

UZP/DKUE/KU/78/16

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku ul. Elewatorska 6 15-620 Białystok
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	zaprojektuj i wybuduj: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 678 na odcinku od m. Horodniany do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 682 w m. Markowszczyzna”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	05.08.2016 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2016/S 152 - 275689
Wartość zamówienia:	211 083 612,17 zł (tj. 50 560 160,04 euro)
Środki UE:	zamówienie przewidziane do dofinansowania z EFRR w ramach PO Polska Wschodnia na lata 2014 – 2020

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 02.11.2016 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się m.in. do wykonawcy Konsorcjum firm: Rubau Polska Sp. z o.o. (lider), Construcciones Rubau S.A. z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, poprzez wskazanie czynników składowych, które wpłynęły na dokonana kalkulację cen. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż *„Zgodnie z art. 90 ust. 3 (...) ustawy zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”*

Wykonawca Konsorcjum firm: Rubau Polska Sp. z o.o. (lider) złożył ogólnikowe wyjaśnienia, z których wynika, iż kalkulację sporządzono na podstawie dedykowanych ofert z rynku lokalnego oraz wieloletniego doświadczenia wykonawcy, który od stycznia 2015 r. realizuje w tym regionie inną robotę. Jednocześnie wykonawca wskazał, iż dysponuje własną mobilną wytwórnią mas bitumicznych w XXXX, jak również posiada prawo dysponowania wytwórnią mas zlokalizowaną w bezpośredniej bliskości inwestycji będącej przedmiotem zamówienia. Na potwierdzenie ww. wyjaśnień wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów wymaganych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzających ww. informacje i ich wpływ na cenę oferty, ani też ze złożonych wyjaśnień nie sposób wywieść istnienia takich dowodów.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zatem, zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oceniając wyjaśnienia wezwanego wykonawcy, bierze pod uwagę obiektywne czynniki. Ocena dokonana przez zamawiającego, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp złożonych wyjaśnień, jest podstawą do stwierdzenia, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie, w przypadku art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1049/14), zachowującym aktualność w obecnym stanie prawnym, *„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 Konsorcjum firm: Rubau Polska Sp. z o.o. (lider) 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 nie dotyczy oferty najkorzystniejszej i w związku z tym nie ma wpływu na wynik postępowania i nie wymaga wydania zaleceń pokontrolnych.

2.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 05.08.2016 r. zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na druku stanowiącym załącznik nr II („Ogłoszenie o zamówieniu”) do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 842/2011 z dnia 19.08.2011 r. *ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1564/2005* (Dz.U. L 222 z 27.08.2011). Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 09.08.2016 r. pod numerem 2016/S 152 – 275689.

Zgodnie z art. 11 ust. 7 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w akcie wykonawczym Komisji Europejskiej ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień wydanym na podstawie art. 51 ust. 1, art. 75 ust. 3 i art. 79 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, art. 71 ust. 1, art. 92 ust. 3 i art. 96 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 3a dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, str. 31), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

Aktem wykonawczym ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, w dacie wszczęcia niniejszego postępowania (tj. 05.08.2016 r. – dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego), było Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. *ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011* (Dz.U. L 296 z 12.11.2015), zwane dalej „*rozporządzeniem wykonawczym nr 2015/1986*” które weszło w życie w dniu 18.04.2016 r. Zgodnie z art. 8 rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986, rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 traci moc ze skutkiem od dnia 18.04.2016 r.

Zamawiający zatem zobowiązany był w dacie wszczęcia postępowania przygotować ogłoszenie zgodnie z wzorem załącznika nr II („*Ogłoszenie o zamówieniu*”) do rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986.

Zamawiający publikując ogłoszenie o zamówieniu na formularzu nieobowiązującym w dniu wszczęcia postępowania naruszył art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3.

W pkt 9 protokołu postępowania (druk ZP - PN) zamawiający wskazał, iż w kontrolowanym postępowaniu zastosował procedurę, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, w ogłoszeniu i w siwz brak jest informacji, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający będzie stosował procedurę wskazaną w ww. artykule.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, zamawiający pismem z dnia 30.11.2016 r. wskazał, iż „(...) *informacje dotyczące zastosowania procedury art. 24aa ustawy Pzp Zamawiający zawarł w następujących zapisach SIWZ.*

- *Z zapisów SIWZ - Rozdział VI pkt 2 ppkt 5 wynika, że zamawiający wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (czyli już po dokonaniu oceny ofert) wezwie do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Tym samym oceni oferty a potem zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.*
- *Zastosowanie procedury odwróconej potwierdzają zapisy w SIWZ - Rozdział XIV pkt 12, gdzie Zamawiający jednoznacznie wskazał jakie dokumenty należy przedłożyć wpierw tj. na etapie składania oferty i są to: potwierdzenie wniesienia wadium, Formularz ofertowy, Zestawienie ofertowe, oświadczenie - Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) oraz zapisy SIWZ - Rozdziału VI pkt 1, o treści: „Do oferty wykonawca dołącza aktualne na dzień*

składania ofert (dopisek: oświadczenie), stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ww. oświadczenie wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu.” Jak wynika z powyższych zapisów Zamawiający nie żądał na tym etapie postępowania przedłożenia dokumentów i oświadczeń określonych w rozdziale VI SIWZ.

Natomiast z zapisów w rozdziale VI pkt oraz 2, 3, 4 w związku z rozdział VI pkt 2 ppkt 5 wynika, że Zamawiający wezwie wykonawcę którego oferta uprzednio została najwyżej oceniona (na podstawie dokumentów określonych w rozdział XIV pkt 12) do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.”

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień należy podnieść, iż przywołane przez zamawiającego zapisy siwz nie wskazują na zastosowanie tzw. procedury odwróconej uregulowanej w art. 24 aa ustawy Pzp. W szczególności na zastosowanie omawianej procedury nie wskazuje brak żądania przedłożenia wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń (poza oświadczeniem JEDZ) potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (mającym zastosowanie zarówno w procedurze zwykłej, jak też odwróconej), zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 jedynie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Natomiast na obowiązek dołączenia przez wykonawcę do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu aktualnego na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
 - 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3,
- wskazuje dyspozycja art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, która także ma zastosowanie zarówno do procedury zwykłej, jak też odwróconej.

Tym samym stosowanie ww. przepisów nie przesądza o stosowaniu tzw. procedury odwróconej.

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.

Zaniechanie zamieszczenia odpowiednich zapisów w siwz lub ogłoszeniu o zamówieniu odnośnie zastosowania powyższej procedury, wyklucza taką możliwość. Tym samym, zamawiający w

kontrolowanym postępowaniu biorąc pod uwagę brak wskazania w siwz lub w ogłoszeniu o zamówieniu zamiaru stosowania procedury odwróconej, nie był uprawniony do jej zastosowania, a w konsekwencji – miał obowiązek najpierw zbadać, czy wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu (na podstawie przedłożonych przez nich oświadczeń JEDZ), a następnie dokonać oceny ofert.

Z wyjaśnień zamawiającego z dnia 07.12.2016 r. wynika, że zamawiający zaniechał powyższych czynności w stosunku do wszystkich wykonawców a zatem w praktyce zastosował procedurę odwróconą mimo braku takiego wskazania w siwz lub ogłoszeniu o zamówieniu.

Wobec powyższego należy uznać, że nie przewidując w siwz lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości zastosowania procedury odwróconej, a stosując ją w praktyce, zamawiający naruszył art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4.

Pismem z dnia 16.11.2016 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy BUDIMEX S.A. z prośbą o złożenie dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. m.in. dokumentu wskazanego w § 5 pkt 4 *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”, dotyczących wykonawcy BUDIMEX S.A. oraz wskazanych przez niego podwykonawców/podmiotów trzecich, tj. FPP Enviro Sp. z o.o. oraz BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o., tj. odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Należy zwrócić uwagę, że powyższe dokumenty zostały złożone przez ww. wykonawcę wraz z ofertą. Ponadto, w stosownych miejscach formularzy JEDZ złożonych przez ww. podmioty (tj. część III.C – Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) znajdują się informacje, że spółki zostały wpisane do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego rejestru Sądowego oraz podane są numery wpisów i strona internetowa www.ms.gov.pl.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją § 10 ust. 1 rozporządzenia, w przypadku wskazania przez wykonawcę dostępności oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, w

formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnymi i bezpłatnymi baz danych, zamawiający pobiera samodzielnie z tych baz danych wskazane przez wykonawcę oświadczenia lub dokumenty.

W świetle powyższych przepisów, ze względu na złożenie przez wykonawcę przedmiotowych dokumentów wraz z ofertą oraz ze względu na odpowiednie zapisy zawarte w formularzach JEDZ, zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy BUDIMEX S.A. o złożenie dokumentu wskazanego w § 5 pkt 4 rozporządzenia.

Dokonując powyższej czynności zamawiający naruszył art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 10 ust. 1 rozporządzenia.

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.

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.