

UZP/DKUE/KD/76/16

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

| | |
|------------------------------|--|
| Zamawiający: | Gmina Żegocina Żegocina 316 32-731 Żegocina |
| Rodzaj zamówienia: | roboty budowlane |
| Przedmiot zamówienia: | rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w miejscowości Łąka Górna i Żegocina |
| Tryb postępowania: | przetarg nieograniczony |
| Wartość zamówienia: | 385 729,53 zł (91 299,09 euro) |
| Środki UE: | PROW 2007-2013 |

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**1.**

Przedmiotem kontrolowanego zamówienia jest rozbudowa kanalizacji sanitarnej wraz z przykanalikami kanalizacyjnymi w miejscowościach Łąka Górna i Żegocina. Zakres robót obejmuje wykonanie:

1) kanałów zbiorczych, tj. m.in.: kanał z rur PCV-U śr. 200/5,9 mm – 1.216 m; kanał z rur PCV-U śr. 160/4,7 mm – 10 m; studzienki inspekcyjne PE śr. 1.000x200 mm – 2 szt.; studzienki inspekcyjne PP śr. 425x160 mm – 44 szt.; monitoring sieci kanalizacyjnej oraz inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza;

2) przykanalików z rur PCV-U śr. 160/4,9 mm – 182 mb i studzienek inspekcyjnych PP śr. 425x160 mm – 11 szt.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiono w przedmiarze robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, projekcie budowlanym, stanowiących załączniki do siwz.

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 19.11.2014 r.

W niniejszym postępowaniu jedynym przewidzianym kryterium oceny ofert było kryterium ceny – waga 100%.

Zamawiający, w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu do udzielenia wyjaśnień dotyczących zastosowania przez zamawiającego jedynego kryterium ceny, w piśmie z dnia 15.07.2016 r. wyjaśnił, iż „(...) zastosowano w ocenie ofert tylko jedno kryterium tj. cenę. Podjęto taką decyzję dlatego, że Zamawiający uznał, że zlecane roboty są robotami bardzo prostymi, powszechnie dostępnymi oraz mającymi ustalone standardy jakościowe, na co przed uruchomieniem przetargu uzyskaliśmy opinię projektanta (...) możliwe do zastosowania w tym przypadku kryterium tj. „termin gwarancji” zrezygnowano z niego na podstawie opinii projektanta o niezawodności i bezawaryjności wykonywanych elementów robót oraz na podstawie „prognozy kosztów Zakładu Gospodarki Komunalnej”, który będzie zajmował się eksploatacją wybudowanych urządzeń. W/w prognoza wskazuje na brak wzrostu kosztów remontów w następnych latach, w których będą eksploatowane wybudowane obiekty.” W załączeniu do ww. wyjaśnień zamawiający przekazał „opinię projektanta oraz prognozę kosztów ZGK (użytkownika), które stanowią załącznik do protokołu z postępowania o zamówienie publiczne.”

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na treść art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zgodnie z którym kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Ponieważ terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Kierując się znaczeniem nadawanym tym pojęciom w języku polskim można przyjąć, że pod pojęciem „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr, czy usług. Pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada zatem, nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji, bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta. Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert wymaga zatem, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”. Uwzględniając praktyczne aspekty udzielania zamówień na roboty budowlane, charakteryzujące się często dużą złożonością oraz indywidualnym dostosowaniem dokumentacji przetargowej do każdorazowych potrzeb inwestycyjnych zamawiającego, uznać należy, że w przypadku robót budowlanych wykazanie powszechnej dostępności takiego przedmiotu będzie często trudne. Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na roboty budowlane, do których można zaliczyć np. prace remontowo-budowlane obejmujące np. malowanie, tynkowanie, wymianę okien lub posadzki, czy też położenie glazury, terakoty, kostki brukowej. Powyższe wyliczenie ma jedynie charakter przykładowy, a zamawiający, w zależności od rodzaju robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, powinien dokonać indywidualnej oceny w zakresie możliwości zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, a w szczególności roboty budowlane obejmujące przedmiot zamówienia, należy uznać, że roboty budowlane polegające na rozbudowie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w oparciu o przedmiar robót, specyfikację

techniczną wykonania i odbioru robót oraz dokumentację projektową nie zaliczają się do kategorii „prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych”.

Po pierwsze, roboty takie muszą być wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną oraz projektem, zatem wykonawca musi posiadać umiejętność czytania takiej dokumentacji, jak też musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów wykonania rozbudowy sieci kanalizacji. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się akurat robotami o podobnym rodzaju, o tyle nie są powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy tymczasem odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna.

Ponadto należy zauważyć, że powyższy zakres robót wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej z zakresu budowy sieci wodociągowych lub kanalizacyjnych o wartości odpowiadającej co najmniej składanej ofercie, jak również osobą posiadającą uprawnienia Kierownika budowy zakresie budowy sieci. Wykonanie ww. robót wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobą posiadającą specjalne uprawnienia budowlane. Tym samym, ww. roboty nie są robotami powszechnie dostępnymi, ale robotami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających specjalistyczne kryteria. Fakt, że roboty te nie są skomplikowane na tle innych możliwych robót budowlanych, nie oznacza, że są „powszechnie dostępne” w ogóle. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia nie przekłada się wprost na „powszechność, dostępność” danych robót. Ponadto fakt, że roboty musiały być wykonane zgodnie z konkretną dokumentacją techniczną, uwzględniającą konkretne warunki inwestycji i konkretne potrzeby zamawiającego, świadczy o tym, że nie mają one ustalonych standardów jakościowych. A zatem, przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%), ponieważ z przedstawionych informacji wynika, że roboty budowlane, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były robotami powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach, lecz robotami budowlanymi dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy konkretnych umiejętności posiadania odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobą o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Innymi słowy, przedmiotowe roboty budowlane nie charakteryzowały się powszechną dostępnością i ustalonymi standardami,

albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby zamawiającego i specyfikę związaną z realizacją przedmiotu zamówienia.

Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2.

Zgodnie z pkt V.1.2) siwz oraz z sekcją III.3.2 ogłoszenia zamawiający wymagał od wykonawców, aby na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną z zakresu budowy sieci wodociągowych lub kanalizacyjnych o wartości minimum jak składana oferta.

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 doświadczenia 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 roboty budowlanej, 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 roboty budowlanej 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 roboty budowlanej, 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 zakresie wartości 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, złożonych zostało 17 ofert i jedynie dwóch wykonawców zostało wykluczonych z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na brak wymaganego doświadczenia (pomimo stosownego wezwania do uzupełnienia dokumentów nie uzupełnili ich), przy czym żaden z ww. wykonawców nie złożył oferty najkorzystniejszej. Zatem, mimo że ww. opis warunku nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i w zakresie wymaganej wartości robót nie jest związany z przedmiotem zamówienia, w przedmiotowym postępowaniu nie było podstaw do stwierdzenia wpływu opisu ww. warunku na wynik postępowania, tj. na wybór najkorzystniejszej oferty.

3.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, pismami z dnia 17.12.2014 r. zamawiający wezwał ww. wykonawców na podstawie „art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (...) do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty: (...) [tj.] wyjaśnienie zastosowania w kosztorysie ofertowym rażąco niskiej ceny”, w terminie do dnia 22.12.2014 r., wskazując jednocześnie, iż „zgodnie z art. 90 ust. 1 znowelizowanej ustawy Pzp cena oferty nie może być niższa od wartości zamówienia więcej jak 30% oraz stawka robocizny musi zabezpieczać najniższą płacę krajową”:

- 1) XXX (cena: 317.333,48 zł brutto);
- 2) YYY (cena: 344.627,07 zł brutto);
- 3) ZZZ (cena: 417.345,10 zł brutto);
- 4) AAA (cena: 303.141,21 zł brutto);
- 5) BBB (cena: 299.925,54 zł brutto);
- 6) CCC (cena: 614.275,06 zł brutto).

W odpowiedzi na powyższe wykonawca CCC nie udzielił wyjaśnień a wykonawca AAA udzielił ich po terminie.

Pozostali wykonawcy udzieliли wyjaśnień. Wykonawcy nie złożyli dowodów potwierdzających wyjaśnienia, za wyjątkiem BBB, który do wyjaśnień załączył listę płac za listopad 2014 r.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy wskazać, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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 prace 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);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W związku z powyższym, zamawiający poprzez zaniechanie uwzględnienia w wezwaniach do ww. wykonawców wymogu, aby udzieliли wyjaśnień, w tym złożyli dowody, dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

4.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz żądał od wykonawców przedłożenia dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem”.

W sekcji III.4.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt VI.E siwz, zamawiający wymagał, aby wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tzw. „podmioty zagraniczne”, przedłożyli dokumenty wskazane w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret pierwsze i trzecie, tj. odpowiedniki dokumentów, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 i 6 rozporządzenia. Tym samym zamawiający żądał od podmiotów zagranicznych złożenia także dokumentów potwierdzających brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie, nie wymaganych ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w siwz od wykonawców krajowych.

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, w tym także podmioty, które mają miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej miały możliwość ubiegania się o zamówienie na takich samych zasadach.

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

Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret trzecie rozporządzenia nie ma wpływu na wynik postępowania.

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.