

UZP/DKUE/KD/11/2015

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Mszana Dolna ul. Spadochroniarzy 6 34-730 Mszana Dolna
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	budowa ogólnodostępnych miejsc postojowych w centrum wsi Olszówka poprzez remont drogi gminnej wraz z budową zatok parkingowych, przebudową drogi wewnętrznej, rozbudową placu postojowego, budową kanalizacji opadowej
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	693.402,31 zł (tj. 164.122,77 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. W wyniku kontroli stwierdzono, iż pismami z dnia 17 lutego 2015 r. zamawiający poinformował 15 wykonawców o wykluczeniu ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w tym wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD xxxxxx, który zaoferował najkorzystniejszą ofertę, pod względem ceny – 464.648,91 zł i okresu gwarancji – 60 miesięcy. Jako uzasadnienie wykluczenia zamawiający wskazał, iż „w związku z pozyskaniem informacji, iż nasza inwestycja wchodzi w kolizję z planowaną przez Starostwo powiatowe w Limanowej budową drogi pn. „Przebudowa połączeń Rabka Zdrój – Rabka Niżna – Olszówka – Poręba Wilka – Poręba Górna – droga wojewódzka nr 968” (w tym momencie w fazie przygotowywania dokumentacji projektowej) oraz w związku z powyższym zasadności realizacji w ograniczonym zakresie naszego zamówienia oraz konieczności odstąpienia od dofinansowania planowanej inwestycji z PROW, ze względu na brak osiągnięcia celu – na etapie prowadzonych rozmów tak z projektantami jak i przedstawicielami starostwa powiatowego, skłanialiśmy się w 99% do unieważnienia procedury przetargowej. W związku z powyższym, nie zwrócono się do wykonawców w ustawowym terminie o przedłużenie okresu związania ofertą jak i przedłużenia wadium na czas kolejny zabezpieczenia oferty. Wykonawca WPPUH „JANDA” yyyyyyyyyy – jako jedyny wykonawca w dniu 3 lutego 2015 r. samodzielnie przedłużyła termin związania ofertą oraz wadium do dnia 5 marca 2015 r.

Termin składania ofert wyznaczony został na 5 stycznia 2015 r. okres związania z ofertami upływał 3 lutego 2015 r. Wykonawcy na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp mogli samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą oraz przedłużyć wadium. Żaden z pozostałych wykonawców składających oferty do tego postępowania nie wyraził takiej woli i nie przedłożył pisma o przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca, który zaproponował najniższą cenę w ofercie miał pełną wiedzę o przebiegu niniejszego postępowania oraz powodu zamawiającego co do przedłużenia podjęcia ostatecznej decyzji w sprawie rozstrzygnięcia tego postępowania. Pomimo dwukrotnych ponagleń zamawiającego na podstawie przeprowadzonych rozmów telefonicznych w dniu 3 lutego 2015 r. oraz 4 lutego 2015 r., wykonawca nie dokonał przedłużenia terminu związania ofertą. Co prawda w dniu 5 lutego 2015 r. na adres e-mailowy zampub@mszana.pl wpłynęło potwierdzenie dokonania transakcji wpłaty wadium przez PBU ZIBUD xxxxxxxxx. Oferta wykonawcy zabezpieczona była wadium w formie ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nr 908201119934-KR/GP/76/21/2014. Ważność gwarancji upłynęła w dniu 4 lutego 2015 r. Wykonawca nie wniósł skutecznie w wymaganym terminie wadium, nie dokonał przedłużenia terminu związania ofertą”.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD xxxxxxxxxx, wraz z ofertą złożył ubezpieczeniową gwarancję przetargową, wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA” S.A., która była ważna od dnia 5 stycznia 2015 r. do 4 lutego 2015 r. Termin związania ofertą upływał w dniu 3 lutego 2015 r.

Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, zamawiający zaniechał wezwania wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie ważności wadium.

Pracownik Zamawiającego – Inspektor ds. zamówień publicznych sporządził notatkę służbową z rozmowy telefonicznej z pracownikiem firmy Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD xxxxxxxxxx, z której wynika, iż „w dniu 3 lutego 2015 r. pracownik firmy *Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD xxxxxxxxxx – zzzzzzzz zadał mi pytanie co z ogłoszonym przez nas przetargiem, gdyż dzisiaj kończy się ważność oferty. Wyjaśniłam Panu zzzzzzzz zawilości związane z podjęciem decyzji zamawiającego – czy będziemy musieli unieważnić nasze postępowanie ze względu na planowaną inwestycję przez Starostwo Powiatowe w Limanowej, dotyczącej budowy drogi powiatowej na potrzeby wód termalnych, czy też będziemy go realizować i w jakim zakresie. I czy wtedy osiągniemy cele i założenia zgodnie ze złożonym wnioskiem o uzyskanie dotacji z PROW (część planowanej drogi przez starostwo ma objąć naszą o drogę zmieniając jej status). Wyjaśniłam, iż rozmowy toczą się pomiędzy naszymi władzami a projektantami, którzy opracowują dokumentację na zlecenie starostwa oraz z Kierownictwem Starostwa Powiatowego w Limanowej. Od przebiegu tych rozmów uzależniamy decyzje jakie zapadną w sprawie tego zamówienia. Ponieważ upłynął okres na wystosowanie pisma do wykonawców o przedłużenie okresu związania ofertą jak i przedłużenia wadium wyjaśniłam, iż decyzję musi podjąć właściciel firmy. Ponieważ do 4 lutego 2015 r. nie wpłynęło pismo z ZIBUDU a gwarancja ubezpieczeniowa zabezpieczająca ofertę była ważna do 4 lutego 2015 r., zadzwoniłam w dniu 4 lutego do wykonawcy i w przeprowadzonej rozmowie z Panem zzzzzzz uczuliłam go, żeby poinformował właściciela w sytuacji i skłonił do podjęcia przez niego decyzji w tej sprawie. Wykonawca nie wystosował do zamawiającego żadnego pisma, natomiast przesłał w dniu 5 lutego 2015 r. pocztą elektroniczną potwierdzenie dokonania transakcji wpłaty wadium”.*

W dniu 17 lutego 2015 r. ww. wykonawca został wykluczony w postępowania. Pismem z dnia 20 lutego 2015 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD xxxxxxxxxx poinformował zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp o zaniechaniu czynności wezwania wszystkich uczestników postępowania przetargowego zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp do wydłużenia terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Z przepisu tego wynika, że przedłużenie ww. terminu jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Jednocześnie należy zauważyć, iż art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Cytowany przepis określa przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, do których zalicza się brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą, która stanowiła podstawę wykluczenia wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Odniesienie w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp do wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą oznacza zatem, że wykluczenie z postępowania jest następstwem wyłącznie takiej sytuacji, gdy to zamawiający zwrócił się o zgodę na przedłużenie, a wykonawca odmówił wyrażenia zgody. Przepis nie przewiduje natomiast wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy ten w pierwotnym terminie związania ofertą nie przedłożył go z własnej inicjatywy. Należy przy tym podkreślić, iż przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania nie można interpretować rozszerzająco - należy zatem, przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, interpretować je ściśle.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W jednym z wyroków KIO orzekła jednoznacznie, że „upływ okresu związania ofertą nie jest podstawą do odrzucenia oferty, ani wykluczenia wykonawcy – za wyjątkiem wskazanym w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który dotyczy tylko sytuacji nie wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania oferta, w oparciu o wniosek Zamawiającego” (wyrok z dnia 10 stycznia 2013, KIO 2856/12). Z kolei w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r. o sygn. akt KIO 1469/10 Izba wyraziła pogląd, iż „w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powyższego wynika, iż zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy zamawiający wystąpił do niego o przedłużenie terminu związania ofertą. Izba podkreśla, co zostało już wcześniej wskazane, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności i zaniechania zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...)”.

Przedstawione wyżej rozumienie przedmiotowej przesłanki wykluczenia wykonawcy podzielane jest w orzecznictwie sądów powszechnych. W wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10, wskazanym i obszernie przywołanym również m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 459/12), stwierdzono: „Stosownie do treści art. 24 ustęp 2 punkt 2 Pzp z

postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody, nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ustęp 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Norma ta wskazuje więc na dwie możliwości. Pierwsza to kiedy wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą, druga kiedy to Zamawiający zwróci się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu. W korelacji właśnie z drugą z tych możliwości, posługując się zresztą dokładnie tym samym określeniem (odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu) pozostaje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ustęp 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o „wyrażenie zgody”, to wówczas w art. 24 ustęp 2 pkt 2 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody, a to określenia „nie zgodzili się” na przedłużenie okresu związania ofertą, ale określenia typu „nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą”, „nie przedłużyli okresu związania ofertą” i tym podobne. Ustawodawca natomiast użył wyraźnego określenia „nie zgodzili się” odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ustęp 2 Pzp”.

W przedmiotowej sprawie wykonawca nie był wzywany o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, nie odmówił także wyrażenia takiej zgody. Ponadto pierwotnie złożona przez ww. wykonawcę gwarancja wadium była ważna do 4 lutego 2015 r., natomiast nowe wadium zostało wpłacone w dniu 5 lutego 2015 r., zatem nie doszło do przerwania ciągłości zabezpieczenia oferty wadium. W konsekwencji należy stwierdzić, że zamawiający, wykluczając z udziału w postępowaniu wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD xxxxxxxxx (który zaoferował najniższą cenę – 464.084,80 zł, oraz okres gwarancji 60 miesięcy), który nie tylko nie odmówił przedłużenia terminu

związania ofertą, ale wyrażał zainteresowanie przebiegiem postępowania, kontaktował się w tej sprawie z zamawiającym do ostatniego dnia ważności wadium, a następnie dokonał wpłaty nowego wadium, nie dopuszczając do przerwy w ciągłości zabezpieczenia oferty – naruszył treść art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższego działania wykonawcy nie sposób uznać za brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co jest konieczne do uznania, że zachodzi podstawa wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

2. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, Pan vvvvvvvv – Wójt Gminy Mszana Dolna podlegał wyłączeniu z udziału w postępowaniu, co wynika z oświadczenia złożonego na druku ZP – 1.

W przedmiotowym postępowaniu p. vvvvvvvvvv wykonywał po złożeniu ww. oświadczenia następujące czynności, tj.:

- pismami z dnia 2 stycznia 2015 r. wezwał wykonawców do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- pismami z dnia 17 lutego 2015 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu pozostałych wykonawców.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1. Z treści oświadczenia złożonego przez Pana vvvvvvvv wynika, iż podlegał on wyłączeniu z niniejszego postępowania, pomimo braku wskazania w oświadczeniu okoliczności, które powodowały jego wyłączenie.

W związku z powyższym, dokonywanie przez Pana vvvvvvvv ww. czynności w niniejszym postępowaniu, pomimo wyłączenia się w dniu 5 stycznia 2015 r. z przedmiotowego postępowania, stanowiło naruszenie przepisu art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

3. Zamawiający jako kryterium oceny ofert wskazał – cenę 98% i przedłużenie okresu gwarancji – 2%.

W rozdziale XII siwz zamawiający zapisał, iż ocenie będzie podlegać gwarancja ponad wymagane minimum:

- oferta z najdłuższym okresem gwarancji (jednak nie krótszym niż 60 miesięcy i nie dłuższym niż 84 miesiące) – 2 punkty;
- oferta z najdłuższym okresem gwarancji (jednak nie krótszym niż 60 miesięcy i nie dłuższym niż 72 miesiące) – 2 punkty.

Mając na uwadze powyższe zapisy siwz, należy wskazać na treść art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, zgodnie z którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co

najmniej opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

W związku z powyższym, tak opisane kryterium oceny ofert w zakresie gwarancji, w żaden sposób nie różnicuje zaoferowanych wydłużonych okresów gwarancji, gdyż zarówno wykonawcy którzy zaoferowali najkrótszy możliwy termin gwarancji, jak i wykonawcy którzy zaoferowali maksymalnie wydłużony termin gwarancji, otrzymywali jednakową liczbę punktów (2 punkty). Tym samym, zamawiający nie różnicując sposobu punktowania, naruszył treść art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

4. W rozdziale II pkt 17 zamawiający zapisał, iż „wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia”. Jednocześnie w pkt 18 zamawiający zapisał, iż „wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń do projektu umowy lub sprzeciwu do umowy lub ich zmian:

- wysokość wynagrodzenia podwykonawcy, nie może być wyższa niż 50% kwoty, którą zamawiający, zgodnie z postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego, zobowiązany jest zapłacić za roboty budowlane stanowiące równocześnie przedmiot umowy o podwykonawstwo, z uwzględnieniem wartości wynagrodzeń innych podwykonawców”.

Mając na uwadze powyższe zapisy siwz dotyczące podwykonawstwa, w toku prowadzonej kontroli Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czemu miało służyć wprowadzenie zapisu w siwz, aby w postanowieniach umownych o podwykonawstwo, ograniczyć wysokość wynagrodzenia podwykonawcy do kwoty 50% kwoty wynagrodzenia.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający wyjaśnił, iż „poprzez wprowadzenie zapisu w pkt 18 limitującego wysokość wynagrodzenia podwykonawcy zamawiający próbował tym zapisem spowodować aby główny wykonawca uczestniczył w realizacji przedmiotowego zamówienia niezależnie od podwykonawców. Taki zapis był konsekwencją trudności określenia jakich kluczowych części zamówienia narzucić generalnemu wykonawcy z uwagi na charakter i specyfikę tego zamówienia. Jednym słowem tym zapisem zamawiający chciał wyegzekwować aby w części zamówienia bezpośrednio uczestniczył generalny wykonawca, który aby spełnić warunek udziału w niniejszym postępowaniu musiał wykazać się posiadaniem wiedzy i doświadczenia poprzez wykonanie minimum 2 robót budowlanych w technologii zbliżonej do przedmiotu niniejszego zamówienia”.

Zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Natomiast z treści art. 36a ust. 2 wynika, iż zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

1. kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;
2. prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Z powyższego przepisu wynika, że zamawiający na podstawie ww. przepisu może zakazać podwykonawstwa, ale tylko w zakresie tej części zamówienia, która jest kluczowa i tym samym wyłącza możliwość jej realizacji przez podwykonawcę. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wskazał, które roboty mają charakter kluczowy w zamówieniu, natomiast poprzez zapis o ograniczeniu wysokości wynagrodzenia podwykonawcy do 50%, w praktyce możliwość zlecenia prac podwykonawcy ograniczył. Zapis taki powodował bowiem, że niemożliwe stało się już powierzenie podwykonawcy np. 100% prac. Jednocześnie zapis ten nie precyzował, która część nie może zostać powierzona podwykonawcy. Pozostawienie przez zamawiającego wykonawcom swobody w zakresie części, której wykonawca nie powierzy podwykonawcy, świadczy o tym, że żadna część przedmiotowych robót nie była na tyle kluczowa, żeby zakazać podwykonawstwa. A zatem fakt, że zamawiający nie wskazał żadnej konkretnej części zamówienia, tj. żadnych konkretnych robót, które są kluczowe i nie mogą być wykonane przez podwykonawcę, świadczy o tym, że podwykonawca powinien być dopuszczony do realizacji każdej części zamówienia. Oznacza to, że zamawiający nie miał podstaw do ograniczenia podwykonawstwa.

Mając na uwadze zapis w pkt 18 siwz, gdzie wskazano wymóg, aby w postanowieniach umownych o podwykonawstwo, ograniczyć wysokość wynagrodzenia podwykonawcy do kwoty 50% kwoty wynagrodzenia – należy uznać, że zamawiający faktycznie ograniczył udział podwykonawców w realizacji zamówienia, przez co dopuścił się naruszenia art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

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.