

Warszawa, dnia 18.08.2014 r.

UZP/DKUE/KD/23/2014

### **Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**

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

<b>Zamawiający:</b>	Gmina Kolonowskie ul. Ks. Czerwionki 39 47-110 Kolonowskie
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	remont boiska w Spóroku oraz budowa trybun na stadionie Unii Kolonowskie
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Wartość zamówienia:</b>	417.684,42 zł (tj. 103.911,94 euro)
<b>Środki UE:</b>	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013 w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”

## **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

1. Jak ustalono w wyniku kontroli przedmiotowego postępowania, zamawiający za realizację przedmiotu zamówienia przewidział wynagrodzenie kosztorysowe.

W pkt 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający zapisał, iż kosztorys ofertowy, który wykonawcy powinni załączyć do oferty, „*powinien zawierać ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów robót. Wartość działów z narzutami oraz wartość całkowitą robót stanowiącą wynagrodzenie ofertowe. Do kosztorysu ofertowego należy dołączyć również zestawienie robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzuty. Kosztorys ofertowy musi zawierać tabele elementów scalonych dla całości kosztorysu (uwzględniając wszystkie branże i działy)*”.

Sporządzony w powyższy sposób kosztorys ofertowy miał stanowić integralną część oferty (zgodnie z pkt 10 formularza ofertowego). Z pkt 10.4 siwz wynika, że „*oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej specyfikacji*”.

Z § 11 ust. 2 projektu umowy wynika, że „*wszelkie zwiększenie lub zmniejszenie zakresu robót będzie powodowało korektę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1. W takim przypadku wynagrodzenie będzie zmienione z zastosowaniem stawek cenowych robocizny, materiałów, pracy i sprzętu i narzutów w wysokościach przyjętych w kosztorysie ofertowym*”.

Wykonawca Ogród Usługi Ogrodnicze [REDAKTED] (którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza – dla obydwu zadań) załączył do oferty jedynie wypełniony przedmiar robót.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, w pierwszym rzędzie należy stwierdzić, że wymogi podania ww. *zestawienia robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzutów* miały charakter istotnych postanowień siwz, których niespełnienie obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty, natomiast nie były to wyłącznie wymogi o charakterze informacyjnym lub formalnym, których niespełnienie nie mogło spowodować odrzucenia oferty. W postępowaniu przewidziano bowiem wynagrodzenie kosztorysowe, przy którym, mimo że wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu wykonanego zgodnie z projektem, to jednocześnie następuje to w ramach wynagrodzenia objętego kosztorysem ofertowym. Zmniejszenie lub zwiększenie rozmiaru prac niesie za sobą zmianę zakładanej kwoty wynagrodzenia, w oparciu o rzeczywiście wykonany zakres robót. Podanie w ofercie *zestawienia robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzutów*, miało mieć praktyczne zastosowanie w toku rozliczania robót, gdyż zgodnie z cytowanym powyżej zapisem § 11 ust. 2 projektu umowy: *„wszelkie zwiększenie lub zmniejszenie zakresu robót będzie powodowało korektę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1. W takim przypadku wynagrodzenie będzie zmienione z zastosowaniem stawek cenowych robocizny, materiałów, pracy i sprzętu i narzutów w wysokościach przyjętych w kosztorysie ofertowym”*. Oznacza to, że brak wskazania w ofercie ww. informacji stanowił niezgodność z treścią siwz i nie była to niezgodność o charakterze wyłącznie formalnym, gdyż ww. informacje były niezbędne do rozliczenia zamawiającego z wykonawcą, w szczególności w sytuacji zmniejszenia lub zwiększenia faktycznie wykonanych prac. Ww. brak w ofercie nie mógł też być poprawiony lub wyjaśniony z wykonawcą, gdyż w każdym przypadku wymagałoby to uzupełnienia oferty o zestawienie robocizny, materiałów, prac sprzętu oraz narzutów, co nie jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy uznać, iż w ustalonym stanie faktycznym, gdy wykonawca załączył do oferty kosztorys ofertowy w formie uproszczonej i nie wskazał zestawienia robocizny, materiałów i prac sprzętu oraz narzutów pomimo wymogu zamawiającego w tym zakresie, zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym należy uznać, iż zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ogród Usługi Ogrodnicze ██████████ stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**2.** Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający w pkt III.3.5) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 6.2.3 siwz wskazał, że wykonawcy powinni wykazać, iż są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 200.000,00 zł.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli złożyć dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 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), zwanego dalej „rozporządzeniem”, tj. *„opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.”*

Wykonawca GABART s.c. [REDAKTOR] przedłożył m.in. polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej seria TPP nr 17663895 wystawioną przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w dniu 2 lipca 2012 r. z okresem ubezpieczenia od dnia 3 lipca 2012 r. do dnia 2 lipca 2013 r. na sumę gwarancyjną 200.000,00 zł. Z treści dokumentu wynika, że składka w wysokości 1.483,00 zł miała być opłacona jednorazowo do dnia 12 lipca 2012 r. (Pozostałe złożone wraz z ofertą polisy łącznie opiewały na sumę gwarancyjną 150.000,00 zł).

Wykonawca nie załączył do oferty potwierdzenia opłacenia powyższej polisy. Jak wynika z protokołu postępowania, zamawiający nie wzywał wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia powyższego dokumentu.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiającym 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. Tym samym, zamawiający żąda od wykonawców uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie oświadczeń i dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a wyszczególnionych w obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania rozporządzeniu, w tym również dokumentu wskazanego w ww. § 1 ust. 1 pkt 10.

W związku z powyższym należy wskazać, że celem potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku ekonomicznego zamawiający, zgodnie z rozporządzeniem, 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. Jeżeli z okoliczności zawarcia umowy ubezpieczenia i przedłożonego dokumentu nie wynika fakt opłacenia jej, a zatem istnienia odpowiedzialności ubezpieczeniowej, konieczne jest załączenie kolejnego dokumentu, którego forma powinna odpowiadać formie dokumentu podstawowego. „Opłacona polisa” może stanowić zatem jeden dokument lub zestaw dokumentów. Należy podzielić pogląd zaprezentowany w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 sierpnia 2012 r., sygn. akt XIX Ga 460/12, przez Sąd Okręgowy w Katowicach, który wskazał, że pojęcie „opłaconej polisy” należy wiązać ze skutecznością powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z umowy ubezpieczenia. Przy interpretowaniu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia należy sięgnąć do art. 814 § 1 Kc. W tym przepisie wprowadzono regułę, która uzależnia początek odpowiedzialności ubezpieczyciela od zapłacenia przez ubezpieczającego składki, w związku z czym początek jego odpowiedzialności nie jest tożsamy z momentem zawarcia umowy ubezpieczenia. Zważywszy na fakt, że przepis ten ma charakter dyspozytywny w umowie ubezpieczenia można w sposób odmienny od przyjętego przez ustawodawcę wzorca określić początek odpowiedzialności ubezpieczyciela, również także poprzez utożsamienie ram czasowych umowy ubezpieczenia z odpowiedzialnością ubezpieczyciela, bez względu na datę opłacenia składki. Innymi słowy, ogólne warunki ubezpieczenia lub umowa mogą przewidywać powstanie początku odpowiedzialności ubezpieczyciela od daty początkowej trwania umowy, także przed opłaceniem składki, co ma miejsce wtedy, gdy składka ma być opłacona w czasie późniejszym – w określonych umownie ratach.

W związku z powyższym, zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązany był do wezwania wykonawcy o uzupełnienie dokumentu potwierdzającego fakt opłacenia polisy lub potwierdzającego, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność z umowy także przed terminem opłacenia składki.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny należy wskazać, iż zaniechanie wezwania wykonawcy GABART s.c. [REDAKTION] o uzupełnienie stosownego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

**3.** Jak wynika z treści pkt III.3.4) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 6.2.2 siwz (Osoby zdolne do wykonania zamówienia), zamawiający wskazał, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami

zdolnymi do wykonania zamówienia. Osoby wykonujące zamówienie winne posiadać niezbędne wykształcenie oraz uprawnienie do wykonywania tego zadania.”

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli złożyć dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 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) zwanego dalej „rozporządzeniem”, tj. „oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień”.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że zgodnie z treścią § 1 ust. 1 rozporządzenia, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub siwz, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy może żądać dokumentów wymienionych w pkt 1-10 ww. przepisu, tj. m.in. oświadczenia, wskazanego w pkt 7. Ponadto, stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z powyższego wynika, że jeśli zamawiający nie opisał sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wskazanie rodzaju wymaganych uprawnień, nie jest on uprawniony do żądania dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, ponieważ dokument ten nie służy potwierdzeniu spełniania żadnego warunku. Tym samym nie jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż zamawiający żądając w niniejszym postępowaniu oświadczenia, że osoby które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień i nie opisując sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia.

4. Jak ustalono w toku kontroli, umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego została podpisana w dniu 6 sierpnia 2012 r. (umowa zawarta pomiędzy Gminą Kolonowskie reprezentowaną przez p. ██████████ – Burmistrza Gminy a firmą Ogród Usługi Ogrodnicze ██████████).

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 392206-2012 w dniu 10 października 2012 r.

Stosownie do treści art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W związku z powyższym, zamawiający zamieszczając ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych dopiero po upływie dwóch miesięcy od podpisania umowy naruszył dyspozycję art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.