

Warszawa, dnia

2014 r.

UZP/DKUE/KD/17/2014

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Rząśnik ul. Jesionowa 3 07-205 Rząśnik
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	zagospodarowanie centrum wsi Nowy Lubiel
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	713.569,34 zł (tj. 177.522,47 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Jak ustalono w toku przeprowadzonej kontroli, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia miało charakter kosztorysowy, na co wskazują m.in. poniższe zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz):

- w § 8 projektu umowy zamawiający zapisał, iż *„za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie w wysokości (...) na podstawie kosztorysu ofertowego (...);”*

- w § 9 projektu umowy zamawiający zapisał, iż *„rozliczenie za wykonane roboty odbywać się będzie fakturami częściowymi wystawionymi po zakończeniu i odbiorze robót protokołem. Podstawą do wystawienia faktury końcowej i końcowego rozliczenia będzie protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy”;*

- w § 12 projektu umowy zamawiający zapisał, iż *„po zakończeniu robót (...) wykonawca zawiadomi zamawiającego o gotowości odbioru. Przy zawiadomieniu wykonawca przedłoży zamawiającemu następujące dokumenty: (...) rozliczenie końcowe budowy z podaniem wykonanych elementów, ich ilości i wartości, kosztorys powykonawczy”;*

- w pkt 4 formularza ofertowego zapisano, iż *„(...) oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z kosztorysem ofertowym stanowiącym integralną część niniejszej oferty”.*

Ponadto należy wskazać, iż zamawiający w pkt IX.C.1. siwz wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą przedłożyli kosztorys ofertowy.

Pismami z dnia 28 maja 2013 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał nw. wykonawców o uzupełnienie kosztorysów ofertowych:

a) Zakład Ogólnobudowlany [REDAKTOWANE] s.c. – gdyż: *„w złożonym kosztorysie widnieją niezgodności między przedmiarem robót a kosztorysem (...). Jednocześnie informujemy, że wartości cenowe zawarte w ofercie nie mogą być zmienione”;*

b) Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MADO” [REDAKTOWANE] – gdyż: *„brak kosztorysu ofertowego – etap III. (...). Jednocześnie informujemy, że wartości cenowe zawarte w ofercie nie mogą być zmienione”.*

W odpowiedzi wykonawcy uzupełnili żądane kosztorysy ofertowe.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiającym wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie

postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Tym samym, zamawiający może żądać od wykonawców uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie oświadczeń i dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a wyszczególnionych w Rozporządzeniu 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanym dalej „rozporządzeniem”.

Z powyższego wynika, że dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie pozwala na uzupełnianie kosztorysów ofertowych. Tym samym, wzywając do uzupełnienia kosztorysów, zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisu.

Jednocześnie, odnośnie braków i/lub błędów w kosztorysach ofertowych załączonych do ofert ww. wykonawców, tj. a) Zakład Ogólnobudowlany [REDAKTOWANE] s.c. oraz b) Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MADO” [REDAKTOWANE], należy zauważyć, co następuje:

Ad. a) Zakład Ogólnobudowlany [REDAKTOWANE] s.c.

W kosztorysie ofertowym dotyczącym etapu II, przedłożonym przez ww. wykonawcę wraz z ofertą, w pozycjach 1.29 i 1.30 wykonawca wskazał ilość 489,600 m² (i ceny jednostkowe – odpowiednio: 0,832 oraz 42,119, co dawało wartość ww. pozycji odpowiednio: 407,35 zł oraz 2061,46 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w każdej z tych pozycji roboty budowlane w ilości 789,600 m² (zgodnie z przedmiarem robót).

W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego z dnia 28 maja 2013 r. wykonawca złożył poprawiony kosztorys ofertowy, w którym w pozycjach 1.29 i 1.30 wskazał prawidłowe ilości (tj. 789,600 m²), lecz zmniejszył ceny jednostkowe tych pozycji – odpowiednio na: 0,516 i 26,116 dostosowując się do wymogu zamawiającego, by wartość pozycji (tj. iloczyn „ilości” i „ceny jednostkowej”) pozostała niezmienną.

Mając na uwadze powyższe należy podnieść, że w przedstawionym stanie faktycznym zamawiający zobowiązany był zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie wykonawców inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące

istotnych zmian w treści oferty, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona.

Zawarte w ww. przepisie pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dopuszczalności poprawiania innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Przykładowo z wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1127/10) wynika, iż „zamawiający w przedmiarach poszczególnych robót jasno wskazał ilości robót jakie należy przyjąć do sporządzenia kosztorysu. Tym samym w ocenie Izby nie ma najmniejszych wątpliwości jakie wielkości poszczególnych robót winny się znaleźć w omyłkowo przyjętych przez Odwołującego pozycjach kosztorysu. W związku z powyższym zamawiający winien poprawić ofertę Konsorcjum poprzez przyjęcie w wadliwych pozycjach kosztorysu ilości robót wskazanych w przedmiarach robót załączonych do siwz i dokonać wyliczenia ceny całej pozycji na podstawie tych danych, a następnie skorygowanie o uzyskaną kwotę cenę oferty w danej części zamówienia a następnie konsekwentnie dokonać zmiany kwoty oferty dla całości zamówienia”.

W przedmiotowym stanie faktycznym błędy w ilości jednostek miary pozycji przedmiarowych nr 1.29 i 1.30 w ofercie wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany [REDAKTOR] Spółka cywilna miały charakter omyłek, o jakich mowa w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, że prawidłowo obliczone (tj. z zastosowaniem prawidłowej ilości) wartości ww. pozycji w ofercie ww. wykonawcy wynosiły:

- w pozycji 1.29 kosztorysu ofertowego - 656,95 zł netto zamiast 407,35 zł netto, tj. wzrost o 249,60 zł netto (tj. 307,01 brutto);
- w pozycji 1.30 kosztorysu ofertowego - 33.257,16 zł netto zamiast 20.621,46 zł netto, tj. wzrost o 12.635,70 zł netto (tj. 15.541,91 brutto).

Jak wynika z powyższego, cena zaoferowana przez ww. wykonawcę wzrosła z kwoty 589.919,28 zł, do kwoty 605.768,20 zł (brutto). Tym samym, cena zaproponowana przez wykonawcę Zakład Ogólnobudowlany [REDAKTOR] Spółka cywilna nie byłaby już najniższa (a tym samym jego oferta nie byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętego kryterium oceny ofert – cena: waga 100%), gdyż stałaby się droższa od oferty wykonawcy PHU BUDOMUR Sp. z o.o. z ceną 598.306,33 zł.

W związku z powyższym, poprawienie przez zamawiającego pozycji przedmiarowych nr 1.29 i 1.30 w ofercie ww. wykonawcy, dotyczące ilości było możliwe do dokonania i nie ingerowałoby w sposób istotny w treść złożonej oferty. Tym samym należy uznać, iż zamawiający był zobligowany do poprawienia ww. omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i niezwłocznego zawiadomienia o tym ww. wykonawcy.

Należy też podkreślić, że gdyby zamawiający wykonał nałożony na niego obowiązek wynikający z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oferta wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany [REDAKTOR] Spółka cywilna, nie byłaby już ofertą najkorzystniejszą. Tym samym należy uznać, iż zamawiający poprzez zaniechanie poprawienia oferty wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany [REDAKTOR] Spółka cywilna na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji wybór wskazanej oferty jako najkorzystniejszej naruszył dyspozycję wskazanego artykułu.

Ad. b) Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MADO” [REDAKTOR]:

Wykonawca nie przedłożył wraz z ofertą kosztorysu ofertowego – etap III.

Mając na uwadze powyższe należy zwrócić uwagę, że w umowie o zamówienie publiczne na roboty budowlane zamawiający może ustalić wynagrodzenie ryczałtowe bądź kosztorysowe na podstawie obmiaru robót. Obmiar robót, stanowiący podstawę ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego wypłacanego w oparciu o umowę o zamówienie publiczne na roboty budowlane, dokonywany jest w oparciu o rzeczywiste nakłady jednostek przedmiaru, a zatem co do zasady oddawać powinien rzeczywiste nakłady wynikające z zakresu określonego dokumentacją postępowania. Tym samym, podstawę do dokonywania prawidłowego obmiaru robót, a w konsekwencji wypłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane przy ustalonym wynagrodzeniu kosztorysowym, stanowi w istocie obmiar robót.

Należy również wskazać na przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, który przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji, obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt 2 wskazana została okoliczność, kiedy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posiłkować się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.). Z brzmienia tego przepisu wynika, iż *ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy*. Z tego wynika, iż oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w siwz, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany. Należy też

zwrócić uwagę, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści siwz, jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jeśli wynagrodzenie jest ustalane na podstawie wykonanych prac, po cenach przedstawionych w kosztorysie (wynagrodzenie kosztorysowe), to jakiegokolwiek braki w tym kosztorysie, których nie można uznać za omyłki w myśl art. 87 ust. 2 ustawy Pzp powodują, że oferta jest niezgodna z siwz. W takich okolicznościach zamawiający powinien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe oznacza dla zamawiającego, który przewidział w siwz oraz we wzorze umowy wynagrodzenie kosztorysowe obowiązek odrzucenia oferty, w której nie zawarto wyliczenia wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego – tj. w przypadku niniejszej oferty – kosztorysu ofertowego – etap III.

W związku z powyższym należy uznać, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MADO” [REDAKTED] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie dokonania powyższej czynności stanowi naruszenie ww. przepisu.