

UZP/DKUE/KD/54/16

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

| | |
|------------------------------|---|
| Zamawiający: | Gmina Mogilany ul. Rynek 2 32-031 Mogilany |
| Rodzaj zamówienia: | roboty budowlane |
| Przedmiot zamówienia: | budowa chodnika wraz z budową kanalizacji opadowej w drodze gminnej K600627 w miejscowości Gaj - Etap I |
| Tryb postępowania: | przetarg nieograniczony |
| Wartość zamówienia: | 351.388,30 zł (83.170,81 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających: 117.129,44 zł (27.723,60 euro) |
| Środki UE: | PROW 2007-2013 |

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Przedmiotem zamówienia jest budowa chodnika wzdłuż drogi gminnej K600627 ulicy Parkowej w Gaju wraz z budową kanalizacji opadowej, przebudową sieci elektrycznej i teletechnicznej. Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z projektem budowlanym, Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarem robót.

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 05.11.2014 r. W niniejszym postępowaniu jedynym przewidzianym kryterium oceny ofert było kryterium ceny – waga 100%.

Zamawiający sporządził załącznik do protokołu postępowania opatrzony datą 27.11.2014 r. pt. *„ZAŁĄCZNIK do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia”*, w treści którego wskazał cyt.: *„Przedmiot zamówienia został określony jednoznacznie przy pomocy projektu budowlano- wykonawczego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiaru robót. W SIWZ precyzyjnie został określony termin wykonania i warunki gwarancji. W projekcie została określona lokalizacja przedmiotu zamówienia, jego rzędne posadowienia, wymiary, spadki, parametry zastosowanych materiałów np. rury PCV - USNSDR 34, prefabrykowane kręgi betonowe z betonu klasy C35/45, wodoodporności W8, mrozoodporności F-150, wibroprasowane, o średnicy 1200mm, wykonane zgodnie z PN- 88/B-06250, kostka betonowa gr. 6cm wibroprasowana szara, na wjazdach gr. 8cm czerwona, krawężnik drogowy z betonu wibrprasowany o wymiarach 15x30x100cm, podsypka piaskowa wg BN-87/6774-04, warstwa podbudowy z kruszyw łamanych 0/63mm wg. PN-8.4/S-96023. W specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych określone zostały parametry techniczne materiałów jak również parametry obiektów z nich wykonanych, warunki ich odbioru. W obmiarze zestawione zostały ilości poszczególnych robót. Zamawiający nie dopuszczał rozwiązań wariantowych. Przy tak jednoznacznie opisanym przedmiocie zamówienia niezależnie jaki wykonawca by go realizował wykonany obiekt byłby taki sam różnić może się tylko kosztem wykonania. Różnica kosztów wynika z organizacji firmy wykonawczej, jej wielkości, dostępności do materiałów. Przedmiot zamówienia (wykonanie kanalizacji opadowej, przestawienia średni około 1m 2 słupów linii telefonicznej, 3 słupów linii oświetlenia ulicznego, wykonanie chodnika) to powszechnie wykonywane roboty nie wymagające specjalistycznego sprzętu jak również wysokich kwalifikacji pracowników. Koszty utrzymania, konserwacji, czy utylizacji po zużyciu wykonanych obiektów będą takie same niezależnie od tego jaki wykonawca je wykona. Przy tak sprecyzowanym przedmiocie zamówienia stosowanie innych niż cena parametrów jest zbędne. Inne kryteria jak cena mają*

znaczenie przy realizacji przedmiotu zamówienia w formule „zaprojektuj i wykonaj” gdzie przedmiot zamówienia określa się na podstawie parametrów technicznych, jego funkcjonalności, kosztów utrzymania.”

Zamawiający, w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu do udzielenia wyjaśnień dotyczących zastosowania przez zamawiającego jedyne kryterium ceny, w piśmie z dnia 14.07.2016 r. wyjaśnił, cyt.: *„Zamawiający po przeanalizowaniu przedmiotu zamówienia stwierdził, że opisywany przedmiot cechuje się ustawowymi przesłankami tj. jest powszechnie dostępny i charakteryzuje się ustalonymi standardami jakościowymi i dlatego przyjął jedno kryterium-cenę.*

Przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny. O powszechnej dostępności przedmiotu zamówienia przesądza występowanie na rynku wielu podmiotów oferujących w pełni porównywalne typowe usługi. Roboty budowlane objęte przedmiotem zamówienia można zdefiniować, jako oferowane przez szeroką gamę podmiotów występujących na danym rynku, ponieważ są oferowane o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych robót praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów. Dowodem na to jest ilość złożonych ofert 12 szt.

Również należy stwierdzić, że przedmiot zamówienia miał ustalone standardy.

Przedmiot zamówienia został określony jednoznacznie przy pomocy projektu budowlano-wykonawczego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiaru robót. W SIWZ precyzyjnie został określony termin wykonania i warunki gwarancji. W projekcie została określona lokalizacja przedmiotu zamówienia, jego rzędne posadowienia, wymiary, spadki, parametry zastosowanych materiałów np. rury PCV - USNSDR 34, prefabrykowane kręgi betonowe z betonu klasy C35/45, wodoszczelności W8, mrozoodporności F-150, wibroprasowane, o średnicy 1200mm, wykonane zgodnie z PN- 88/B-06250, kostka betonowa gr. 6cm wibroprasowana szara, na wjazdach gr. 8cm czerwona, krawężnik drogowy z betonu wibroprasowany o wymiarach 15x30x100cm, podsypka piaskowa wg BN-87/6774-04, warstwa podbudowy z kruszyw łamanych 0/63mm wg PN- 84/S-96023. W typowej dlatego typu robót specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych określone zostały parametry techniczne materiałów jak również parametry obiektów z nich wykonanych, warunki ich odbioru. W obmiarze zestawione zostały ilości poszczególnych robót. Wszystkie wymagane parametry zastosowanych materiałów i wykonywanych prac mieszczą się w tzw. przeciętnych typach, wzorcach, odpowiadającym przeciętnym wymaganiom, należy przez to rozumieć zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych produktów norm określonych przepisami prawa (np. normy materiałów) jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim (specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych). Tak ustalone standardy jakościowe to znormalizowane cechy robót budowlanych, spełniające

przeciętne wymagania stawiane dla tego typu robót, dzięki którym nie jest wymagane indywidualne podejście do ich wykonania.

Przedmiot zamówienia poprzez tak ustalone standardy charakteryzuje się przede wszystkim powtarzalnością i typowością. Kierując się wykładnią celowości można stwierdzić, że tylko cena umożliwia odróżnienie od siebie przedmiotów charakteryzujących się ustalonymi standardami. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane typowe dla danej branży zamówień, oferowane przez większość podmiotów do niej należących.”

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na treść art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zgodnie z którym kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Ponieważ terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Kierując się znaczeniem nadawanym tym pojęciom w języku polskim można przyjąć, że pod pojęciem „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr, czy usług. Pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada zatem, nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji, bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta. Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert wymaga zatem, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”.

Uwzględniając praktyczne aspekty udzielania zamówień na roboty budowlane, charakteryzujące się często dużą złożonością oraz indywidualnym dostosowaniem dokumentacji przetargowej do każdorazowych potrzeb inwestycyjnych zamawiającego, uznać należy, że w przypadku robót budowlanych wykazanie powszechnej dostępności takiego przedmiotu będzie często trudne. Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na roboty budowlane, do których można zaliczyć np. prace remontowo-budowlane obejmujące np. malowanie, tynkowanie, wymianę okien lub posadzki, czy też położenie glazury, terakoty, kostki brukowej. Powyższe wyliczenie ma jedynie charakter przykładowy, a zamawiający, w zależności od rodzaju robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, powinien dokonać indywidualnej oceny w zakresie możliwości zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, a w szczególności roboty budowlane obejmujące przedmiot zamówienia, należy uznać, że roboty budowlane polegające w szczególności na budowie kanalizacji opadowej oraz przebudowie sieci elektrycznej i teletechnicznej 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 kanalizacji opadowej oraz działania sieci elektrycznej i teletechnicznej. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się akurat robotami kanalizacyjnymi, bądź elektrycznymi i teletechnicznymi o tyle nie są powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy tymczasem odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna.

Ponadto należy zauważyć, że powyższy zakres robót wymagał, aby wykonawca dysponował osobą zdolną do kierowania robotami budowlanymi posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej „lub inne zamienne”. Wykonanie ww. robót wymaga zatem dysponowania osobą posiadającą specjalne uprawnienia budowlane. Tym samym, ww. roboty nie są robotami powszechnie dostępnymi, ale robotami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających specjalistyczne kryteria. Fakt, że roboty te nie są skomplikowane na tle innych możliwych robót budowlanych, nie oznacza, że są „powszechnie dostępne” w ogóle. 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, lecz robotami budowlanymi dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy dysponowania osobą o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Innymi słowy, przedmiotowe roboty budowlane nie charakteryzowały się powszechną dostępnością, albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby zamawiającego i specyfikę związaną z realizacją przedmiotu zamówienia.

Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkową zamówienia podstawowego na kwotę 234.258,86 zł, co brutto stanowi 288.138,40 zł. Próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego brutto wynosi 201.696,88 zł.

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

1. Xxx – 170.263,40 zł (cena niższa o ok. 41% od wartości szacunkowej brutto zamówienia podstawowego);
2. Yyy – 179.272,88 zł (cena niższa o ok. 38% od wartości szacunkowej brutto zamówienia podstawowego);
3. PROFEXIM sp.j. – 192.814,47 zł (cena niższa o ok. 33% od wartości szacunkowej brutto zamówienia podstawowego);
4. Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „BET-BRUK” – 196.760,36 zł (cena niższa o ok. 32% od wartości szacunkowej brutto zamówienia podstawowego).

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie wzywał żadnego z ww. wykonawców na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość cen w złożonych przez nich ofertach.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez

zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W przedmiotowym postępowaniu ceny wszystkich ww. ofert były niższe o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT a zatem zachodziła jedna z przesłanek zawartych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązujących zamawiającego do zwrócenia się do ww. wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wobec powyższego zamawiający poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp celem ustalenia, czy złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny – naruszył dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za mogące mieć wpływ na wynik przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w stosunku do oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „BESKID” Jan i Andrzej Duda Sp. J., która została wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenie powyższego przepisu w stosunku do ofert złożonych przez pozostałych ww. wykonawców (w pkt 2 - 4) pozostaje bez wpływu na wynik przedmiotowego 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.