



Warszawa, dnia 16.10.2020 r.

PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KU/137/20/DKZP

**Informacja o wyniku kontroli uprzedniej**

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

**Zamawiający:**

Veolia Energia Poznań S.A.  
ul. Energetyczna 3  
61-016 Poznań  
prowadzący postępowanie:  
Kancelaria

**Rodzaj zamówienia:**

roboty budowlane

**Przedmiot zamówienia:**

wykonanie robót budowlanych w zakresie budowy sieci ciepłych i przyłączy w technologii preizolowanej z instalacją alarmową rezystancyjną oraz w technologii „tradycyjnej” zgodnie z dokumentacją projektową, „Efektywna dystrybucja ciepła — etap 1 - w podziale na trzy zadania:

- zadanie 1 - budowa osiedlowej sieci ciepłej z rur stalowych preizolowanych wraz z przyłączami przy ul. Ugory-Wilczak-Szelągowska w Poznaniu;
- zadanie 2 - budowa osiedlowej sieci ciepłej z rur stalowych preizolowanych wraz z przyłączami przy ul. Pałucka- Łady w Poznaniu;

- zadanie 3 - budowa osiedlowej sieci ciepłej z rur stalowych preizolowanych wraz z przyłączami przy ul. Wojska Polskiego 38-50 w Poznaniu

**Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)

**Data wszczęcia postępowania:** 20.03.2020 r.

**Numer ogłoszenia o zamówieniu:** 2020/S 057-134807

**Wartość zamówienia:** całkowita wartość zamówienia: 90.245.397,00 zł. (tj. 20.930.347,43 euro),  
Wartość kontrolowanego zamówienia 3.061.944,76 zł (tj. 717.212,36 euro), z podziałem na zadania:  
- zadanie 1- 894.926,00 zł (tj. 209.618,90 euro);  
- zadanie 2- 1.244.682,66 zł (tj. 291.542,56 euro);  
- zadanie 3- 922.386,10 zł (tj. 216.050,89 euro)

**Środki UE:** POIiŚ na lata 2014-2020

**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 związku 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:

- 1) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: XXX Sp. z o.o. Sp. k., YYY sp. z o.o., ZZZ sp. z o.o. sp.k, VVV do złożenia wyjaśnień dotyczących zaofiarowanej ceny oferty;
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy QQQ w zakresie zadania 1, który nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

- 3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy XXX Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie zadania 3, który nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy QQQ do uzupełnienia dokumentów, z których wynikałoby, że brak jest podstaw do wykluczenia ww. wykonawcy z przedmiotowego postępowania, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.
- 5) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez brak ujednolicenia siwz w zakresie zapisów dotyczących sankcji z tytułu niespełnienia wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

#### UZASADNIENIE

1) Z analizy dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego do kontroli uprzedniej wynika, iż w przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 15.05.2020 r., w zakresie zadania 1, zostały złożone nw. oferty:

1. XXX Sp. z o.o. Sp. k. - z ceną 576.870,00 zł;
2. VVV- z ceną 540.831,00 zł;
3. ZZZ Sp. z o.o. Sp. k. - z ceną 508.365,67 zł;
4. YYY Sp. z o.o. - z ceną 632.220,00 zł;
5. QQQ- z ceną 472.320,00 zł.

Szacunkowa wartość zamówienia w zakresie zadania 1 została ustalona na kwotę – 894.926,00 zł netto, powiększona o obowiązujący podatek VAT - 1.100.758,98 zł brutto.

Z zestawienia ww. ofert złożonych w postępowaniu wynika, że średnia arytmetyczna cen brutto wszystkich złożonych ofert w zakresie zadania 1 wynosi: 546.121,33 zł

Próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia brutto w zakresie zadania 1 wynosi - 770.531,29 zł.

Próg ceny oferty niższej o 30% od średniej arytmetycznej cen brutto wszystkich złożonych ofert wynosi w zakresie zadania 1 wynosi – 382.284,93 zł.

Pismem z dnia 20.05.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę QQQ na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w terminie do dnia 25.05.2020 r. do godz. 24.00, dotyczących zaoferowanej ceny oferty, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Zamawiający poinformował, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Tym samym zamawiający oznajmił, iż odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzieli wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W piśmie z dnia 21.05.2020 r. (wpływ na platformę zamawiającego 23.05.2020 r.) ww. wykonawca udzielił wyjaśnień, w których wskazał, iż „(...) 1. Zakres robót przyjęty do wyceny:

- budowa sieci ciepłej i przyłączy w technologii preizolowanej o średnicach 2XDN 65-100 i długości ok. 389 m zgodnie z dokumentacją projektową,
- demontaż kolizyjnych odcinków sieci ciepłej istniejącej,
- demontaż i odtworzenie terenów utwardzonych i zielonych,

2. Materiały preizolowane zgodnie z projektem z otrzymaną ofertą od producenta,

3. Ofertę przygotowaliśmy na podstawie opracowanej wyceny/kosztorysu cen jednostkowych etapów robót dokonanej, wizji lokalnej w terenie oraz długoletniego doświadczenia w realizacji tego typu robót.

*Przedstawiona oferta na wykonanie tego zadania jest adekwatna do zakresu robót i nie widzimy zagrożenia realizacji zadania za cenę 472.320,00 zł brutto”.*

Do przedłożonych w terminie wyjaśnień wykonawca załączył kosztorys ofertowy realizacji zadania 1.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 28.07.2020 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, m.in. czy zamawiający zwracał się do pozostałych wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a jeśli tak,

zamawiający został poproszony o uzupełnienie przekazanej dokumentacji postępowania w powyższym zakresie.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w piśmie z dnia 03.08.2020 r. wyjaśnił, „W niniejszym postępowaniu zamawiający zastosował tzw. procedurę odwróconą, na którą wskazuje art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29.01.2004 r. z późn. zm. (Pzp). Tym samym zamawiający wzywał do wyjaśnienia ceny złożonej oferty tylko wykonawców, których oferta po wstępnej ocenie plasowała się na pierwszej pozycji, jeśli chodzi o ofertę najkorzystniejszą spośród złożonych w danym zadaniu oraz w sytuacji, kiedy cena oferty wypełniała dyspozycję z art. 90 ust. 1a PZP. W przypadku zadania 1 i 3 cena oferty najkorzystniejszej okazała się niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 PZP. Dlatego też zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 1a PZP wezwał w zadaniu 1 - wykonawcę QQQ, a w zadaniu nr 3 – XXX sp. z o.o. sp. k. do wyjaśnienia ceny oferty. Wyjaśnienia ww. wykonawców okazały się wystarczające w celu uznania, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny”.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia brutto w zakresie zadania 1- tj. 1.100.758,98 zł wyniósł 770.531,29 zł. W związku z powyższym, oferty wykonawców: XXX Sp. z o.o. Sp. k., YYY Sp. z o.o., ZZZ Sp. z o.o. Sp. k. oraz VVV złożone w zakresie zadania 1, również obarczone są rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, budzą wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Z uwagi na powyższe, zamawiający był zobligowany zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w powyższym zakresie, również do ww. wykonawców. Zamawiający zaniechał wezwania do udzielenia wyjaśnień ww. wykonawców za wyjątkiem wykonawcy QQQ.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże ewentualna decyzja w tej kwestii, musi zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Jednocześnie, zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita ofert jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, należy odrzucić automatyczne przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską.

Zamawiający w ramach postępowania przeprowadzanego w trybie przetargu nieograniczonego zastosował procedurę, o której mowa w art. 24aa ust.1 ustawy Pzp, tj. procedurę odwróconą, której zastosowanie przewidział w sekcji III pkt 5 siwz.

Procedura odwrócona, opisana w art. 24aa ustawy Pzp polega na uprawnieniu zamawiającego do dokonania oceny ofert, a następnie zbadania, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oznacza to, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty ( art. 89 ust. 1 Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w siwz, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

W ramach oceny ofert zamawiający powinien dokonać weryfikacji ofert pod kątem ceny potencjalnie rażąco niskiej oraz zweryfikować poprawność zastosowanej stawki VAT. Stosując procedurę odwróconą zamawiający niezwłocznie przystępuje do badania podstaw odrzucenia oferty określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z dokonywaniem w pierwszej kolejności badania i oceny ofert wszystkich złożonych ofert, zamawiający zobowiązany jest w razie konieczności do wyjaśnienia na tym etapie treści oferty, poprawienia jej omyłek oraz przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż treść odpowiedzi zamawiającego z dnia 03.08.2020 r. w ramach prowadzonej kontroli, wskazuje na błędne zastosowanie przepisu art. 24aa ust.1 ustawy Pzp, tj. twierdzenie, iż zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tylko tych wykonawców, których oferty zostały ocenione jako najkorzystniejsze.

Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i brak wystosowania do wykonawców: XXX Sp. z o.o. Sp. k., YYY Sp. z o.o., ZZZ Sp. z o.o. Sp.k. oraz VVV wezwania w trybie powyższego przepisu, należy uznać, że zamawiający naruszył treść art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oferty.

Z uwagi na fakt, iż oferta wykonawcy QQQ została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie zadania 1, a zamawiający wobec ww. wykonawcy dotrzymał obowiązku badania i oceny oferty, a tym samym zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

**2)** Z analizy dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego do kontroli uprzedniej wynika, iż w przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 15.05.2020 r. w zakresie zadania 1 ofertę złożył m.in. QQQ z ceną 472.320,00 zł.

Próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększony o podatek VAT w zakresie zadania 1 - tj. 1.100.758,98 zł wynosi 770.531,29 zł.

Pismem z dnia 20.05.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę QQQ na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w terminie do dnia 25.05.2020 r., dotyczących zaoferowanej ceny oferty, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Zamawiający poinformował, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Tym samym oznajmił, iż odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W piśmie z dnia 21.05.2020 r. (wpływ na platformę zamawiającego 23.05.2020 r.) ww. wykonawca udzielił wyjaśnień, w których wskazał, iż: „(...) 1. Zakres robót przyjęty do wyceny:  
- budowa sieci cieplnej i przyłączy w technologii preizolowanej o średnicach 2XDN 65-100 i długości ok. 389 m zgodnie z dokumentacją projektową,



- demontaż kolizyjnych odcinków sieci ciepłej istniejącej,

- demontaż i odtworzenie terenów utwardzonych i zielonych,

2. Materiały preizolowane zgodnie z projektem z otrzymaną ofertą od producenta,

3. Ofertę przygotowaliśmy na podstawie opracowanej wyceny/kosztorysu cen jednostkowych etapów robót dokonanej, wizji lokalnej w terenie oraz długoletniego doświadczenia w realizacji tego typu robót.

Przedstawiona oferta na wykonanie tego zadania jest adekwatna do zakresu robót i nie widzimy zagrożenia realizacji zadania za cenę 472 320,00 zł brutto”.

Do przedłożonych w terminie wyjaśnień wykonawca załączył kosztorys ofertowy realizacji zadania 1.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia należy wskazać, iż wykonawca QQQ nie odniósł się do powyższego i nie przedłożył stosownych dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu, dołączając jedynie uproszczony kosztorys. Ww. wykonawca przy piśmie z dnia 21.05.2020 r. przedłożył ogólne wyjaśnienia, nie dołączył, do złożonych w terminie wyjaśnień, dowodów wymaganych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Treść wezwania, jakie wystosował zamawiający, opierała się na przytoczeniu jako podstawy prawnej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca miał zatem obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość. Podkreślić należy, iż z treści lakonicznych wyjaśnień wykonawcy QQQ nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

W związku z powyższym, w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 07.09.2020 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, dlaczego i na jakiej podstawie zamawiający uznał wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami za wystarczające, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że oferta QQQ nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający został poproszony o wyjaśnienie, na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż ww. wykonawca wykazał, że zaofferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w piśmie z dnia 16.09.2020 r. udzielił wyjaśnień, wskazując, iż *”(...) uznał dokumenty przedłożone przez Wykonawcę za wystarczające, odpowiednio dokumentujące zakres i koszt wykonania przedmiotu umowy, a co za tym idzie potwierdzające, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający uwzględnił znane mu okoliczności, w tym inne umowy, które zawiera poza reżimem zamówień publicznych i poziom oferowanych cen za zbliżone zakresy. Zamawiający uwzględnił też ceny oferowane na*

*lokalnym rynku. Wyjaśnienia wykonawcy były spójne, logiczne, zgodne z zakresem rzeczowym i wymaganiami przedmiotu zamówienia”.*

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże ewentualna decyzja w tej kwestii, musi zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto, zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Jednocześnie, zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu 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 lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oceniając wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. Dokonana przez zamawiającego zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ocena 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 zaoficerowanej ceny.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż treść wezwania z dnia 20.05.2020 r., jakie wystosował zamawiający do ww. wykonawcy, opierała się na art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż wykonawca miał obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące wyliczenia ceny w terminie wskazanym w ww. piśmie. Przedstawione przez wykonawcę QQQ wyjaśnienia zawierały ogólne informacje dotyczące doświadczenia, zakresu merytorycznego robót oraz podstaw przygotowania oferty (bez wskazania jednak informacji szczegółowych), jak też nie wskazywały, w jaki sposób ww. okoliczności wpłynęły na cenę oferowaną w ramach przedmiotowego postępowania. Dodatkowo ww. wykonawca nie załączył dowodów potwierdzających ww. informacje, jak również z treści przedłożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.06.2014 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 zaoficerowana 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 zaoficerowania 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 przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami.”

W niniejszej sprawie ww. wykonawca przedstawił wyjaśnienia na tyle ogólne, że nie mogą być uznane za wystarczające w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp jest uzyskanie przez zamawiającego informacji o cenotwórczych składnikach oferty. Rolą wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien zatem „wytłumaczyć” poszczególne składniki ceny i czynniki/okoliczności faktyczne pozwalające na zaoferowanie tak nisko wycenionych składników ceny. W przypadku złożenia w tym zakresie ogólnych wyjaśnień, które w żadnej mierze nie potwierdzają realności ceny oferty, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, nie zaś wzywać go o przedstawienie wyjaśnień i dowodów ponownie.

Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wystosowane przez zamawiającego w dniu 20.05.2020 r. wezwanie o złożenie wyjaśnień w trybie powyższego przepisu, należy uznać, że wykonawca QQQ nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalających zamawiającemu na dokonanie rzetelnej oceny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, należy stwierdzić, że zamawiający naruszył treść art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

#### **Zalecenie:**

W związku z tym, że oferta złożona przez wykonawcę QQQ została wybrana jako najkorzystniejsza w kontrolowanym postępowaniu w zakresie zadania 1 zamówienia, Prezes Urzędu zaleca zamawiającemu dokonać unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę QQQ na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz dokonać ponownej oceny ofert.

**3)** Z analizy dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego do kontroli uprzedniej wynika, iż w przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 15.05.2020 r. w zakresie zadania 3 złożył ofertę m.in. XXX Sp. z o.o. Sp. k. - z ceną 701.100,00 zł.

Pismem z dnia 20.05.2020 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1. ustawy Pzp wezwał wykonawcę XXX Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 25.05.2020 r., dotyczących zaoferowanej ceny oferty, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Zamawiający poinformował, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Tym samym oznajmił, iż odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzieli wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe, w dniu 21.05.2020 r. wykonawca XXX Sp. z o.o. Sp. k. wskazał, iż *„nie za bardzo rozumiemy Państwa wezwania, ponieważ zgodnie z pismem Zamawiającego – Sprostowanie Informacja z otwarcia ofert z dnia 15.05.2020 - kwota brutto przewidziana na Zad. 3 wynosi 659.280 zł, a nasza oferta wynosi 701.100 zł i lekko przekracza Budżet wg sprostowania Zamawiającego. Jak zatem mamy udowodnić rażąco niską cenę w stosunku do Założeń Zamawiającego”*.

Zamawiający w toku procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie poprzestał na jednokrotnym wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie art. 90 ust. 1 pkt 1 – 5).

W piśmie z dnia 25.05.2020 r. zamawiający podtrzymał treść wezwania do złożenia wyjaśnień wyliczenia ceny oferty w i ponowił prośbę o przesłanie dokumentów zgodnie z wezwaniem.

Wykonawca XXX Sp. z o.o. Sp. k. w piśmie z dnia 26.05.2020 r. udzielił wyjaśnień wskazując iż *“(…) Inwestor określił Budżet Brutto na kwotę 659.280 zł nasza oferta 701.100 zł o 4% przekracza Budżet Zamawiającego i nie jest niższa niż 30% kwoty Budżetu -Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert Brutto w stosunku do najniższej oferty brutto wyliczona na 78% nie jest niższa niż 30%. Jednocześnie pragnąc uspokoić Zamawiającego, iż nie zachodzą przesłanki o rażąco niskiej cenie, informujemy iż Nasza firma wykonuje usługi ciepłownicze od 1991 r. zatrudniamy średnio 50*

*pracowników przeszkolonych w każdej technologii preizolowanej a zwłaszcza w zaproponowanej w ofercie, posiadamy własną dużą bazę sprzętową całkowicie zamortyzowaną, opartą na kilku koparkach, samochodach ciężarowych, samochodach dostawczych i specjalistycznych narzędziach, co daje nam znaczną przewagę w stosunku do firm, które opierają się wyłącznie na podwykonawstwie. Przedmiotowe Zadanie będziemy wykonywali w 100% wykonawstwem własnym, zgodnie z przepisami o ochronie środowiska, bez wsparcia z pomocy publicznej, a nasi pracownicy zatrudnieni są na dobrych warunkach umów o pracę z wynagrodzeniem powyżej średniej krajowej. Cena naszej oferty została skalkulowana o stawki stosowane w naszym przedsiębiorstwie, a bardzo dobry bilans księgowy firmy za 2019 r. potwierdza, iż stawki naszych robót nie są rażąco niskie. Jako firma przy naszym zysku i obrocie rocznym możemy sobie pozwolić na konkurencyjne oferty, które są oparte na naszym wieloletnim doświadczeniu, utrzymywanym średnim zatrudnieniu i prawidłowym organizowaniu robót w terenie”.*

Pismem z dnia 27.05.2020 r. zamawiający po raz kolejny wezwał wykonawcę XXX Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień dotyczących art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, tj. rażąco niskiej ceny, z uwagi na potraktowanie wyjaśnień udzielonych w piśmie z dnia 25.05.2020 r. za „częstkowe”. W związku z powyższym, zamawiający wezwał do uszczegółowienia wyjaśnień i „przedstawienia wyliczenia ceny poszczególnych zakresów robót objętych przedmiotowym zamówieniem, takich jak np. geodezja, roboty ziemne, demontaż asfaltów, montaż rurociągów, odtworzenie asfaltów, materiały, inne niezbędne do wykonania zamówienia” w terminie do dnia 01.06.2020 r.

W dniu 29.05.2020 r. wykonawca XXX Sp. z o.o. Sp. k. uzupełniło poprzednią odpowiedź, informując iż „(...) zgodnie z czynnościami w trakcie Pandemii i przeciwdziałaniem COVID-19 staramy się utrzymać zatrudnienie na niezmiennym poziomie nawet kosztem rentowności firmy, co ma odzwierciedlenie w niskim poziomie stawek kalkulacyjnych. Umożliwienie prowadzenia robót nawet na minimalnym poziomie rentowności wpływa również pozytywnie na poziom psychiczny naszych pracowników jak i ich rodzin. W załączniku wysyłam kosztorys ofertowy zawierający ceny poszczególnych zakresów robót takie jak: roboty rozbiórkowe, roboty odtworzeniowe, roboty ziemne, roboty montażowe, itp. Proszę o informację czy nasze wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny są wystarczające”. Do ww. pisma wykonawca dołączył kosztorys ofertowy.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawiera przykładowe czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, przy czym katalog tych czynników ma charakter otwarty. Jednocześnie czynniki te mogą (jak np. koszty pracy) stanowić istotną część składową ceny, budzącą wątpliwości zamawiającego ze względu na swoją

szczególne niską wartość. Jako czynniki mające wpływ na obniżenie ceny lub kosztu oferty, znowelizowany art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje w szczególności na:

- 1) oszczędność metody wykonania zamówienia i wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty 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. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomoc publiczną udzieloną na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) okoliczności wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) okoliczności wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) okoliczność powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przykładowy charakter wyliczenia oznacza, że zamawiający uprawniony jest również do żądania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, które wykraczają poza czynniki mające wpływ na cenę oferty wymienione literalnie w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co po stronie wykonawcy skutkuje zawsze obowiązkiem złożenia dodatkowych informacji, pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. W przekazanym wykonawcy wezwaniu z kolei zamawiający powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień czy też określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. Na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. W wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „(...) nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia

wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Stanowisko to potwierdził też Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający usiłował umożliwić odwołującemu rzetelne udowodnienie, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób właściwy, pomimo, iż Krajowa Izba Odwoławcza stosuje pogląd, iż „prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy” (sygn. akt: KIO 525/14). Ponadto „Zamawiający nie musi wielokrotnie wzywać do wyjaśnień (wykonawcy), który od początku składa wyjaśnienia ogólnikowe, wymijające i nieprzekonujące, ale powinien wysłuchać wykonawcy, który składa wyjaśnienia sumiennie – dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy zamawiający nie zadaje konkretnych pytań” (sygn. akt: KIO 785/14).

Zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów złożonych na pierwsze wezwanie. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, ciężaru dowodu.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, co niesporne, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i co do zasady, wyjaśnienia w tej kwestii powinny być w całości udzielone w ramach jednej czynności.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż treść wezwania z dnia 20.05.2020 r. oraz ponownego wezwania z dnia 25.05.2020 r., jakie wystosował zamawiający do ww. wykonawcy, opierały się na treści art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż wykonawca miał obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody dotyczące wyliczenia ceny w terminie wskazanym w ww. piśmie. Przedstawione przez wykonawcę XXX Sp. z o.o. Sp. k. w piśmie



z dnia 26.05.2020 r. wyjaśnienia zawierały ogólne informacje dotyczące doświadczenia, zaplecza kadrowego, kosztów ponoszonych przy realizacji analogicznych co do wielkości oraz zakresu merytorycznego robót oraz podstaw przygotowania oferty (bez wskazania jednak informacji szczegółowych), jak też nie wskazywały, w jaki sposób ww. okoliczności wpłynęły na cenę oferowaną w ramach przedmiotowego postępowania. Dodatkowo ww. wykonawca na wezwanie zamawiającego nie załączył dowodów potwierdzających ww. informacje, jak również z treści przedłożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

Pismem z dnia 27.05.2020 r. zamawiający wezwał po raz trzeci na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień, z uwagi na potraktowanie wyjaśnień udzielonych w piśmie z dnia 25.05.2020 r. za „częstkowe”.

W dniu 29.05.2020 r. XXX Sp. z o.o. Sp. k. uzupełniło wyjaśnienia, tłumacząc iż „(...) czynnościami w trakcie Pandemii i przeciwdziałaniem COVID-19 staramy się utrzymać zatrudnienie na niezmiennym poziomie nawet kosztem rentowności firmy, co ma odzwierciedlenie w niskim poziomie stawek kalkulacyjnych (...)” oraz dołączając kosztorys ofertowy.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy, a w konsekwencji dokonał wyboru oferty wykonawcy XXX Sp. z o.o. Sp. k. jako najkorzystniejszej w zadaniu 3 zamówienia.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, że zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy naruszył treść art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

#### **Zalecenie:**

W związku z tym, że oferta złożona przez wykonawcę XXX Sp. z o.o. Sp. k. została wybrana jako oferta najkorzystniejsza w kontrolowanym postępowaniu w zakresie zadania 3, Prezes Urzędu zaleca zamawiającemu dokonać unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę XXX Sp. z o.o. Sp. k. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz dokonać ponownej oceny ofert.

**4)** Zamawiający w rozdziale XI pkt 7.4. siwz wskazał, iż „w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 1 Ustawy PZP przed udzieleniem Zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Ustawy PZP oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w

*zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy PZP, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”.*

Na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, zamawiający żądał przedłożenia m.in. dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako „rozporządzenie”, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 19.05.2020 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zadania 1, wezwał wykonawcę QQQ do złożenia w terminie do dnia 29.05.2020 r. dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym dokumentów o których mowa w § 5 pkt 1 rozporządzenia.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, ww. wykonawca w załączeniu do pisma z dnia 29.05.2020 r. przekazał dokument określony w § 5 pkt 1 rozporządzenia, tj. informację z Krajowego Rejestru Karnego w formie pliku wizualizacji w formacie PDF, składając go jako kopię potwierdzoną za zgodną z oryginałem własnym e-podpisem kwalifikowanym. W dokumentacji postępowania brak jest natomiast właściwego zaświadczenia w formacie XML oraz pliku podpisu zewnętrznego.

W związku z powyższym, w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 07.09.2020 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą udzielenie wyjaśnień, czy zamawiający wzywał ww. wykonawcę do uzupełnienia dokumentów wskazanych w § 5 pkt 1 rozporządzenia potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, złożonych we właściwej formie. W przypadku odpowiedzi twierdzącej zamawiający został poproszony o uzupełnienie powyższych dokumentów.

W piśmie z dnia 16.09.2020 r. zamawiający udzielił wyjaśnień wskazując, iż „Wykonawca QQQ przedstawił dokument - informację z Krajowego Rejestru Karnego w formie elektronicznej kopii dokumentu. Zgodnie z § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26.07.2016 r. dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu*

*lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. § 14 ust.4 ww. rozporządzenia stanowi, iż poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, o której mowa w ust. 2, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Zgodnie natomiast z § 2 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych z dnia 14 września 2011 r. kopia dokumentu elektronicznego jest to każde, niezależnie od sposobu utrwalenia, powielenie całości treści dokumentu elektronicznego niezapewniające integralności (niezmienności) z pierwowzorem”.*

W Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2015 r. (sygn. akt: KIO 1801/15), „Izba zauważa, że z uwagi na brak własnoręcznego podpisu, wydruk komputerowy co do zasady nie ma rangi dokumentu – ani dokumentu urzędowego, ani dokumentu prywatnego. Nadanie wydrukowi komputerowemu rangi dokumentu możliwe jest wyłącznie na podstawie jednoznacznego przepisu ustawy. Dotyczy to także informacji z Krajowego Rejestru Karnego na temat karalności osoby. Wydruk komputerowy zawierający informację na temat karalności danej osoby mógłby zostać uznany za dokument jedynie w przypadku, gdyby przepis ustawy nadawał temu wydrukowi rangę dokumentu lub też zrównywałby jego moc z mocą dokumentów.

Żaden z przepisów ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym nie nadaje wydrukowi komputerowemu takiej mocy. Powyższej konstatacji nie zmienia fakt, że zgodnie z art. 23 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, informacja o osobie, sporządzona na podstawie danych zgromadzonych w rejestrze, bez względu na sposób jej udzielenia, stanowi zaświadczenie w rozumieniu przepisów działu VII Kodeksu postępowania administracyjnego. W przypadku informacji wydawanej w formie pliku elektronicznego, dokumentem jest ten właśnie plik, który ma formę elektroniczną, a nie wydruk zawartości tego pliku. Stąd też skuteczne posługiwanie się taką informacją wymaga przede wszystkim przedłożenia pliku elektronicznego zapisanego na nośniku danych. Sam wydruk może w takim przypadku pełnić funkcję pomocniczą, ale wydruk nie może zastąpić dokumentu, którym jest plik elektroniczny. Należy podkreślić, że zrównanie mocy wydruków komputerowych z dokumentami urzędowymi zostało zastosowane w ustawie o Krajowym Rejestrze Sądowym w odniesieniu do informacji odpowiadających odpisowi z tego Rejestru. Na mocy art. 4 ust. 4a ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w rejestrze. Ustawa o Krajowym Rejestrze Karnym nie zawiera analogicznego przepisu, stąd też brak jest podstaw do uznania, że sam wydruk informacji o osobie jest dokumentem.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy QQQ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, z których wynikałoby, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Tym samym, zamawiający naruszył treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokonał wyboru oferty wykonawcy w zakresie zadania 1, który nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia.

Z uwagi na wykazane powyżej naruszenie nr 2, niecelowe jest zalecenie usunięcia naruszenia.

**5)** Zamawiający w punkcie IV.6. części I siwz poinformował, iż: *„(...) na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, osób wykonujących bezpośrednio czynności przy realizacji robót w zakresie:*

*6.1. Montażu sieci ciepłowniczej i jej elementów – osoby muszą posiadać aktualne dokumenty potwierdzające przeszkolenie przez oferowanego dostawcę materiałów preizolowanych.*

*6.2. Wykonywania połączeń spawanych sieci ciepłowniczej i jej elementów.*

*6.3. Montażu kompletnych złączy mufowych na sieci preizolowanej – osoby muszą posiadać aktualne dokumenty potwierdzające przeszkolenie przez oferowanego dostawcę złączy.*

*6.4. Montażu instalacji i urządzeń sanitarnych.*

*Wymóg ten nie dotyczy m.in. osób kierujących robotami budowlanymi.*

*Zamawiający zastrzega sobie prawo do spowodowania kontroli zatrudnienia przez Państwową Inspekcję Pracy na każdym etapie realizacji przedmiotu zamówienia celem sprawdzenia spełnienia ww. warunku.*

*Zamawiający przewiduje kary umowne, zgodnie z postanowieniami zawartymi w projekcie umowy - II części siwz za niedopełnienie wymogu zatrudnienia na podst. umowy o pracę osób wykonujących czynności określonych powyżej – w wysokości kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (obowiązujących na dzień zawarcia niniejszej umowy), za każdą osobę w stosunku do której stwierdzono niedopełnienie obowiązku zatrudnienia na podst. umowy o pracę”.*

*Jednocześnie zamawiający w § 17 (Kary i odszkodowania) punkcie 1g części II siwz zapisał, cyt.: „z tytułu naruszenia wymagań dotyczących zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane przez zamawiającego w rozdziale IV pkt. 6 części I siwz, w wysokości 5.000 zł za każdą osobę niezatrudnioną na podstawie umowy o pracę. Za naruszenie tych wymagań traktowane będzie także nieprzedłożenie w terminie wskazanym przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w § 11 ust. 37 umowy”.*

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, iż brak ujednoczenia siwz w zakresie zapisów dotyczących sankcji z tytułu niespełnienia wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, stanowił naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.