

Warszawa, dnia 3.01.2019 r.

UZP/DKZP/WKZ5/421/20()/17/KM
dot. KD/20/17/DKUE

Pan
Wojciech Wrona
Wójt Gminy Żegocina

Uprzejmie informuję, iż działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną następczą prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

**„Przebudowa drogi gminnej nr 580390 Rozdziele – Laskowa
w Rozdzielu w km 0+000 – 1+217”.**

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w załączeniu przesyłam informację o wyniku kontroli.

Załącznik:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej – KD/20/17/DKUE

KD/20/17/DKUE

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Żegocina Żegocina 316 32-731 Żegocina
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	przebudowa drogi gminnej nr 580390 Rozdziele – Laskowa w Rozdzielu w km 0+000 – 1+217
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	25.11.2016 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	351651-2016
Wartość zamówienia:	1.187.825,66 zł (tj. 284.515,95 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich – Poddziałanie 7.2. – wsparcie inwestycji związanych z tworzeniem, ulepszeniem lub rozbudową wszystkich rodzajów małej infrastruktury, w tym inwestycji w energię odnawialną i oszczędzanie energii, operacja typu budowa lub modernizacja dróg lokalnych
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 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „*ustawa Pzp*”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza:

1) naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. nie były dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu;

2) 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, dalej jako: „*siwz*”, bez następczego ich sprostowania lub zmiany oraz naruszenie art. 41 pkt 7a ustawy Pzp poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów jakie winni przedłożyć wykonawcy;

3) naruszenie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia 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 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 917), dalej jako: „*Kodeks pracy*” oraz poprzez zaniechanie określenia przez zamawiającego w treści *siwz*:

- sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp,

- uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,

- rodzaju 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;

4) naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieudzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące treści *siwz* zadane przez wykonawcę PROFEXIM Sp. J. H. J. Duda w terminie określonym w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp;

5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie ofert wykonawców: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich Beskid G.A. Duda Sp. J. i

F.H.U. KAMBUD Stanisław Klimek, bez poprawienia kosztorysu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

6) naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD, celem ustalenia czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę.

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.1.2.) oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) (rozdział V pkt 2 ppkt 2) zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, cyt.: *„(...) nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie”*. Jednocześnie w rozdziale VII punkcie 4 siwz zamawiający zapisał, cyt.: *„W celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt 2) ustawy Pzp, należy na wezwanie zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania, złożyć w wyznaczonym przez zamawiającego terminie następujące oświadczenia i dokumenty: (...) dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Wykonawca ma przedłożyć polisę OC na kwotę min. 100.000 zł”*.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 8 listopada 2018 r. zamawiający został poproszony o wyjaśnienie, czy zamawiający dokonywał zmian siwz w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający wyjaśnił m.in., cyt.: *„(...) w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 2 siwz przez omyłkę zapisano, że zamawiający nie wyznacza szczegółowego warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Natomiast w celu oceny spełniania warunku zamawiający wymagał przedłożenia Polisy OC na minimum 100.000 zł, co zostało wyegzekwowane od wybranego wykonawcy”*.

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.

Z powyższych przepisów wynika m.in., iż dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 4 (tj. dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego) Rozporządzenia Ministra Rozwoju 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”, zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. W konsekwencji, żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert warunki udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim ww. dokumenty potwierdzają spełnianie powyższych warunków.

Ze względu na fakt, iż wymagane przez zamawiającego dokumenty, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia nie potwierdzają spełniania przez wykonawców warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, postawiony przez zamawiającego wymóg ich przedłożenia stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. W rozdziale VII siwz, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia zamawiający żądał od wykonawców dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt 1, 9, 10, § 5 pkt 4 – 10, § 7 ust. 1 pkt 2 lit. b, § 7 ust. 3 oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia. Powyższe dokumenty miały być przedkładane na wezwanie zamawiającego w wyznaczonym terminie.

Jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zapisał, cyt.: „Wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp: Oświadczenie o braku podstaw wykluczenia” (sekcja III.4. ogłoszenia o zamówieniu), „Wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (...) w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu: Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu” (sekcja III.5. – III.5.1. ogłoszenia o zamówieniu).

Zgodnie z treścią art. 41 pkt 7a ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Tym samym, zamawiający zobowiązany był do wskazania dokumentów jakie winni przedłożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia. Jednocześnie należy podkreślić, iż w ogłoszeniu o zamówieniu nie znajduje się również odesłanie do treści siwz, w której zostały wyszczególnione wymagane dokumenty.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż zamawiający w trakcie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie zmieniał ogłoszenia o zamówieniu jak również nie modyfikował siwz, a ww. niezgodność 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 ww. przepis w przypadku zmian w siwz wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści tych dokumentów od początku wymaga zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu.

Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią siwz, bez następczego ich sprostowania lub zmiany, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp oraz poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów jakie winni przedłożyć wykonawcy, naruszył art. 41 pkt 7a ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. W rozdziale V pkt 2.3. siwz zamawiający wskazał, cyt.: *„Wykonawca ma dysponować osobą z uprawnieniami kierownika budowy w zakresie budowy dróg zatrudnioną na podstawie umowy o pracę”*. Jednocześnie w rozdziale III pkt 8.1. siwz zamawiający zapisał, cyt.: *„Wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia zostały określone w załączniku nr 5 do niniejszej specyfikacji”*.

W toku prowadzonej kontroli, w piśmie z dnia 15 listopada 2018 r. zamawiający wyjaśnił m.in., cyt.: „Wymagania dotyczące zatrudnienia o pracę zostały sprecyzowane w rozdziale 7 pkt 5.9. siwz. Nie zostały sprecyzowane na załączniku nr 5”.

W piśmie z dnia 11 grudnia 2018 r. zamawiający ponownie wyjaśnił, cyt.: „(...) przez niedopatrzenie naszego pracownika ds. zamówień publicznych nie zawarto w treści siwz oraz w załączniku nr 5 do siwz zapisów dotyczących sposobu dokumentowania zatrudniania osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełnienia przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań: rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudniania na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Żaden z oferentów nie kwestionował zapisów siwz oraz załącznika nr 5 w tym zakresie. Pomimo tego wybrany wykonawca doręczył oświadczenie o zatrudnieniu pracowników w oparciu o umowę o pracę. W załączeniu przesyłamy pominięte w kserowaniu oświadczenie dotyczące ww. sprawy”.

Mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny 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 Kodeksu pracy 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 Kodeksu pracy. 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 Kodeksu pracy. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu ww. art. 22 § 1 Kodeksu pracy zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać 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.

Przedmiot niniejszego zamówienia stanowi przebudowa drogi gminnej nr 580390 Rozdziele – Laskowa w Rozdzielu w km 0+000 – 1+217. Z analizy dokumentacji technicznej przedmiotowego postępowania wynika, że jego zakres obejmuje m.in.: odtworzenie trasy i punktów wysokościowych, rozbiórkę elementów dróg, ogrodzeń, przepustów, roboty ziemne, wykonanie wykopów w gruntach kat. I-V, wykonanie nasypów, oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych oraz zabezpieczenie geosiatką nawierzchni asfaltowej.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż przynajmniej część z przykładowo wymienionych powyżej czynności stanowi wykonywanie pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, 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. W niniejszym postępowaniu, ograniczając się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby, cyt.: „(...) z *uprawnieniami kierownika budowy w zakresie budowy dróg*”, zamawiający dokonał wadliwej oceny czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

4. W toku przeprowadzonej kontroli ustalono, iż wykonawca PROFEXIM Sp. J. H.J. Duda, pismem przesłanym do zamawiającego w dniu 5 grudnia 2016 r., zwrócił się o wyjaśnienie treści siwz, jednak z dokumentacji postępowania nie wynika, aby zamawiający udzielił na nie odpowiedzi. W wyniku składanych wyjaśnień, w piśmie z dnia 11 grudnia 2018 r. zamawiający wskazał, cyt.: „(...) *przez niedopatrzenie naszego pracownika ds. zamówień publicznych nie udzielono odpowiedzi na zawarte w piśmie pytania wykonawcy PROFEXIM Sp. J. H.J. Duda,*

który pismem przesłanym do naszego Urzędu faksem dnia 05.12.2016 r. zwrócił się o wyjaśnienie treści siwz. Przez nieuwagę ww. pracownik udzielił odpowiedzi pismem znak UG.271.20.PN.2016 z dnia 05.12.2016 (przesłanym emailem do wykonawcy PROFEXIM Sp. J. H.J. Duda w dniu 05.12.2016 r. o godz. 11.23) na zapytania wykonawcy F.H.U. INSTBUD Stanisław Bogota Sp. J. zamiast odpowiedzi na zawarte w piśmie pytania wykonawcy PROFEXIM Sp. J. H.J. Duda (...)”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż:

- na 6 dni przed upływem terminu składania ofert,
- na 4 dni przed upływem terminu składania ofert - w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
- na 2 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp

- pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych od dnia 25 listopada 2016 r., a termin na składanie ofert wyznaczył do dnia 12 grudnia 2016 r.

Stosownie do treści art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025, 1104 i 1629), dalej jako: „*Kodeks cywilny*”, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W ustawie Pzp brak jest szczegółowych uregulowań dotyczących terminów do dokonania czynności w zakresie objętym dyspozycją art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, w powyższej sytuacji zastosowanie znajdą przepisy Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 115 Kodeksu cywilnego jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

Z uwagi na fakt, iż dzień, w którym upłynęła połowa wyznaczonego terminu składania ofert przypadał na dzień 4 grudnia 2016 r. (niedziela), zamawiający obowiązany był do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, na pytania wykonawców wpływające do dnia

5 grudnia 2016 r. włącznie. Nieudzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące treści siwz zadane przez wykonawcę PROFEXIM Sp. J. H. J. Duda do ww. terminu stanowiło naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

5. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania zamawiający, pismami z dnia 19 grudnia 2016 r. poinformował wykonawców: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Beskid G.A. Duda Sp. J. oraz F.H.U. KAMBUD Stanisław Klimek o odrzuceniu ofert ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w związku z wystąpieniem w powyższych ofertach błędów rachunkowych w kosztorysach ofertowych.

W toku prowadzonej kontroli zamawiający został poproszony m.in. o udzielenie wyjaśnień w niżej wskazanym zakresie, tj., cyt.: „1. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2016 r. poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Beskid G.A. Duda Sp. J. o odrzuceniu jego oferty wskazując, iż: „(...) w związku z wystąpieniem błędu rachunkowego w kosztorysie ofertowym na „przebudowę drogi gminnej nr 580390 Rozdziele – Laskowa w Rozdzielu” (poz. 6 – jest ilość 2 a winno być 50), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 UPZP zamawiający odrzuca waszą ofertę”. W poz. 6, przedłożonego przez ww. wykonawcę wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, brak jest wyżej wymienionej, wskazanej przez zamawiającego wyrażonej w liczbach wartości. W związku z powyższym, proszę o wskazanie pozycji w kosztorysie ofertowym wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Beskid G.A. Duda Sp. J., której błędne wypełnienie stało się podstawą odrzucenia oferty ww. wykonawcy (...).

3. Ponadto z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2016 r. poinformował wykonawcę F.H.U. KAMBUD Stanisław Klimek o odrzuceniu jego oferty wskazując, iż: „(...) w związku z wystąpieniem błędu rachunkowego w kosztorysie ofertowym na „przebudowę drogi gminnej nr 580390 Rozdziele – Laskowa w Rozdzielu” (poz. 1.001 – jest ilość 50 a winno być 55), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 UPZP zamawiający odrzuca waszą ofertę”. Kopia kosztorysu ofertowego przedłożonego przez ww. wykonawcę, przesłanego przez zamawiającego celem przeprowadzenia kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania jest nieczytelna.

Mając na uwadze powyższe, proszę o uzupełnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania o kosztorys ofertowy wykonawcy F.H.U. KAMBUD Stanisław Klimek”.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 15 listopada 2018 r. zamawiający wyjaśnił m.in., iż:

- „(...) w piśmie o odrzuceniu oferty PRI „Beskid” G.A. Duda Sp. J. zaistniała pomyłka pisarska.

Powołano się na poz. 6 kosztorysu ofertowego, natomiast różnica wystąpiła w pozycji 60 kosztorysu (poręczce ochronne sztywne U-12a – zgodnie ze specyfikacją techniczną). Przyjęto ilość 2 metry zamiast 50 m”;

- „Wyjaśniamy, że w piśmie o odrzuceniu oferty do wykonawcy FHU KAMBUD Stanisław Klimek nastąpił błąd dotyczący pozycji kosztorysu ofertowego. Oznaczenie dotyczy błędnej ilości (55 metrów w kosztorysie ofertowym poz. 2.3.1, a dotyczącej pozycji 3.001 z przedmiaru robót – 50 metrów)”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na treść art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis wymienia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Jedną z nich są błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 6 ww. przepisu). Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cen- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w siwz i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego. Należy jednak zwrócić uwagę, że ustawa Pzp nie nakazuje kategorię odrzucenia takich ofert w każdym przypadku. W art. 87 ust. 2 ustawy Pzp wskazane są bowiem rodzaje omyłek podlegających poprawie celem usunięcia niezgodności zaistniałych w ofercie względem siwz. Przy czym, podkreślenia wymaga, że zamawiający ma nie tylko prawo, ale również obowiązek dokonania poprawy omyłek zawartych w ofertach, jeżeli mieszczą się one w zakresie tego przepisu.

Jednym z rodzajów omyłek, jakie można poprawić są inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zawarte w ww. przepisie pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dopuszczalności poprawiania innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Przykładowo z wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1127/10) wynika, iż „zamawiający w przedmiarach poszczególnych robót jasno wskazał ilości robót jakie należy przyjąć do sporządzenia kosztorysu. Tym samym w ocenie Izby nie ma najmniejszych wątpliwości jakie wielkości poszczególnych robót winny

się znaleźć w omyłkowo przyjętych przez Odwołującego pozycjach kosztorysu. W związku z powyższym zamawiający winien poprawić ofertę Konsorcjum poprzez przyjęcie w wadliwych pozycjach kosztorysu ilości robót wskazanych w przedmiarach robót załączonych do siwz i dokonać wyliczenia ceny całej pozycji na podstawie tych danych, a następnie skorygowanie o uzyskaną kwotę cenę oferty w danej części zamówienia a następnie konsekwentnie dokonać zmiany kwoty oferty dla całości zamówienia”.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż w przedmiotowym stanie faktycznym błędy w sporządzonych przez wykonawców: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Beskid G.A. Duda Sp. J. i F.H.U. KAMBUD Stanisław Klimek kosztorysach ofertowych miały charakter omyłek, o których mowa w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z okoliczności faktycznych wynika, iż poprawa poszczególnych pozycji kosztorysów ofertowych nie miałaby istotnego wpływu na realizację przedmiotu zamówienia opisaną przez zamawiającego. Zgodnie z powyższym należało poprawić treść ofert odrzuconych w zakresie omyłek pozycji kosztorysu ofertowego polegających na błędnej ilości jednostek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. jako inne omyłki polegające na niezgodności ofert z siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W związku z powyższym, odrzucenie ofert wykonawców: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Beskid G.A. Duda Sp. J. i F.H.U. KAMBUD Stanisław Klimek, bez poprawienia kosztorysu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 1.187.825,66 zł (netto), co brutto stanowi 1.461.025,56 zł. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 14 listopada 2016 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu zastosował kryteria oceny ofert: cena – waga 60%, termin wykonania – waga 20% oraz termin gwarancji – waga 20%.

W postępowaniu oferty złożyło 12 wykonawców, z czego dwie zostały odrzucone przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (vide naruszenie nr 5). Z 12 ofert, dwie złożone zostały przez nw. wykonawców z następującymi cenami brutto:

1. Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD – cena brutto 996.811,47 zł;
2. Wielobranżowe P.P.U.H. JANDA Janina Duda – cena brutto 895.000,00 zł.

Z zestawienia ofert złożonych w postępowaniu wynika, że średnia arytmetyczna cen brutto wynosi 1.168.132,31 zł.

Próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego brutto (tj.1.461.025,56 zł) wynosi 1.022.717,89 zł, a próg ceny oferty niższej o 30% od średniej arytmetycznej cen brutto wszystkich złożonych ofert wynosi 817.692,62 zł.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający zwrócił się jedynie do wykonawcy Wielobranżowe P.P.U.H. JANDA Janina Duda w piśmie z dnia 14 grudnia 2016 r. „na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy (...) o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w poniższym zakresie”. Z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego pismem z dnia 2 stycznia 2019 r. wynika, że zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe ZIBUD w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

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 ceny ofert złożonych przez wykonawców: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD oraz Wielobranżowe P.P.U.H. JANDA Janina Duda były niższe 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 również do wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez nich ceny.

Jednocześnie należy wskazać, iż z obowiązku wezwania w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD, poza wykonawcą Wielobranżowe P.P.U.H. JANDA Janina Duda, 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 Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe ZIBUD, 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.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ust. 1 ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń 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.