

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 16 kwietnia 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 marca 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data wpływu w dniu 26 marca 2014 r.) przez:

Gminę Jarocin, Al. Niepodległości 10, 63-200 Jarocin,

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 marca 2014 r. (znak: UZP/DKD/KND/14/13) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. „Remont dróg gminnych o nawierzchni gruntowej”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie: Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli dotyczące ustaleń przedstawionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

U z a s a d n i e n i e

W wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego przez zamawiającego Gminę Jarocin, w trybie przetargu nieograniczonego, na wykonanie robót budowlanych pn. „Remont dróg gminnych o nawierzchni gruntowej”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (w uzasadnieniu określany też w skrócie „Prezes UZP” i zamiennie „kontrolujący”) w Informacji o wyniku kontroli

doraźnej stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą Pzp” oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy.

W części II. „Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku”, kontrolujący stwierdził.

1. Naruszenie art. 29 ust. 1 oraz 31 ust. 1 i jednocześnie art. 41 ustawy Pzp przez nieokreślenie wielkości lub zakresu zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej.

Przedstawiając treść przepisów: art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i art. 31 ust. 1 ustawy Pzp - zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, kontrolujący wskazał, że zamawiający w siwz w opisie przedmiotu zamówienia podał jedynie:

„Przedmiotem zamówienia jest:

1. Remont cząstkowy dróg gruntowych za pomocą walca i równiarki,
2. Utwardzenie dróg gruzem budowlanym, tłuczniem kamiennym.

Oferent we własnym zakresie zabezpieczy materiał do wykonania robót.

Przedmiot zamówienia będzie wykonywany według uzgodnień z Zamawiającym”.

Jednocześnie kontrolujący wskazał, że ani w siwz (oraz w załącznikach do siwz), ani w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający nie zawarł żadnych opisów pozwalających określić wielkość czy zakres poszczególnych robót.

W ocenie kontrolującego należało uznać, że zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Ponadto, nie określił wielkości/zakresu poszczególnych rodzajów robót, tym samym uniemożliwił wykonawcom składającym oferty, skalkulowanie realnej ceny całkowitej za wykonanie zamówienia.

Zatem kontrolujący uznał, że czynności zamawiającego, stanowiły naruszenie przepisów wskazanych w pkt 1.

2. Naruszenie art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez opis sposobu obliczenia ceny oraz kryteria i sposób oceny ofert, które nie gwarantowały wyboru najkorzystniejszej oferty.

Kontrolujący oceniając opisy zamawiającego ustalił: przedmiotem zamówienia był remont cząstkowy dróg gruntowych za pomocą walca i równiarki oraz utwardzenie dróg gruzem budowlanym, tłuczniem kamiennym. Wykonawca we własnym zakresie miał zabezpieczyć materiał do wykonania robót. Przedmiot zamówienia miał być wykonywany według uzgodnień z zamawiającym.

We wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 1 do siwz) zamawiający wskazał poszczególne rodzaje robót, zobowiązując wykonawców do wpisania cen jednostkowych brutto za poszczególne roboty, łącznie ze wskazaniem stawek podatku VAT.

1. utwardzenie dróg gminnych tłuczniem przy gr. 8 cm - ... zł/m²,

2. 1 cm grubości utwardzenia = 1/8 ceny powyżej - ... zł/m²,

Przy wykonywaniu utwardzeń o grubości większej lub mniejszej niż 8 cm, cena za każdy 1 cm wynosić będzie 1/8 proponowanej ceny dla 8 cm utwardzenia,

3. utwardzenie dróg gminnych gruzem przy gr. 8 cm - ... zł/m²,

4. 1 cm grubości utwardzenia = 1/8 ceny powyżej - ... zł/m²,

Przy wykonywaniu utwardzeń o grubości większej lub mniejszej niż 8 cm, cena za każdy 1 cm wynosić będzie 1/8 proponowanej ceny dla 8 cm utwardzenia,

5. wykorytowanie 1 m² (głębokość do 25 cm) - ... zł/m²,

6. 1 cm głębokości wykorytowania = 1/25 ceny powyżej) - ... zł/m²,

Przy wykonywaniu koryta o głębokości większej lub mniejszej niż 25 cm, cena za każdy 1 cm wynosić będzie 1/25 proponowanej ceny dla 25 cm korytowania,

7. wywóz urobku - 1 m³ na odległość do 5 km - ...zł/m³,

8. 1 km wywozu = 1/5 ceny powyżej - ... zł/km,

Przy wywozie 1 m³ na odległość mniejszą lub większą niż 5 km, cena za każdy 1 m³ wynosić będzie 1/5 proponowanej ceny dla 5 km odległości,

9. praca równiarki samojezdnej - ... zł/godz.,

10. praca walca wibracyjnego - ... zł/godz.

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, podał w pozycji 9 formularza - praca równiarki samojezdnej cenę jednostkową brutto 2 zł/godz. oraz w pozycji 10 - praca walca wibracyjnego - 1 zł/godz., przy czym ceny wskazane przez pozostałych wykonawców w pozycji 9 wahały się od 73,80 zł/godz. do 153,75 zł/godz., natomiast w pozycji 10 od 48 zł/godz. do 153,75 zł/godz.

Jednocześnie w niektórych pozycjach 1-8 formularza ofertowego wykonawca podał ceny wyższe od cen pozostałych wykonawców:

Pozycje formularza ofertowego	Ceny wskazane przez pozostałych wykonawców	Ceny wskazane przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą
1	10,96 - 29,52 zł/m ²	70 zł/m ²
2	1,37 - 3,69 zł/m ²	8,75 zł/m ²
3	5,04 - 30,00 zł/m ²	30 zł/m ²
4	0,63 - 2,46 zł/m ²	3,75 zł/m ²
5	0,18 - 8,00 zł/m ²	0,25 zł/m ²
6	0.04 – 0.32 zł/m ²	0.01 zł/m ²
7	3,00 – 8,61 zł/m ³	0.05 zł/m ³
8	0,60 - 1,72 zł/km	0.01zł/km
9	73,80 - 153,75 zł/godz	2,00 zł/godz
10	48,00 - 153,75 zł/godz	1,00 zł/godz

Kontrolujący wskazał, że stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Kontrolujący podniósł, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 ustawy Pzp zamawiający powinien zawrzeć w siwz opis sposobu obliczenia ceny oraz opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz.

Jednocześnie stwierdził, że zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego określonej w ustawie Pzp ma na celu wyłonienie oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu. Celowi temu ma służyć dobór przez zamawiającego odpowiednich kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp). Z kolei

definicję najkorzystniejszej oferty zawiera art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną.

Mając powyższe na uwadze, kontrolujący uznał, że kryterium oceny ofert zostało określone nieprawidłowo. Podział kryterium cena (100%) na podkryteria, którym przyporządkowano wagi pozycje 1-8 waga 40% oraz pozycje 9-10 waga 60% nie gwarantował wyboru oferty zawierającej najniższą cenę za wykonanie zamówienia. Dokonanie odpowiednich przesunięć w poszczególnych pozycjach formularza mogło doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie gwarantowała zamawiającemu uzyskania świadczenia w zamian za najniższą cenę.

Kontrolujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2011 r., sygn. akt KIO 1958/11): „za niedopuszczalne należy uznać przypisanie przez Zamawiającego w kryteriach oceny ofert różnego znaczenia dla poszczególnych składników ceny w wyliczeniu ostatecznej punktacji w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest *de facto* cena. (...) Niedopuszczalne jest odmienne (nieproporcjonalne) traktowanie podkryteriów cenowych wyodrębnionych w ramach jednego kryterium cenowego. Wszakże udział każdego ze składników ostatecznej jednostkowej ceny ofertowej w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy jest równoważny, gdyż w sposób jednakowy wpływa na wysokość ceny i kształt przyszłego wynagrodzenia. Powyższe powoduje, iż wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o tak ukształtowane zasady i proporcje arytmetyczne jest niemożliwy, bez naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy”.

Konkludując kontrolujący podniósł, że przy tak skonstruowanym kryterium, ocenie podlega w istocie sposób skalkulowania ceny a nie rzeczywista wartość prac oferowanych przez wykonawcę. Zatem, opis sposobu obliczenia ceny oraz kryteria i sposób oceny ofert nie gwarantowały wyboru najkorzystniejszej oferty, co stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp wskazanych w pkt 2.

3. Zaniechanie odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. z siedzibą w Jarocinie, której złożenie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Kontrolujący uzasadnił stanowisko następująco.

W postępowaniu wykonawcy zaoferowali ceny jednostkowe za realizację zamówienia wskazane w pkt 2 Informacji (ceny wskazane przez pozostałych wykonawców i ceny wskazane przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą).

Z zestawienia wynika, że ceny wskazane przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. w pozycjach 7-10 znacząco odbiegają od cen wskazanych za wykonanie takich prac przez pozostałych wykonawców.

W załączniku nr 4 do siwz (projekt umowy) w § 4 zamawiający podał, że strony ustalają wynagrodzenie na podstawie cen jednostkowych brutto określonych w ofercie oraz ilości faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez inspektora nadzoru, nie określając ilości poszczególnych prac. Tym samym ostateczne wynagrodzenie wykonawcy miało charakter kosztorysowy i miało zostać ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych robót. Zatem, ceny jednostkowe nie są wielkościami, które miałyby jedynie obrazować sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, lecz są to ceny będące podstawą skalkulowania rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy. W tych okolicznościach kontrolujący uznał, że ceny jednostkowe mają cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych pozycji składających się na zamówienie. Wobec powyższego wskazane ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty powinny być oceniane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danej pozycji z formularza ofertowego (wskazał wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1734/12).

Ponieważ zamawiający nie określił ilości poszczególnych prac wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, nie można kalkulacji cenowej wykonawców rozpatrywać w odniesieniu do całości robót budowlanych, zatem ceny jednostkowe wskazywane przez wykonawców powinny być poddane przez zamawiającego analizie w odniesieniu do danego elementu zamówienia z uwzględnieniem kwestii związanej z ceną rażąco niską.

Wskazana przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. w pozycji 7-10 formularza ofertowego cena wywoływała uzasadnione wątpliwości, co do sposobu jej skalkulowania w odniesieniu do cen stosowanych przez pozostałych wykonawców.

Kontrolujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji 7-10 formularza ofertowego w celu ustalenia, czy cena za tę pozycję nie ma charakteru rażąco niskiej. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, kontrolujący wskazał, że sposób skalkulowania ceny przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynności wykonawcy można uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami, utrudniające innym wykonawcom dostęp do rynku, a zatem stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej w skrócie „uznk”, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców; 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży; 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W myśl art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zawarty w uznk katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane każde zachowanie wykonawcy, sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nawet jeżeli nie zostało ono wprost uznane za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie rozdziału 2 uznk.

W kontrolowanej sprawie zamawiający wprowadził różne kryteria cenowe dotyczące wysokości zaoferowanej przez wykonawców ceny jednostkowej za poszczególne elementy zamówienia. W ramach oceny tych kryteriów zamawiający oddzielnie dokonywał punktacji prac wskazanych w pozycjach 1-8 oraz 1-9. Przy takim sposobie sformułowania kryteriów oceny ofert i przyjętych zasadach ich oceny, czynności wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. polegające na manipulowaniu kryteriami oceny ofert celem uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy nie stosowali takich praktyk i uczciwie wskazywali cenę, wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. przyjął strukturę cenową swojej oferty w taki sposób, że umożliwiło mu to uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. Przy zaoferowaniu przez wykonawcę cen 2,00 zł/godz. za pracę równiarki samojezdnej oraz 1,00 zł/godz. za pracę walca wibracyjnego, ocena ofert pozostałych wykonawców była w sposób nieuzasadniony zaniżona. Doprowadziło to do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkutowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. Czynności wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, a więc należało uznać, że ich celem było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania zamówienia. Stanowi to przesłankę do uznania, że czynności wykonawcy stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 uznk.

Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” kryteriami oceny ofert w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami siwz.

Czynność wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, tym samym zaniechanie odrzucenia oferty stanowiło naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

4. Naruszenie art. 33 ust. 1 oraz art. 33 ust. 3 ustawy Pzp, a w szczególności przepisów rozdziału 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 130, poz. 1389) przez ustalenie wartości zamówienia na podstawie „lat ubiegłych i poniesionych kosztów”.

Z treści art. 33 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie: 1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane; 2) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem

zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane.

Ponadto, metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego zostały określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, które zostało wydane na podstawie delegacji przewidzianej w art. 33 ust. 3 ustawy Pzp.

Z kolei zgodnie z treścią art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane, który znajdował zastosowanie do określenia pojęcia „roboty budowlanej” w dacie wszczęcia postępowania, przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Natomiast stosownie do treści art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane obiekt budowlany stanowią: a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, b) budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, c) obiekt małej architektury.

Jednocześnie stosownie do treści art. 3 pkt 3 oraz 3a ustawy Prawo budowlane przez pojęcie „budowla” należy rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury np. obiekty liniowe, tj. drogi.

W przypadku robót budowlanych polegających na remoncie cząstkowym dróg gruntowych za pomocą walca i równiarki oraz utwardzeniu dróg gruzem budowlanym, tłucznem kamiennym, zamawiający ustala wartość zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na etapie opracowywania dokumentacji projektowej.

Mając powyższe na uwadze, kontrolujący stwierdził, że w związku z ustaleniem wartości zamówienia na podstawie „lat ubiegłych i poniesionych kosztów”, zamawiający naruszył wskazane w pkt 3 przepisy ustawy Pzp, a w szczególności rozdziału 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r.

Zamawiający - Gmina Jarocin - wniósł do Prezesa UZP pismo z dnia 21 marca 2014 r., w którym wskazał, że „Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający korzysta z przysługującego mu prawa i zgłasza do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej postępowania pn. „Remont dróg o nawierzchni gruntowej” - znak sprawy WGKI.271.P16.2012.”

W uzasadnieniu pisma przedstawił następującą argumentację.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu zamawiający zgodził się, że w myśl z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Wskazał, że jednak roboty budowlane polegające na remoncie cząstkowym dróg gruntowych są trudnym do zwymiarowania i opisania przedmiotem zamówienia z uwagi na fakt, iż zakres i ilość prac uzależnione są głównie od warunków pogodowych panujących w okresie zimowym. Wielkość ubytków przeznaczona do wyremontowania nie jest widoczna od razu tylko wraz z upływem czasu po okresie zimowym pojawiają się ubytki/wyrwy w drogach gruntowych. Stąd też opis zamawiającego w siwz, że „Przedmiot zamówienia będzie wykonywany według uzgodnień z Zamawiającym”. Obowiązkiem zamawiającego było informowanie na bieżąco wykonawcy o zakresie prac do wykonania.

Mając na względzie uwagi uczestnika postępowania przetargowego z 2012 r., zamawiający w 2014 r. ogłaszając postępowanie przetargowe polegające na remoncie dróg o nawierzchni gruntowej, uszczegółowił przedmiot zamówienia podając wielkości planowane do wykonania w 2014 r. na podstawie wielkości prac wykonanych w latach ubiegłych. Są to wielkości szacunkowe przedstawiające planowany zakres prac do wykonania w 2014 r.

W odniesieniu do zarzutu drugiego i trzeciego - zamawiający podniósł, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, zatem ocena oferty w tym zakresie należy do zamawiającego i powinna się odbywać każdorazowo w odniesieniu do danego stanu faktycznego i całokształtu występujących w nim okoliczności, z uwzględnieniem rodzaju udzielanego zamówienia publicznego. Co istotne, przyczyną złożenia oferty, której cena znacząco odbiega od cen innych ofert może być zarówno świadome działanie wykonawcy, jak również nierzetelność kalkulacji wykonawcy. Komisja przetargowa weryfikująca złożone oferty nie stwierdziła, że wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A., zaoferował rażąco niskie ceny w pozycji 7- 10 formularza ofertowego.

Celem uniknięcia nieporozumień z potencjonalnymi wykonawcami, co do kryteriów oceny ofert (podział kryterium cena 100% na podkryteria), zamawiający zmienił w 2014 r. postanowienia siwz i usunął opisy dotyczące podkryteriów cenowych. Wykonawca miał podany zakres prac do wykonania i przypisaną wielkość. Ustalona na tej podstawie przez

wykonawcę cena podlegała ocenie na podstawie przyjętego kryterium cena - 100%. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 ustawy Pzp, zamawiający w tegorocznym postępowaniu zawarł w siwz opis sposobu obliczania ceny oraz opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu obliczania ceny. Przyjęty opis sposobu obliczenia ceny oraz kryteria i sposób oceny ofert gwarantował wybór najkorzystniejszej oferty bez zarzutu ze strony potencjalnych wykonawców.

Z treści art. 33 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na etapie opracowania dokumentacji projektowej, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Remont cząstkowy dróg gruntowych nie jest typową robotą budowlaną wynikającą z Prawa budowlanego. Remont cząstkowy nawierzchni to nic innego jak zespół zabiegów technicznych wykonywanych na bieżąco, związanych z usuwaniem uszkodzeń o nawierzchni zagrażających bezpieczeństwu ruchu, jak również zabiegi obejmujące małe powierzchnie, hamujące proces powiększania się powstałych uszkodzeń. Remontowi cząstkowemu podlegają odcinki dróg niewymagające remontu w podstawowych elementach konstrukcyjnych (nośność konstrukcji jest wystarczająca). Remont cząstkowy to nic innego niż łatanie nawierzchni, usuwanie drobnych uszkodzeń, pęknięć, złuszczeń i wykruszeń nawierzchni, usuwanie skutków przełomów, uszczelnienie nawierzchni. Pojęcie „remont cząstkowy nawierzchni” mieści się w ogólnym pojęciu „utrzymanie nawierzchni”, a to z kolei jest objęte ogólniejszym pojęciem „utrzymanie dróg”.

Zgodnie z opisami siwz dla postępowania pn. „Remont dróg o nawierzchni gruntowej” zamawiający zobowiązany był informować wykonawcę o powstających na bieżąco ubytkach w drogach gruntowych. Na moment ogłoszenia postępowania zamawiający nie posiadał informacji o dokładnej ilości i głębokości wyrw/dziur w drodze, aby mógł sporządzić kosztorys inwestorski, jak również dokumentację projektową.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego, przedstawiając następujące stanowisko.

1. W pkt 1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 marca 2014 r. Prezes UZP wskazał, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia, naruszył art. 29 ust. 1, 31 ust. 1 oraz art. 41 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego dotyczącej pkt 1 Informacji, kontrolujący podniósł, że nie kwestionując twierdzeń zamawiającego odnośnie braku możliwości ustalenia bezwzględnie wiążącego zakresu robót, należy wskazać, iż nie uzasadnia ona nieokreślenia

nawet przybliżonej szacunkowej ilości prac objętych zakresem zamówienia. Zauważył, że zamawiający w protokole postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wskazał, iż wartość zamówienia została ustalona na podstawie „lat ubiegłych i poniesionych kosztów”, zatem wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia w 2012 r., zamawiający mógł określić wielkość lub zakres zamówienia na podstawie ilości robót wykonanych w poprzednich latach.

Prezes UZP podtrzymał stwierdzone w Informacji naruszenie art. 29 ust. 1, 31 ust. 1 oraz 41 ustawy Pzp.

2. W odniesieniu do stwierdzonego w punkcie 2. Informacji naruszenia art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający wskazał, że w 2014 r. usunął opisy siwz dotyczące podkryteriów cenowych w ramach kryterium cena. Wykonawca miał podany zakres prac do wykonania i przypisaną wielkość. Ustalona na tej podstawie przez wykonawcę cena podlegała ocenie ofert na podstawie przyjętego kryterium cena - 100%.

Mając na uwadze, że zamawiający nie zakwestionował stanowiska Prezesa UZP wyrażonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13 marca 2014 r. oraz nie podniósł żadnych nowych argumentów dotyczących postępowania przemawiających za uznaniem jego czynności za zgodne z ustawą Pzp, Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko zawarte w pkt 2. Informacji.

3. W odniesieniu do stwierdzonego w punkcie 3. Informacji naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wskazał, że komisja przetargowa weryfikując złożone oferty, nie stwierdziła, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. zaoferował rażąco niskie ceny w pozycji 7-10 formularza ofertowego.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń zamawiającego, kontrolujący wskazał, co następuje.

Ceny podane przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. w pozycjach 7-10 znacząco odbiegają od cen wskazanych za wykonanie takich prac przez pozostałych wykonawców.

Różnice cen - w ofercie wybranej i w pozostałych ofertach:

- w pozycji 7 formularza ofertowego była 60 razy niższa od kolejnej ceny wskazanej w tej pozycji oraz 172 razy niższa od najwyższej ceny wskazanej w tej pozycji;
- w pozycji 8 formularza ofertowego była 60 razy niższa od kolejnej ceny wskazanej w tej pozycji oraz 172 razy niższa od najwyższej ceny wskazanej w tej pozycji;

- w pozycji 9 formularza ofertowego była 37 razy niższa od kolejnej ceny wskazanej w tej pozycji oraz 77 razy niższa od najwyższej ceny wskazanej w tej pozycji;
- w pozycji 10 formularza ofertowego była 48 razy niższa od kolejnej ceny wskazanej w tej pozycji oraz 154 razy niższa od najwyższej ceny wskazanej w tej pozycji.

Jednocześnie kontrolujący wskazał, że ostateczne wynagrodzenie wykonawcy miało charakter kosztorysowy i miało zostać ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych robót.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UZP uznał, że nie sposób przyjąć, iż ceny wskazane przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” w pozycjach 7-10 nie wywoływały uzasadnionych wątpliwości, co do sposobu skalkulowania ceny, w szczególności biorąc pod uwagę skonstruowane przez zamawiającego kryterium oceny ofert. Tym samym Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko zawarte w punkcie 3. Informacji.

4. W odniesieniu do stwierdzonego w punkcie 4. Informacji naruszenia art. 33 ust. 1 oraz art. 33 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wskazał, że nie posiadał informacji o dokładnej ilości i głębokości wyrw/dziur w drodze, aby mógł sporządzić kosztorys inwestorski, jak również dokumentację projektową. Remont częściowy dróg gruntowych nie jest typową robotą budowlaną wynikającą z Prawa budowlanego, lecz mieści się w pojęciu „utrzymanie dróg”. Ustosunkowując się do podniesionej przez zamawiającego argumentacji, kontrolujący podniósł, że obowiązkiem zamawiającego przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest należyte przygotowanie tego postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz oszacowanie wartości zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, który znajdował zastosowanie do określenia pojęcia „roboty budowlanej” w dacie wszczęcia postępowania, przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Natomiast stosownie do treści art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane obiekt budowlany stanowią: a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, b) budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, c) obiekt małej architektury.

Stosownie do treści art. 3 pkt 3 oraz 3a ustawy Prawo budowlane przez pojęcie „budowla” należy rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury np. obiekty liniowe, tj. drogi.

Mając na uwadze, że zamawiający nie podniósł żadnych nowych argumentów przemawiających za uznaniem jego czynności za zgodne z ustawą Pzp, Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko zawarte w pkt 4. Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Jednocześnie Prezes UZP poinformował, że stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, opiniując zastrzeżenia uznała, co następuje.

W opinii Izby, zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz przepisów wykonawczych do ustawy Pzp, nie zasługują na uwzględnienie.

Izba uznała, że zamawiający nie zgłosił merytorycznych zastrzeżeń, co do istoty zarzutów w zakresie żadnego z czterech punktów wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 13.03.2014 r., część II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku. Nie wskazał sprzeczności w ustaleniach faktycznych dokonanych w toku czynności kontrolnych, jak też oceny prawnej czynności i zaniechania zamawiającego, przedstawionych przez kontrolującego w wyniku przeprowadzonej kontroli.

1. Naruszenie art. 29 ust. 1 oraz 31 ust. 1 i jednocześnie art. 41 ustawy Pzp przez nieokreślenie wielkości lub zakresu zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej, jako zasadne, nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego w sposób zasługujący na uwzględnienie.

Podniesione w zastrzeżeniach okoliczności, że „Jednak roboty budowlane polegające na remoncie cząstkowym dróg gruntowych są trudnym do wymiarowania i opisanie przedmiotem zamówienia z uwagi na fakt, iż zakres i ilość prac uzależniona jest głównie od warunków pogodowych panujących w okresie zimowym, a wielkość ubytków przeznaczona do wyremontowania nie jest widoczna od razu tylko wraz z upływem czasu po okresie zimowym pojawiają się ubytki/wyrwy w drogach gruntowych”, nie mogą zostać uwzględnione, gdyż nie zwalniają zamawiającego z obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób właściwy dla robót budowlanych.

W protokole kontroli doraźnej (UZP/DKD/KND/14/13) kontrolujący ustalił w części B, pkt 1, na podstawie informacji zamieszczonych w protokole postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W ocenie Izby, skoro wartość zamówienia na roboty budowlane w postępowaniu wszczętym w dniu 14.12.2012 r. została ustalana na podstawie „lat ubiegłych i poniesionych kosztów”, słuszne było stanowisko kontrolującego nie uznające tak sformułowanych zastrzeżeń zamawiającego. Izba podziela stanowisko kontrolującego, że zamawiający mógł określić wielkość lub zakres zamówienia na podstawie ilości robót wykonanych w poprzednich latach, w sposób nienaruszający przepisów ustawy Pzp wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

2. Naruszenie art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez opis sposobu obliczenia ceny oferty oraz kryteriów i sposobu oceny ofert niegwarantujący wyboru najkorzystniejszej oferty, nie zostało podważone przez zamawiającego.

Zamawiający nie zakwestionował stanowiska Prezesa UZP, nie wniósł żadnych zastrzeżeń w przedmiocie ustaleń zamieszczonych w punkcie 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej, stąd brak jest zasadności wyrażania opinii w tym zakresie.

3. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. z siedzibą w Jarocinie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, której złożenie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba podzieliła stanowisko kontrolującego, że (...) „zamawiający wprowadził różne kryteria cenowe dotyczące wysokości zaoferowanej przez wykonawców ceny jednostkowej za poszczególne elementy zamówienia. W ramach oceny tych kryteriów zamawiający oddzielnie dokonywał punktacji prac wskazanych w pozycjach 1-8 oraz 1-9. Przy takim sposobie sformułowania kryteriów oceny ofert i przyjętych zasadach ich oceny działania wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. polegające na manipulowaniu kryteriami oceny ofert, celem uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy nie stosowali takich praktyk i uczciwie wskazywali cenę, wypełnia znamiona dokonania czynu nieuczciwej konkurencji.”

Izba podzieliła też dalsze stanowisko przedstawione w Informacji, że wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. przyjął taką strukturę cenową swojej oferty, która umożliwiła mu uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób

naruszający zasady uczciwej konkurencji. Przy zaoferowaniu przez wykonawcę cen 2,00 zł/godz. za pracę równiarki samojezdnej oraz 1,00 zł/godz. za pracę walca wibracyjnego, ocena ofert pozostałych wykonawców była w sposób nieuzasadniony zaniżona. Doprowadziło to do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. Czynności wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, a więc należało uznać, że ich celem było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania zamówienia. Stanowi to przesłankę do uznania, że czynności wykonawcy stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami siwz.

Przedstawione w zastrzeżeniach stanowisko zamawiającego, wskazujące wyłącznie, że komisja przetargowa weryfikująca oferty nie stwierdziła rażąco niskiej ceny w wybranej ofercie w pozycjach 7-10 formularza ofertowego, a tym samym usprawiedliwiające brak reakcji na czyn nieuczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w świetle szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia naruszenia przepisów ustawy Pzp, zamieszczonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, podzielanego przez Izbę, wskazuje na brak właściwego odbioru oceny czynności i zaniechania zamawiającego przedstawionej przez kontrolującego, jako efekt przeprowadzonej kontroli doraźnej.

Złożenie oferty wypełniającej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, a tym samym zaniechanie zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zostało dowiedzione w toku kontroli i nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego.

4. Naruszenie art. 33 ust. 1 oraz art. 33 ust. 3 ustawy Pzp, a w szczególności przepisów rozdziału 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych

określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, w związku z ustaleniem wartości zamówienia na podstawie „lat ubiegłych i poniesionych kosztów”, zostało potwierdzone.

Wskazanie w zastrzeżeniach, że remont cząstkowy nawierzchni jest zespołem zabiegów technicznych wykonywanych na bieżąco, związanych z usuwaniem uszkodzeń o nawierzchni zagrażających bezpieczeństwu ruchu, jak również zabiegów obejmujących małe powierzchnie, hamujące proces powiększania się powstałych uszkodzeń, tym samym polegającym na łatanie nawierzchni, usuwaniu drobnych uszkodzeń, pęknięć, złuszczeń i wykruszeń nawierzchni, usuwaniu skutków przełomów, uszczelnieniu nawierzchni, które mieści się w ogólnym pojęciu „utrzymanie nawierzchni”, a to z kolei jest ogólniejszym pojęciem „utrzymanie dróg”, nie może stanowić podstawy uwzględnienia przedstawionej argumentacji, jako umotywowanych zastrzeżeń.

Również, nieposiadanie przez zamawiającego informacji o dokładnej ilości i głębokości wyrw/dziur w drodze na moment ogłoszenia postępowania, co uniemożliwiło sporządzenie kosztorysu inwestorskiego, jak też dokumentacji projektowej, nie stanowi okoliczności uzasadniających zaniechanie zamawiającego doprowadzające w konsekwencji do wskazanego w pkt 4 naruszenia przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia wykonawczego.

Przywoływane w stanowiskach kontrolującego i zamawiającego przepisy ustawy Pzp określają obowiązki zamawiającego związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem rodzaju zamówień, w tym robót budowlanych. Zamawiający zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp nie może na etapie wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, kwestionować kwalifikacji zamówienia, jaką przyjął wszczynając postępowanie i wskazywać inny charakter przedmiotu zamówienia, niż wynikający z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Celem kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonej na podstawie ustawy Pzp, jest sprawdzenie zgodności postępowania z przepisami ustawy (art. 161 ust. 2 ustawy Pzp).

W ocenie Izby, w okolicznościach sprawy, brak jest podstaw by uznać, że zamawiający zgłaszając zastrzeżenia zakwestionował w jakikolwiek sposób ustalenia i ocenę postępowania o udzielenie zamówienia, przedstawione w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Reasumując powyższe, Izba wyraziła opinię jak na wstępie, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....