

UZP/DKUE/KD/98/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.**

Nazwa i adres zamawiającego:	Gmina Sułoszowa ul. Krakowska 139 32-045 Sułoszowa
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Wielmoża – część II – etap 1
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	6.496.584,85 zł (1.537.689,60 euro)
Środki UE:	PROW 2007-2013

A. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

1. Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę realizacji w ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch przedsięwzięć o charakterze i trudności wykonania takich samych jak zamówione roboty o wartości min. 2.000.000 zł każda, a w ramach min. jednego z tych zamówień zrealizowana miała być przepompownia ścieków z systemem sterowania i monitoringu.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku zamawiający wymagał przedłożenia dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

Ponadto wymagane było wykazanie przez wykonawcę do zatrudnienia kierownika budowy z nie mniej niż trzyletnim doświadczeniem na tym stanowisku posiadającym: - uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie tj. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2006 r. Nr 83, poz. 578 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Kierownik budowy musiał być wpisany na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku zamawiający wymagał przedłożenia dokumentów, określonych w § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 rozporządzenia.

a) Wraz z ofertą wykonawca A Sp. z o.o. złożył załącznik nr 5 do SIWZ Wykaz robót budowlanych, z którego wynika, iż wykonawca w okresie 22.09.2011-21.06.2014 r. wykonał „Budowę kanalizacji sanitarnej w części osiedla Pieczyska oraz kanalizacji sanitarnej w osiedlu Cieżkowice” (o łącznej długości kanalizacji 47.817331 m, w ramach zadania wykonano 10 kpl pompowni ścieków) dla MPWiK Sp. z o.o. Jaworzno o wartości 52.268.144,81 zł.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż wykaz robót przedstawiony przez wykonawcę celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest niewystarczający, gdyż w swym wykazie wykonawca zawarł tylko jedną wymaganą robotę budowlaną. Dodatkowo, z wykazu nie wynika, czy wskazana robota budowlana zawierała w swym zakresie przepompownię ścieków z systemem sterowania i monitoringu.

b) Wraz z ofertą wykonawca B złożył załącznik nr 5 do SIWZ Wykaz robót budowlanych, z którego wynika, iż wykonawca wykonał dwie roboty budowlane zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Jednakże

z wykazu nie wynika, czy którakolwiek ze wskazanych robót budowlanych zawierała w swym zakresie przepompownię ścieków z systemem sterowania i monitoringu.

c) Wraz z ofertą konsorcjum: C i D złożono załącznik nr 4 do SIWZ wykaz osób, z którego wynika, iż konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego zaproponowało Pana Włodzimierz Kawalca – kierownika robót, który posiada wymagane uprawnienia budowlane, jednakże nie określono, czy wskazana osoba posiada 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy .

d) Wraz z ofertą wykonawca X złożył załącznik nr 4 do SIWZ wykaz osób, z którego nie wynika, ile lat doświadczenia posiada osoba proponowana na stanowisko kierownika budowy, a także czy uprawnienia wskazanej osoby są bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający 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.

Zamawiający w przypadku wskazanych powyżej wykonawców zaniechał ich wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia odpowiednio wykazu robót budowlanych, potwierdzającego spełnianie warunków wymaganych przez zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia lub odpowiednio wykazu osób w zakresie zgodnym z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Ze względu na fakt, że oferty ww. wykonawców nie zostały uznane za najkorzystniejsze naruszenie art. 26 ust 3 nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Zamawiający w SIWZ wskazał, iż postępowanie prowadzone jest zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Ujednolicony tekst ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.).

W zakresie wadium wskazał, iż obowiązują uregulowania Prawa zamówień publicznych zawarte w art. 45 i 46.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca

w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania konsorcjum: E i F Sp. j. zabezpieczając swoją ofertę wadium, przedłożył wystawioną w dniu 04.02.2015 r. przez Towarzystwo Ubezpieczeń Y S.A. gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium na kwotę 100.00,00 zł z okresem ważności od dnia 09.02.2015 r. do dnia 11.03.2015 r. W treści niniejszej gwarancji wskazano, iż roszczenie o wypłatę wadium powstaje w przypadku zaistnienia w stosunku do oferenta co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)

Mając na uwadze treść gwarancji, datę jej wystawienia i sytuację prawną wskazaną powyżej, należy stwierdzić, iż treść gwarancji wadialnej złożonej przez ww. wykonawcę nie obejmuje wszystkich, określonych w treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp obowiązującego w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, przesłanek powstania roszczenia o wypłatę przez gwaranta kwoty wadium zamawiającemu. Niniejsza gwarancja powołując się na przepis art. 46 ust. 4a we wcześniejszym brzmieniu dziennika ustaw (t.j. Dz.U.2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) nie przewiduje wypłaty wadium zamawiającemu w przypadku zawinionego przez wykonawcę braku złożenia w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, także listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, a nadto niewyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co skutkowałoby brakiem możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Należy podkreślić, że przepisy dotyczące przesłanek zatrzymania wadium mają charakter bezwzględnie wiążący, a obowiązkiem wykonawcy jest zabezpieczenie oferty zgodnie z wymaganiami wynikającymi wprost z ustawy Pzp. Gwarancja wadialna powinna zatem zawierać w swojej treści wszystkie przyczyny zatrzymania wadium uregulowane w ustawie Pzp, bowiem tylko taka gwarancja zabezpiecza w sposób pełny i skuteczny interes zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

W konsekwencji uznać należy, że gwarancja wadialna złożona przez ww. wykonawcę jest nieprawidłowa, bowiem nie obejmuje swoim zakresem wszystkich okoliczności stanowiących podstawę zatrzymania wadium w świetle art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Z kolei wniesienie nieprawidłowego wadium należy uznać za brak wniesienia wadium w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców,

którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania oferta lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania oferta. Powyższe oznacza, iż w każdym wypadku braku wniesienia wadium, bądź wadliwego jego wniesienia, wykonawca podlegał będzie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem zamawiający nie dysponuje uprawnieniem umożliwiającym wezwanie wykonawcy do konwalidacji czynności wniesienia wadium.

Zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum: E i F Sp. j. z powodu niewniesienia prawidłowego wadium stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

3. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania konsorcjum: G i H spółka jawna zabezpieczając swoją ofertę wadium, przedłożył wystawioną w dniu 05.02.2015 r. przez Z Towarzystwo Ubezpieczeniowe S.A. gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium na kwotę 100.00,00 zł z okresem ważności od dnia 09.02.2015 r. do dnia 10.03.2015 r. Beneficjentem gwarancji była Gmina Sułoszowa, zaś ubezpieczonym lider konsorcjum G. W treści niniejszej gwarancji wskazano, iż roszczenie o wypłatę wadium powstaje w przypadku zaistnienia w stosunku do oferenta co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z dokumentacji postępowania H spółka jawna - partner konsorcjum, w dniu 06.02.20015 r. udzieliło G jako liderowi konsorcjum, pełnomocnictwa do reprezentowania przedsiębiorstwa i konsorcjum w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego. Tym samym pełnomocnictwo wystawione zostało później niż sama gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, tj. dopiero dnia 06.02.2015 r.

W doktrynie i orzecznictwie istniał spór, czy w przypadku, gdy np. odmowa zawarcia umowy wystąpi po stronie wykonawcy niebędącego objętym gwarancją bankową, bank ma zasadne prawo odmówić wpłaty należnej zamawiającemu sumy. Na tle tego problemu wykształcił się pogląd, że co do zasady gwarancja bankowa może być wystawiona tylko na jednego członka konsorcjum pod warunkiem, że członek konsorcjum jest już umocowany do działania na rzecz i w imieniu konsorcjum.

W niniejszej sprawie wykonawcy ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich w niniejszym postępowaniu w dniu 06.02.2015 r. – taka data widnieje na pełnomocnictwie dla lidera konsorcjum. Mając na uwadze, iż gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium została wystawiona dnia 05.02.2015 r. tj. wcześniej niż moment rozpoczęcia wspólnego działania przez wykonawców w celu ubiegania się o zamówienie, należy uznać, iż wadium nie zostało wniesione prawidłowo, gdyż nie obejmowało działań obu członków konsorcjum.

Wniesienie nieprawidłowego wadium należy uznać za brak wniesienia wadium w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza

się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Powyższe oznacza, iż w każdym wypadku braku wniesienia wadium, bądź wadliwego jego wniesienia, wykonawca podlegał będzie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem zamawiający nie dysponuje uprawnieniem umożliwiającym wezwanie wykonawcy do konwalidacji czynności wniesienia wadium.

Podsumowując należy wskazać, iż zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum: G i H spółka jawna z powodu niewniesienia prawidłowego wadium. Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

4. Jak wynika z protokołu kontrolowanego postępowania, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 6.496.584,85 zł (1.537.689,60 euro). Wartość zamówienia została ustalona w dniu 19.01.2015 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Do upływu wyznaczonego terminu do zamawiającego wpłynęło 16 ofert zgodnie z poniższym zestawieniem:

L.p	Wykonawca	Cena (zł)	Gwarancja (miesiące)
1.	Konsorcjum: E i F Sp. j.	5.111.582,86	60
2.	Konsorcjum: K i L	4.122.953,24 (po zmianie: 4 122 950,62)	60
3.	A Sp. z o.o.	5.016.635,47	60
4.	M	7.372.067,03	36
5.	B	9.797.428,19	61
6.	N	5.011.208,69	60
7.	Konsorcjum: C i D	4.791.864,69	60
8.	O	4.314.309,33	60
9.	P	4.898.744,65	61
10.	R	4.357.546,95	60
11.	Konsorcjum: G i H spółka jawna	3.846.797,13	60
12.	S	3.689.910,17 (po zmianie: 3 682 167,17)	60
13.	T	7.106.338,83	60

14.	U	9.724.560,38	42
15.	W	4.428.000,00	60
16.	J	3.503.599,07	60

W przypadku wykonawców nr 1-3, 6-11 i 15 z powyższej tabeli, ceny brutto ich ofert były niższe od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego powiększonej o wartość podatku VAT o następującą wielkość:

1. Konsorcjum: E i F Sp. j. – cena niższa o 36,04 % od wartości szacunkowej,
2. Konsorcjum: K i L – cena niższa o 48,41 % od wartości szacunkowej,
3. A Sp. z o.o. – cena niższa o 37,22 % od wartości szacunkowej,
4. N – cena niższa o 37,29 % od wartości szacunkowej,
5. Konsorcjum: C i D – cena niższa o 40,04 % od wartości szacunkowej,
6. P – cena niższa o 38,7 % od wartości szacunkowej,
7. R – cena niższa o 45,47 % od wartości szacunkowej,
8. Konsorcjum: G i H spółka jawna – cena niższa o 51,86 % od wartości szacunkowej,
9. W – cena niższa o 44,59 % od wartości szacunkowej.

W przypadku ofert wykonawców nr 4 i 13, ceny ich ofert były niższe od wartości szacunkowej o mniej niż 30%. W przypadku ofert dwóch wykonawców nr 5 i 14 ceny ich ofert były wyższe od szacunkowej wartości zamówienia.

Natomiast w przypadku ofert wykonawców nr 12 i 16 z powyższej tabeli, ceny brutto ich ofert były niższe od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o ponad 30%. Stąd też pismami z dnia 09.02.2015 r. zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wyżej wskazanych wykonawców.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego 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:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa

od minimalnego wynagrodzenia za pracę 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 późn. zm.);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z powyższego przepisu wynika, iż obowiązek badania, czy cena oferty nie ma charakteru rażąco niskiej powstaje zawsze, gdy zamawiający nabierze wobec jej wysokości uzasadnionych wątpliwości. Dodatkowo przepis przewiduje, że obowiązek ten powstaje również w wyszczególnionej sytuacji, w której cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższa regulacja nakłada na zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Okoliczność, iż cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert została ukształtowana jako przesłanka wywołująca w sposób obiektywny wątpliwości w kwestii możliwości należytego zrealizowania przez wykonawcę zamówienia za zaproponowaną cenę. Tym samym oferta wykonawcy zawierająca cenę niższą od wskazanego w ustawie progu powoduje konieczność skierowania przez zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie pozostawia przy tym wątpliwości, że do zaktualizowania się powyższego obowiązku wystarczające jest stwierdzenie zaoferowania ceny niższej o 30% w stosunku do chociażby jednego z dwóch punktów odniesienia – wartości szacunkowej lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższe stanowisko podzielone zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.02.2016 r., KIO 183/16, w którym stwierdzono, odnosząc się do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: „(...) z przytoczonego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika obowiązek wezwania wykonawcy do uruchomienia procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy cena "wydaje się" rażąco niska i gdy jej wysokość "budzi wątpliwości". W dalszej zaś części przepisu, ustawodawca wyraźnie przesądził, że wątpliwości takie należy powziąć zawsze, gdy cena oferty pozostaje w określonym, 30% stosunku do średniej arytmetycznej ofert lub wartości zamówienia (...) W świetle przywołanego przepisu odbieganie ceny ofertowej od wartości zamówienia jest samodzielną i niezależną przesłanką obligującą zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej (...)”.

W kontrolowanym postępowaniu ceny ofert dziewięciu wykonawców:

1. Konsorcjum: E i F Sp. j.,
2. Konsorcjum: K i L,
3. A Sp. z o.o.,
4. N,
5. Konsorcjum: C i D,

6. P,
7. R,
8. Konsorcjum: G i H spółka jawna,
9. W,

były niższe o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość VAT. Dlatego też zamawiający zobligowany był do wezwania również wymienionych wyżej dziewięciu wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z powyższych względów zaniechanie wezwania wymienionych wyżej wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

5. Pismami z dnia 09.02.2015 r. zamawiający wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nw. wykonawców:

- S;
- J.

Wykonawca J udzielił obszernych wyjaśnień oraz złożył dowody dotyczące elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

Natomiast wykonawca S udzielił wyjaśnień, jednakże nie złożył żadnych dowodów.

Treść wyjaśnień ww. wykonawcy brzmiała następująco:

„(...) oferowana cena przedmiotu zamówienia umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z projektem budowlanym i zachowaniem zasad sztuki budowlanej. Na wysokość oferowanej ceny ma wpływ rozwiązanie techniczne, które wykonawca zamierzał zastosować – nowoczesny, ekonomiczny sprzęt do wykonania robót ziemnych, który jest w posiadaniu wykonawcy, pozwalający na szybkie, a zarazem tańsze (od przeciętnej metody) wykonywanie robót ziemnych. Ponadto w związku z tym, że sprzęt jest własnością wykonawcy, wykonawca nie musi kalkulować w oferowanej cenie kosztu wynajmu sprzętu co znacząco obniża cenę wykonania zamówienia (...).”

Z powyższych wyjaśnień w żadnej mierze nie można wywnioskować, jakie elementy oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, czy też wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy lub koszty pracy, miały wpływ na wysokość ceny. Wykonawca wskazał rozwiązania techniczne, tj. na nowoczesny, ekonomiczny sprzęt do wykonania robót ziemnych. Jednakże w żaden sposób nie identyfikuje tego sprzętu, nie wyjaśnia również, dlaczego zastosowanie takiego rodzaju sprzętu miałoby jakkolwiek wpływ na niską cenę. Przy czym oświadczenie, iż sprzęt jest własnością wykonawcy nie daje żadnej gwarancji wykonania zamówienia w cenie niższej niż inni wykonawcy. Wykonawca nie podał żadnych wartości wymiernych ekonomicznie, które można byłoby odnieść do ceny oferty. Nawet

odnosząc się do faktu, że posiada własny sprzęt, w związku z czym uniknie kosztów jego wynajmu/dzierżawy, nie określił jakichkolwiek kwot oszczędności z tego tytułu i jaką inną metodą (inną niż przeciętna) zamówienie będzie realizowane.

Dodatkowo należy wskazać, iż wykonawca nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie swych wyjaśnień. Wykonawca nie złożył dowodów potwierdzających, jaki to nowoczesny sprzęt ma być użyty do realizacji niniejszego zamówienia oraz jak ten sprzęt pozwala na szybkie oraz tańsze wykonanie robót ziemnych .

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

Natomiast ust. 2 ww. przepisu wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Wykonawca składający ofertę najlepiej wie, w jaki sposób ją skalkulował oraz co ostatecznie wpłynęło na wycenę całej oferty, czy też na wycenę poszczególnych cen jednostkowych. Wykonawca S w swych wyjaśnieniach, ani nie uzasadnił, ani też skutecznie nie wskazał na choćby jeden element oferty mający wpływ na wysokość ceny. Ogólne zapewnienie wykonawcy, że wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę oraz że cena oferty nie jest rażąco niska, jest niewystarczające. Także brak wskazania dowodów należy uznać za znamienne. Należy dodać, iż treść wyjaśnień, również nie daje podstawy, aby przyjąć jakąś ich część za dowody w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Podsumowując należy stwierdzić, iż złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe, nieprecyzyjne i w żaden sposób nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż udzielenie ogólnych wyjaśnień bez wskazania dowodów przez wykonawcę Budownictwo i Nieruchomości Broszkowice, stanowiło podstawę do odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Reasumując, należy stwierdzić, iż zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. Powyższe naruszenie nie miało wpływ na wynik postępowania.

6. W rozdziale V.1 pkt 4 SIWZ oraz w pkt III.4.1 Ogłoszenia o zamówieniu zamawiający postawił warunek: *„O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (...) 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej, Ocena dokonana zostanie poprzez sprawdzenie, czy Wykonawca złożył Oświadczenie (zgodnie z art. 22 ust. 1 i art. 44) na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 2 do SIWZ (...)”*.

Jednocześnie zamawiający wymagał przedłożenia 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. tj. dokumentów określonych w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia 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).

W żadnym dokumencie (ani w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych ani w SIWZ) zamawiający nie opisał sposobu dokonywania oceny spełniania ww. warunku w zakresie zdolności ekonomicznej, tj. nie doprecyzował, na jaką wartość powinna opiewać polisa, aby wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zostały określone w rozporządzeniu w sprawie dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r., tj. w rozporządzeniu aktualnym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Jak wynika z § 1 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać 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.

Jeśli zamawiający nie opisuje sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, tj. nie określa, jaka jest wymagana wartość polisy ubezpieczeniowej, nie można uznać, że żądany dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów (opłacona polisa) jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania, gdyż w takim wypadku dokument ten nie służy potwierdzeniu spełniania żadnego sprecyzowanego warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji stwierdzić należy, że żądając w przedmiotowym postępowaniu ww. dokumentu i nie opisując przy tym sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

7. Zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ złożenia dokumentu określonego w § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia 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). Ponadto zawarł w SIWZ zapis o treści: „Wykonawca zamieszkały poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej: Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów wskazanych w niniejszym pkt. „D” zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania - wystawionych nie wcześniej niż w terminach określonych w niniejszym pkt. „D” (...)”.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że od wykonawców polskich zamawiający wymagał złożenia dokumentu, o którym mowa w §3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r., czyli aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Odpowiednika tego dokumentu, o którym mowa w §4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret pierwszy ww. rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r., zamawiający nie żądał od wykonawców zagranicznych.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców. Zatem zamawiający został zobowiązany do zapewnienia, aby wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego miały możliwość ubiegania się o zamówienie na takich samych zasadach. Dlatego też należy stosować tożsame wymagania w zakresie dokumentów zarówno od wykonawców polskich, jak i od podmiotów, które mają miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

W konsekwencji wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej niż od wykonawców zagranicznych stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret pierwszy ww. rozporządzenia. Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Ponadto należy zauważyć, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych nie zawarł informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie

mają złożyć wykonawcy zagraniczni. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 6 ustawy Pzp wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych określone zostały w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69). Zgodnie z wzorem ogłoszenia o zamówieniu (załącznik nr 1 do ww. rozporządzenia), w Sekcji III.4.3) dokumenty podmiotów zagranicznych, zamawiający określa zawartość treści wskazanej pozycji w odniesieniu do podmiotów zagranicznych. Tym samym, zamawiający zobowiązany jest podać w ogłoszeniu o zamówieniu „informację o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy (...)”, w sytuacji, kiedy wymaga tych dokumentów w SIWZ.

W związku z powyższym należy uznać, że nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć podmioty zagraniczne, przy jednoczesnym dokonaniu ww. opisu w SIWZ, zamawiający naruszył przepisy ww. rozporządzenia. Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Ponadto zauważyć należy, że sekcji VI.D SIWZ, zamawiający zawarł następujący zapis: „Wykonawca zamieszkały poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej: Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów wskazanych w niniejszym pkt. „D” zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania - wystawionych nie wcześniej niż w terminach określonych w niniejszym pkt. „D” (...)”.

Należy zauważyć, że zamawiający omyłkowo wskazał na pkt D specyfikacji, bowiem z logicznej konstrukcji SIWZ wynika, że powinien on w tym zakresie odnieść się do dokumentów wskazanych w pkt B.2 SIWZ – tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wskazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż ww. zapis w SIWZ odnosi się do nieobowiązującego (w dniu wszczęcia postępowania) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. Zamieszczając w SIWZ zapis w brzmieniu zgodnym z nieobowiązującym już w dniu wszczęcia niniejszego postępowania rozporządzeniem w sprawie dokumentów, zamawiający niewłaściwie podał zakres oświadczenia, które ma być złożone oraz niewłaściwie określił siedzibę notariusza. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z §4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r., które obowiązywało w dniu wszczęcia niniejszego postępowania, Ustawodawca nie wymagał, aby oświadczenie było złożone przed notariuszem miejsca

zamieszkania lub siedziby wykonawcy, tym samym dopuścił, aby był to notariusz mający siedzibę w dowolnym kraju, ponadto wymagał, aby oświadczenie określało także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy.

W związku z powyższym zamieszczenie ww. zapisu SIWZ o treści niezgodnej z §4 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. stanowi naruszenie tego przepisu. Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

8. Zgodnie z sekcją III.4.2 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt. VI.A.3) SIWZ zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.

Wzór ww. dokumentu zawierał w swej treści m.in. oświadczenia nw.:

„1) Firma, którą reprezentujemy nie wyrządziła szkody, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, nie została zobowiązana do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

2) z Firmą, którą reprezentujemy zamawiający nie rozwiązał, nie wypowiedział umowy w sprawie zamówienia publicznego, ani nie odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności za które Firma, którą reprezentujemy ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

3) w stosunku do firmy, która reprezentujemy nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości, z wyjątkiem sytuacji, gdy po ogłoszeniu upadłości doszło do zawarcia układu zatwierdzonego prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ ten nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego.

4) Firma, którą reprezentujemy nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków uzyskania przewidzianych prawem zwolnienia, odroczenia, rozłożenia na raty zaległych płatności lub wstrzymania w całości wykonania decyzji właściwego organu.

5) osoby określone w art. 24 ust. 1 pkt 4) do 8) nie zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

6) w stosunku do Firmy, którą reprezentujemy Sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienie na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

7) w przypadku wykonawcy będącego osobą fizyczną nie zostałem / zostałem prawomocnie skazany/ skazana za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769) – przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku.

8) Firmy, którą reprezentujemy, będącą spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo – akcyjną lub osobą prawną nie skazano prawomocnie za przestępstwo o którym mowa w art. 9 lub 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku, odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego”.

Stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zostały określone w rozporządzeniu w sprawie dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r., tj. w rozporządzeniu aktualnym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Należy zauważyć, że ani w treści art. 24 ust. 1 ustawy Pzp nie zostały wymienione podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania określone przez zamawiającego w pkt 1 i 2 załącznika nr 3 do SIWZ, ani w ww. rozporządzeniu z dnia 19.02.2013 r. nie zostały wymienione oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w pkt 1 i 2 załącznika nr 3 do SIWZ. Tym samym żądane od wykonawców oświadczenie w zakresie, w jakim dotyczyło pkt 1 i 2, nie było oświadczeniem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania. Oznacza to, że żądając złożenia ww. oświadczenia w zakresie pkt 1 i 2 zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (naruszenie bez wpływu na wynik postępowania).

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.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.