

Warszawa, dnia 05.10.2016 r.

UZP/DKUE/KD/63/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Nozdrzec Nozdrzec 224 36-245 Nozdrzec
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Utwardzenie placu w miejscowości Nozdrzec i Izdebki oraz remont Domu Strażaka w Hłudnie
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	329 044,14 zł (77 882,11 euro); Część I: 170 753,78 zł (40 416,05 euro), Część II: 158 290,36 zł (37 466,06 euro)

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

A. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

1. Jak wynika z protokołu kontrolowanego postępowania, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 329 044,14 zł (77 882,11 euro), w tym: część I: 170 753,78 zł (40 416,05 euro), część II: 158 290,36 zł (37 466,06 euro). Zamawiający nie przewidział udzielania zamówień uzupełniających, zatem nie zostały one ujęte w wartości szacunkowej. W odpowiedzi na prośbę Prezesa Urzędu, zamawiający, pismem z dnia 05.09.2016 r.,

W odniesieniu do części nr 2 zamówienia, w przypadku trzech wymienionych niżej wykonawców, ceny ich ofert były niższe od wartości szacunkowej tej części zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, o następującą wielkość:

- [REDAKTOWANE] – cena niższa o 36,99% od wartości szacunkowej,
- [REDAKTOWANE] – cena niższa o 35,98% od wartości szacunkowej,
- [REDAKTOWANE] – cena niższa o 30,95% od wartości szacunkowej.

W toku postępowania zamawiający nie wzywał żadnego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający nie powziął wątpliwości w tej kwestii i rozstrzygnął postępowanie w części nr 2 zamówienia, wybierając jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy [REDAKTOWANE] z ceną brutto 122 678,63 zł. Informacja o wyniku postępowania została przekazana wykonawcom w dniu 14.01.2015 r.

Zgodnie z treścią 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 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.

Z powyższego przepisu wynika, iż obowiązek badania, czy cena oferty nie ma charakteru rażąco niskiej powstaje zawsze, gdy zamawiający nabierze wobec jej wysokości uzasadnionych wątpliwości. Dodatkowo przepis przewiduje, że obowiązek ten powstaje w wyszczególnionej sytuacji, w której cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższa regulacja nakłada na zamawiającego obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Okoliczność, iż cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej

arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert została ukształtowana jako przesłanka wywołująca w sposób obiektywny wątpliwości w kwestii możliwości należytego zrealizowania przez wykonawcę zamówienia za zaproponowaną cenę. Tym samym oferta wykonawcy zawierająca cenę niższą od wskazanego w ustawie progu powoduje konieczność skierowania przez zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie pozostawia przy tym wątpliwości, że do zaktualizowania się powyższego obowiązku wystarczające jest stwierdzenie zaoferowania ceny niższej o 30% w stosunku do chociażby jednego z dwóch punktów odniesienia – wartości szacunkowej lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższe stanowisko podzielone zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.02.2016 r., KIO 183/16, w którym stwierdzono, odnosząc się do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: *„Z przytoczonego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika obowiązek wezwania wykonawcy do uruchomienia procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy cena "wydaje się" rażąco niska i gdy jej wysokość "budzi wątpliwości". W dalszej zaś części przepisu, ustawodawca wyraźnie przesądził, że wątpliwości takie należy powziąć zawsze, gdy cena oferty pozostaje w określonym, 30% stosunku do średniej arytmetycznej ofert lub wartości zamówienia (...). W świetle analizowanego przepisu bez znaczenia pozostawało to, że rzeczywiście cena oferty przystępującego (...) nie odbiegała znacznie ani od ceny oferty najdrożej, ani od ceny oferty odwołującego. W świetle przywołanego przepisu odbieganie ceny ofertowej od wartości zamówienia jest samodzielną i niezależną przesłanką obligującą zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział zaś, że od obowiązku takiego może zwolnić zamawiającego fakt, że cena analizowanej oferty nie odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu”.*

W kontrolowanym postępowaniu ceny ofert trzech wykonawców:

1. [REDACTED]
2. [REDACTED]
3. [REDACTED],

w zakresie części nr 2 zamówienia, były niższe o ponad 30% od wartości szacunkowej brutto tej części zamówienia. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza, jak wskazano wyżej, bezwzględny obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji zaistnienia chociażby jednej z okoliczności przewidzianych w tym przepisie. Takimi okolicznościami są w szczególności wprost wymienione w ustawie: zaproponowanie ceny niższej o 30% od wartości zamówienia lub zaproponowanie ceny niższej o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Z uwagi na fakt, że w kontrolowanym postępowaniu zaistniała pierwsza z wymienionych sytuacji, zamawiający zobligowany był do wezwania wymienionych wyżej trzech wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2. Zamawiający określił w SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia. W odniesieniu do części nr 2 zamówienia wymagano, aby wykonawca przedstawił udokumentowane, należyte wykonanie, w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na wymianie stolarki okiennej i drzwiowej oraz dociepleniu elewacji o wartości co najmniej 100 000 zł.

Wykonawca [REDAKTOR] złożył wraz z ofertą wykaz robót wraz z referencjami, które potwierdzają wykonanie dwóch robót. W odniesieniu do zamówienia pn.: *Termomodernizacja budynku Urzędu Gminy w Wiśniowej* ani z wykazu, ani z referencji nie wynika wykonanie przez wykonawcę w ramach tego zamówienia stolarki drzwiowej. Z kolei, w odniesieniu do zamówienia pn.: *Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej w gminie Strzyżów* z dokumentów nie wynika wykonanie stolarki okiennej, ani stolarki drzwiowej.

Wykonawca [REDAKTOR] złożył wraz z ofertą wykaz robót wraz z referencjami, które potwierdzają wykonanie dwóch robót. W odniesieniu do zamówienia pn.: *Przebudowa, nadbudowa, rozbudowa oraz zmiana sposobu użytkowania budynku Starej Szkoły w miejscowości Wróblik Królewski gm. Rymanów z przeznaczeniem na Rotacyjne Mieszkania dla osób Niepełnosprawnych* ani z wykazu, ani z referencji nie wynika wykonanie przez wykonawcę w ramach tego zamówienia stolarki okiennej i drzwiowej. Podobnie, w odniesieniu do zamówienia wykonanego na rzecz [REDAKTOR] z dokumentów również nie wynika wykonanie stolarki okiennej, ani stolarki drzwiowej.

Wykonawca [REDAKTOR] złożył wraz z ofertą wykaz robót wraz z referencjami, które potwierdzają wykonanie dwóch robót: *Termomodernizacja budynku mieszkalnego Zgromadzenia Sióstr Służebniczek NMP NP w Orzechówce 29* oraz *Termomodernizacja budynku przedszkola i budynku mieszkalnego Zgromadzenia Sióstr Służebniczek NMP w Domaradzu*. W przypadku obu powyższych zamówień ani z wykazu, ani z referencji nie wynika, że obejmowały one wykonanie stolarki drzwiowej.

Wykonawca [REDAKTOR] złożył wraz z ofertą wykaz robót wraz z referencjami, które potwierdzają wykonanie zamówienia pn.: *Prace modernizacyjne dotyczące budynku II Liceum Ogólnokształcącego w Sanoku* oraz kilku zamówień na rzecz Gminy Sanok. Ze złożonych dokumentów nie wynika wykonanie w ramach któregośkolwiek z wymienionych zamówień stolarki okiennej i drzwiowej.

W toku postępowania zamawiający nie wzywał powyższych wykonawców do uzupełnienia złożonych wykazów robót, w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. W piśmie z dnia 08.09.2016 r. zamawiający poinformował, w odpowiedzi na prośbę Prezesa Urzędu, iż uznał opisy powyższych robót zawarte w złożonych dokumentach za wystarczające do uznania spełnienia warunku.

Należy zauważyć, że opis warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do części drugiej zamówienia określał w jasny sposób zakres wymagań, których spełnienie

wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na wymianie stolarki okiennej i drzwiowej oraz dociepleniu elewacji o wartości co najmniej 100 000 zł.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (III.4.2), wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt. III.4.2 ogłoszenia.

Wykonawca [REDAKTOR] złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych robót, w którym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie części nr 2 zamówienia wykazał dwie roboty, w tym zamówienie pn.: „*Termomodernizacja budynku Urzędu Gminy w Wiśniowej*”, które zostało wykonane przez podmiot trzeci udostępniający wykonawcy wiedzę i doświadczenie – [REDAKTOR]. Wykonawca złożył zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia potencjału, w którym wskazano, że „*udzielenie wiedzy i doświadczenia będzie polegało na doradztwie i kontroli wykonywania poszczególnych etapów robót. Firma [REDAKTOR] (...) zobowiązuje się wyznaczyć osobę, posiadającą doświadczenie w wykonywaniu podobnych robót, celem udzielenia wiedzy i doświadczenia*”.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika, że przy udostępnieniu potencjału podmiotu trzeciego, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, niezwykle istotne jest wykazanie zamawiającemu realności udostępnienia tego potencjału w taki sposób, aby mógł on być faktycznie wykorzystany przy realizacji zamówienia. Obowiązek wykazania powyższego spoczywa na wykonawcy, który po wyborze jego oferty będzie odpowiadał za realizację zamówienia.

Należy także podkreślić, że korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego stanowi wyjątek od zasady, zgodnie z którą to wykonawca ma wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i należyście wykonać zamówienie. Korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego ma więc miejsce w sytuacji, w której wykonawca samodzielnie opisanych przez zamawiającego warunków nie spełnia i tym samym nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia. Aby

zamówienie to mogło być jednak wykonane należycie, wykonawca musi korzystać realnie z zasobów podmiotu trzeciego, co w przypadku zamówienia na roboty budowlane powinno polegać na udziale podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w roli podwykonawcy. Tylko taki bowiem udział podmiotu trzeciego zapewnia rzeczywiste udostępnienie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, który sam ich nie posiada.

W niniejszej sprawie jedynym dowodem udostępnienia potencjału [REDAKTURA], przedłożonym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Jako sposób udostępnienia potencjału wskazano „doradztwo i kontrolę wykonywania poszczególnych etapów robót”. Ponadto, [REDAKTURA] (...) zobowiązuje się wyznaczyć osobę, posiadającą doświadczenie w wykonywaniu podobnych robót, celem udzielenia wiedzy i doświadczenia”. Mając na uwadze opisany wyżej stan prawny, powyższe oświadczenie [REDAKTURA] nie może być uznane za gwarantujące rzeczywiste przekazanie wiedzy i doświadczenia na etapie realizacji zamówienia. Wiedza i doświadczenie stanowi taki rodzaj potencjału, którego nie sposób oddzielić od przedsiębiorcy nabywającego taki potencjał w toku swojej działalności zawodowej. Z tego względu, jak opisano wyżej, jedynie faktyczny udział podmiotu posiadającego odpowiednie doświadczenie w realizacji części zamówienia, daje gwarancję jego rzeczywistego przekazania. W przypadku robót budowlanych doradztwo i kontrola robót przez oddelegowanego pracownika podmiotu trzeciego nie stanowi środka wystarczającego do udowodnienia prawidłowego udostępnienia wiedzy i doświadczenia i zapewnienia należytej realizacji zamówienia. W okolicznościach kontrolowanego postępowania sposób udostępnienia potencjału [REDAKTURA] [REDAKTURA] powinien być ustalony jako podwykonawstwo tej spółki przy realizacji robót budowlanych. W treści zobowiązania nie wskazano jednak podwykonawstwa, ponadto w formularzu ofertowym „[REDAKTURA] w pkt 2 nie zawarł informacji, iż ma zamiar powierzyć część robót podwykonawcom.

Jednocześnie, nie można uznać wyjaśnień zamawiającego, że wykonawca i podmiot trzeci należą do tej samej grupy kapitałowej, w związku z czym, zdaniem zamawiającego, „skoro Wykonawca występuje również w podmiocie, który zobowiązuje się do oddania do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, będzie miał do nich pełny dostęp w korzystaniu przy wyborze jego oferty”. Należy zauważyć, że z faktu przynależności do jednej grupy kapitałowej nie wynika konkretna informacja o sposobie udostępnienia potencjału przez powiązane podmioty. Powiązania kapitałowe, ani osobowe nie świadczą o gwarancji uczestniczenia podmiotu trzeciego w wykonaniu robót w charakterze podwykonawcy.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy

lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W związku z powyższym zamawiający obowiązany był do wezwania wykonawcy [REDAKTOWANE] do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, ewentualnie innych dokumentów potwierdzających w sposób niebudzący wątpliwości, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dla części nr 2 zamówienia dotyczący należytego wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na wymianie stolarki okiennej i drzwiowej oraz dociepleniu elewacji o wartości co najmniej 100 000 zł. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z tym, że oferta wykonawcy [REDAKTOWANE] nie była najkorzystniejsza w postępowaniu, powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności ekonomicznej wymagający od wykonawców wykazania posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN.

W treści ogłoszenia o zamówieniu, w pkt III.4.1, zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy przedłożyli opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Z kolei, w rozdz. 11 ust. 4 SIWZ określono, że zamawiający wymaga złożenia polisy bez wskazania, aby była to polisa opłacona.

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a ich katalog określony został w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. nr 231 z 2013 r.), w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że

wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W rozporządzeniu mowa jest o opłaconej polisie, a zatem polisie, od której zapłacono składkę ubezpieczeniową (bądź ratę składki). W sytuacji, gdy zamawiający określa warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, dokumentem, którego może żądać jest wyłącznie polisa wraz z udokumentowanym potwierdzeniem jej opłacenia, z zastrzeżeniem, że w przypadku braku takiej polisy wykonawca może złożyć inny dokument potwierdzający posiadanie wymaganego ubezpieczenia. Obowiązek wymagania potwierdzenia zapłaty składki polisy (bądź jej raty) wynika z faktu, iż z mocy odrębnych przepisów opłacenie polisy jest dowodem skutecznego zawarcia umowy ubezpieczenia. Co za tym idzie, wyłącznie opłacona polisa może stanowić potwierdzenie znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej gwarantującej należyte wykonanie zamówienia.

Z kolei zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zakres wymaganych dokumentów, wskazanych w SIWZ, musi być zgodny z wykazem oraz opisem dokumentów przewidzianym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. nr 231 z 2013 r.).

Wobec powyższego należy uznać, że treść SIWZ w rozdz. 11 ust. 4, w którym wymaga się złożenia polisy bez potwierdzenia jej opłacenia jest niezgodna z wymaganiami określonymi w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Sformułowanie SIWZ w powyższym kształcie stanowi wobec tego naruszenie § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Jak wskazano w uzasadnieniu naruszenia nr 4, zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności ekonomicznej wymagający od wykonawców wykazania posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN.

W treści ogłoszenia o zamówieniu, w pkt III.4.1, zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy przedłożyli opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Z kolei, w rozdz. 11 ust. 4 SIWZ określono, że zamawiający wymaga złożenia polisy bez wskazania, aby była to polisa opłacona.

W uzasadnieniu naruszenia nr 4 opisano, że w oparciu o treść § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zamawiający może żądać od wykonawców, na potwierdzenie warunku dotyczącego posiadanego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej,

wyłącznie opłaconej polisy, a więc polisy wraz z potwierdzeniem opłacenia składki, bądź raty składki. Zamawiający musi dysponować wiedzą w kwestii faktycznego objęcia wykonawcy przez ubezpieczyciela ochroną ubezpieczeniową, która, przy braku odmiennych postanowień umowy ubezpieczenia, rozpoczyna się od dnia opłacenia składki, bądź jej pierwszej raty.

Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „SATURN” Sp. z o.o. oraz [REDAKTOR] złożyli wraz z ofertą polisę bez potwierdzenia opłacenia składki, bądź jej pierwszej raty. W polisach tych wykonawców określony został natomiast obowiązek opłacenia składki, ze wskazaniem daty płatności, przypadającej przed terminem składania ofert.

W związku z tym, że złożonych przez powyższych wykonawców dokumentów nie wynikało, czy posiadają oni skuteczne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej. Co za tym idzie, złożone dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku zdolności ekonomicznej.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W związku z powyższym zamawiający obowiązany był do wezwania Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „SATURN” Sp. z o.o., [REDAKTOR] do uzupełnienia dokumentów potwierdzających w sposób jednoznaczny dysponowanie ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej na kwotę minimum 100 000 PLN. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z tym, że oferty wymienionych wykonawców nie były najkorzystniejsze w postępowaniu, powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Jak wskazano w uzasadnieniu poprzedniego naruszenia, zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności ekonomicznej wymagający od wykonawców wykazania posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości nie mniejszej niż 100 000 PLN.

W treści ogłoszenia o zamówieniu, w pkt III.4.1, zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy przedłożyli opłaconą polisę, a w przypadku jej

braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Z kolei, w rozdz. 11 ust. 4 SIWZ określono, że zamawiający wymaga złożenia polisy bez wskazania, aby była to polisa opłacona.

Wykonawca [REDAKTOR] złożył wraz z ofertą polisę ubezpieczeniową bez dokumentu potwierdzającego opłacenie składki, bądź jej pierwszej raty. W treści polisy wskazano okres ubezpieczenia od 16.12.2014 r. do 15.12.2015 r. Ustalono również termin zapłaty składki na dzień 30.12.2014 r., tj. po terminie składania ofert.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów zamawiający może żądać na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przy interpretowaniu § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia należy uwzględnić art. 814 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Z przepisu tego wynika, że co do zasady opłacenie składki, bądź jej pierwszej raty stanowi moment powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela. Jednakże przepis ten dopuszcza ustalenie przez strony, iż samo zawarcie umowy spowoduje skuteczne powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela, a tym samym uzyskanie przez ubezpieczającego ochrony ubezpieczeniowej. W tym przypadku składka, bądź jej pierwsza rata, może być opłacona w czasie późniejszym. Polisa potwierdzająca zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w takim kształcie również odpowiada wymogom § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia.

W niniejszym postępowaniu wykonawca [REDAKTOR] złożył polisę bez załączenia dowodu opłacenia składki określonej w treści polisy. Ze złożonego dokumentu nie wynika również, czy ustalono rozpoczęcie ochrony ubezpieczeniowej wykonawcy od momentu zawarcia umowy, czy też opłacenia składki. W konsekwencji zamawiający pozbawiony był możliwości oceny spełnienia przez [REDAKTOR] warunku zdolności ekonomicznej.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Mając na uwadze złożenie polisy, której treść nie pozwala na stwierdzenie spełnienia wszystkich wymogów określonych w opisie warunku zdolności ekonomicznej, zamawiający obowiązany był do wezwania [REDAKTOR] do wyjaśnienia, czy umowa ubezpieczeniowa, zawarta między wykonawcą a ubezpieczycielem przewidywała powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela od momentu jej zawarcia, czy też od momentu zapłaty składki za ubezpieczenie. Zaniechanie powyższego obowiązku stanowi naruszenie art.

26 ust. 4 ustawy Pzp. W związku z tym, że ofert powyższego wykonawcy nie była najkorzystniejsza w postępowaniu, powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

7. W rozdziale 8 SIWZ zamawiający określił dokumenty wymagane od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wskazano, że *„Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty zgodnie z § 2 i § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817 z póź. zm.)”*.

Z kolei w treści ogłoszenia (po zmianie) zamawiający wymagał złożenia od takich wykonawców wyłącznie dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 08.12.2014 r., tj. po dacie wejścia w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. nr 231 z 2013 r.), które miało zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. W powyższym rozporządzeniu zakres dokumentów, których zamawiający może żądać od podmiotów zagranicznych określa § 3 ust. 3 oraz § 4.

W niniejszej sprawie zamawiający żądał, na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 1 - 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów. W konsekwencji żądania powyższych dokumentów, dotyczących podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium RP, zamawiający obowiązany był do określenia w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ odpowiednich dokumentów dotyczących podmiotów zagranicznych w zakresie zgodnym z dokumentami żądanymi od wykonawców krajowych. Tym samym, w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający powinien żądać dokumentów określonych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotów zagranicznych na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 3 ustawy Pzp. Takimi dokumentami są, poza oświadczeniem o braku podstaw do wykluczenia, dokumenty określone w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret pierwsze i drugie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.

W przytoczonej wyżej treści rozdz. 8 SIWZ zamawiający żądał dokumentów w oparciu o rozporządzenie nieobowiązujące w dniu wszczęcia postępowania. Ponadto, zakreślony w tym rozdziale wykaz dokumentów żądanych od podmiotów zagranicznych, wynikający z przywołanych przepisów nieobowiązującego rozporządzenia, przekracza zakres wymogów skierowanych w postępowaniu do podmiotów krajowych. Z treści rozdz. 8 wynika bowiem,

że zamawiający żąda od podmiotów zagranicznych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia nie tylko na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, ale również na podstawie ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 9 tego artykułu (tzn. dokumentów określonych odpowiednio w § 3 ust. 3 oraz § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret trzecie oraz lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.).

Z kolei w treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający żądał wyłącznie dokumentu określonego w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret drugie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., natomiast nie żądał od podmiotu zagranicznego dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto jego likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (tj. dokumentu określonego odpowiednio w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret pierwsze rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r.)

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców. Zatem zamawiający został zobowiązany do zapewnienia, aby wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego miały możliwość ubiegania się o zamówienie na takich samych zasadach.

W konsekwencji, opisane wyżej określenie w rozdz. 8 SIWZ szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych, niż od wykonawców krajowych, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret trzecie, lit. b) oraz § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.

Z kolei, zaniechanie żądania w ogłoszeniu o zamówieniu od podmiotu zagranicznego dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto jego likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi naruszenie przepisów obowiązującego w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U.2014.1481 j.t.), w związku z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) tiret pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. Powyższe naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

8. W kontrolowanym postępowaniu jedynym przewidzianym kryterium oceny ofert było kryterium ceny z wagą 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki

sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z analizy dokumentacji postępowania, ustalając kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, zamawiający nie sporządził załącznika do protokołu postępowania, o którym mowa w przytoczonym wyżej przepisie. Zamawiający – Gmina Nozdrzec – jako jednostka samorządu terytorialnego jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, w związku z czym jest podmiotem określonym w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W okolicznościach kontrolowanego postępowania zaistniały więc przesłanki określone w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp obligujące zamawiającego do sporządzenia załącznika do protokołu postępowania, określającego w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Naruszenie to 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 umotywowanych 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.