

KU/150/19/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne
Lasy Państwowe
Nadleśnictwo Szprotawa
ul. Henrykowska 1A
67-300 Szprotawa

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: budowa urządzeń retencyjnych małej retencji wodnej w zlewni rzeki Rudy - Etap I i II

Data wszczęcia postępowania: 28.06.2019 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2019/S 123-299336

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)

Wartość zamówienia: 4.202.173,31 zł (tj. 974.597,79 euro) – wartość kontrolowanego zamówienia, z podziałem na części:

Część 1 – 2.169.813,48 zł (tj. 503.238,51 euro), w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – 500.726,19 zł (116.131,96 euro);

Część 2 – 2.032.359,83 zł (tj. 471.359,28 euro), w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – 469.006,12 zł (108 775,22 euro);

146.359.639,57 zł (tj. 33.944.764,15 euro) – całkowita szacunkowa wartość projektu

Środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014-2020

Rodzaj procedury: zamówienie klasyczne

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia przygotowany w sposób niewyczerpujący i nie uwzględniający wszystkich elementów mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

2) art. 36 ust. 2 pkt 10) w związku z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez ograniczenie możliwości wykonania zamówienia obejmującego wykonanie robót budowlanych przez dalszych podwykonawców;

3) art. 143d ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania we wzorze umowy postanowień dotyczących zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami.

UZASADNIENIE

1. Uzasadnienie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z nadesłaną do kontroli uprzedniej dokumentacją przedmiotem niniejszego zamówienia jest budowa urządzeń retencyjnych małej retencji wodnej w zlewni rzeki Rudy - Etap I i II.

Etap I – obejmuje Zadanie nr I, w ramach którego zaplanowano budowę urządzeń retencyjnych małej retencji i sześciu obiektów stawowych wraz z odtworzeniem rowów melioracyjnych o długości 14,5 km, oznaczonych jako R44 w zlewni ID16544 - „Dopływ ze Stawów Bobrowickich” i ID91601 - „Stawy Bobrowickie”, od km 0+100 do 5+608 rowu szczegółowego R44-0 i jego dopływami od R44-1 do R44-10 (bez stawu nr 6 i rowu R44-6-1). Etap II – obejmuje Zadanie nr II, w ramach którego zaplanowano budowę urządzeń retencyjnych małej retencji wraz z odtworzeniem rowów melioracyjnych o długości około 13,7 km, oznaczonych jako R46 – przekrój ID16546 - „Dopływ ze Śliwnika” w km od 1+570 do 4+000 rowu szczegółowego R46-0 z jego dopływami od R46-1 do R46-10 oraz R45 - ID16545 - „Ruda od dopływu ze Stawów Bobrowickich do dopł. ze Śliwnika” w km od 0+561 do 4+650 rowu szczegółowego R45-0 i z jego dopływami od R45-1 do R45-12.

Zamawiający przyjął kosztorysowy charakter wynagrodzenia, wprowadzając jednocześnie zapis w pkt 13.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w którym stwierdzono, że: „Wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia szczegółowego Kosztorysu ofertowego opracowanego w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ. Każda pozycja szczegółowego kosztorysu ofertowego powinna zawierać wyszczególnione i wycenione takie czynniki cenotwórcze jak materiały, sprzęt i robocizna.”.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że zamawiający załączył do SIWZ uproszczony przedmiar robót, żądając od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego w wersji szczegółowej z zastrzeżeniem zawartym w powyższym pkt 13.3 SIWZ. Jednocześnie należy zaznaczyć, że zamawiający przekazał do kontroli uprzedniej szczegółowy kosztorys inwestorski.

Następnie należy stwierdzić, że w toku kontroli uprzedniej zamawiający udzielił m.in. następujących wyjaśnień:

„(...) ceny poszczególnych elementów składowych pozycji kosztorysu (R,M,S) wykonawca może wycenić jedynie w przypadku ich występowania dla danej pozycji. W kosztorysie występują bowiem pozycje tworzone jedynie w oparciu o część z nich. W takim przypadku wykonawca wycenia tylko te elementy cenotwórcze, które w danej pozycji występują np. w przypadku braku sprzętu (S) dla danej pozycji kosztorysu wykonawca zobowiązany jest jedynie do wyceny dwóch pozostałych składników ją tworzących - materiał (M) oraz robocizna (R) - czyli wszystkich występujących dla danej pozycji.

W takim przypadku zamawiający uznaje powyższy warunek za spełniony i zgodny z pkt 13.3.SIWZ.

Podkreślenia wymaga fakt, iż ze względu na charakter przedmiotowych prac wiele pozycji kosztorysu odzwierciedlać będą technologię prac typową dla robót melioracyjnych opartych

jedynie o prace ręczne, co skutkować będzie wyszczególnieniem dla przedmiotowych pozycji jednego możliwego do wykazania składnika cenotwórczego w postaci robocizny.

To, czy wyszczególnione w danej pozycji składniki cenotwórcze (R, M, S) wyczerpują zakres zadania Zamawiający określa na podstawie opisu danej pozycji oraz informacji zawartych w STWiOR oraz w całości dokumentacji technicznej opisującej zakres prac niezbędnych do wykonania.

W ślad za zakresem prac niezbędnych do wyceny przedmiotowi oferenci wycenili poszczególne składniki cenotwórcze (zgodnie z pkt 13.3 SIWZ) - wpisując w przypadku ich braku w podsumowaniu danej pozycji wartość równą 0.00.

(...) Zamawiający, jako opis przedmiotu zamówienia oraz podstawę wyceny przedmiotu zamówienia, udostępnia oferentom kompletną dokumentację techniczną wraz z przedmiarem robót. Przedmiar robót nie ma charakteru szczegółowego. Zamawiający nie praktykuje udostępniania tzw. „kosztorysu ślepego”.

(...) Każda pozycja kosztorysu szczegółowego jest wyceniana przez wykonawcę samodzielnie na podstawie posiadanej wiedzy i dokumentacji technicznej - w tym w szczególności w oparciu o szczegółowe informacje zawarte w Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót, która opisuje szczegółowo zakres wykonywania prac oraz specyfikacje materiałowe.”.

Dodatkowo zamawiający wyjaśnił m.in., że:

(...) Zamawiający unika przekazywania wykonawcom szczegółowego przedmiaru robót (kosztorys ślepy) z uwagi na fakt, iż miałyby to wpływ na narzucenie wykonawcy technologii wykonywania prac, która w przypadku poszczególnych oferentów może być różna. Oferenci stosując wybraną przez siebie technologię prac (np. zmniejszenie ilości pracy ręcznej na rzecz mechanicznej) mogą ją wykorzystać jako jeden z czynników kształtujących cenę oferty.”.

Zgodnie 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.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.07.2010 r. (KIO/UZP 1447/10), Izba zwróciła uwagę, że: „Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez Zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. (...)”.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty ma umożliwić wykonawcom obliczenie ceny

oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny. Wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia są wiążące dla wykonawców i zamawiającego, który jest obowiązany precyzyjnie opisać przedmiot zamówienia. Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, jak również pozwala obliczyć cenę oferty, zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w SIWZ. Istota przepisu art. 29 ustawy Pzp sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że zamawiający załączając do SIWZ ogólny przedmiar robót, jednocześnie dysponując szczegółowym kosztorysem inwestorskim, przy jednoczesnym wprowadzeniu wymagania przedstawienia przez wykonawców szczegółowego kosztorysu ofertowego zaniechał przekazania informacji, które mogły mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Należy uznać, że ww. informacje, które nie zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia miały zasadnicze znaczenie dla określenia przez wykonawców kosztów związanych z realizacją zamówienia, a tym samym ceny zaoferowanej za realizację zamówienia, bowiem poszczególni wykonawcy mogliby uznać, że w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego nie ma potrzeby wprowadzania wszystkich wymaganych przez zamawiającego czynników cenotwórczych jak: materiały, sprzęt i robocizna.

Podkreślenia wymaga, jak to zostało wskazane powyżej, że zamawiający winien dokonać opisu przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje bez ryzyka narażenia się na odrzucenie oferty, która byłaby sprzeczna z SIWZ.

Odnosząc się natomiast do wyjaśnień zamawiającego, w szczególności stwierdzenia, że: *„Zamawiający unika przekazywania wykonawcom szczegółowego przedmiaru robót (kosztorys ślepy) z uwagi na fakt, iż miałyby to wpływ na narzucenie wykonawcy technologii wykonywania prac, która w przypadku poszczególnych oferentów może być różna.”*, należy zaznaczyć, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i sporządza opis przedmiotu zamówienia według swoich potrzeb. Wskazywanie na daną technologię wykonywania prac - w tym przypadku - należy do uprawnień zamawiającego, a nie wykonawcy. Jeżeli istnieją różne technologie wykonywania

przedmiotowych prac, zamawiający powinien wymienić technologie, które dopuszcza (z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji), aby wykonawcy analizując dokumentację techniczną mogli zdecydować czy są zainteresowani złożeniem oferty w danym postępowaniu. Ponadto wbrew twierdzeniu zamawiającego, przykładowo w nw. pozycjach przedmiaru robót, wskazano np. na technologię wykonania prac, bowiem wpisano, że:

Część 1:

- poz. 16 - wykopy koryt rzek, kanałów i rowów wykonywane koparkami z ręcznym rozplantowaniem gruntu,
- poz. 17 - ręczne usuwanie namułu z cieków,
- poz. 28 - plantowanie ręczne rowów, skarp i korony nasypów,
- poz. 55 - przygotowanie ręczne zbrojenia,
- poz. 61, poz. 78 oraz poz. 101 - rowki kotwiące wykonane ręcznie.

Część 2:

- poz. 16 - wykopy koryt rzek, kanałów i rowów wykonywane koparkami z ręcznym rozplantowaniem gruntu,
- poz. 17 - ręczne usuwanie namułu z cieków,
- poz. 28 - plantowanie ręczne rowów, skarp i korony nasypów,
- poz. 55 - przygotowanie ręczne zbrojenia,
- poz. 61 oraz poz. 78 - rowki kotwiące wykonane ręcznie.

Powyższe prowadzi do wniosku, że zważywszy na treść zastrzeżenia zawartego w pkt 13.3 SIWZ, sporządzony przez zamawiającego, a następnie przekazany wykonawcom opis przedmiotu zamówienia przygotowany został w sposób niewyczerpujący i nie uwzględniał wszystkich elementów mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. A zatem, opis przedmiotu zamówienia został sformułowany z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie mając na uwadze fakt, iż w ramach przedmiotowego postępowania zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert wyłącznie ze względu na okoliczności opisywane w niniejszym naruszeniu, tj. zastosowanie wyceny pozycji w formie uproszczonej, stwierdzić należy, iż powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Uzasadnienie naruszenia art. 36 ust. 2 pkt 10) w związku z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 7 ust. 21 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, zamawiający wskazał, że nie wyraża zgody na zawarcie umowy przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą.

Zgodnie z treścią art. 36 ust. 2 pkt 10) ustawy Pzp, w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również informację

o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie zaś z treścią art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o umowie o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, że zamawiający nie dokonał zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę jakiegokolwiek części przedmiotowego zamówienia. Zgodnie zaś z definicją zawartą w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane instytucję podwykonawcy należy utożsamiać z instytucją dalszego podwykonawcy. Innymi słowy przepisy ustawy Pzp dotyczące podwykonawcy należy stosować również do dalszego podwykonawcy. Ustawa Pzp nie reguluje wyłączeń jej stosowania w stosunku do samych dalszych podwykonawców robót budowlanych. Tym samym jeśli zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia, nie może zastosować wyłączenia w odniesieniu do dalszych podwykonawców.

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, że ograniczenie możliwości wykonania zamówienia obejmującego wykonanie robót budowlanych przez dalszych podwykonawców stanowi naruszenie art. 36 ust. 2 pkt 10) w związku z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Uzasadnienie naruszenia art. 143d ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Z nadesłanej do kontroli uprzedniej dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że zamawiający zaniechał wskazania we wzorze umowy postanowień dotyczących zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami.

Zgodnie z treścią art. 143d ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami.

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, że zaniechanie wskazania we wzorze umowy powyższych informacji stanowi naruszenie art. 143d ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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.

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