

Warszawa, dnia 3.09.2014 r.

UZP/DKUE/KD/25/2014

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Gielniów ul. Plac Wolności 75 26-434 Gielniów
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	budowa boisk wielofunkcyjnych i placów zabaw w miejscowościach Sołtysy i Wywóz wraz z rewitalizacją parku w miejscowości Wywóz
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	435.787,89 zł (tj. 108.415,74 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:

1. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający dokonał odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy Firma JONEX.SPORT [REDAKTED] (oferta z najniższą ceną), w uzasadnieniu wskazując, iż „treść oferty nie odpowiada treści siwz – oferta nie zawiera kosztorysu ofertowego wymaganego przez zamawiającego w siwz”.

W dokumentacji postępowania zamawiający za wykonanie przedmiotu zamówienia przewidział rozliczenie ryczałtowe, co wynika przede wszystkim z następujących zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz):

- pkt 16.3 siwz – „(...) ponieważ za realizację zamówienia wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe określone w ofercie”;

- pkt 16.7 siwz – „cena oferty stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia i nie podlega zmianom w okresie realizacji umowy”;

- pkt 1 projektu umowy – „oferujemy wykonanie całości zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w dokumentacji przetargowej, za cenę ryczałtową”;

- pkt 7 projektu umowy – „wynagrodzenie, o którym mowa w niniejszej ofercie pokrywa wszystkie nasze zobowiązania wynikające z zamówienia a także wszystko co może być konieczne dla właściwego wykonania przedmiotu zamówienia”;

- § 4 pkt 1 projektu umowy – „za wykonanie całości przedmiotu umowy, zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe (...).

Ponadto zamawiający w pkt 16.2 siwz zapisał, iż „wykonawca na podstawie przedmiaru robót sporządzi kosztorys ofertowy – uproszczony plus zestawienie materiałów, urządzeń i wyposażenia wraz z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi podstawę do wykonania kosztorysów, który należy dołączyć do oferty. Kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie informacyjne i pomocnicze i nie będzie weryfikowany w czasie badania i oceny złożonych ofert. Kosztorys ofertowy będzie niezbędny do rozliczenia uzyskanej dotacji”.

Wzorując się na przepisach Kodeksu cywilnego odnoszących się do umowy o dzieło, przyjęło się w praktyce zamówień publicznych, iż najczęściej stosowany jest jeden z dwóch sposobów wynagradzania wykonawców, tj. wynagrodzenia kosztorysowego oraz ryczałtowego. Wybór pomiędzy nimi, ich modyfikacja, tudzież zastosowanie innej formy wynagradzania wykonawcy na potrzeby udzielenia konkretnego zamówienia zostały

pozostawione decyzji zamawiającego. Przy rozstrzygnięciu tego problemu jest on związany przepisami Pzp oraz kodeksu cywilnego.

Jednocześnie należy wskazać, że udostępniana przez zamawiającego wykonawcom dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane powinna obejmować w szczególności dwie kategorie, a mianowicie: opis przedmiotu zamówienia i opis sposobu obliczenia ceny. Opis przedmiotu zamówienia w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego może przy tym obejmować:

a) jedynie projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, na podstawie których wykonawca samodzielnie oblicza cenę za realizację zamówienia;

b) przedmiar robót opracowany przez zamawiającego, wskazujący m.in. podstawy do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych niezbędnych do wykonania robót, do którego załącza on adnotację, że stanowi on jedynie informację o charakterze pomocniczym, służącą sporządzeniu oferty, a na podstawie którego wykonawca szacuje cenę oferty sporządzając kalkulację w ramach kosztorysu ofertowego uproszczonego.

Przedmiar w każdym przypadku stanowi zatem element porządkujący, którego cel sprowadza się zasadniczo do ułatwienia wykonawcy skalkulowania ceny ofertowej, w konsekwencji czego ma bezpośredni wpływ na opis sposobu obliczania ceny. Należy mieć więc na uwadze fakt, iż przedmiar robót opisujący przedmiot zamówienia poprzez wskazanie m.in. właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostkowych robót podstawowych oraz szczegółowym opisem robót, załączony przez zamawiającego do siwz przy wynagrodzeniu ryczałtowym, nie narzuca wykonawcy wysokości nakładów, ale może stanowić podstawę do sporządzenia przez wykonawcę kosztorysowej kalkulacji ofertowej. Zamawiający przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady nie powinien nakładać na wykonawców obowiązku przedłożenia szczegółowej kalkulacji kosztorysowej na udokumentowanie oferowanej ceny, a żądać jedynie ceny całkowitej za realizację przedmiotu umowy, zgodnego z rysunkami, specyfikacjami technicznymi i warunkami umowy, a ewentualnie kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną. Jeżeli jednak zamawiający zażądał przedłożenia przez wykonawcę przedmiaru/kosztorysu ofertowego, to dokument ten - na podstawie wyraźnych zapisów siwz może mieć walor dokumentu służącego ocenie poprawności obliczenia ceny, jak i walor dokumentu weryfikującego zgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Należy jednak wskazać, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady przymus wypełniania przez wykonawcę dostarczonego przez zamawiającego przedmiaru cenami jednostkowymi robót nie znajduje uzasadnienia, bowiem wykonawca składając ofertę deklaruje, że wykona

przedmiot zamówienia zgodnie z przekazaną dokumentacją, natomiast przedmiar przekazywany wykonawcy może zawierać błędy co do rodzaju i ilości robót wynikających z całości dokumentacji projektowej służącej opisowi przedmiotu zamówienia, które przy sztywnym określeniu ceny ryczałtu poprzez odesłanie do przedmiaru prowadzą do nieuprawnionego ograniczenia w kalkulowaniu ceny ryczałtowej przez wykonawcę, a w konsekwencji do pozbawienia możliwości żądania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji projektowej, ale nie ujęte w przekazanym wykonawcy przez zamawiającego przedmiarze. Stąd, niezbędne w opisie sposobu obliczenia ceny, jest takie wskazanie, które umożliwi określenie wynagrodzenia nie w oparciu o przedmiar, ale w oparciu o projekty (budowlany, wykonawczy), bądź w oparciu o specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i warunki umowy. W wyroku z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 899/08) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że: „jeżeli za wykonane roboty strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie kosztorysu ofertowego ma o tyle znaczenie, że dokument ów należy uznać za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez wykonawcę cenę za przedmiot zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest zaś wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji technicznej, dokumentacji projektowej tak pod względem podanych tam materiałów, ilości robót i zastosowanych technologii (z uwzględnieniem równoważności w przypadku, gdy zajdą ku temu podstawy). Zamawiający będzie miał obowiązek wyegzekwowania od wybranego wykonawcy takiego wykonania robót i ich jakości, jak przewiduje dokumentacja, którą określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072). Z postanowień § 12 rozporządzenia wynika, że specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót zawiera zbiór wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót w odniesieniu do właściwości zastosowanych materiałów jak i technologii”.

Mając na względzie powyższe stwierdzić należy, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia (w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego), żądanie zamawiającego załączenia kosztorysu zasadniczo powinno służyć wykonawcom jedynie jako materiał informacyjny - pomocniczy dla opracowania oferty, co podkreśla sam zamawiający w zapisach siwz. Wykonawca kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i postanowieniami projektu umowy. Przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również pozycje, które

faktycznie nie zostały ujęte w jego kosztorysie ofertowym, ale są ujęte w przedmiarze robót, projekcie technicznym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (wyrok KIO z 24 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1439/09).

Reasumując, w świetle ustalonego w siwz wynagrodzenia ryczałtowego, załączenie lub niezałączenie przez wykonawcę kosztorysu ofertowego pozostawało bez wpływu na ważność oferty. Wykonawca bowiem, i tak był zobowiązany do wykonania całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną w ofercie cenę. Tym samym, oferta wykonawcy Firma „JONEX-SPORT” [REDAKTOWANE] nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na to, iż nie zawierała kosztorysu.

2. Jak wynika z dokumentacji dotyczącej kontrolowanego postępowania, zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy wykazali, iż *„zrealizowali min. 2 roboty budowlane polegające na budowie boisk sportowych o nawierzchni syntetycznej, o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto każda w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”*.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli złożyć dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)

Z treści oferty złożonej przez wykonawcę Firma „JONEX-SPORT” [REDAKTOWANE] wynika, że w celu potwierdzenia spełnienia wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, wykonawca załączył wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wskazał 2 roboty budowlane, tj.:

- 1) *„Zagospodarowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Wiśniewo”* – o wartości 444.995,35 zł;
- 2) *„Zagospodarowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Stare Kosiny i Głużek”* – o wartości 543.406,84 zł.

Do oferty zostały również załączone 3 referencje wystawione w dniu 10 października 2012 r. przez Wójta Gminy Wiśniewo, który zlecił wykonanie ww. inwestycji. Przedłożone referencje potwierdzały wykonanie inwestycji wskazanej w pkt 1 za kwotę 444.995,35 zł. Natomiast 2 pozostałe referencje potwierdzały odpowiednio, że wykonawca Firma „JONEX-SPORT” [REDAKTOWANE] wykonał:

- *„Zagospodarowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Stare Kosiny”* – o wartości 249.467,59 zł;

- „Zagospodarowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Głużek” – o wartości 293.939,25 zł.

W związku z powyższym należy uznać, iż jedynie roboty budowlane wskazane w pkt 1 potwierdzały spełnianie wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, gdyż ich wartość była wyższa niż wymagane 300.000,00 zł.

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 zaniechał wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku wiedzy i doświadczenia. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Firmy „JONEX-SPORT [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

3. W toku prowadzonej kontroli ustalono, iż zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy Trawasportowa.pl na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (wykonawca zaoferował ceną niższą od ceny wybranej oferty) w uzasadnieniu wskazując, iż „*złożone na wezwanie dokumenty – wykaz robót w oryginale oraz referencje, zaświadczenie z ZUS i US w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem zostały podpisane w sposób, który uniemożliwił weryfikację, czy podpisu dokonała osoba uprawniona do reprezentowania wykonawcy. Na dwóch dokumentach widnieje pieczęć: trawasportowa.pl. (...) oraz podpis Wójcik zaś w pozostałych widnieje pieczęć j. w. oraz parafy nieczytelne – nieidentyfikowalne*”.

Mając na uwadze powyższe uzasadnienie wykluczenia wykonawcy należy wskazać, iż obowiązujące przepisy prawa, w tym przede wszystkim ustawy Pzp, jak i obowiązującego w

dniu wszczęcia postępowania § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226 poz. 1817) wskazują, że dokumenty powinny być złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Przywołane przepisy nie określają jednakże technicznych zasad potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów. W szczególności, nie wskazują np., że poświadczenie dokumentów ma odbywać się w określonej dacie, czy też nie nakładają na wykonawców obowiązkowego wymogu określenia przy potwierdzeniu za zgodność z oryginałem stanowiska osoby potwierdzającej. Tym samym przystawienie pieczętki nie identyfikującej osoby poświadczającej dokumenty za zgodność z oryginałem nie może prowadzić od razu do uznania takich dokumentów za nieprawidłowe, czy tym bardziej uznania nieważności takich dokumentów.

Wobec braku definicji „formy pisemnej” w ustawie Pzp, stosownie do art. 14 tejże ustawy zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie zatem z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego przez formę pisemną należy rozumieć złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie. Dla ważności złożonej oferty podpis musi być złożony osobiście przez osobę/osoby umocowaną/e do reprezentowania wykonawcy w obrocie prawnym. Aby uznać dany znak graficzny za podpis, nie zawsze musi być to podpis czytelny, ale musi umożliwiać identyfikację osoby, od której pochodzi, przynajmniej według takich kryteriów, jak cechy indywidualne i powtarzalne. Taką identyfikację osoby składającej podpis nieczytelny zapewnia m.in. pieczętka imienna przystawiona obok tego podpisu.

W związku z powyższym, aby uznać konkretny znak pisarski za podpis, nie można odstąpić od minimum, jakim jest to, by znak pisarski umożliwiał identyfikację osoby, od której pochodzi. Chociaż podpis nie musi być sporządzony czytelnie, to powinien odzwierciedlać cechy charakterystyczne dla osoby, która go składa, i tym samym – wskazywać na tę osobę (postanowienie Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2009 r.; sygn. akt: IV CSK 78/09).

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że z treści załączonych do oferty Trawasportowa.pl dokumentów nie wynika w sposób niewątpliwy tożsamość osoby, która poświadcziała za zgodność z oryginałem ww. dokumenty.

W związku z powyższym należy wskazać, na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek wezwać, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. O istnieniu takiego obowiązku świadczy użyte przez ustawodawcę pojęcie "wzywa". Dokumenty, które zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez

nieustaloną osobę, były dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym dotyczące ich wątpliwości powinny zostać wyjaśnione z wykonawcą.

W tym stanie rzeczy, pismem z dnia 19 maja 2014 r. Prezes Urzędu zwrócił się do wykonawcy Trawasportowa.pl z prośbą o wyjaśnienie, kto poświadczył „za zgodność z oryginałem” przedmiotowe dokumenty. Jednocześnie wykonawca został poproszony o udokumentowane wyjaśnienie, że w przypadku, gdyby była to osoba inna niż Pan [REDAKTOWANE], to wskazana osoba posiadała stosowne upoważnienie do podpisywania przedmiotowych dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe, Pan [REDAKTOWANE] wyjaśnił, iż *„osobą podpisującą się pod ofertą oraz dokumentami byłem ja [REDAKTOWANE] właściciel firmy. Już podczas przetargu próbowałem wyjaśnić całą sytuację z Gminą Gielniów aby przez to nasze niedopatrzenie nie została odrzuconym, jednak Gmina nie chciała żadnych wyjaśnień i mimo najkorzystniejszej oferty z postępowania nas odrzuciła”.*

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, jak również wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Trawasportowa.pl należy stwierdzić, iż zamawiający poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących części dokumentów i w konsekwencji wykluczenie wskazanego wykonawcy, naruszył treść art. 26 ust. 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

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.