



Zastępca Prezydenta Miasta Lublin



ISO 9001:2008
FS 583555

Departament Zarządzania Miastem

Plac Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin, tel.: 81 466 2010, fax: 81 466 2011
e-mail: zastepcy.prezydenta@lublin.eu, www.um.lublin.eu

OR-LE-I.0003.1.34.2012

Lublin, dnia 19 marca 2012 r.

**Pani
Elżbieta Mroczkowska
Radna Rady Miasta Lublin**

za pośrednictwem

**Pana
Piotra Kowalczyka
Przewodniczącego Rady Miasta Lublin**

Dotyczy sprawy: BRM-II.0003.1.35.2012

Odpowiadając na interpelację Pani Radnej z dnia 27 lutego 2012 r. w sprawie unieważnienia decyzji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Rewaloryzacja Ogrodu Saskiego - pielęgnacja zieleni istniejącej, nowe nasadzenia (obiekt wpisany do rejestru zabytków województwa lubelskiego pod nr A/847) Zadanie planowane do współfinansowania z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego województwa lubelskiego na lata: 2007- 2013, Priorytet III atrakcyjność obszarów miejskich i tereny inwestycyjne, Działanie III.II. Rewitalizacja Zdegradowanych Obszarów Miejskich”, znak sprawy ZP-P-I.271.1.109.2011, przekazuję poniżej informacje dotyczące przedmiotowej procedury.

Ustawa z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zmianami) w art. 22 ust. 1 mówi, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają, między innymi, warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanej wiedzy i doświadczenia. Tym samym, to ustawodawca przesądził o istotności tego elementu przy dokonywaniu wyboru wykonawcy. W prowadzonym postępowaniu podstawą oceny powyższego warunku nie było większe czy też mniejsze doświadczenie, ale doświadczenie określone przez zamawiającego jako minimalne, dające gwarancję należytej realizacji zamówienia.

Z szeregu przepisów ustawy Pzp należy wywieść zasadę, że zamówienie może otrzymać wyłącznie wykonawca dający rękojmię jego należytego wykonania (rękojmię w potocznym tego słowa znaczeniu). Celem ustawy jest wykonanie zamówienia na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Dlatego nie należy przyjmować, że przetarg nieograniczony może wygrać każdy zainteresowany nim podmiot. Choć każdy wykonawca może złożyć ofertę (art. 39 Pzp), to jednak uzyskać zamówienia może tylko



taki wykonawca, który wykaże zdolność jego realizacji. Zamawiający powinien uczynić wszystko, aby zapewnić właściwą realizację przedmiotu zamówienia.

Instytucją służącą eliminacji niewiarygodnych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia jest wykluczenie wykonawcy. Ustawa Pzp szczegółowo wymienia formalne przesłanki wykluczenia wykonawcy (art. 24 Pzp), a także określa ramy, w których zamawiający powinien sformułować warunki merytoryczne udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 Pzp). W zakresie posiadanego doświadczenia badany zakres w przypadku robót budowlanych wynika wprost z 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. Dla przeprowadzonej procedury poprzez żądanie wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Przy ustalaniu jaka ilość zamówień będzie wystarczającym dowodem niezbędnego doświadczenia zamawiający winien brać pod uwagę przede wszystkim stopień skomplikowania zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Za każdym razem zamawiający winien opisać szczegółowo, co rozumie pod terminem „zakres niezbędny” określając: wartość, ilość, charakter czy też inne parametry zamówienia. Co do zasady zamawiający ma prawo żądać wykazania się doświadczeniem, natomiast analizie podlega wysokość tego warunku, a nie jego istnienie.

W prowadzonej procedurze postawiono, między innymi, wymóg wykazania się wykonaniem minimum 3 robót w zakresie kształtowania zabytkowych parków wpisanych do rejestru zabytków (obejmujących pielęgnację drzew i krzewów istniejących oraz założenie nowych nasadzeń o wartości co najmniej 300 000 zł brutto łącznie). Przedmiotowy opis sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia, został uznany przez osoby merytorycznie odpowiedzialne w tym zakresie za minimalny, przesądzający o posiadaniu doświadczenia. Oferta każdego wykonawcy, który wykazał się spełnianiem między innymi również tego warunku była przedmiotem oceny pod względem kryteriów oceny ofert.

Odmienną kwestią jest badanie ofert pod względem rażąco niskiej ceny, do czego zobowiązują zamawiającego zapisy wynikające bezpośrednio z brzmienia art. 90 ustawy Pzp. W celu tym zamawiający ma obowiązek wystąpić do wykonawcy o złożenie wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie przekonujących wyjaśnień pod rygorem odrzucenia oferty. Są to procedury sformalizowane i zamawiający nie ma w tym przedmiocie żadnej dowolności i uznaniowości. W prowadzonym postępowaniu zamawiający wystąpił do trzech wykonawców o wyjaśnienie w zakresie proponowanych cen ofertowych tj. w zakresie ofert:

- 1) oferta nr 4 złożona przez Garden Designers Mirosław Derkacz, ul. Poligonowa 2B/40, 20-817 Lublin,
- 2) oferta nr 7 złożona przez Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek-Poniatow-



ski, ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin,

3) oferta nr 9 złożona przez Konsorcjum firm: Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY Jacek Ochnio, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin, Pracownia Zieleni Maria Wałęcka Jacek Zacharias Marek Zacharias, ul. Studencka 23/5, 31-116 Kraków, Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni J. Gędzior, A.Popek, J. Franek Sp. J., ul. Miedziana 3, 31-567 Kraków.

Czynności zamawiającego w zakresie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w żaden sposób nie można traktować jako dokonywanie zmian elementów trwającej procedury. Są to czynności ustawowo określone, które zamawiający musi wykonać. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie przekonujących wyjaśnień pod rygorem odrzucenia oferty.

Biorąc pod uwagę specyficzny i złożony przedmiot zamówienia, wymagający wiadomości specjalnych, wnikliwą analizę w powyższym zakresie dokonali biegli powołani przez zamawiającego na podstawie art. 21 ust. 4 ustawy Pzp. Na podstawie dokonanej analizy zamawiający uznał, że:

Tabela nr 1.

Nr oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Cena brutto oferty	Informacja na temat oceny oferty
4	Garden Designers Mirosław Derkacz, ul. Poligonowa 2B/40, 20-817 Lublin	2 987 000,01 zł	Oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Oferta wybrana jako najkorzystniejsza.
7	Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek-Poniatowski ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin	1 497 545,91 zł	Oferta wykonawcy została odrzucona ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaniżenie kosztów przesądzających o cenie ofertowej jak również mających decydujący wpływ na należyte wykonanie zamówienia nie gwarantuje poprawnego wykonania przedmiotu zamówienia. Zaproponowana ostateczna, końcowa cena jest nierealna, gdyż znacząco odbiega od cen rynkowych. Ponadto wykonawca został wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu ponieważ jego oferta podlega odrzuceniu w związku z rażąco niską ceną.



Nr oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Cena brutto oferty	Informacja na temat oceny oferty
9	Konsorcjum firm: •Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY Jacek Ochnio, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin •Pracownia Zieleni Maria Wałęcka, Jacek Zacharias, Marek Zacharias, ul. Studencka 23/5, 31-116 Kraków •Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni J. Gędzior, A. Popek, J. Franek Sp. J., ul. Miedziana 3, 31-567 Kraków	2 496 999,63 zł	Oferta wykonawcy została odrzucona ponieważ wykonawca nie złożył wymaganych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w wyznaczonym terminie. Zgodnie z żądaniem zamawiającego wykonawca winien przedstawić <u>szczegółowy kosztorys dla wybranych pozycji przedmiaru, w którym przedstawione zostaną: stawka roboczogodziny, ceny materiałów, sprzętu wykorzystanego do wykonania robót oraz narzuty do w/m cen: koszty ogólne, koszty zakupu materiałów i zysk.</u> Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach dla poszczególnych pozycji przedmiaru nie podał ww czynników cenotwórczych. Mając na uwadze powyższe wykonawca nie złożył wyjaśnień w wymaganym zakresie i tym samym uniemożliwił zamawiającemu dokonanie analizy elementów oferty mających istotny wpływ na wysokość ceny ofertowej, tj. ostatecznej, końcowej. W związku z powyższym oferta wykonawcy została odrzucona.

Zgodnie z informacją przedstawioną w powyższej tabeli, wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Garden Designers Mirosław Derkacz, ul. Poligonowa 2B/40, 20-817 Lublin (2 987 000,01 zł brutto) nie był podyktowany faktem, iż wykonawca ten posiada większe doświadczenie niż wykonawcy którzy złożyli tańsze oferty. Obydwie tańsze oferty zostały odrzucone:

- Oferta nr 7 złożona przez wykonawcę; Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek-Poniatowski, ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin (1 497 545,91 zł brutto) została odrzucona ponieważ stwierdzono, iż zawiera ona rażąco niską cenę. Fakt, iż wykonawca nie wykazał również spełniania warunków udziału w postępowaniu ma w tym przypadku marginalne znaczenie ponieważ nawet gdyby wykonawca wykazał ich spełnianie to i tak jego oferta zostałaby odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną.

- Oferta nr 9 złożona przez wykonawcę Konsorcjum firm: Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY Jacek Ochnio, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin, Pracownia Zieleni Maria Wałęcka Jacek Zacharias Marek Zacharias, ul. Studencka 23/5, 31-116 Kraków, Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni J. Gędzior, A. Popek, J. Franek Sp. J., ul. Miedziana 3, 31-567 Kraków (2 496 999,63 zł brutto) została odrzucona ponieważ wykonawca nie złożył wymaganych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w wyznaczonym terminie w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Podstawą odrzucenia przedmiotowej oferty nie był brak czy też mniejsze doświadczenie wykonawcy.

Wykonawca, który złożył ofertę nr 7 - Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek-Poniatowski, ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin, zaakceptował stanowisko zamawiającego. Powyższe stanowisko zakwestionowane zostało natomiast przez



wykonawcę, który złożył ofertę nr 9, tj. przez wykonawcę - Konsorcjum firm: Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY Jacek Ochnio, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin, Pracownia Zieleni Maria Walecka Jacek Zacharias Marek Zacharias, ul. Studencka 23/5, 31-116 Kraków, Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni J. Gędzior, A.Popek, J. Franek Sp. J., ul. Miedziana 3, 31-567 Kraków, którego cena ofertowa była o około 500 tys. zł niższa niż oferta wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Postawione zamawiającemu zarzuty nie potwierdziły się i wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy zostało oddalone.

Cytat z wyroku: „Zamawiający prawidłowo więc uczynił odrzucając ofertę Odwołującego. Miał on bowiem obowiązek dokonania oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w nich okoliczności. A okoliczności, które wskazywałyby na to, iż zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska nie zostały przedstawione. Takimi obiektywnymi okolicznościami, podlegającymi ocenie Zamawiającego – w myśl art. 90 ust. 2 Pzp – w szczególności mogą być „oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów”. Okoliczności takich Odwołujący nie tylko, że nie przedstawił, ale nie odniósł się także do wszystkich okoliczności, których wyjaśnienia Zamawiający żądał. A ponieważ same wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. Akt VI Ca 464/05), gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niską w niniejszym stanie faktycznym należy uznać, iż Odwołujący w istocie ich nie złożył”.

Oznacza to, że wybór oferty nr 9 stanowiłby naruszenie ustawy Pzp co skutkowało nieważnością umowy i w świetle art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z dnia 25 stycznia 2005 r. ze zmianami) stanowiłoby naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Istotnym elementem w procesie inwestycyjnym obok spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wymaganych w art. 22 ustawy Pzp., dotyczących:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej;

jest zapewnienie przez zamawiającego profesjonalnego nadzoru nad pracami dla zagwarantowania prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W powyższym zakresie wybór inspektora nadzoru objęty jest odrębną procedurą przetargową.

Zgodnie z zarządzeniem Prezydenta Miasta Lublin (nr 769/2008 zmienionym nr 751/2010) w sprawie zasad postępowania przy udzielaniu publicznych



oraz organizacji, składu, trybu i zakresu obowiązków członków komisji przetargowych czynności analizy i oceny ofert w zakresie spełnienia przez wykonawców warunku wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie dysponowania przez wykonawców osobami zdolnymi do wykonania zamówienia dokonała Komisja Przetargowa. W trakcie wykonywania w/w czynności wkradło się uchybienie polegające na uznaniu za spełnienie warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia przez wykonawcę Garden Designers Mirosław Derkacz między innymi w związku z realizacją pracy pn. „Rewaloryzacja zieleni na terenie zabytkowego zespołu zamkowego w Gostyninie” wpisanego do rejestru zabytków. Przedmiotem niniejszej roboty nie były jednak prace w zakresie kształtowania zabytkowych parków wpisanych do rejestru zabytków. Zadanie to obejmowało natomiast prace dotyczące zieleni (m.in. sadzenie drzew, krzewów, bylin o wartości 154 899,71 zł) na terenie wzgórza zamkowego wpisanego do rejestru zabytków.

W związku z tym, że powyższe rozbieżności zostały zauważone po ogłoszeniu wyników o wyborze oferty najkorzystniejszej, ale przed podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia Zamawiający podjął czynności zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 28 grudnia 2010r. , sygn. akt: KIO 2685/10, sygn. akt: KIO 2686/10) dopuszczającym możliwość samodzielnego podejmowania przez zamawiającego decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile zamawiający uzna, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Jeśli jest możliwość w ramach prowadzonego postępowania (do momentu zawarcia umowy) naprawienie wadliwie podjętej przez zamawiającego czynności, zobowiązany jest on ją naprawić.

Dlatego też, mając powyższe na uwadze oraz w związku z wystąpieniem wady usuwalnej, zamawiający unieważnił w dniu 22.02.2012r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność oceny oferty wykonawcy Garden Designers Mirosław Derkacz w zakresie spełniania przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia.

Następnie działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. nr 113 poz. 759 ze zm.) Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Garden Designers Mirosław Derkacz o złożenie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia opisanego w Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia gdyż wykonawca do oferty załączył wykaz robót zawierający 5 pozycji, jednakże jedynie 3 roboty potwierdzały zakres przedmiotowy opisany w SIWZ. Łączna wartość prac dotyczących pielęgnacji drzew i krzewów oraz założenia nowych nasadzeń zieleni zabytkowej, wykonanych w ramach tych robót (w parkach zabytkowych wpisanych do rejestru zabytków) była mniejsza niż 300 000,00 zł brutto (wynosiła 269 442,78 zł brutto). Wykonawca w wyznaczonym terminie przedłożył wymagane dokumenty dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia. Tym samym Zamawiający mógł po powtórzonym przeprowadzeniu oceny oferty złożonej przez wykonawcę Garden Designers Mirosław Derkacz dokonać w dniu 27 lutego 2012r. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Reasumując, zgodnie z ustawą Pzp, zamawiający nie tylko mógł ale również musiał przeprowadzić opisane powyżej czynności prowadzące do usunięcia wady



z postępowania. Zmiana „określonego już elementu” tj. unieważnienie czynności wyboru oferty i powtórna ocena oferty nr 4 została przeprowadzona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Jednocześnie, w odpowiedzi na poruszoną kwestię „Czy dokonano analizy rynku potencjalnych wykonawców w województwie lubelskim...” należy uznać, że pozaproceduralna analiza rynku lokalnego (sugerowany krąg wykonawców w województwie lubelskim) w kontekście kształtowania kryterium doświadczenia, stanowiłoby naruszenie naczelnej zasady wynikającej z art. 7 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nie mieć źródło w możliwościach realizacyjnych lokalnych wykonawców.

Zastępca Prezydenta

/-/ Grzegorz Siemiński