

UZP/DKUE/KD/16/2017

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Radziechowy-Wieprz ul. Wieprz 700 34-381 Radziechowy
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	przebudowa drogi Wierchowej w Brzuśniku w km 0+000 do 0+660 w gminie Radziechowy - Wieprz
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	06.09.2016 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	305513-2016
Wartość zamówienia:	552.570,24 zł (tj. 132.355,32 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014-2020
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eurovia Polska S.A., który nie złożył wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 2) naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Alpine Bau CZ a.s., celem ustalenia czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 3) naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania poprzez zamieszczenie w pkt 2.4 protokołu postępowania jako wartości zamówienia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. zaniechanie podania prawidłowej wartości szacunkowej zamówienia;
- 4) naruszenie art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 9 oraz 23 i 34 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania poprzez zaniechanie zamieszczenia w protokole postępowania informacji o terminie otwarcia ofert oraz kwoty, jaką bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał na sfinansowanie zamówienia, jak również poprzez brak złożenia podpisów przez osobę sporządzającą oraz osobę zatwierdzającą protokół;
- 5) naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisów od początku niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie dokonując zmiany ogłoszenia o zamówieniu;
- 6) naruszenie 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania;
- 7) naruszenie art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia w dokumentacji postępowania wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących opisane czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp;
- 8) naruszenie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej 4 dni po dniu otwarcia ofert.

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający pismem z dnia 23.09.2016 r. wezwał wykonawcę Eurovia Polska S.A., „na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy (...) do udzielenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty” w terminie do dnia 27.09.2016 r. do godz. 12.00.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie ww. wykonawca w piśmie z dnia 26.09.2016 r. przedstawił wyjaśnienia: „(...) zaoferowana przez nas cena jest adekwatna do zakresu prac związanych z realizacją zamówienia. Uwzględnia ona wszystkie elementy określone w dokumentacji przetargowej, koszty pośrednie, ryzyko oraz rozsądny zysk wykonawcy. Poszczególne ceny nie naruszają przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zostały obliczone uwzględniając ceny materiałów, sprzętu obecnie obowiązujące na rynku wraz z wszystkimi niezbędnymi składnikami cenotwórczymi zgodnie z wymogami sztuki budowlanej i obowiązującymi przepisami prawnymi: robociznę, pracę sprzętu, wbudowanie materiałów, koszty wszelkich pomiarów i badań, koszty nadzorów branżowych, koszty wprowadzenia i utrzymania oznakowania robót i objazdów oraz wszelkie koszty ograniczenia lub zamknięcia ruchu wynikłe w trakcie prowadzonych prac, w tym koszty naprawy uszkodzeń nawierzchni dróg objazdowych spowodowanych zmianą organizacji ruchu, koszty geodezyjnego operatu powykonawczego, koszty zorganizowania, ochrony i likwidacji Zaplecza Budowy. Poszczególne składowe ceny ofertowej sporządzone zostały na podstawie wnikliwej analizy dokumentacji przetargowej z wykorzystaniem zarówno własnej wiedzy jak i doświadczenia, a także bazowały na wiedzy i doświadczeniu specjalistów branżowych. Wycena robót opierała się na własnych zasobach sprzętowych jak i ludzkich, natomiast ceny materiałów zostały przyjęte od sprawdzonych dostawców, z którymi mamy wynegocjowane bardzo dobre warunki handlowe. Ceny mas mineralno-bitumicznych, emulsji asfaltowej oraz materiałów sypkich tj. kruszywo zostały skalkulowane w oparciu o cenniki wytwórni oraz kamieniołomów należących do Eurovia Polska S.A. i jako ceny wewnętrzzakładowe, są niższe od oferowanych innym kontrahentom a stanowią one 60% wartości całego zamówienia. W poprzednim roku nastąpił znaczny spadek cen asfaltu (około 45% od końca 2014r.) co umożliwiło znaczne obniżenie ceny masy bitumicznej. W szczególności należy wskazać, że staramy się pozyskać możliwie najwięcej robót z dużą ilością robót bitumicznych na terenie naszego działania. W poprzednim roku złożyliśmy 378 ofert w zamówieniach publicznych, a uzyskaliśmy jedynie 62 zamówienia stosując ceny jak w naszej ofercie. A w roku bieżącym złożyliśmy (do dnia 21.09.2016) 321 ofert w zamówieniach publicznych, a uzyskaliśmy jedynie 62 zamówienia. Świadczy to niezbicie o tym, że ceny rynkowe są niższe. Informujemy, że nie korzystaliśmy przy kalkulacji

z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów oraz nasza oferta zawiera kalkulacje kosztów pracy nie niższą od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustaloną na podstawie art. 2 ust. 3- 5 ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.”

Do złożonych wyjaśnień wykonawca nie dołączył dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, wymaganych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzających ww. informacje i ich wpływ na cenę oferty.

Z wyjaśnień udzielonych w trakcie kontroli przedmiotowego postępowania przez zamawiającego w piśmie z dnia 06.03.2018 r. wynika, że *„Wykonawca Eurovia Polska S.A. w piśmie z dnia 26.09.2017r. udzielił - w ocenie zamawiającego - wyczerpujących wyjaśnień dotyczących zaproponowanej w ofercie ceny. Wykonawca powoływał się na fakt, iż zaproponowana przez niego cena nie jest o 30% niższa niż średnia arytmetyczna wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Do wyjaśnień Wykonawcy Eurovia Polska S.A. nie zostały dołączone dowody. W piśmie z dnia 26.09.2017r. Wykonawca Eurovia Polska S.A. szczegółowo opisał, dlaczego cena przez niego zaproponowana jest ceną rynkową. Eurovia Polska S.A. jest Wykonawcą znanym zamawiającemu, gdyż firma ta wykonywała już roboty budowlane na terenie gminy Radziechowy-Wieprz. Roboty te wykonywane były rzetelnie i fachowo. W związku z powyższym Zamawiający uznał wyjaśnienia Eurovii Polska S.A. jako wiarygodne.”*

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że stosownie do treści 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 udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zatem oceniając wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. Ocena złożonych wyjaśnień dokonana przez zamawiającego, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, 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 lub koszt. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę lub koszt, tak by potwierdziły prawidłowość w ich obliczeniu przez wykonawcę.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż treść wystosowanego przez zamawiającego do ww. wykonawcy wezwania z dnia 27.09.2016 r. opierała się na dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż wykonawca miał obowiązek złożyć wyjaśnienia oraz załączyć dowody

dotyczące elementów ceny mających wpływ na jej wysokość w terminie wskazanym w ww. piśmie. Przedstawione przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. wyjaśnienia zawierały ogólne informacje dotyczące własnych zasobów ludzkich i sprzętowych, cen materiałów pozyskiwanych od sprawdzonych dostawców na podstawie korzystnie wynegocjowanych warunków handlowych oraz kalkulacji cen mas mineralno-bitumicznych, emulsji asfaltowej oraz materiałów sypkich tj. kruszywa w oparciu o cenniki wytwórni oraz kamieniołomów należących do wykonawcy z zastosowaniem, niższych od oferowanych innym kontrahentom, cen wewnątrzzakładowych.

W złożonych wyjaśnieniach brak jednak informacji szczegółowych, takich jak np. wyliczenia w zakresie oszczędności wynikających z uzyskanych rabatów, jak też wykazania, w jaki sposób ww. okoliczności wpłynęły na cenę oferowaną w ramach przedmiotowego postępowania. Dodatkowo, 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 9 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1049/14), zachowującym swoją aktualność również na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp: „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 zaoferowana 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 zaoferowania 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 przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami.”

Biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie zamawiającego o wyjaśnienia wraz z dowodami, należy uznać, że wykonawca Eurovia Polska S.A. nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi zamawiającemu na dokonanie oceny, czy cena oferty nie jest rażąco niska.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, że zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie, z uwagi na fakt, iż dotyczy oferty wybranej jako najkorzystniejsza należy uznać za mające wpływ na wynik postępowania.

2. Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 552.570,24 zł (netto), co brutto stanowi 679.661,40 zł. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 06.09.2016 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu zastosował kryteria oceny ofert: cena – waga 90% oraz gwarancja - waga 10%.

W postępowaniu oferty niepodlegające odrzuceniu złożyli poniżej wymienieni wykonawcy z całkowitymi cenami brutto:

1. Eurovia Polska S.A. z ceną brutto 422.267,22 zł (cena oferty niższa o 37,87% od wartości zamówienia brutto);
2. Alpine Bau CZ a.s. z ceną brutto 450.308,90 zł (cena oferty niższa o 33,75% od wartości zamówienia brutto);
3. Radex Sp. z o.o. z ceną brutto 527.559,30 zł (cena oferty niższa o 22,38% od wartości zamówienia brutto).

Próg ceny oferty niższej o 30%:

- od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego brutto (tj. 679.661,40 zł) wynosi: 475.762,98 zł;
- od średniej arytmetycznej cen brutto wszystkich złożonych ofert (tj. 466.711,81 zł) wynosi: 326.698,27 zł.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający zwrócił się jedynie do wykonawcy Eurovia Polska S.A. w piśmie z dnia 23.09.2016 r. „na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy (...) do udzielenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty”. Z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego pismem z dnia 05.01.2018 r. wynika, że: „Zamawiający nie zwrócił się do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP, za wyjątkiem wykonawcy EUROVIA POLSKA S.A., gdyż oferta tego Wykonawcy została wstępnie oceniona jako najkorzystniejsza.”

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 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 późn. zm.);
- 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 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest 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 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.

Mając na względzie ustalony stan faktyczny należy wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu cena oferty złożonej przez wykonawcę Alpine Bau CZ a.s. była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a zatem zachodziła przesłanka określona w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zobowiązująca zamawiającego do zwrócenia się do ww. wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie nie może być usprawiedliwione wystąpieniem rozbieżności pomiędzy ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, wynikających z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W kontrolowanym postępowaniu za obowiązkiem zwrócenia się do wykonawcy Alpine Bau CZ a.s. celem uzyskania wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przemawia przede wszystkim fakt wezwania przez zamawiającego do udzielenia ww. wyjaśnień wykonawcy Eurovia Polska S.A., którego cena brutto oferty była niższa jedynie o ok. 28.000 zł od ceny oferty złożonej przez wykonawcę Alpine Bau CZ a.s. Zwrócenie się przez zamawiającego do ww. wykonawcy oznacza bowiem, że zamawiający nie znalazł podstaw do traktowania wskazanych rozbieżności jako wynikających z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Tym samym zobligowany był do wypełnienia dyspozycji art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp jednakowo w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy zaoferowali ceny niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia

powiększonej o podatek VAT, tj. w przypadku kontrolowanego postępowania - Eurovia Polska S.A. oraz Alpine Bau CZ a.s.

Jednocześnie należy wskazać, iż z obowiązku wezwania wykonawcy Alpine Bau CZ a.s. w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp tym bardziej nie zwalniało zastosowanie przez zamawiającego w postępowaniu procedury, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, procedura odwrócona polega na tym, że zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Przewidziana w powyższym artykule kolejność dokonywania czynności przez zamawiającego wskazuje na uprzednią ocenę wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, na którą to ocenę składa się badanie mające na celu stwierdzenie braku przesłanek odrzucenia oferty określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, w tym zawierania rażącej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż na gruncie ustalonego stanu faktycznego na zamawiającym spoczywał obowiązek wezwania wykonawcy Alpine Bau CZ a.s., celem ustalenia czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę, natomiast zaniechanie w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Ponieważ naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp nie dotyczy oferty wybranej jako najkorzystniejsza należy uznać, że nie ma wpływu na wynik postępowania.

3. Zgodnie z protokołem postępowania (pkt 2.4 druku ZP-PN), wartość szacunkowa kontrolowanego zamówienia została określona na kwotę 679.661,40 zł (tj. 162.797,05 euro). Natomiast z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10.10.2016 r. pod nr 320757 (Sekcja IV, pkt 2) wynika, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 552.570,24 zł.

Ponadto, wartość szacunkową zamówienia określoną na kwotę „552.570,24 zł” zamawiający wskazał w wyjaśnieniach udzielonych w trakcie postępowania wyjaśniającego poprzedzającego przedmiotową kontrolę - pismo z dnia 25.01.2017 r. (znak: OR.270.1.2017).

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na treść art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego

z należytą starannością. Tym samym, dla określenia wartości zamówienia istotne znaczenie ma oszacowane z należytą starannością wynagrodzenie wykonawcy bez podatku VAT.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, którego wzór jest określony w obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r. Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie *protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie protokołu postępowania”. Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania, wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia.

Prawidłowo ustaloną wartość szacunkową zamówienia zamawiający winien podać w pkt 2.4 protokołu postępowania (druk ZP-PN).

W związku z powyższym, zamieszczenie w pkt 2.4 protokołu postępowania jako wartości zamówienia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. zaniechanie podania prawidłowej wartości szacunkowej zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Protokół kontrolowanego postępowania (druk ZP-PN) nie zawiera informacji o terminie otwarcia ofert (pkt 11.1.) oraz kwoty, jaką bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje na sfinansowanie zamówienia (pkt 11.2.). Ponadto w protokole brakuje podpisu osoby zatwierdzającej protokół (pkt 30) oraz podpisu osoby sporządzającej protokół.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, którego wzór jest określony w rozporządzeniu w sprawie protokołu postępowania. Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 9 oraz pkt 23 i 34 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania protokół w zależności od zastosowanego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawiera informacje, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp oraz informacje dotyczące m.in.: otwarcia ofert, podpisu osoby sporządzającej protokół oraz podpisu osoby zatwierdzającej protokół.

W związku z powyższym, zaniechanie zamieszczenia przez zamawiającego w protokole postępowania informacji o terminie otwarcia ofert oraz kwoty, jaką bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał na sfinansowanie zamówienia, jak również brak złożenia podpisów przez osobę sporządzającą oraz osobę zatwierdzającą protokół stanowi

naruszenie art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 9 oraz pkt 23 i 34 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Zgodnie z treścią Sekcji III pkt 2.2) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawców określone w art. 24 ust. 5 pkt 1-3 oraz 8 ustawy Pzp. Natomiast w siwz [pkt 6.1.a)] zamawiający przewidział jedynie fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania określoną w art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

W toku prowadzonej kontroli przedmiotowego postępowania zamawiający udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 05.01.2018 r. (znak OR.1710.6.2017), z których wynika, że „Rozbieżność pomiędzy zapisami ogłoszenia o zamówieniu, a treścią SIWZ wskazana przez Kontrolujących, była najprawdopodobniej omyłką pisarską. Wiążąca dla Zamawiającego była treść SIWZ. Wszelkie wątpliwości (jeśli takowe powstały) w toku badania ofert, rozstrzygane były na korzyść Wykonawców tak aby nie ponieśli negatywnych konsekwencji omyłki Zamawiającego.”

Opisana powyżej niezgodność w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania pomiędzy zapisami siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania, aż do jego zakończenia. Stosownie natomiast do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że skoro w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przepis art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej istniejąca od początku niezgodność w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania wymagała zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie dokonując zmiany ogłoszenia o zamówieniu, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Jak wynika z treści siwz [pkt 7.6. b) i c)] oraz sekcji III.4 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyższej oceniona, złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 i 3 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.:

- zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Powyżej wskazanych dokumentów zamawiający żądał również od wykonawcy w odniesieniu do podmiotów, na zdolnościach lub sytuacji których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp.

W treści siwz [pkt 6.1.a)] zamawiający wskazał przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 i art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27.09.2016 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Eurovia Polska S.A., którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia m.in. ww. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia.

Mając na uwadze stan faktyczny opisany powyżej w naruszeniu nr 5, zgodnie z którym „wiążąca dla Zamawiającego była treść SIWZ.” (vide – wyjaśnienia zamawiającego z dnia 05.01.2018 r. (znak OR.1710.6.2017)) należy uznać, iż w kontrolowanym postępowaniu zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15,

chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Należy zauważyć, że zaświadczeń o których mowa z w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, iż żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz. Natomiast w kontrolowanym postępowaniu zamawiający nie przewidział fakultatywnej podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, iż wymagane przez zamawiającego zaświadczenia Urzędu Skarbowego, właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS nie są dokumentami potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 – 23 oraz ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, postawiony przez zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Jednocześnie żądanie złożenia ich przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona stanowi naruszenie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe znajduje potwierdzenie w stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w uchwale z dnia 20.04.2017 r. (sygn. akt KIO/KU 11/17).

Powyżej opisane naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

7. Z dokumentacji kontrolowanego postępowania, jak również z wyjaśnień zamawiającego złożonych w piśmie z dnia 05.01.2018 r. (znak: OR.1710.6.2017) wynika, że zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonywanie tych

czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 108.), dalej: „Kp”.

Mając powyższe na uwadze należy zauważyć, iż interpretacja art. 29 ust. 3a ustawy Pzp stanowiącego, iż zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp, wymaga wykładni celowościowej. Jak bowiem wynika z uzasadnienia Rządowego projektu zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366) wolą ustawodawcy było uregulowanie statusu pracownika w zamówieniach publicznych z uwzględnieniem aspektów społecznych poprzez m.in. stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane w sytuacji, gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 Kp. Powyższy obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest zatem wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy lub podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kp. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu ww. art. 22 § 1 Kp zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudnić osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Należy podkreślić, że w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym spoczywa ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia. Przedmiotem kontrolowanego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie drogi gminnej wraz z poprawą odwodnienia przebudowywanego odcinka drogi. Z analizy dokumentacji technicznej uszczegółwiającej opis przedmiotu zamówienia

wynika, że roboty niezbędne do wykonania przebudowy drogi obejmowały: rozebranie istniejącej nawierzchni wraz z podbudową, korytowanie i profilowanie istniejącej podbudowy do wymaganych rzędnych, wykonanie podbudowy dolnej z kruszywa łamanego (tłuczeń), wykonanie podbudowy górnej z kruszywa łamanego (kliniec). Na przygotowanej podbudowie należało ułożyć warstwę wiążącą z betonu asfaltowego, a następnie warstwę ścieralną z betonu asfaltowego. Należało także:

- uzupełnić (naprawić) pobocza kruszywem łamanym (kliniec) stabilizowanym mechanicznie;
- przebudować zjazdy, tj. wykonać je z betonu asfaltowego układanego na warstwie wiążącej z betonu asfaltowego;
- udrożnić, oczyścić i wyprofilować rowy przydrożne dostosowując ich spadek do przepustów pod zjazdami;
- udrożnić oraz oczyścić występujące na przedmiotowym odcinku drogi przepusty pod zjazdami;
- ułożyć wzdłuż drogi betonowy ściek korytkowy;
- odprowadzić wody deszczowe ze ścieku przepustem pod drogą Wierchową do istniejącego rowu, a dalej do potoku wraz z montażem w rowie studni betonowych chłonnych;
- wyregulować i dostosować wysokościowo do nowej niwelety jezdni istniejące włązy studzienek kanalizacyjnych oraz skrzynki zasuw wodociągowych.

Analiza zakresu ww. robót wskazuje, iż polegają one na pracy osób wykonujących czynności budowlane.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż powyżej wymienione czynności stanowią wykonywanie pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 Kp, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zatem są to czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Ścisłe z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp koreluje brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp, zgodnie z którym, gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez zamawiającego, wówczas zamawiający jest zobowiązany określić w siwz w szczególności:

- sposób dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a,
- uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań,
- rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

W niniejszym postępowaniu, zamawiający nie wymagając zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących powyżej opisane czynności dokonał wadliwie oceny czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

8. Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że otwarcie ofert nastąpiło w dniu 21.09.2016 r., natomiast informację z otwarcia ofert zamawiający zamieścił na stronie internetowej w dniu 26.09.2016 r.

Stosownie do treści art. 86 ust. 5 ustawy Pzp niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Na gruncie ustawy Pzp, brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 ustawy Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził: „użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc” (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (arg. z art. 354 § 1 Kc) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc). Tym samym, termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp należy interpretować w ten sposób, że po nastąpieniu momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. otwarciu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający zamieszcza na stronie internetowej ww. informacje bez zbędnej zwłoki. Powyższe oznacza, iż dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od czynności otwarcia ofert, tj. najczęściej jeszcze w tym samym dniu.

W związku z powyższym, zamieszczenie przez zamawiającego informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej 5 dni po dniu otwarcia ofert, stanowi naruszenie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.