

UZP/DKUE/KD/60/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Obrazów Obrazów 84 27-641 Obrazów
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	budowa budynku świetlicowo-garażowego w miejscowości Dębiany – Etap II
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	353.605,89 zł (co stanowi równowartość 83.695,68 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających – 116.698,63 zł (co stanowi równowartość 27.621,63 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Przedmiotem zamówienia była budowa budynku świetlicowo-garażowego w miejscowości Dębiany – Etap II. Zakres prac obejmował wykonanie:

- izolacji termicznej;
- posadzki;
- tynków;
- malowania;
- stolarki i ślusarki budowlanej;
- stolarki drzwiowej;
- parapetów;
- bramy garażowej;
- wyłazów na poddasze nieużytkowe.

Przedmiot zamówienia obejmował również:

- wykonanie instalacji wewnętrznej wodno-kanalizacyjnej, gazowej, C.O., elektrycznej;
- budowę przydomowej oczyszczalni ścieków SBR wraz z przyłączem;
- wykonanie opaski wokół budynku, ciągu komunikacyjnego, miejsc parkingowych, muru oporowego;
- zakup wyposażenia świetlicy.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został opisany w dokumentacji projektowej, szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz przedmiarze robót, stanowiących załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 13 lutego 2015 r.

Do dokumentacji kontrolowanego postępowania została załączona opinia kancelarii prawnej, w celu wyjaśnienia możliwości zastosowania jedyne kryterium oceny ofert (cena – 100%), w czterech postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Gminę Obrazów, m.in. dla kontrolowanego postępowania, z której wynika, że *„dokumentacje będące przedmiotem wydania opinii posiadają typowe nieskomplikowane rozwiązania przy robotach budowlanych związanych z wykonaniem budynków mało kubaturowych (...) i istnieje możliwość stosowania jednego kryterium oceny ofert, jakim jest cena, gdyż zamawiający uwzględnił w dokumentacjach projektowych koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia, wskazał parametry wszystkich materiałów i urządzeń, a standardy wykonania robót są typowe (standardowe) dla tego typu robót i zostały podane w specyfikacjach technicznych.*

Odnosząc się zatem do przedmiotu opinii w świetle przytoczonej interpretacji stwierdzam, że zastosowanie ceny jako jedyne kryterium przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane objęte przedmiotem opinii jest dopuszczalne.

Reasumując przypominam, że ustawa nie jest bezdusznym aktem prawnym, który przeszkadza w wydatkowaniu środków publicznych tylko niewłaściwa jej interpretacja powoduje, że wydatkowane środki publiczne w obawie przed jej naruszeniem powodują naruszenie art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Norma ta nakazuje osiągać zamierzony cel proporcjonalnie do ponoszonych nakładów. Właściwe interpretowanie ustawy pozwala te cele osiągnąć, a niewłaściwe prowadzi do marnotrawienia środków publicznych”.

Ponadto, zamawiający w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu do udzielenia wyjaśnień dotyczących zastosowania jedyne kryterium ceny, w piśmie z dnia 18 lipca 2016 r. wyjaśnił, że „zamawiający zastosował jako kryterium oceny ofert jedynie cenę – waga 100 % ze względu na zakres prac do wykonania, który posiadał typowe nieskomplikowane rozwiązania przy robotach budowlanych związanych z wykonaniem budynków mało kubaturowych. Roboty zostały uznane za powszechnie dostępne oraz o ustalonych standardach, gdyż nie zawierały rozwiązań o charakterze specjalistycznym oraz zostały wskazane parametry wszystkich materiałów i urządzeń, a standardy wykonania robót były typowe (standardowe) dla tego typu robót i zostały podane w specyfikacjach technicznych. Jednocześnie zamawiający w dokumentacji projektowej uwzględnił koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający do pisma załączył ponownie ww. opinię prawną oraz załącznik do protokołu sporządzony w dniu 18 lipca 2016 r. z którego wynika, iż „zamawiający uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia poprzez precyzyjne wskazanie wszystkich parametrów materiałów i urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia. Szczegółowy zakres robót znajdujący się w opisie przedmiotu zamówienia wskazujący dokumentację projektową, szczegółową specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz przedmiar robót jako dokumenty przedstawiające całkowity zakres robót w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazywały parametry zastosowanych materiałów i urządzeń, dzięki czemu możliwe było uwzględnienie kosztów ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.”

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na treść art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień 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 budowlanej polegające m.in. na wykonaniu instalacji wewnętrznej wodno-kanalizacyjnej, gazowej, C.O., elektrycznej, jak również budowę przydomowej oczyszczalni ścieków SBR wraz z przyłączem 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 oczyszczalni, jak również wykonania instalacji wodno-kanalizacyjnej, gazowej, C.O., elektrycznej. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących konkretnie wskazanymi robotami budowlanymi. 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 3 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z czego każda z nich o wartości powyżej 250.000,00 zł. Wykonanie ww. robót wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia. 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. 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 prostymi, powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach, lecz robotami budowlanymi dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy konkretnych umiejętności i posiadania odpowiedniego doświadczenia. Ponadto w świetle art. 91 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający udzielając zamówienia publicznego jako jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych nie wykazał w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia

zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

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

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Usługi Remontowo Budowlane XXXXX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w uzasadnieniu wskazując, iż *„oferta złożona przez wykonawcę nie spełnia wymogów siwz, tj. wyceniony zakres prac nie obejmuje robót w zakresie instalacji elektrycznych przydomowej oczyszczalni ścieków”*.

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

- rozdział XII siwz:

- *„cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania (...)”;*
- *„cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego”,*

- § 7 pkt 1 projektu umowy – *„za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 umowy, strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe w łącznej kwocie (...)”;*

- § 7 pkt 2 projektu umowy – *„cena określona w ust. 1 zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia i nie może ulec zmianie”*.

Zamawiający w rozdziale VI pkt A.5 siwz wymagał przedłożenia *„kosztorysu ofertowego – wypełnionego i podpisanego przez wykonawcę, sporządzonego na podstawie przedmiaru robót”*.

Ponadto, zamawiający w rozdziale III siwz zapisał, że *„szczegółowy zakres robót określony jest w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do siwz, szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót stanowiącej załącznik do siwz oraz przedmiarze robót, stanowiącym załącznik do siwz”*.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż przedmiar w każdym przypadku stanowi element porządkujący, którego cel sprowadza się zasadniczo do ułatwienia wykonawcy skalkulowania ceny ofertowej, w konsekwencji czego ma bezpośredni wpływ na opis

sposobu obliczania ceny. Należy mieć więc na uwadze fakt, iż przedmiar robót opisujący przedmiot zamówienia poprzez wskazanie m.in. właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostkowych robót podstawowych oraz szczegółowym opisem robót, załączony przez zamawiającego do siwz przy wynagrodzeniu ryczałtowym, nie narzuca wykonawcy wysokości nakładów, ale może stanowić podstawę do sporządzenia przez wykonawcę kosztorysowej kalkulacji ofertowej. Zamawiający przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady nie powinien nakładać na wykonawców obowiązku przedłożenia szczegółowej kalkulacji kosztorysowej na udokumentowanie oferowanej ceny, a żądać jedynie ceny całkowitej za realizację przedmiotu umowy, zgodnego z rysunkami, specyfikacjami technicznymi i warunkami umowy, a ewentualnie kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną. Jeżeli jednak zamawiający zażądał przedłożenia przez wykonawcę przedmiaru/kosztorysu ofertowego, to dokument ten - na podstawie wyraźnych zapisów siwz może mieć walor dokumentu służącego ocenie poprawności obliczenia ceny, jak i walor dokumentu weryfikującego zgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Należy jednak wskazać, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady przymus wypełniania przez wykonawcę dostarczonego przez zamawiającego przedmiaru cenami jednostkowymi robót nie znajduje uzasadnienia, bowiem wykonawca składając ofertę deklaruje, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z przekazaną dokumentacją, natomiast przedmiar przekazywany wykonawcy może zawierać błędy co do rodzaju i ilości robót wynikających z całości dokumentacji projektowej służącej opisowi przedmiotu zamówienia, które przy sztywnym określeniu ceny ryczałtu poprzez odesłanie do przedmiaru prowadzą do nieuprawnionego ograniczenia w kalkulowaniu ceny ryczałtowej przez wykonawcę, a w konsekwencji do pozbawienia możliwości żądania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji projektowej, ale nie ujęte w przekazanym wykonawcy przez zamawiającego przedmiarze. Stąd, niezbędne w opisie sposobu obliczenia ceny, jest takie wskazanie, które umożliwi określenie wynagrodzenia nie w oparciu o przedmiar, ale w oparciu o projekty (budowlany, wykonawczy), bądź w oparciu o specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i warunki umowy.

W związku z powyższym, brak dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego przez wykonawcę przy założeniu, że zamawiający przewidział w siwz rozliczenie ryczałtowe za wykonanie zamówienia, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wykonawca przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia wszystkie pozycje, które faktycznie zostały ujęte w przedmiarze robót, projekcie technicznym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Ponadto należy wskazać na orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r.

(sygn. akt I ACa 1147/00), w którym wskazano, że jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do oferty kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego.

W związku z powyższym należy uznać, iż zamawiający niezasadnie odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ofertę wykonawcy Usługi Remontowo Budowlane XXXXX, z powodu braku wyceny pozycji przedmiaru robót dotyczącej instalacji elektrycznej przydomowej oczyszczalni ścieków.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Art. 85 ustawy Pzp precyzuje zasady, jakimi winien kierować się zamawiający, określający termin związania ofertą. Art. 85 ust. 1 stwierdza, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w siwz, jednak nie dłużej niż: 1) 30 dni – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; 2) 90 dni - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro dla robót budowlanych, a dla dostaw i usług 10 000 000 euro; 3) 60 dni - jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2. Tym samym, zgodnie z przytoczonym przepisem zamawiający ma prawo do swobodnego określenia długości terminu związania ofertą, przy założeniu, że nie zostanie naruszona dyspozycja art. 85 ust. 1, co w przypadku przedmiotowego zamówienia oznacza nie więcej niż 30 dni. Sposoby obliczania terminu związania ofertą określa art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Zamawiający wskazał w rozdziale IX pkt 1 siwz, iż *„bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”*. Zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 2 marca 2015 r. W rozdziale IX pkt 2 siwz zamawiający zapisał, że *„wykonawca pozostaje związany ofertą przez okres 30 dni od upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 2 kwietnia 2015 r.”*

Tym samym, mając na uwadze wskazaną przez zamawiającego datę należy uznać, że okres związania ofertą liczył 32 dni, a nie maksymalnie 30 jak precyzuje art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wyżej opisany sposób określania przez zamawiającego terminu związania ofertą stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 9 w związku z art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało 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.