

UZP/DKUE/KD/108/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający: Gmina Mietków
ul. Kolejowa 35
55-081 Mietków

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane;

Przedmiot zamówienia: Śladami Domanickich bżów budowa chodnika;

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony;

Wartość zamówienia: 650.494,00 zł (co stanowi równowartość 153.966,72 euro);

Środki UE: Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

1. W toku prowadzonego postępowania, zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Mat [REDACTED] [REDACTED] do udzielenia wyjaśnień m.in. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 1 grudnia 2014 r. wykonawca Mat [REDACTED] [REDACTED] wyjaśnił, iż:

„Kalkulując cenę brutto oferty uwzględniliśmy w niej wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, pozostałych zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, projektu umowy i przedmiaru robót, mając na względzie odpowiednią jakość i terminowość wykonania robót. Kalkulując cenę oferty nie naruszyliśmy fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny” także przepisy dyrektyw unijnych będące u podstaw przedmiotowej regulacji.

Przepisy prawa zamówień publicznych nie wskazują nawet, jakimi kryteriami powinien kierować się zamawiający przy dokonywaniu badania wstępnego czy taka sytuacja w konkretnym postępowaniu zachodzi. (...)

Wydaje się więc, że wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska” zamawiający winien przede wszystkim porównać taką „podejrzaną” cenę ofertową do cen innych ofert złożonych w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu inni Wykonawcy prezentowali następujący poziom cen: 575.820,00 zł, 608.376,00 zł, 615.000,00 zł itd., przy cenie podanej w naszej ofercie w wysokości 536.580,00 zł. Tak więc zaoferowana przez nas cena nie odbiega znacząco od cen innych Wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu. Wykonawca nie może być „karany” za tworzenie odpowiedniej strategii marketingowej polegającej na minimalizacji elementów kosztowych składanych ofert.

Naszym zdaniem cena złożonej przez nas oferty nie jest ceną rażąco niską”.

Wskazany wykonawca nie dołączył, do złożonych w terminie wyjaśnień dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, wymaganych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże ewentualna decyzja w tej kwestii, musi zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30%

od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Jednocześnie, zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zatem, zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oceniając wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. Dokonana przez Zamawiającego zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ocena złożonych wyjaśnień jest podstawą do stwierdzenia, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie, w przypadku art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż treść wezwania, jakie wystosował zamawiający do ww. wykonawcy, opierała się na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż wykonawca miał obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość. Przedstawione przez ww. wykonawcę wyjaśnienia zawierały ogólne informacje bez wskazania informacji szczegółowych, takich jak np. wyliczenia w zakresie kalkulacji kosztów i związanych z tym oszczędności, jak też nie wskazywały, w jaki sposób tworzona przez wykonawcę strategia marketingowa pozwala na minimalizację elementów kosztowych oferty. Dodatkowo ww. wykonawca nie załączył dowodów potwierdzających ww. informacje, jak również z treści przedłożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2014 r. (sygn. akt: KIO 1049/14) „w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami.”

Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wystosowane przez zamawiającego wezwanie o wyjaśnienia w trybie powyższego artykułu należy uznać, że ww. wykonawca nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi zamawiającemu na dokonanie rzetelnej oceny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, należy stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mat [REDACTED] [REDACTED].

Ze względu na fakt, że oferta wykonawcy Mat [REDACTED] [REDACTED] została uznana za najkorzystniejszą, powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

2. Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Śladami domanickich bżów budowa chodnika”. Przedmiot zamówienia ww. postępowania obejmował przebudowę drogi powiatowej 2085D w liniach rozgraniczających, polegającą na budowie chodnika dla pieszych wraz z przebudową zjazdów na posesje, wykonaniem odwodnienia oraz nasadzeniem bżów i ustawieniem ławek parkowych.

Zgodnie z treścią pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu z dnia 5 listopada 2014 r., zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 366384 – 2014 oraz pkt 5.1.2 siwz, zamawiający opisując sposób oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia wskazał, że: „ocena spełnienia tego warunku zostanie dokonana w oparciu o przedłożony wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Warunek będzie uważać się za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się co najmniej jednym zamówieniem na roboty budowlane wykonane siłami własnymi, odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia o kwocie netto co najmniej 600 000,00 zł . Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia

uważane będą roboty polegające na budowie, przebudowie, remoncie lub modernizacji dróg”.

W trakcie prowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli, zamawiający w wyjaśnieniach przekazanych przy piśmie z dnia 30 września 2016 r. wskazał m.in. na przesłanki, jakimi kierował się dokonując ww. opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający podniósł, iż: „Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. W art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp warunek posiadania wiedzy i doświadczenia został sformułowany w sposób ogólny. Zamawiający ma prawo doprecyzować swoje oczekiwania w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, tak aby wyeliminować z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie będą w stanie wykonać robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyć.

W przypadku niedoprecyzowania warunku posiadania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia, nie będzie możliwe dokonanie oceny spełniania tego warunku przez wykonawcę. Doprecyzowanie warunku posiadania doświadczenia "leży" w interesie zamawiającego, ponieważ umożliwia ustalenie, czy wykonawca posiada wystarczające doświadczenie, aby wykonać zamówienie z należytą starannością i zgodnie z określonymi przez zamawiającego warunkami zamówienia. Art. 22 ust. 4 Pzp wymaga, aby również opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto opis warunku posiadania doświadczenia oraz opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zależy od rodzaju i specyfiki zamówienia publicznego, a także zakresu wymaganych wiadomości lub umiejętności do jego wykonania. Opisując warunek posiadania doświadczenia i sposób dokonania oceny spełniania tego warunku zamawiający uwzględnił rodzaj zamówienia - budowa chodnika w pasie drogi powiatowej - i dlatego też zażądał doświadczenia w zakresie budowy, przebudowy remontu dróg. Pomimo prostej i nie skomplikowanej budowy, wydawało się logiczne, że należytą staranność i prawidłowe ukończenie gwarantuje doświadczenie w tej konkretnej dziedzinie. Obowiązek sprecyzowania przez zamawiającego warunku „posiadania wiedzy i doświadczenia" wielokrotnie podkreślany był w orzecznictwie Zespołu Arbitrów i nie ma znaczenia rodzaj zamówienia. Zgodnie z tezą wyroku Zespołu Arbitrów z 26.7.2005 r., UZP/Z0/0-1850/05, LEX Nr 175098: Obowiązkiem Zamawiającego jest doprecyzowanie określić wskazanych w art. 22 ust 1 Pzp, np. wymagania określonych uprawnień, czy skonkretyzowania wymogów w zakresie doświadczenia”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tego artykułu,

powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność, o której mowa w powyższym przepisie oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Prawo zamawiającego w tym zakresie powinno ograniczać się do ustalenia poziomu niezbędnego, zapewniającego że wykonawca, który spełni opisane przez niego warunki udziału w postępowaniu, wykona zamówienie w sposób określony w siwz. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być adekwatny do celu, jaki zamierza osiągnąć zamawiający. Tym celem jest zaś wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców i przez to uniemożliwiać ubieganie się o uzyskanie zamówienia wykonawcom, którzy byliby w stanie należycie je wykonać.

W niniejszym postępowaniu zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu przez wskazanie jednej roboty budowlanej, realizacją której mieli wykazać się wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający doprecyzował co rozumie pod pojęciem „roboty budowlane odpowiadające robotom stanowiącym przedmiot zamówienia”, tj.: robota budowlana polegająca na budowie, przebudowie, remoncie lub modernizacji dróg. W świetle powyższego należy zauważyć, że skoro przedmiotem zamówienia jest budowa chodnika, to nie związane z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia było wymaganie doświadczenia w budowie, przebudowie, remoncie lub modernizacji dróg. Nie zmienia tego fakt, że chodnik był wykonany w pasie drogi powiatowej, gdyż przedmiotem zamówienia był chodnik, a nie droga. Nawet jeśli budowany chodnik przylegał do drogi, nieuzasadniony był wymóg posiadania doświadczenia w robotach obejmujących drogę jako taką.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy stwierdzić, że sformułowany w postępowaniu opis warunku wiedzy i doświadczenia jest nie związany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia ponieważ odnosi się do innego rodzaju robót, przy tym bardziej skomplikowanych, niż roboty objęte przedmiotem zamówienia. Wymóg postawiony przez zamawiającego w znaczący sposób przekracza poziom wystarczający do wykazania posiadania doświadczenia niezbędnego do należytej realizacji zamówienia. Z powyższych względów należy stwierdzić, iż zamawiający opisał warunek wiedzy i doświadczenia z naruszeniem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Zgodnie z pkt V.1.4) w zw. z VI.D.1) siwz oraz z sekcją III.3.5) ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający wymagał od wykonawców, aby na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, wykazali że posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający określił, że wysokość kwoty ubezpieczenia nie może być niższa niż wartość oferowanej ceny zadania.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W celu realizacji zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest dokonać opisu sposobu spełniania warunków na tyle precyzyjnie, aby wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu wiedzieli, jakie warunki muszą spełnić, aby móc złożyć ważną ofertę, zaś sam zamawiający – był w stanie dokonać obiektywnej, rzetelnej i przejrzystej oceny spełniania przez nich warunków. Zasady kwalifikacji wykonawców muszą być oparte na jednoznacznych, obiektywnych i nie budzących wątpliwości przesłankach.

W świetle powyższego należy przyjąć, że co do zasady opis warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej wykonawcy nie powinien odnosić się do wartości złożonej oferty, ponieważ po pierwsze, nie zapewnia wyboru wykonawcy, który należycie wykona zamówienie. Tak opisany warunek może bowiem prowadzić do sytuacji, w której niektórzy z wykonawców dostosują cenę oferty do wartości polisy, jaką są w stanie wykazać, nie zaś do rzeczywistych kosztów rzetelnego wykonania zamówienia. Taka krótkowzroczność w podaniu ceny oferty może z kolei wpłynąć negatywnie na sposób realizacji zamówienia. Tym samym ww. opis warunku może prowadzić do sytuacji, która nie służy wyborowi wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a zatem jest zaprzeczeniem celu opisywania warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, taki opis warunku nie pozwala wykonawcom, którzy zamierzają wskazać realną cenę oferty (nie zaś dostosowaną do wartości polisy OC, jaką wykazali na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu), na ocenę, czy spełniają ten warunek, przed ustaleniem przez nich możliwości (m.in. technicznych, logistycznych, kadrowych, organizacyjnych) wykonania zamówienia i przed obliczeniem ceny, za jaką ewentualnie są w stanie to zamówienie wykonać. Po trzecie wreszcie, nie można uznać, że zamawiający opisał warunek proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, skoro ostateczna wartość polisy OC, jaka zostanie wskazana na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu,

nie zależy od wartości, czy zakresu tego przedmiotu zamówienia, ale od tego, jaką cenę zdecyduje się wskazać w swojej ofercie wykonawca. Powyższe prowadzi do wniosku, że opis ww. warunku w zakresie odnoszącym się do ceny oferty przede wszystkim jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (w ogóle nie odnosi się do przedmiotu zamówienia), a ponadto jest sprzeczny z celem opisywania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie zapewnia wyboru wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie.

Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie należy zauważyć, że w stanie faktycznym dotyczącym przedmiotowego postępowania, złożone zostało 10 ofert i żaden wykonawca nie został wykluczony z powodu niespełnienia ww. warunku. Zatem, mimo że ww. opis warunku nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w przedmiotowym postępowaniu nie było podstaw do stwierdzenia wpływu opisu ww. warunku na wynik postępowania, tj. na wybór najkorzystniejszej oferty.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej - następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.