



GMINA ZĄBKOWICE ŚLĄSKIE

ul. 1 Maja 15 | 57-200 Ząbkowice Śląskie
Regon: 890718461; NIP: 887-16-35-243
e-mail: zamowienia.publiczne@zabkowiceslaskie.pl

Ząbkowice Śląskie, dnia 24.07.2019 r.

ZP.271.1.14.2019.EK

GMINA Ząbkowice Śląskie
ul. 1 Maja 15
57-200 Ząbkowice Śląskie

wg rozdzielnika

INFORMACJA DOT. ODRZUCENIA OFERTY

Dot. postępowania p.n. „Przebudowa ulicy Kusocińskiego w Ząbkowicach Śląskich, km 0+000-0+216 [Intensywne opady deszczu, czerwiec, lipiec 2018r]”

Zamawiający, działając zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 t.j. ze zm.) informuje niezwłocznie wszystkich Wykonawców o odrzuceniu oferty nr 2 złożonej przez Wykonawcę:

STRABAG Infrastruktura Południe Sp. Z o.o.
Wysoka ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław

z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”;
- 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”;
- art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”;
- art. 89 ust. 1 pkt 7 lit a ustawy Pzp. „wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą”.

Uzasadnienie faktyczne:

Odrzucenie oferty w zakresie niezgodności treści oferty z SIWZ.

Zamawiający badając rażąco niską cenę, otrzymał wyjaśnienie, z którego wynikało, że Wykonawca skalkulował cenę stosując rodzaj stabilizacji o parametrze niezgodnym z projektem budowlano – wykonawczym.

Na tej podstawie w dniu 11.07.2019 r. Zamawiający, działając zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty m.in. przyjętej do kalkulacji wartości brutto oferty rodzaju stabilizacji. Zamawiający wskazał termin na udzielenie odpowiedzi przez Wykonawcę tj. do dnia 15.07.2019 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia dot. treści złożonej oferty w zakresie zastosowanej stabilizacji i warstwy asfaltowej w dniu 12.07.2019 r. Wykonawca wskazał ponownie przyjęcie stabilizacji - zgodnie z STWiOR-em określonym dla powyższego zadania.

W załącznikach do SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że przedmiot umowy należy wykonać przy użyciu stabilizacji o parametrach 5 MPa w:

- projekcie wykonawczo-budowlanym: w części opisowej na str. 7 oraz w części graficznej – rysunek nr 3, stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ;

- przedmiarze robót - poz. nr 13, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ.

Ponadto Zamawiający w części III SIWZ „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” określił hierarchię dokumentacji wskazując:

„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załącznikach do SIWZ, tj. w:

- 1) pomocniczym przedmiarze robót,
- 2) uproszczonej dokumentacji projektowej,
- 3) STWiOR,
- 4) projekcie stałej organizacji ruchu.”

W Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Dokumentacji Wykonywania i Odbioru Robót w

„Wymaganiach Ogólnych”, w pkt 1.6.3 Zamawiający stwierdził „W przypadku rozbieżności w ustaleniach poszczególnych dokumentów obowiązuje kolejność ich ważności wymieniona w „Kontraktowych warunkach ogólnych” („Ogólnych warunkach umowy)”.

Zastosowując powyższy zapis Zamawiający odsyła Wykonawcę do zapisów projektu umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) wskazując zapisy:

§ 1 ust. 2 „Szczegółowy zakres robót opisany został w SIWZ w tym w przedmiarze robót, projekcie budowlano-wykonawczym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, które stanowią integralną część umowy”.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wykonanie robót budowlanych. Przedmiot umowy o roboty budowlane, zgodnie z odesłaniem w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. został określony w przepisach Kodeksu cywilnego. Przepisy związane z robotami budowlanymi reguluje Tytuł XVI „Umowa o roboty budowlane”, w którym art. 647 kc stanowi, że: „Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia”.

Ustawa Pzp określa, że przedmiot umowy o roboty budowlane opisuje się przy pomocy dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zakres i formę tych opracowań określono w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie *szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego* (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129 t.j.) w § 4 ust. 1:

„Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych;*
- 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5;*
- 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6;*
- 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.”*

Zgodnie z powyższym rozporządzeniem projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany, natomiast przedmiar robót sporządza się na podstawie projektu wykonawczego. Stąd wynika zasada nadrzędności projektu budowlano-wykonawczego w stosunku do pozostałych dokumentów m. in. STWiOR.

Art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. daje możliwość zadawania pytań w przypadku niejasności w postanowieniach SIWZ, w ramach prowadzonego postępowania. Wykonawca z tego uprawnienia nie skorzystał.

Tym samym należy stwierdzić, że nie może dojść do realizacji robót w sposób niezgodny z projektem budowlanym. W przypadku jakiegokolwiek rozbieżności między dokumentacją projektową

a przedmiarem robót czy specyfikacją techniczną, bezwzględnie pierwszeństwo należy przyznać projektowi budowlanemu i wykonawczemu. Projekt budowlany jest podstawą do wystąpienia o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę.

Zastosowanie stabilizacji o parametrze innym niż 5 MPa spowoduje niezgodność realizowanej inwestycji z podstawowym, nadrzędnym dokumentem - projektem budowlano - wykonawczym dla niniejszego zadania, obniżeniem parametrów stosowanych materiałów, tym samym obniżeniem jakości finalnego efektu zamierzenia inwestycyjnego jakim jest przebudowa ulicy Kusocińskiego w Ząbkowicach Śląskich.

Nadrzędność dokumentacji projektowej potwierdza również wyrok:

W wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że umowa o roboty budowlane zawarta przez jednostkę sektora publicznego (...) pozostaje umową o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 i n. k.c. W przypadku gdy postanowienia umowy o roboty budowlane dotyczące zakresu robót (zakresu umówionych prac wykonawcy robót budowlanych) objętych zobowiązaniem wykonawcy są na tyle niejednoznaczne, że budzą wątpliwości uzasadniające rozbieżną ich wykładnię, zastosowanie ma wyrażona w art. 649 k.c. reguła interpretacyjna.

Art. 649 [Rozstrzygnięcie wątpliwości]

W razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy.

(ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny /Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 t.j./)

W takim przypadku podstawą do rozstrzygnięcia wątpliwości co do zakresu robót objętych zobowiązaniem Wykonawcy może być jedynie projekt budowlano - wykonawczy, jako nadrzędny element całości.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie SIWZ (i załączników), w której określa swoje potrzeby i wymagania. Dlatego też niezgodność oferty z treścią SIWZ oznacza, że Wykonawca nie spełnia wymogów Zamawiającego, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Biorąc powyższe pod uwagę - użyty rodzaj stabilizacji jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie może skorzystać z treści art. 87 ust. 2 pkt 3, gdyż zaistniała omyłka nie ma charakteru innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ nie powodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odrzucenie oferty w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dniu 24.06.2019r. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Regulacja art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. uprawnia Zamawiającego do badania, czy cena oferty nie została zaniżona:

- gdy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług,

- gdy cena oferty jest niższa o 30% od średniej arytmetycznych wszystkich złożonych ofert. Uwzględniając wartość zamówienia ustaloną przed wszczęciem postępowania, Zamawiający ma obawy, że cena niższa o 30% od wartości zamówienia jest ceną nierealną. Konieczne zatem było skorzystanie z uprawnienia wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. W przypadku oferty złożonej przez Wykonawcę zaistniała pierwsza z przesłanek tj. cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynikająca z kosztorysu wynosi: 1.073.165,62 zł brutto. Cena brutto podana w ofercie Wykonawcy to kwota: 699.960,50 zł brutto, która jest niższa od wartości zamówienia o 34%

Zamawiający wskazał termin w jakim oczekuje odpowiedzi od Wykonawcy, tj, do dnia 27.06.2019 r.

Wykonawca złożył wyjaśnienie na wezwanie Zamawiającego w terminie.
Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający może żądać dodatkowych wyjaśnień, jeśli zaistnieje taka potrzeba, w celu doprecyzowania, lub uzyskania szerszych informacji w zakresie przekazanych przez Wykonawcę pierwotnych wyjaśnień. Na powyższą możliwość wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z 16 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1487/18).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający skorzystał z tej możliwości. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę w dniu 11.07.2019 r. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia **pełnej** ceny ofertowej.

Po analizie powyższego Zamawiający stwierdza, że wyjaśnienia potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z **powodu zaoferowania innego materiału tj. innej stabilizacji niż wymagał Zamawiający w dokumentacji projektowej zamówienia.**

W dokumentacji projektowej Zamawiający określił stabilizację o parametrach 5 MPa. Natomiast Wykonawca przyjął inną stabilizację do wyliczenia ceny ofertowej brutto.

Zaoferowany materiał przez Wykonawcę potwierdza zatem, że doszło do błędnej kalkulacji ceny uwzględniającej faktycznie inny materiał (o innych parametrach), co w konsekwencji potwierdza fakt, że cena jest rażąco niska.

Ponadto w wyjaśnieniach przedłożonych Zamawiającemu stwierdzono inne istotne rozbieżności. Wykonawca większą część wyjaśnień zastrzegł powołując się na art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419 t.j. ze zm.) jako tajemnicę przedsiębiorstwa podając przy tym uzasadnienie prawne i faktyczne.

Reasumując Zamawiający stwierdził, że oferta złożona przez ww. Wykonawcę nie gwarantuje wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w projekcie budowlano - wykonawczym zadania.

Odrzucenie oferty w zakresie braku zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zamawiający działając zgodnie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. zwrócił się w dniu 15.07.2019 r. do Wykonawcy z wezwaniem do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 18 września 2019 r. W piśmie Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zobowiązany jest do przesłania do Zamawiającego pisma zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą **do dnia 18 lipca 2019 roku (fax, droga elektroniczna – w wyznaczonym terminie,** w przypadku, gdy Wykonawca nie prześle w terminie dokumentu faxem lub drogą elektroniczną musi dotrzymać terminu drogą pisemną)”. W terminie wskazanym przez Zamawiającego (tj. do 18.07.2019 r.) Wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie ww. terminu, w związku z powyższym zachodzi przesłanka art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy Pzp. dot. konieczności odrzucenia oferty w niniejszym postępowaniu.

Powyższe potwierdza m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 13 lutego 2014 r. sygn. akt I Ca 495/13, w którym przyjęto, że konsekwencje upływu terminu związania ofertą należy oceniać przez pryzmat art. 66 k.c., na podstawie którego stan związania ofertą jest istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli zmierzającym do zawarcia umowy, stanowiącego ofertę. Oferta wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany. (...) W konsekwencji uznano, że o ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo. (...) Wykonawca poprzez przedłużenie terminu związania ofertą musi wykazać, że miał wolę przedłużenia okresu związania z ofertą, albowiem oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie nie może mieć charakteru dorozumianego, ale winno być wyrażone wprost.

Zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 3 ustawy Pzp. odmowa wyrażenia ww. zgody nie powoduje utraty

wadium.

Reasumując Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. Z o.o. Wysoka z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sporządziła: Komisja Przetargowa

Elżbieta Hinc.

[Handwritten signature]

Z up. Burmistrza

Dariusz Małozieć
Zastępca Burmistrza

Kierownik Zamawiającego

