

**Sygn. akt: KIO/KD 69/16**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 8 listopada 2016 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 10 listopada 2016 r. przez:

**Zamawiającego:** Gminę Mietków, ul. Kolejowa 35, 55-081 Mietków

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 października 2016 r.,  
(znak: UZP/DKUE/W1/421/108(8)/16/JR)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Śladami Domanickich bzów budowa chodnika

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:           Robert Skrzyszewski

Członkowie:               Justyna Tomkowska

                                  Ryszard Tetzlaff

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

W wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego (WK/265/16/DKUE) na podstawie art. 161 ust. 4 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podjął decyzję o wszczęciu z urzędu kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Śladami Domanickich bżów budowa chodnika” zrealizowanego przez Zamawiającego: Gminę Mietków, ul. Kolejowa 35, 55-081 Mietków.

Przedmiot zamówienia obejmował przebudowę drogi powiatowej 2085D w liniach rozgraniczających, polegającą na budowie chodnika dla pieszych wraz z przebudową zjazdów na posesje, wykonaniem odwodnienia oraz nasadzeniem bżów i ustawieniem ławek parkowych.

W Zakres robót objętych przebudową wchodziły:

- roboty przygotowawcze,
- roboty rozbiórkowe istniejącej nawierzchni i krawężników drogowych,
- wykonanie koryta pod projektowaną nawierzchnię chodnika, zjazdów i krawężniki,
- ustawienie krawężników drogowych 15x30 cm i obrzeży drogowych 6x20cm i 8x30cm,
- wykonanie konstrukcji chodników i zjazdów:
  - konstrukcja nawierzchni chodnika,
  - konstrukcja nawierzchni zjazdów,
  - konstrukcja nawierzchni chodników w miejscu przejazdu na drogi wewnętrzne,
- wykonanie odwodnienia,
- opracowanie i wdrożenie projektu tymczasowej organizacji ruchu na czas budowy chodnika,
- wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w dokumentacji projektowej (projekt budowlany, STWiOR, przedmiar robót).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP lub Kontrolującym, 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 2015 r., poz. 2164 wraz ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp, przeprowadził z urzędu kontrolę doraźną następczą w wyniku, której stwierdził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów prawa:

1. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi Zamawiającemu na dokonanie rzetelnej oceny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2. art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zawarcie w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym wiedzy i doświadczenia wymogu wykazania robót w zakresie dróg, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest budowa jedynie chodnika;

3. art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zawarcie w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wymogu, aby wysokość ubezpieczenia była równa, co najmniej cenie oferty.

W ocenie Prezesa UZP wyrażonej w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 października 2016r. biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wystosowane przez Zamawiającego wezwanie o wyjaśnienia w trybie powyższego artykułu należało uznać, że ww. wykonawca Mat – Bruk J. W. – M. nie złożył wyjaśnień wraz z dowodami pozwalającymi Zamawiającemu na dokonanie rzetelnej oceny, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mat – Bruk J. W. – M., które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Dalej, Prezes UZP mając na uwadze ustalony stan faktyczny zwrócił uwagę, że sformułowany w postępowaniu opis warunku wiedzy i doświadczenia nie jest związany z przedmiotem zamówienia i jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ponieważ odnosi się do innego rodzaju robót, przy tym bardziej skomplikowanych, niż roboty objęte przedmiotem zamówienia.

Według Kontrolującego postawiony przez Zamawiającego wymóg w znaczący sposób przekraczał poziom wystarczający do wykazania posiadania doświadczenia niezbędnego do należytej realizacji zamówienia.

Z powyższych względów Prezes UZP stwierdził, iż Zamawiający opisał warunek wiedzy i doświadczenia z naruszeniem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, które to naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ostatnie ze stwierdzonych przez Prezesa UZP naruszeń obowiązującego prawa związane było z postanowieniami pkt V.1.4) w zw. z VI.D.1) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanych dalej SIWZ oraz z sekcją III.3.5) ogłoszenia o zamówieniu, gdzie – w

jego ocenie - należało przyjąć, że co do zasady opis warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej wykonawcy nie powinien odnosić się do wartości złożonej oferty, ponieważ po pierwsze, nie zapewnia wyboru wykonawcy, który należycie wykona zamówienie.

W ocenie Kontrolującego tak opisany warunek może prowadzić do sytuacji, w której niektórzy z wykonawców dostosują cenę oferty do wartości polisy, jaką są w stanie wykazać, nie zaś do rzeczywistych kosztów rzetelnego wykonania zamówienia. Taka krótkowzroczność w podaniu ceny oferty może z kolei wpłynąć negatywnie na sposób realizacji zamówienia. Tym samym ww. opis warunku może prowadzić do sytuacji, która nie służy wyborowi wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a zatem jest zaprzeczeniem celu opisywania warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie, Kontrolujący wskazał, że taki opis warunku nie pozwala wykonawcom, którzy zamierzają wskazać realną cenę oferty (nie zaś dostosowaną do wartości polisy OC, jaką wykazali na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu), na ocenę, czy spełniają ten warunek, przed ustaleniem przez nich możliwości (m.in. technicznych, logistycznych, kadrowych, organizacyjnych) wykonania zamówienia i przed obliczeniem ceny, za jaką ewentualnie są w stanie to zamówienie wykonać.

Po trzecie, Kontrolujący zauważył, że nie można uznać, że zamawiający opisał warunek proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, skoro ostateczna wartość polisy OC, jaka zostanie wskazana na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zależy od wartości, czy zakresu tego przedmiotu zamówienia, ale od tego, jaką cenę zdecyduje się wskazać w swojej ofercie wykonawca.

Powyższe doprowadziło Kontrolującego do wniosku, że opis ww. warunku w zakresie odnoszącym się do ceny oferty przede wszystkim jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (w ogóle nie odnosi się do przedmiotu zamówienia), a ponadto jest sprzeczny z celem opisywania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie zapewnia wyboru wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie.

Powyższe naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 ustawy Pzp nie miało jednak wpływu na wynik postępowania.

W związku ze stwierdzonymi powyższymi naruszeniami, określonymi w ustaleniach kontrolnych, Prezes UZP wraz z powyższym pismem, przekazał je Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń do wyników kontroli.

Pismem z dnia 14 października 2016 r., doręczonym Prezesowi UZP w tym samym dniu, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający podniósł między innymi, że wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie przesądza, że cena danej oferty jest rażąco niska, a przepis art.90 ust.1 ustawy Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, lecz wymienia niektóre okoliczności, jakie mogą na taką cenę wskazywać.

Zdaniem Zamawiającego o istnieniu rażąco niskiej ceny rozstrzyga on sam w odniesieniu do konkretnego przypadku.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w jego przypadku zapytanie nie było nazbyt szczegółowe ze względu na powszechność i łatwą dostępność tego typu usług na rynku, jak również nieskomplikowany rodzaj robót budowlanych, dlatego zwrócono się o wyjaśnienie, a nie o szczegółowe kalkulacje robót, wykazy kosztów, wybranych rozwiązań technicznych czy oryginalność projektu wykonawcy.

Zaznaczył, że Wykonawca złożył w terminie wyjaśnienie, tłumacząc, dlaczego zaproponowana przez niego cena była najniższą ceną w postępowaniu. W diagnozie ceny nie analizowano wyłącznie wyjaśnień wykonawcy, ale także inne czynniki mogące mieć wpływ na ostateczną cenę wykonania zadania, a możliwe do sprawdzenia poza postępowaniem takie jak: czas ogłoszenia przetargu: jesień - listopad - okres, w którym na rynku znajduje się więcej „wolnych” wykonawców robót drogowych (typowo plenerowych) niż w okresie wiosenno - letnim, dostępność pracowników sezonowych poza sezonem, odległy termin wykonania, położenie zadania (względna bliskość siedziby wykonawcy), porównanie z cenami innych złożonych ofert w postępowaniu, porównanie z cenami podobnych robót w innych gminach.

Zamawiający dalej argumentował, że ustawodawca pozostawił możliwość oceny wyjaśnień oraz tej konkretnej sytuacji przez samego zamawiającego, a ta dokonuje się w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, dlatego wnioskował o nie podważanie przysługującej mu możliwości oceny.

Według Zamawiającego to, czy wyjaśnienia były mało czy też bardzo „konkretne i przekonujące” albo odpowiednio „wystarczające” nie odzwierciedlają wprost zapisów ustawy – wykonawca, bowiem udzielił wyjaśnień w terminie, a dokonana przez nas ocena potwierdziła, że cena nie jest rażąco niska. Wykonawca złożył oczywiste objaśnienie, a o naruszeniu ustawy nie może być tutaj mowy.

W ocenie Zamawiającego pojęcie „dowodu” w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko, a za dowód może być także uznana deklaracja samego wykonawcy. To, że do wyjaśnień wykonawcy nie załączono żadnych załączników w postaci dodatkowych pism czy innych materiałów (dowodów) nie oznacza, że w samej treści pisma nie znalazły się dowody na wyjaśnienie treści oferty.

Przekonywał, że posiadane prawo do przyjęcia zadowolającego go wyjaśnienia, jako wystarczającego wykorzystał w sposób konsekwentny. Postępowanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy, zatem nawet jeżeli Wykonawca powołał się na pewne fakty, nie musiał składać na tą okoliczność dowodów z odrębnych dokumentów.

W tym kontekście trzeba zwrócić uwagę, iż w sprawie tej występuje obrót profesjonalny - również w odniesieniu do Zamawiającego. Jeśli zatem Zamawiający formułując wskazane pytanie, otrzymał stosowne odpowiedzi, to nie można uznać takich wyjaśnień za niewniesione, tylko dlatego, iż nie zawierały innych szczegółowych informacji, o które Zamawiający wprost nie zwrócił się do wykonawcy.

W zakresie drugiego stwierdzonego przez Kontrolującego naruszenia prawa Zamawiający wskazał, że zgodnie z ustawą o drogach publicznych. (Dz.U.2015.460) z dnia 21 marca 1985 r.: „droga lub pas drogowy - wydzielony pas terenu, przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów oraz do ruchu pieszych, wraz z leżącymi w jego ciągu obiektami inżynierskimi, placami, zatokami postojowymi oraz znajdującymi się w wydzielonym pasie terenu chodnikami, ścieżkami rowerowymi, drogami zbiorczymi, drzewami i krzewami oraz urządzeniami technicznymi związanymi z prowadzeniem i zabezpieczeniem ruchu”.

Podniósł, że chodnik jest obiektem inżynierskim, jednym z elementów drogi, mających wpływ na bezpieczeństwo pieszych korzystających z drogi (w naszym przypadku drogi zbiorczej, łączącej miejscowości, o dużym natężeniu ruchu).

Zwrócił uwagę, że budowa chodnika w pasie drogowym odbyła się w ramach jednej działki geodezyjnej nr 306 użytek dr zgodnie z projektem, a prace budowlane wymagały pewnego doświadczenia w zakresie przebudowy np. zjazdów z drogi w miejscach kolizji z chodnikiem, pasów zieleni, organizacji ruchu na drodze, uwzględnienia istniejącej infrastruktury oświetlenia czy przebudowy zatok autobusowych.

Według Zamawiającego tylko wykonawca doświadczony w robotach budowlanych w pasie drogi w przebudowie, modernizacji czy modernizacji mógł dać gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego i prawidłowego ukończenia.

Zarzucił, że w informacji o wyniku kontroli zawarto niesłuszny zapis, że chodnik przylegał do drogi. Jest to niezgodne ze stanem faktycznym i prawnym, bo chodnik znajdował się i znajduje się w pasie drogowym i jest jej nierozzerwalnym elementem.

Także przywołane pojęcie „proporcjonalności” warunku jest jak najbardziej nieadekwatną uwagą.

Przekonywał, że Zamawiający wykonywał budowę chodnika w pasie drogowym, polegającą na wykonaniu robót budowlanych w pasie drogowym i w tym zakresie zażądał doświadczenia. Wielkość, charakter, złożoność, rodzaj przedmiotu zamienia jest jak najbardziej proporcjonalny, odpowiada postawionemu warunkowi i jest tożsamy z jego zakresem.

Odnosnie trzeciego stwierdzonego przez Kontrolującego naruszenia prawa podniósł, że Wykonawcy składający oferty - w sumie 10 podmiotów - w jego ocenie prawidłowo wykazali, iż na dzień składania ofert są objęci ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Według Zamawiającego był to dowód na ubezpieczalność wykonawców, a co za tym idzie środek weryfikacji jego wiarygodności. Jeżeli bowiem podmiot ubezpieczający, czyli zakład ubezpieczeń podjął ryzyko objęcia ich ubezpieczeniem, od którego wykonawcy zapłacili składkę to winno to rodzić domniemanie, iż ich funkcjonowanie w obrocie gospodarczym nie jest obarczone zbyt wysokim ryzykiem.

Stwierdził, że przedłożenie polisy zweryfikowało dwa elementy - zdolność podmiotu do bycia objętym ubezpieczeniem, a więc chęć zakładu ubezpieczeń do poniesienia ryzyka związanego z działalnością ubezpieczonego oraz zdolność ubezpieczonego do opłacenia składki.

Wskazał, że określił wysokość wprost proporcjonalnie do ceny zamówienia - nie jest bowiem wskazane w obowiązujących przepisach, jaka maksymalna czy minimalna wysokość polisy będzie odpowiednio proporcjonalna. Fakt, czy wysokość ubezpieczenia przypadkiem czy celowo odnosi się do ceny ofert, nie ma bezpośrednio znaczenia dla postępowania. Określa pewną wartość, którą zamawiający ma prawo ustalić i doprecyzować.

Przyznał, że zapis ten był jasny i czytelny, a w prowadzonym postępowaniu nie było w tym zakresie żadnych zapytań czy uwag od wykonawców. Średni roczny koszt polisy OC dla firmy w przypadku tego rodzaju robót to ok. 1700 zł.

W ocenie Zamawiającego jest kwestią względną i uznaniową, czy to koszt nieproporcjonalnie wysoki dla profesjonalnego wykonawcy, który funkcjonuje na rynku i podejmuje się wykonywania robót budowlanych o wartości ponad 500 tys zł.

Rozpoznając przedmiotowe zastrzeżenia Prezes UZP podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko nie uwzględniając w całości zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, przekazując je, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów obowiązującego prawa.**

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w granicach zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia, co do faktów są rzetelne i niebudzące wątpliwości.

Ustalenia faktyczne nie były, co do zasady, kwestionowane przez Zamawiającego, który zgłaszane przez siebie zastrzeżenia skierował wobec dokonanej przez Kontrolującego oceny prawnej zaistniałego w sprawie stanu faktycznego.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego

od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z zastrzeżeń z dnia 14 października 2016r.

Izba ustaliła, że w ramach prowadzonego postępowania, Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę Mat – Bruk J. W. – M. do udzielenia wyjaśnień m.in. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 1 grudnia 2014 r. wykonawca Mat – Bruk J. W. – M. wyjaśnił, iż: „Kalkulując cenę brutto oferty uwzględniliśmy w niej wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, pozostałych zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, projektu umowy i przedmiaru robót, mając na względzie odpowiednią jakość i terminowość wykonania robót. Kalkulując cenę oferty nie naruszyliśmy fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny także przepisy dyrektyw unijnych będące u podstaw przedmiotowej regulacji.

Przepisy prawa zamówień publicznych nie wskazują nawet, jakimi kryteriami powinien kierować się zamawiający przy dokonywaniu badania wstępnego czy taka sytuacja w konkretnym postępowaniu zachodzi. (...).

Wydaje się więc, że wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska” zamawiający winien przede wszystkim porównać taką „podejrzaną” cenę ofertową do cen innych ofert złożonych w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu inni Wykonawcy prezentowali następujący poziom cen: 575.820,00 zł, 608.376,00 zł, 615.000,00 zł itd., przy cenie podanej w naszej ofercie w wysokości 536.580,00 zł. Tak więc zaoferowana przez nas cena nie odbiega znacząco od cen innych Wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu. Wykonawca nie może być „karany” za tworzenie odpowiedniej strategii marketingowej polegającej na minimalizacji elementów kosztowych składanych ofert. Naszym zdaniem cena złożonej przez nas oferty nie jest ceną rażąco niską”.

Wyjaśnienia te Zamawiający uznał za wystarczające do uznania, że nie zachodzi rażąco niska cena.

W oparciu o powyższy stan faktyczny w pierwszej kolejności należy wskazać, że stosownie do przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp 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 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Jednocześnie w myśl przepisu art.90 ust.3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy czym zgodnie z art.90 ust.2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Opiniując przedmiotowe zagadnienie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny Izba uznała, że wykonawca nie przedkładając stosownych umotywowanych wyjaśnień, a także dowodów na ich poparcie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że procedura, o której mowa w art.90 ust.1 ustawy Pzp nie ma charakteru dowodowego.

Wymaga wskazania, że to właśnie odpowiednie dowody przedstawione przez Wykonawcę uzasadniające określony poziom ceny mogą stanowić podstawę do uznania przez Zamawiającego, że badana cena (jej składniki) została wyjaśniona.

W przeciwnym przypadku prowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp należałoby uznać za fikcyjne i mające na celu jedynie formalne zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących ceny w warunkach przesłanki progowej wysokości zadeklarowanej ceny.

W sprawie tej wykonawca, chcąc obronić zaoferowaną przez siebie cenę, powinien przedstawić szczegółową kalkulację cen jednostkowych, popartą ofertami, a także wyjaśnić poszczególne elementy kosztowe.

Jeżeli wykonawca powołał się na strategię marketingową, to należało wyjaśnić, jaki konkretnie ma to wpływ na wysokość poniesionych kosztów.

Powyższe oświadczenie złożone przez Wykonawcę – według zapatrywania Izby – nie stanowiło wyjaśnienia braku rażąco niskiej ceny, lecz stanowiło jego zapewnienie o braku jej wystąpienia, które nie spełniało warunku określonego w powołanym wyżej art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Przechodząc do ustaleń faktycznych dotyczących drugiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu z dnia 5 listopada 2014 r., zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 366384 – 2014 oraz pkt 5.1.2 SIWZ, zamawiający opisując sposób oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia wskazał, że ocena spełnienia tego warunku zostanie dokonana w oparciu o przedłożony wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Warunek będzie uważać się za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się co najmniej jednym zamówieniem na roboty budowlane wykonane siłami własnymi, odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia o kwocie netto co najmniej 600 000,00 zł . Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia uważane będą roboty polegające na budowie, przebudowie, remoncie lub modernizacji dróg.

Należy wskazać, że zgodnie z art.22 ust.4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę przewidziany w SIWZ zakres robót, o którym wyżej mowa, Izba doszła do przekonania, że żądanie Zamawiającego sformułowane w powyższym warunku nie odpowiadało wymaganiom powyższego przepisu art.22 ust.4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zakres wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia był znacznie szerszy niż ten opisany w SIWZ dotyczący budowy chodnika dla pieszych wraz z przebudową zjazdów na posesje, wykonaniem odwodnienia oraz nasadzeniem bzów i ustawieniem ławek parkowych.

Zdaniem Izby budowa chodnika w pasie drogi jest zadaniem zdecydowanie mniej skomplikowanym niż budowa, przebudowa, remont lub modernizacja dróg, wymagająca większego doświadczenia i wiedzy wykonawcy, w szczególności w zakresie kwalifikacji osób pełniących samodzielne funkcje w budownictwie, takich jak projektant, kierownik budowy, inspektor nadzoru.

Nadto, należy wskazać, że budowa chodnika nie jest skomplikowaną robotą budowlaną wymagającą zastosowania specjalnych technologii, materiału, sprzętu czy osób posiadających szczególne umiejętności.

Roboty budowlane tego rodzaju mają charakter ogólnodostępny i standardowy, wykonywane są przez wiele podmiotów występujących na rynku zamówień publicznych.

Wymaga również zaznaczenia, że budowa chodnika nie wiąże się z obowiązkiem posiadania projektu budowlanego, pozwolenia na budowę czy też prowadzenia inwestycji przez kierownika budowy czy prowadzenia dziennika budowy.

W odniesieniu do ostatniego ze stwierdzonych przez Kontrolującego naruszeń przez Zamawiającego obowiązującego prawa Izba ustaliła, że zgodnie z pkt V.1.4) w zw. z VI.D.1) SIWZ oraz z sekcją III.3.5) ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wymagał od wykonawców, aby na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, wykazali, że posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający określił, że wysokość kwoty ubezpieczenia nie może być niższa niż wartość oferowanej ceny zadania.

W kontekście powyższego naruszenia prawa należy przytoczyć przepis art.22 ust.4 ustawy Pzp zgodnie, z którym, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Analizując powyższy przepis Izba stanęła na stanowisku, że opisywany warunek musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby nie można uznać za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia opis warunku, w którym nie określono precyzyjnie wartości wymaganej polisy.

Z powyższego wynika, że wykonawcy w sposób zupełnie dowolny i nie jednakowy mogli prezentować ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Wymaga również zauważenia, że opisany warunek w zakresie wysokości sumy ubezpieczeniowej był związany raczej z zaoferowaną ceną niż z samym przedmiotem zamówienia.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż okoliczności naruszeń wskazanych przepisów ustawy Pzp podnoszone przez Prezesa UZP znalazły potwierdzenie w aktach kontroli oraz w treści obowiązujących przepisów prawa.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....