanego*
- *dysponowanie własną kadrą wykwalifikowanych pracowników budowlanych posiadających niezbędne uprawnienia oraz doświadczenie zawodowe.*
- *biorąc pod uwagę cenę względem innych oferentów oferowana przez nas cena nie odbiega znacząco od kolejnych względem ceny ofert które wpłynęły do Państwa, co jednoznacznie wskazuje na obecny poziom cen rynkowych branży budowlanej.*

Wszystkie te czynniki pozwalają na wykonanie przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej przez nas cenie ofertowej i zawierają wszystkie koszty potrzebne do wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z siwz i załącznikami do niej.

Co za tym idzie potwierdzamy, iż w naszej ofercie ujęto wszelkie koszty robot min. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 września 2020r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę obejmujące złożoną przez nas ofertę.

Ponadto oświadczamy, że oświadczenia potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, które zostały już przez nas złożone wraz z ofertą są dalej aktualne co za tym idzie nasza oferta spełnia wymogi postawione w SIWZ przez Zamawiającego.

W zawiadomieniu z dnia 23 lutego 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty i jako najkorzystniejsza została wybrana oferta BAKAMAX.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- art. 90 ust. 2 i 3 Pzp – 2. *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*
- 3. *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.;*
- art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*
- art. 22c ust. 1 pkt 3 Pzp – *W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej;*
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie okazało się zasadne w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BAKAMAX jako zawierającej rażąco niską cenę oraz dokonania wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania zostały uznane za chybione.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba nie wzięła pod uwagę twierdzeń zamawiającego podniesionych w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymanych na rozprawie o braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia ze względu na bezprzedmiotowość sporu z powodu konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp. W tym zakresie Izba wskazuje, że zamawiający do momentu otwarcia rozprawy nie unieważnił postępowania, zatem Izba nie mogła wziąć pod uwagę czynności, która nie została dokonana, a zatem nie mogła wywołać żadnych skutków w postępowaniu odwoławczym. Ponadto zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu, w związku z tym nie było także podstaw, aby na tym etapie rozstrzygnąć odwołanie pod kątem zasadności unieważnienia postępowania z powodu przesłanki sygnalizowanej przez zamawiającego. Na marginesie skład orzekający uznał za trafne spostrzeżenie odwołującego wyrażone na rozprawie, który

stwierdził, że od momentu wniesienia odwołania, aż do otwarcia posiedzenia niejawnego w przedmiotowej sprawie, zamawiający miał sporo czasu na podjęcie jakichkolwiek czynności w postępowaniu, w tym na jego unieważnienie, niemniej dopiero w dniu, w którym został wyznaczony termin tego posiedzenia zamawiający przedstawił informację o zakładanym unieważnieniu postępowania, które jednak nie nastąpiło, zatem należy to uznać, za okoliczność irrelevantną.

Jeśli chodzi o zarzut rażąco niskiej ceny wobec oferty wykonawcy BAKAMAX, to w tym przypadku Izba w całej rozciągłości przyjęła argumentację odwołującego.

Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający wezwał ww. wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp). W wezwaniu zamawiający wskazał dokładnie na jednoznaczność i wyczerpujący charakter wyjaśnień, z przedłożeniem stosownych i rzetelnych dowodów, tak aby przez złożone wyjaśnienia taki wykonawca wykazał obiektywne czynniki, które ukształtowały poziom cen zawarty w ofercie.

Wykonawca BAKAMAX w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedstawił zdawkowe informacje na bardzo dużym poziomie ogólności, które nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Co do złożonych przez wykonawcę BAKAMAX wyjaśnień i ich doniosłości dla procesu ustalenia czy doszło do złożenia ceny rażąco niskiej należy odnieść się do bogatego orzecznictwa Izby w tym zakresie. Orzecznictwo Izby pozostaje zgodne co do tego, że wystąpienie zamawiającego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp stanowi sygnał, że zamawiający po wstępnej ocenie uznał, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem doprowadzić do przekonania zamawiającego, iż jego założenie jest błędne. Dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Orzecznictwo jest również zgodne co do tego, że dla obalenia powstałego domniemania nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06, wyrok KIO z dnia 17 października 2016 sygn. akt KIO 1851/16, wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2017/16). Zdawkowe i ogólne wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia ww. domniemania. Wyjaśnienia powinny być szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie powinny być poparte stosownymi dowodami w każdej sytuacji powołania się na okoliczności w przypadku, których możliwe jest pozyskanie i przedstawienie stosownych dokumentów.

W związku z tym Izba nie mogła wziąć pod uwagę wyjaśnień zamawiającego, który wskazał na rozprawie, że był przekonany, iż cena oferty wykonawcy BAKAMAX nie jest rażąco niska,

niemniej zdecydował się na skierowanie wezwania w tym zakresie do ww. wykonawcy z powodów formalnych, wynikających z doświadczeń z zaleceń pokontrolnych sformułowanych przez właściwą terenową jednostkę nadzorującą i kontrolującą jednostki samorządu terytorialnego w zakresie gospodarki finansowej i zamówień publicznych. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp, zamawiający jest zobowiązany do zwrócenia się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny w przypadkach wskazanych w tym przepisie, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jeśli zamawiający był przekonany, że takie okoliczności miały miejsce w przypadku ceny oferty ww. wykonawcy to nie miał powodu wzywać do wyjaśnień, natomiast takie wezwanie nastąpiło ze wszystkimi jego konsekwencjami. Konsekwencją taką było przede wszystkim dokonanie przez zamawiającego rzetelnej i obiektywnej oceny złożonych wyjaśnień. Z przyczyn wskazanych powyżej należało uznać wyjaśnienia wykonawcy BAKAMAX za dalece niewystarczające.

Reasumując w ocenie Izby wykonawca BAKAMAX w wyniku swoich działań tj. przede wszystkim wyjaśnień z dnia 15 kwietnia 2020 r. nie wyjaśnił, że jego cena nie jest rażąco niska. W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp dotyczący oceny oferty ww. wykonawcy dokonanej przez zamawiającego.

Izba doszła do przekonania, że nie znalazł potwierdzenia zarzut dotyczący spełnienia przez wykonawcę BAKAMAX warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej z powodu braku opłacenia polisy. W odniesieniu do tego zarzutu skład orzekający w całości uznał argumentację przedstawioną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Należy zwrócić uwagę, że ani SIWZ, ani w piśmie wzywającym do złożenia polisy z dnia 10 kwietnia 2010 r. zamawiający nie kierował do wykonawców obowiązku przedłożenia dowodu opłacenia składki polisy. Czym innym jest bowiem dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego, a czym innym dowód opłacenia składki wynikającej z posiadanego dokumentu. Przepis art. 814 § 1 k.c. stanowi, że 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. W przypadku Polisy Hestia Biznes 903013230936, przedłożonej na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania przywołanego wyżej warunku udziału w postępowaniu, przez BAKAMAX, zawartej na podstawie Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Hestia Biznes o symbolu B-iHB-01/18 w dniu 4 grudnia 2019 r. okres ubezpieczenia został

uzgodniony przez strony umowy ubezpieczenia na okres od 6 grudnia 2019 r. do 5 grudnia 2020 r. Okres ubezpieczenia nie został uwarunkowany terminem opłacenia składki, który strony umowy ubezpieczenia uzgodniły na dzień 18 grudnia 2019 r.

Ponadto za zamawiającym Izba przyjęła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega obowiązek przedłożenia opłaconej polisy, co wymaga wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego umowy ubezpieczenia (art. 805 k.c.). W związku z powyższym wymóg opłacenia polisy OC powinien, być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Późniejsze wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, co uniemożliwia wykonawcy złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji wzięcie w nim udziału. Nie można uznać za „opłaconą” w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisę, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert. W bieżącym postępowaniu natomiast termin płatności był odroczony względem ustalonego okresu ubezpieczenia lecz upłynął przed terminem otwarcia ofert (18 grudnia 2019 r.). Uznać należy zatem, że na dzień składania ofert BAKAMAX prowadził działalność objętą skuteczną ochroną ubezpieczeniową (potwierdzona polisą odpowiedzialność ubezpieczyciela).

Tym samym Izba uznała, że należy oddalić zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3) Pzp.

W związku z uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp Izba stwierdziła także naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w dniu 23 kwietnia 2020 r., gdyż jako najkorzystniejsza została wybrana oferty podlegająca odrzuceniu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury złożonej przez odwołującego na rozprawie,.

Ponadto mimo tego, iż jeden zarzut postawiony w odwołaniu został oddalony, Izba nie znalazła uzasadnienia dla częściowego rozdzielenia kosztów pomiędzy stronami, gdyż w ocenie Izby odwołanie w istotnym i kluczowym dla odwołującego zakresie dotyczącym odrzucenia oferty wybranego w postępowaniu wykonawcy zostało uwzględnione i tym samym główny cel wniesienia odwołania został przez odwołującego osiągnięty. W nawiązaniu do powyższego warto zwrócić uwagę na postanowienie Sądu Okręgowego w Koszalinie z 21 maja 2019 o sygn. akt VII Ca 208/19, w którym stwierdzono, że kwestią istotną dla orzeczenia w przedmiocie kosztów jest okoliczność, czy uwzględnienie choćby jednego z podniesionych zarzutów, doprowadziło do unieważnienia czynności wyboru oferty i nakazania dokonania ponownego badania i oceny ofert. Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie i dlatego należy stwierdzić, że odwołujący był stroną, która wygrała przedmiotowy spór w całości.

Przewodniczący: