

Warszawa, dnia 1. 06. 2020 r.

KU/75/20/DKZP

### Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

<b>Zamawiający:</b>	Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Staszów ul. Oględowska 4 28-200 Staszów
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	budowa obiektów małej retencji nizinnej w Nadleśnictwie Staszów – rewitalizacja stawów w Rybnicy
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
<b>Data wszczęcia postępowania:</b>	05.02.2020 r.
<b>Numer ogłoszenia o zamówieniu:</b>	2020/S 025-055551
<b>Wartość zamówienia:</b>	162.552.682,36 zł (tj. 38.074.785,65 euro) – całkowita wartość zamówienia;

1.981.746,43 zł (tj. 464.185,33 euro) – wartość kontrolowanego zamówienia

**Środki UE:** Fundusz Spójności, Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko

**Rodzaj procedury:** zamówienie klasyczne

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

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

1. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 111 § 1 i 2 Kc poprzez wyznaczenie przez zamawiającego terminu krótszego niż określony w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp;

2. art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak modyfikacji treści siwz (rozdział 12 punkt 12.2. siwz), tj. ujednoczenia treści siwz z treścią ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu otwarcia ofert;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Transportu Energetyki Połaniec Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo iż jej treść nie odpowiadała treści siwz.

### **UZASADNIENIE**

1) Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w dniu 16 marca 2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę X, do złożenia w terminie do dnia 26 marca 2020 r., aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na ww. wezwanie z dnia 16 marca 2020 r., wykonawca X, w dniu 25 marca 2020 r., przedłożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wzywa wykonawcę X, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie

krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), dalej jako „Kc”, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Powyższe oznacza, że przepisy ustawy Pzp stanowią *lex specialis* wobec przepisów Kc, a tym samym, zgodnie z zasadą *lex specialis derogat lex generalis*, w zakresie odrębnie uregulowanym ustawą Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w pierwszej kolejności należy stosować ustawę Pzp, natomiast do czynności odrębnie nieuregulowanych, ustawa Pzp nakazuje stosowanie przepisów Kc wprost.

Wskazać należy, iż określony w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp termin, tj. nie krótszy niż 10, jest terminem minimalnym. Dodatkowo ustawa Pzp nie zawiera zapisów regulujących sposób obliczania terminu, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, *ergo*, w celu obliczenia ww. terminu, znajdują zastosowanie przepisy Kc.

W myśl art. 111 § 2 Kc jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Ponadto zgodnie z § 1 ww. przepisu, termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w sytuacji gdy zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wzywa wykonawcę, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, winien zapewnić wykonawcy minimalny dziesięciodniowy termin do dokonania powyższej czynności, tj. nie krótszy niż kończący się z upływem ostatniego dnia. Wyznaczenie przez zamawiającego terminu krótszego niż określony w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiło naruszenie przepisu 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 111 § 1 i 2 Kc.

Z uwagi, iż wykonawca X w dniu 25 marca 2020 r. przedłożył wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, uznać należy, iż powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik kontrolowanego postępowania.

**2)** W rozdziale 12 punktach 12.1. oraz 12.2. siwz zamawiający wskazał, cyt.: „Ofertę należy złożyć za pośrednictwem platformy [https://platformazakupowa.pl/pn/lasy\\_staszow](https://platformazakupowa.pl/pn/lasy_staszow) do dnia 10 marca 2020 r. godz. 09:00 (...) Otwarcie ofert nastąpi dnia 10 marca 2020 r. o godz. 09:00 (...)”. Jednocześnie jak wynika z sekcji IV.2.2. oraz sekcji IV.2.7. ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający określił termin składania ofert na dzień 10 marca 2020 r. godz. 9:00 oraz termin otwarcia ofert na dzień 10 marca

2020 r. godz. 9:15. Jak wynika m.in. z punktu 11.1. protokołu postępowania (druk ZP-PN), otwarcie ofert nastąpiło w dniu 10 marca 2020 r. o godz. 9:15.

Mając na uwadze powyższe, pismem z dnia 12 maja 2020 r. zwrócono się do zamawiającego o wyjaśnienie, czy dokonał w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zmian treści siwz w zakresie terminu otwarcia ofert. W razie odpowiedzi twierdzącej poproszono o uzupełnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania w powyższym zakresie. Poproszono również o wyjaśnienie, czy wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu uczestniczyli w czynności otwarcia ofert, a także, czy kwestionowali zapisy siwz i ogłoszenia w ww. zakresie.

Zamawiający, w odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 18 maja 2020 r. wskazał, cyt.: „Zamawiający nie wprowadzał zmiany czasu otwarcia ofert.

*Godzina otwarcia podana w siwz zawarta została omyłkowo. Właściwa godzina to 9:15. I taka została podana w ogłoszeniach, na stronie internetowej BIP oraz platformie zakupowej.*

*Żaden wykonawca nie zgłosił wątpliwości w tej sprawie.*

*W otwarciu uczestniczyły 3 osoby. Na otwarcie ofert przybyli w terminie 9:15.”.*

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, brak modyfikacji treści siwz (rozdział 12 punkt 12.2. siwz), tj. ujednoczenia treści siwz z treścią ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu otwarcia ofert, stanowił naruszenie przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi, iż otwarcie ofert nastąpiło w dniu 10 marca 2020 r. o godz. 9:15, uznać należy, iż powyższe nie naruszyło zasady jawności postępowania, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zapewniając wszystkim zainteresowanym możliwość uczestniczenia w czynności otwarcia ofert, ergo wskazać należy, iż ww. naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik niniejszego postępowania.

**3)** Zamawiający w rozdziale 11 punkcie 11.5. lit. a) siwz zapisał, cyt.: „W terminie składania ofert określonym w pkt 12.1. siwz wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu ofertę zawierającą: a) formularz oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do siwz) wraz z kosztorysem ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do siwz), sporządzone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (...)”.

Ponadto zgodnie z rozdziałem 13 punktem 13.1. siwz wykonawca zobowiązany był podać w ofercie, cyt.: „(...) cenę brutto przedmiotu zamówienia w zakresie określonym przedmiarem robót, wyszczególnionym w załączniku nr 2 do niniejszej siwz”.

Jednocześnie zamawiający w rozdziale 13 punktach 13.2., 13.3. siwz wskazał, cyt.: „13.2 Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym przedmiarem robót, należy obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej zgodnie z rozporządzeniem ministra rozwoju regionalnego i budownictwa z dnia 31 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i metod budowlanych (Dz. U. nr 80, poz. 867), przy zachowaniu następujących założeń:

13.2.1. zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny oferty, musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarze robót,

13.2.2. do kosztorysowania należy zastosować kalkulację wskazaną w przedmiarze,

13.2.3. przyjęte koszty pracy muszą uwzględniać minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (DZ. U. z 2018 r. poz. 2117),

13.2.5. ceny jednostkowe poszczególnych robót wyszczególnionych w przedmiarze robót muszą zawierać wszystkie koszty związane z ich realizacją, jak również koszty: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, związanych z odbiorami wykonanych robót, oraz inne wynikające z umowy, której wzór stanowi załącznik nr 4 do niniejszej siwz,

13.3. Cena łączna brutto wynikająca ze szczegółowego kosztorysu ofertowego winna zostać przeniesiona do oferty (załącznik nr 1 do siwz)”.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, wykonawca Y w terminie składania ofert przedłożył, zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz, m.in. formularz oferty wraz z kosztorysem ofertowym.

Departament Kontroli Zamówień Publicznych, pismem z dnia 12 maja 2020 r., zwrócił się do zamawiającego o uzupełnienie dokumentacji kontrolowanego postępowania oraz udzielenie wyjaśnień, cyt.: „(...) czy zamawiający dysponuje kompletnym, przedłożonym przez wykonawcę Y, stanowiącym załącznik do oferty ww. wykonawcy, kosztorysem ofertowym [w przedłożonym przez zamawiającego ww. dokumencie m.in. stronach nr: 8-11 i in., brak jest możliwości weryfikacji części informacji zawartych w kosztorysie ofertowym (skany niekompletne, dotyczy w szczególności dolnych części stron ww. dokumentu)]. W razie odpowiedzi twierdzącej, proszę o uzupełnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania o ww. kompletny dokument. W razie odpowiedzi przeczącej, proszę o szczegółowe wyjaśnienie na jakiej podstawie zamawiający dokonał oceny kosztorysu ofertowego ww. wykonawcy w zakresie wymogów określonych przez zamawiającego w siwz, w szczególności w jaki sposób dokonał oceny prawidłowości wskazanej przez ww. wykonawcę ceny oferty”.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający, w piśmie z dnia 18 maja 2020 r., wyjaśnił, cyt.:

„Ad. 7

*Zamawiający dysponuje tylko przedłożonym do kontroli uprzedniej kosztorysem ofertowym wykonawcy Y*

*Wszystkie niezbędne informacje do sprawdzenia prawidłowości sporządzenia kosztorysu ofertowego i wyliczenia ceny zamawiający znalazł w tymże kosztorysie.*

*Zamawiający w pierwszej kolejności sprawdzał, czy przedłożony kosztorys ofertowy dotyczy przedmiotu wyspecyfikowanego w siwz. Sprawdzeniu zgodności z przedmiarem robót podlegało uwzględnienie wszystkich pozycji przedmiarowych w kosztorysie ofertowym, opis pozycji kosztorysowej (czynności), wielkość obmiaru oraz zaproponowane materiały. Zamawiający znalazł w kosztorysie ofertowym wszystkie informacje z tego zakresu i potwierdził ich prawidłowość albo poprawił w ramach innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz.*

*Następnie w celu stwierdzenia czy wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego zostały wycenione i cena oferty prawidłowo wyliczona, zamawiający sprawdzał dla poszczególnych pozycji przedmiaru prawidłowość iloczynu  $Obmiar * cena\ jednostkowa = wartość\ pozycji$  oraz sumę wszystkich pozycji kosztorysu, a następnie poprawność wyliczenia stawki VAT i ceny brutto. Wszystkie powyższe dane znajdują się w załączanym kosztorysie ofertowym wykonawcy Zakład Transportu Energetyki Połaniec sp. z o.o.*

*Dla poszczególnych pozycji kosztorysu zamawiający sprawdzał podanie kosztów jednostkowych nakładów dla wyspecyfikowanych materiałów, robocizny oraz pracy sprzętu a także poprawność wyliczenia poszczególnych kosztów i całej pozycji przedmiaru. Niewidoczne a użyte koszty jednostkowe nakładów zamawiający potwierdził w tabelach zawartych na końcu kosztorysu (zestawienie materiałów, robocizny i pracy sprzętu – str. 49 do 53), a także dodatkowo w analogicznych pozycjach kosztorysowych i poprzez krzyżowe przeliczenia. Niewidoczne a użyte normy nakładów zamawiający potwierdził w analogicznych pozycjach i potwierdził poprzez krzyżowe sprawdzenie wyliczeń.*

*W każdym przypadku zamawiający potwierdził poprawność wyliczenia stawki jednostkowej dla danej pozycji przedmiaru/kosztorysu ofertowego. (...)*

W tym miejscu należy zauważyć, iż art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, należy posiłkować się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Kodeks cywilny* (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.). Z brzmienia tego przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skorelowany

jest z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce wówczas, gdy jej zawartość merytoryczna nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w siwz w szczególności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji.

Wykonawca składając ofertę powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w siwz. Dla uznania zgodności treści oferty z treścią siwz nie wystarczy jedynie złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia, wyrażającego zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, iż w przedmiotowym postępowaniu kosztorys ofertowy, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w siwz, opisywał zarówno zakres oferowanego świadczenia, szczegóły jego wyceny, a tym samym stanowił istotną część składową oferty.

Z dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego w celu przeprowadzenia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania wynika, iż złożony przez wykonawcę Y kosztorys ofertowy był niekompletny i nie dawał możliwości weryfikacji części zawartych w nim informacji [w przedłożonym przez zamawiającego ww. dokumencie m.in. stronach nr: 8-11 i in., brak jest możliwości weryfikacji części informacji zawartych w kosztorysie ofertowym (skany niekompletne, dotyczy w szczególności dolnych części stron ww. dokumentu)]. Brak w ofercie żądanego kosztorysu ofertowego lub jego części nie jest jedynie brakiem formalnym, lecz merytorycznym brakiem oferty podlegającym dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie jest bowiem oczywiste, jakie elementy zawierał ww. dokument, zatem brak jest podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca Y wypełnił wymogi określone przez zamawiającego w siwz. Jednocześnie wskazać należy, iż brak w kosztorysie ofertowym przedłożonym przez ww. wykonawcę części informacji uniemożliwił zamawiającemu badanie oferty pod kątem ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty.

W związku z powyższym stwierdzić należy, iż brak dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Y na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo iż jej treść nie odpowiadała treści siwz, stanowił naruszenie ww. przepisu ustawy Pzp.

Z uwagi, iż oferta wykonawcy Y nie stanowiła oferty najkorzystniejszej, wskazać należy, iż ww. naruszenie nie miało wpływu na wynik przedmiotowego 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. 171a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.