

Warszawa, dnia 30.10.2016 r.

UZP/DKUE/KU/49/16

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o. ul. Rybaki 31/35 87-100 Toruń
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	kontrakt Z-2/W „Likwidacja osiedlowej oczyszczalni ścieków wraz z budową tłoczni ścieków, kanału tłoczego i wodociągu do OM Czerniewice”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	7 401 289,17 zł (tj. 1 772 806,34 euro), w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających ustalona na kwotę 2 467 096,39 zł (tj. 509 935,44 euro); łączna wartość projektu przekracza 20 mln euro
Środki UE:	POIiŚ 2014-2020

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia podstawowego na kwotę 4 934 192,78 zł (netto), co brutto stanowi 6 069 057,12 zł.

Z zestawienia ofert złożonych w postępowaniu wynika, że średnia arytmetyczna cen brutto wszystkich złożonych ofert wynosi 3 815 059,50 zł (przed poprawkami), 3 819 872,00 zł (z uwzględnieniem poprawek).

Próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego brutto (tj. 6 069 057,12 zł) wynosi 4 248 339,98 zł, a próg ceny oferty niższej o 30% od średniej arytmetycznej cen brutto wszystkich złożonych ofert wynosi 2 670 541,65 (przed poprawkami), 2 673 910,40 zł (z uwzględnieniem poprawek).

W postępowaniu jako najkorzystniejsza została wybrana oferta MELBUD S.A. z ceną brutto 2 195 553,16 zł. Cena niniejszej oferty stanowi 36,16% wartości szacunkowej zamówienia podstawowego brutto oraz 57,55% średniej arytmetycznej cen brutto wszystkich złożonych (przed poprawkami) i 57,48% ww. średniej arytmetycznej (z uwzględnieniem poprawek).

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, 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.

Z dokumentacji postępowania przekazanej do kontroli nie wynika, by zamawiający wzywał wykonawcę MELBUD S.A. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Także z wyjaśnień zamawiającego z dnia 19.09.2016 r. złożonych w toku kontroli wynika, że „zamawiający w toku postępowania nie powziął wątpliwości; co do rażąco niskiej ceny i nie zwracał się do Wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość, ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp”.

Wskazując na powyższe należy zauważyć, iż zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej podstawą (miernikiem) oceny, czy zaoferowana przez danego wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej jest w pierwszej kolejności jej porównanie do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością, powiększonej o wartość podatku VAT (m.in. wyrok z dnia 26 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 68/15). Ponadto, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1567/14), cenę rażąco niską można rozpatrywać wyłącznie w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia.

Mając na względzie ustalony stan faktyczny należy wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza była niższa o 63,84% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o 42,45% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert (przed poprawkami) i 42,52% (z uwzględnieniem poprawek), a zatem zachodziły obydwie przesłanki określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązujące zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy, którego oferta zawiera cenę o wartości poniżej ww. progów, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MELBUD S.A. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny celem ustalenia, czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zalecenie usunięcia naruszenia:

Mając na uwadze, że wykonawca MELBUD S.A., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo ziszczenia się przesłanek ustawowych, nie został wezwany przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zaleca się zamawiającemu dokonanie czynności, o której mowa w ww. przepisie. W następstwie ww. wezwania, zaleca się zamawiającemu dokonanie oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wraz z dowodami w celu ustalenia, czy oferta podlega ewentualnemu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w pkt IX siwz (Podwykonawstwo) wskazał, że „wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie tej części zamówienia, której realizację zamierza powierzyć podwykonawcom.

Wskazanie niniejszego nastąpi w formularzu oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do siwz”.

Z kolei w klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu (Podwykonawcy) zamawiający wskazał: „Wykonawca nie podzleci całości Robót. (...). Zamawiający ustala następujące wymagania umów o podwykonawstwo, których przedmiotem będą roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie zastrzeżeń lub sprzeciwu: (...) (d) suma wynagrodzeń dla Podwykonawców i dalszych Podwykonawców robót budowlanych oraz wykonawców umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są usługi lub dostawy nie może być większa niż 80% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Suma wynagrodzeń dla Podwykonawców i dalszych Podwykonawców robót budowlanych nie może być większa niż 60% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej.” Definicję „Robót” zawiera klauzula 1.1.5.8, zgodnie z którą pod tym pojęciem należy rozumieć „Roboty Stałe oraz Roboty Tymczasowe lub którekolwiek z nich według potrzeb. Roboty oznaczają równocześnie budowę i roboty budowlane, zgodnie z art. 3 pkt 6) i pkt 7) Prawa Budowlanego, a także prace projektowe niezbędne dla wykonania i ukończenia Robót”.

W piśmie z dnia 18.07.2016 r. zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy SKANSKA S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. klauzula 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu (Załącznik nr 2 do siwz) nie dopuszczała możliwości podzlecenia całości Robót, a dopuszczalną kwotę wynagrodzeń dla Podwykonawców dot. stricte robót budowlanych ustaliła na poziomie 60% zatwierdzonej kwoty kontraktowej. Wykonawca w pkt 11 „Formularza Oferty” oświadczył natomiast, że „(...) następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom - wszystkie roboty z wyłączeniem koordynacji i kierowania robotami w ramach generalnego wykonawstwa”.

Pismem z dnia 28.07.2016 r. wykonawca SKANSKA S.A. wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 1394/16) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia jego oferty, która w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów była ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący zarzucił zamawiającemu m.in. niejasność treści siwz z zapisami Warunków Kontraktu wskazując, iż w siwz zamawiający nie zakazał powierzenia wszystkich robót budowlanych podwykonawcom.

Pismem z dnia 08.08.2016 r. zamawiający złożył odpowiedź na ww. odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Wskazał m.in., że „błędny jest (...) zarzut odwołującego, jakoby zamawiający odrzucając ofertę odwołującego zastosował zakaz podwykonawstwa nigdzie w specyfikacji nie wyrażony. Zamawiający podkreśla, że nie zakazał podwykonawstwa, a jedynie zastosował ograniczenie co do zlecenia podwykonawstwa części zamówienia jakim są Roboty”.

Odwołanie wykonawcy SKANSKA S.A. zostało oddalone w wyroku z dnia 11.08.2016 r. (sygn. akt KIO 1394/16), w którym wskazano m.in., że *„Wobec brzmienia klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu, zawartych we Wzorce Umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ (a zatem stanowiącym jej integralną część), iż: „Wykonawca nie podzleci całości Robót” oraz wobec definicji tychże Robót zawartej w klauzuli 1.1.5.8, zamawiający słusznie uznał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...)”*.

W toku kontroli pismem z dnia 16.09.2016 r. zwrócono się zamawiającego z prośbą o wyjaśnienia, czy zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, o którym mowa w art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (w którym miejscu dokumentacji znajduje się takie zastrzeżenie)? W przypadku nie dokonania takiego zastrzeżenia poproszono o wyjaśnienie, dlaczego wykonawca nie mógł zlecić całości robót podwykonawcom (pkt 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu)?

W piśmie z dnia 19.09.2016 r. zamawiający wyjaśnił, co następuje: *„zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, o którym mowa w art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ustawą Pzp Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zastosował ograniczenie, wynikające ze standardowej klauzuli 4.4 warunków ogólnych FIDICA (które nie było kwestionowane przez Wykonawców na etapie postępowania), co do zlecenia podwykonawstwa części zamówienia jakim są „Roboty” (pkt 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu). (...). W świetle regulacji ustawowej należy uznać za niedopuszczalne powierzenie podwykonawcy realizacji całości zamówienia. Z literalnej wykładni art. 36a ust. 1 Pzp wynika bowiem wprost, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Tak więc ustawodawca wyraźnie ograniczył możliwość korzystania z pomocy podwykonawcy jedynie do fragmentu realizowanego zamówienia, który nie może wyczerpywać całości przedmiotu zamówienia. Zgodnie z powyższymi zapisami Wykonawca nie może podzlecić całości „Robót” podwykonawcy”*.

Ponadto, w piśmie z dnia 22.09.2016 r. zwrócono się z prośbą o wyjaśnienia, które części zamówienia należy uznać za kluczowe, a które nie należą do kluczowych. W odpowiedzi z dnia 23.09.2016 r. zamawiający odpowiedział, że *„... żadnej z części zamówienia nie uznał jako kluczową. Na marginesie Zamawiający dodaje, że nie zakazał podwykonawstwa, a jedynie zastosował ograniczenie co do zlecenia podwykonawstwa całości Robót, które są zasadniczą częścią zamówienia w rozumieniu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. W (...) siwz Zamawiający podzielił zakres zamówienia na tzw. roboty podstawowe i roboty*

towarzyszące niezbędne do zrealizowania robót podstawowych i osiągnięcia zakładanego celu jak i osiągnięcia zakładanych efektów i rezultatów kontraktu. Ponadto, Zamawiający przywołał powszechnie stosowane nomenklatury, zastosowane choćby w Opisie Przedmiotu zamówienia, gdzie zakres robót został bardzo szczegółowo opisany. Zamawiający wskazał w pkt 5 Określenia podstawowe, że za obowiązujące należy uważać wszelkie definicje i określenia zawarte w obowiązujących przepisach, tj. Prawie budowlanym, rozporządzeniach wykonawczych, powszechnie używanych normach, wytycznych dotyczących wykonania i odbioru robót budowlanych oraz Warunkach Kontraktowych dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, czwarte wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008, tłumaczenie pierwszego angielskiego oryginału wdanego w 1999 roku przez Międzynarodową Federację Inżynierów-Konsumentów”.

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny należy podnieść, co następuje.

Zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Natomiast z treści art. 36a ust. 2 ustawy Pzp 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 powyższych przepisów wynika, że zamawiający na ich podstawie może zakazać podwykonawstwa, ale tylko w zakresie tej części zamówienia, która jest kluczowa i tym samym wyłączona jest możliwość jej realizacji przez podwykonawcę. Należy bowiem podkreślić, że treści art. 36a ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od treści art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, który precyzuje, o jaką część zamówienia możliwą do zlecenia podwykonawcy chodzi – o taką, która nie jest kluczowa.

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie dopuścił, aby całość Robót została wykonana przez podwykonawców i jednocześnie nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę żadnej z kluczowych części zamówienia. Innymi słowy, zamawiający nie dopuścił zlecenia całości Robót podwykonawcy, lecz było mu obojętne, którą ich część wykonawca zleci do podwykonania, o ile tylko jakąś część (jakąkolwiek) wykonawca wykona samodzielnie. Takie jednak rozwiązanie świadczy o tym, że żadna część Robót nie była kluczowa, skoro zamawiający dopuścił podzlecenie którejkolwiek części.

Wobec powyższego należy uznać, że zamawiający faktycznie ograniczył udział podwykonawców w realizacji zamówienia, przez co dopuścił się naruszenia art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Skoro bowiem ustawodawca wskazał na możliwość żądania osobistego świadczenia tylko kluczowej części przedmiotu zamówienia, brak jest podstaw, aby przyjąć, iż zamawiający jest uprawniony do wyłączenia podwykonawstwa w odniesieniu do części, która

nie była kluczowa. Byłoby to sprzeczne z generalną zasadą, określoną w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że co do zasady każda z części zamówienia (o ile nie jest kluczowa) może być powierzona do wykonania przez podwykonawcę.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż niezastosowanie się do zapisów ww. klauzuli 4.4 Warunków Szczegółowych Kontraktu było podstawą odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy SKANSKA S.A., która w świetle przyjętych kryteriów była ofertą najkorzystniejszą (tj. cena: 2.065.712,17 zł, liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę: 4) i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MELBUD S.A. z ceną 2.195.553,16 zł i 4 osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.

Wskazanie, że naruszenie art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp „mogło mieć wpływ na wynik postępowania” wynika z faktu, iż wobec odrzucenia ww. oferty zamawiający nie wezwał wykonawcy SKANSKA S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem analiza ww. dokumentów wykazała, iż wykonawca w załączniku nr 6 do siwz (Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia) na stanowisko „przedstawiciela wykonawcy” wskazał p. X. Y., którego doświadczenie przedstawił w załączniku 6a „Informacja o doświadczeniu”. Z ww. dokumentów nie wynika, że ww. osoba posiada „minimum 5 lat doświadczenia na stanowiskach kierowniczych (Przedstawiciel Wykonawcy, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Projektu lub równoważne) związanych z zarządzaniem kontraktami na roboty realizowanymi w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe”, co było jednym w wymogów zamawiającego odnośnie ww. stanowiska (pkt VI.1.3.1 siwz). Tym samym wobec niemożności ustalenia, czy wykonawca Skanska S.A. uzupełniłby dokumenty dotyczące potencjału kadrowego, naruszenie art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp należy uznać za naruszenie, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji.

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