

UZP/DKUE/KD/64/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina i Miasto Przysucha Plac Kolberga 11 26-400 Przysucha
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	budowa sieci wodociągowej na działkach położonych w miejscowości Zbożenna nr ewid. działek 326, 1065
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	675.423,10 zł (159.867,24 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Podstawowe usługi dla gospodarki i ludności wiejskiej”

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Przedmiotem zamówienia są kompleksowe roboty w zakresie budowy sieci wodociągowej na działkach położonych w miejscowości Zbożenna nr ewid. działek 326, 1065 oraz demontażu i odbudowy dróg (dz. nr ew. 326,1065) w zakresie objętym dokumentacją projektową. Zamawiający określił podstawowe parametry zaprojektowanego wodociągu - sieć wodociągowa z rur PE 100 SDR17 z wkładką miedzianą o łącznej długości 1667,90 m, w tym:
- sieć wodociągowa z rur PE 100 SDR17 z wkładką miedzianą D 110 mm w działce 326 o długości 1292,80 m wyposażona w hydranty p. poź. D80 nadziemne - 9 szt. oraz zasuwę D 100 - 5 szt.;
 - sieć wodociągowa z rur PE 100 SDR17 z wkładką miedzianą D 90 mm w działce 1065 o długości 375,10 m wyposażona w hydranty p. poź. D80 nadziemne - 3 szt. oraz zasuwę D 80 - 2 szt.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zamieszczony w dokumentacji stanowiącej załączniki do siwz, na którą składają się:

- specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych;
- dokumentacja projektowo – budowlana;
- przedmiar robót.

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 04.12.2014 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 jedynego kryterium ceny, w piśmie z dnia 14.07.2016 r. wyjaśnił, m.in., że „przyjął cenę jako jedyne kryterium kierując się poniższymi przesłankami:

- *Przedmiot zamówienia polegał na przedłużeniu już istniejącego w tej miejscowości wodociągu, który posiada określone parametry techniczne i którym musiała odpowiadać dobudowywana sieć,*
- *Podstawowymi elementami dobudowywanej sieci były rurociągi, zasuwę, hydranty mające od lat ustalone standardy techniczne, jakościowe i ogólnie dostępne na rynku w branży budowlanej, określone odpowiednimi przepisami prawa, normach technicznych. Zostały one określone za pomocą dokumentacji projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.*
- *Dobudowywany wodociąg nie zawierał żadnych urządzeń mechanicznych typu przepompownie, sterowanie itp., wykonanie robót budowlanych przebiega w pasie drogowym dróg gminnych i nie wymaga specjalistycznego sprzętu poza typowymi urządzeniami -*

koparka, samochody ciężarowe. Sam sposób wykonania robót również nie wymaga specjalistycznej wiedzy czy umiejętności.

- Przedmiot zamówienia nie jest kosztotwórczy dla Zamawiającego nie generuje dodatkowych kosztów w postaci serwisowania, opłat środowiskowych, opłat za energię. Jedyne koszty jakie poniósł Zamawiający dotyczy przedmiotu umowy poza standardowymi kosztami związanymi z wykonaniem przyłączy (nie będące przedmiotem zamówienia) oraz opłat za jej pobór ponoszonymi przez mieszkańców. Powyższe argumenty miały wpływ na uznanie tego przedmiotu zamówienia jako powszechnie dostępnego i o ustalonych standardach jakości."

Zamawiający do pisma załączył sporządzony w dniu 14.07.2016 r. załącznik do protokołu postępowania pt. „Uzasadnienie kosztów ponoszonych w okresie korzystania z przedmiotu zamówienia”, w treści którego wskazał, cyt.: *„W postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa sieci wodociągowej na działkach położonych w miejscowości Zbożenna nr ewid. działek 326, 1065 występują koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia:*

Wielkość tych kosztów została określona w opisie przedmiotu zamówienia poprzez dokumentację projektową pod nazwą: Opracowanie projektu budowy wodociągu w miejscowości Zbożenna (drogi gminne: działka nr 326 oraz 1065) oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

Powyższe dokumenty za pomocą przywołanych w nich przepisów prawa norm technicznych określają standardy, wymagania w stosunku do użytych materiałów. Koszty eksploatacyjne na powstałym obiekcie poza kosztami przyłączy oraz bieżących opłat za pobór wody nie występują."

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 jedynego 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 jedynego 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 budowie sieci wodociągowej nie zaliczają się do kategorii „prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych”.

Po pierwsze, roboty takie muszą być wykonane zgodnie z projektem budowlanym, zatem wykonawca musi posiadać umiejętność czytania projektu budowlanego, jak też musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów wykonania sieci wodociągowej. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się akurat robotami obejmującymi budowę sieci wodociągowych, 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.

Należy zauważyć, że powyższy zakres robót wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej o wartości nie mniejszej niż 400.000,00 zł brutto. Ponadto zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. 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, a ich wykonanie można powierzyć dowolnemu wykonawcy. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia nie przekłada się wprost na „powszechność, dostępność” danych robót. Ponadto fakt, że roboty te musiały być wykonane zgodnie z konkretnym projektem budowlanym, uwzględniającym warunki konkretnej inwestycji, świadczy o tym, że ich standard wykonania nie był z góry ustalony, ale musiał być dostosowany do potrzeb zamawiającego. 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.

Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający wezwał pismem z dnia 05.01.2015 r. wykonawcę Xxx na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia, w terminie do dnia 08.01.2015 r., wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w złożonej ofercie. W treści ww. wezwania zamawiający

wskazał m.in., że wzywa wykonawcę do „złożenia stosownych dokumentów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Pana ceny w przedmiotowym postępowaniu” oraz, że zamawiający „żąda przedmiotowych wyjaśnień wraz z dowodami”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca w piśmie z dnia 08.01.2015 r. przedstawił wyjaśnienia, cyt.: „Największy wpływ na zaoferowaną cenę ma dysponowanie własnym materiałem do wykonania zamówienia zakupionym kilka lat przed ogłoszeniem o niniejszym zamówieniu od firm nastawiających się na niski zysk w celu utrzymania kontrahenta. Ponadto wpływ na niską cenę miały poniższe czynniki:

- założenie osiągnięcia niskiego zysku celem utrzymania pracowników
- posiadanie wydajnego i taniego w eksploatacji sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia
- zamiar wykonania zadania w możliwie najszybszym terminie w celu zminimalizowania kosztów realizacji zadania
- siedziba firmy mieści się w Przysusze, blisko terenu przyszłego wykonania przedmiotu zamówienia, stąd niskie koszty
- większość wykonywanych robót sieci wodociągowej przebiega przez grunty rolne, brak występowania kolizji z infrastrukturą techniczną, przecisków drogi w porównaniu z terenem miejskim, gdzie występują nawierzchnie dróg asfaltowych, liczne kolizje z infrastrukturą, zmiany organizacji ruchu.

Cena została skalkulowana rzetelnie do warunków miejscowych występujących w terenie. Przedmiot zamówienia możliwy jest do wykonania za zaoferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Działalność w zakresie budowy wodociągów nie jest jedynym przedmiotem mojej działalności z której czerpię zyski. Traktuję przedmiotowe zamówienie jako formę promocji, dzięki której otrzymam po prawidłowym wykonaniu zamówienia dodatkowe referencje, przydatne przy kolejnych przetargach.”

Należy zauważyć, że wyjaśnienia wykonawcy są ogólne i nie zawierają informacji o żadnych szczególnych okolicznościach pozwalających na realizację zamówienia za wskazaną w ofercie cenę. W szczególności wykonawca nie wskazał, jak niski zysk zamierza osiągnąć, jak praca sprzętu, bliskość siedziby i szybki termin realizacji wpływają na cenę oferty. Ponadto opisane przez wykonawcę warunki wykonania zamówienia, są takie same dla wszystkich wykonawców, więc nie mogą mieć wpływu na cenę jego oferty. Wykonawca nie dołączył także do złożonych wyjaśnień żadnych dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wymaganych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzających ww. informacje i ich wpływ na cenę oferty, jak również ze złożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego 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 w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, oceniając wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. Ocena dokonana przez zamawiającego, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

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 wezwanie zamawiającego o wyjaśnienia wraz z dowodami, należy uznać, że wykonawca Xxx nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi zamawiającemu na dokonanie oceny, czy cena oferty nie jest rażąco niska.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, iż oferta wykonawcy Xxx została wybrana jako najkorzystniejsza naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za mające wpływ na wynik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3. Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkową zamówienia podstawowego na kwotę 675.423,10 zł, co brutto stanowi 830.770,41 zł. Z powyższego wynika, że próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia brutto wynosi 581.539,29 zł.

W postępowaniu złożone zostały m.in. oferty następujących wykonawców niewykluczonych z udziału w postępowaniu z cenami brutto:

1. Yyy - 258.300,00 zł (cena oferty niższa o ok. 69% od wartości zamówienia brutto);
2. Zzz - 396.786,60 zł (cena oferty niższa o ok. 52% od wartości zamówienia brutto);
3. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. - 330.000,00 zł (cena oferty niższa o ok. 60% od wartości zamówienia brutto);
4. Vvv - 307.170,00 zł (cena oferty niższa o ok. 63% od wartości zamówienia brutto).

Zgodnie z 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 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.

Dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu wezwanie o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w przypadku wystąpienia, niezależnie od pozostałych, jednej z dwóch przesłanek, tj. gdy cena oferty wykonawcy jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub gdy cena oferty wykonawcy jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W przedmiotowym postępowaniu ceny ofert złożonych przez ww. wykonawców były niższe o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, a

zatem zachodziła przesłanka określona w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązująca zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu do zwrócenia się do ww. wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie mające 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.

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.