

KU/128/19/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:****Zamawiający:**

Gmina Kocmyrzów-Luborzyca
Luborzyca 97
32-010 Luborzyca

działający na podstawie art. 16 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 7 ustawy Pzp w imieniu i na rzecz:

Gminy Bochnia, Gminy Miasta Bochnia, Gminy Bolesław, Gminy Brzeźnica, Gminy Bukowina Tatrzańska, Gminy Dąbrowa Tarnowska, Gminy Dębno, Gminy Drwinia, Gminy Gnojnik, Gminy Gręboszów, Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce, Gminy Iwanowice, Gminy Jerzmanowice-Przebinia, Gminy Kocmyrzów-Luborzyca, Gminy Koniusza, Gminy Koszyce, Gminy Mędrzechów, Gminy Michałowice, Gminy Nowe Brzesko, Gminy i Miasta Nowy Wiśnicz, Gminy Olesno, Gminy Osiek, Gminy Oświęcim, Gminy Pałecznica, Gminy Poronin, Gminy i Miasta Proszowice, Gminy Przeciszów, Gminy Radogoszcz, Gminy Radziemice, Gminy Skała, Gminy Słomniki, Gminy Spytkowice, Gminy Sułoszowa, Gminy Szczucin, Gminy Szczurowa, Gminy Trzciana, Gminy Wielka Wieś, Gminy Wojnicz, Gminy Zator, Gminy Zielonki, Gminy Żegocina.

Rodzaj zamówienia:

dostawy

Przedmiot zamówienia:

dostawa, montaż i uruchomienie 815 instalacji solarnych, 2438 mikro-instalacji fotowoltaicznych, 295 instalacji z pompą ciepła powietrzną na potrzeby ciepłej wody lub centralnego ogrzewania oraz 133 instalacji z kotłem na biomasę – pellet z przeznaczeniem dla gospodarstw domowych oraz 122 mikro-instalacji fotowoltaicznych z

przeznaczeniem dla budynków użyteczności publicznej w ramach programu pn. „Partnerski projekt budowy instalacji odnawialnych źródeł energii dla gmin województwa małopolskiego” na nieruchomościach prywatnych oraz nieruchomościach publicznych, w podziale na cztery części

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

Data wszczęcia postępowania: 19.04.2019 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2019/S 078-185483

Wartość zamówienia: całkowita wartość zamówienia: 59.998.196,00 zł (tj. 13.915.206,53 euro) w tym wartość części: część I: 47.834.548,00 zł (tj. 11.094.127,14 euro), część II: 4.859.000,00 zł (tj. 1.126.933,69 euro), część III: 1.458.500,00 zł (tj. 338.265,65 euro), część IV: 5.846.148,00 zł (tj. 1.355.880,05 euro)

Środki UE: Regionalny Program Operacyjny Województwa Małopolskiego na lata 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 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza:

1) Naruszenie art. 40 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego w terminie późniejszym niż dzień jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;

- 2) Naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia od dnia 22 kwietnia 2019 r., tj. 3 dni później niż publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- 3) Naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) Naruszenie art. 37 ust. 6 w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne nieudostępnienie przez zamawiającego załącznika nr 2 „*Lista lokalizacji*” do wzoru umowy [dotyczy części: I (zadanie A i B), II, III, IV)];
- 5) Naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom: Columbus Energy S.A., Flexipower Group Sp. z o.o. Sp.k., ML System S.A. po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (w zakresie części IV).

UZASADNIENIE

1) Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 17 kwietnia 2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 078-185483.

Z oświadczenia zamawiającego znajdującego się na kopii ogłoszenia o zamówieniu wynika, że zostało ono zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń w dniu 22 kwietnia 2019 r. Ponadto, jak wynika z punktu 6.3. protokołu postępowania (druk ZP-PN) oraz przedłożonego przez zamawiającego potwierdzenia, ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego <https://bip.malopolska.pl/ugkocmyrzowluborzycam,314265,2019.html> od dnia 22 kwietnia 2019 r. do dnia 13 sierpnia 2019 r.

Zamawiający stosownie do treści art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Przepis ten zatem wskazuje, iż wszczęcie postępowania następuje zasadniczo w dniu zamieszczenia przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie i na stronie internetowej. Niezależnie od powyższego, przy założeniu, iż ogłoszenie o zamówieniu publicznym stanowi oświadczenie woli, przy rozstrzygnięciu w sprawie terminu wszczęcia postępowania posiłkować się należy również przepisami kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 61 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r., poz. 1145) oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej

w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Biorąc pod uwagę, iż adresatem ogłoszenia są wykonawcy, należy uznać, iż oświadczenie woli zamawiającego o wszczęciu postępowania jest skutecznie złożone z chwilą, z którą mogą się oni zapoznać z jego treścią, a więc w momencie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje w dniu uzewnętrznienia woli zamawiającego, czyli opublikowania ogłoszenia o zamówieniu (nie dotyczy trybów bez ogłoszenia). Dniem wszczęcia postępowania będzie więc co do zasady data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej, albo data opublikowania ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - jeśli ogłoszenie w tych publikatorach zostało opublikowane wcześniej niż na stronie internetowej lub w siedzibie. Wszczęcie postępowania następuje zatem z chwilą ziszczenia się tych zdarzeń. Niedopełnienie obowiązków wynikających z treści art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, jak również dokonanie tych czynności w odmiennych terminach prowadzi do naruszenia tego przepisu. Tym samym, zamieszczenie przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego w terminie późniejszym niż dzień jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stanowi naruszenie art. 40 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 078-185483. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „siwz”, została udostępniona na stronie internetowej pod adresem <https://bip.malopolska.pl/ugkocmyrzwoluborzycam,314265,2019.html>, od dnia 22 kwietnia 2019 r. do dnia 13 sierpnia 2019 r. [pkt 7 protokołu postępowania (druku ZP-PN)].

Zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, siwz udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Tym samym, udostępnienie siwz od dnia 22 kwietnia 2019 r., tj. 3 dni później niż publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (w dniu 19 kwietnia 2019 r.) stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie powyższego przepisu nie miało wpływu na wynik postępowania.

3) Zgodnie z rozdziałem 3 punktem 3.6. części I siwz, cyt.: *„Zamawiający dopuszcza możliwości udzielenia zamówień na dodatkowe dostawy w celu częściowej wymiany dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenia bieżących dostaw lub rozbudowy istniejących instalacji, aby uniknąć materiałów o innych właściwościach technicznych, czyli zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp”*. Z uwagi na fakt, iż brak jest w dokumentacji przedmiotowego postępowania informacji dotyczącej wartości zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 06 września 2019 r. zamawiający został wezwany o wyjaśnienie, czy zamawiający przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnił wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W razie odpowiedzi twierdzącej, poproszono o uzupełnienie protokołu postępowania (druk ZP-PN) w powyższym zakresie.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający, w piśmie z dnia 10 września 2019 r. wyjaśnił m.in., cyt.: *„Zamawiający wyjaśnia, że nie uwzględnił przy ustalaniu wartości zamówienia wartości zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający informuje, że nie zamierza udzielać zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Na skutek przeoczenia zamawiający nie uwzględnił informacji o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7, w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Tym samym brak jest przesłanek do możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia”*.

W myśl art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 ustawy Pzp stosuje się odpowiednio. Tym samym, w sytuacji gdy zamawiający nie zamierzał udzielać zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, winien zmienić treść siwz w tym zakresie. Brak dokonania powyższej czynności skutkowało naruszeniem dyspozycji art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4) W przedmiotowym postępowaniu siwz składa się z: Części I (Instrukcja dla Wykonawców), Części II [Wzór Istotnych Postanowień Umowy w sprawie zamówienia publicznego (IPU)], Części III (Grupowe Projekty Techniczne). Jak wynika z punktu 7 protokołu postępowania (druk ZP-PN) oraz przedłożonych przez zamawiającego potwierdzeń, siwz została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego od dnia 22 kwietnia 2019 r. do dnia 13

sierpnia 2019 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych, pismem z dnia 06 września 2019 r. (znak.: UZP/DKZP/WKZ5/420/261/(4)/19/KMA) zwrócił się do zamawiającego m.in. o uzupełnienie dokumentacji kontrolowanego postępowania o załączniki do:

- Wzoru umowy w zakresie części I zadanie A (poza załącznikiem nr 3);
- Wzoru umowy w zakresie części I zadanie B (poza załącznikiem nr 3);
- Wzoru umowy w zakresie części II (poza załącznikiem nr 3);
- Wzoru umowy w zakresie części III (poza załącznikiem nr 3);
- Wzoru umowy w zakresie części IV (poza załącznikiem nr 3).

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 10 września 2019 r. zamawiający m.in. uzupełnił dokumentację przedmiotowego postępowania oraz wskazał m.in., iż: „(...) *do umów w zakresie części I zadanie A, części I zadanie B, części II, części III oraz części IV, zamawiający planuje załączniki:*

(...) - nr 2 - lista lokalizacji, która nie może być udostępniana w postępowaniu ze względu na ochronę danych osobowych. Będzie ona udostępniona wybranemu wykonawcy po podpisaniu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, która również będzie stanowiła załącznik do umowy.

W tym miejscu należy wskazać, iż ww. załącznik nr 2 „*Lista lokalizacji*” do wzoru umowy [dotyczy części: I (zadanie A i B), II, III, IV) stanowi załącznik do Części II siwz [Wzór Istotnych Postanowień Umowy w sprawie zamówienia publicznego (IPU)], tj. stanowi integralną część siwz. Zgodnie z art. 37 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający nie ma obowiązku udostępniania części specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, jeżeli nałożył na wykonawców wymogi mające na celu ochronę poufnego charakteru informacji, udostępnianych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W takim przypadku zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia środki mające na celu ochronę poufnego charakteru informacji oraz wskazuje sposób uzyskania tych informacji. Jednocześnie w myśl art. 8 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wypełnił przesłanki wynikającej z art. 37 ust. 6 ustawy Pzp, będącej legalną podstawą umożliwiającą nieudostępnienie części siwz na stronie internetowej. Zamawiający nie był również uprawniony do zaniechania powyższego działania na podstawie innych przepisów ustawy Pzp. Tym samym, niezasadne nieudostępnienie przez zamawiającego załącznika nr 2 „*Lista lokalizacji*” do wzoru umowy [dotyczy części: I (zadanie A i B), II, III, IV)] stanowiło naruszenie art. 37 ust. 6 w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5) Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

W przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert odbyło się w dniu 27 czerwca 2019 r.

Do upływu terminu składania oferty w zakresie części IV zamówienia złożyli następujący wykonawcy:

- ML System S.A.;
- Hymon Energy Sp. z o.o.;
- Columbus Energy S.A.;
- Flexipower Group Sp. z o.o. Sp.k.

Wykonawca ML System S.A. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr RW/GW/45/523/6630/2019) z dnia 25 czerwca 2019 r., która była ważna w okresie od dnia 27 czerwca 2019 r. do dnia 24 września 2019 r. (dotyczy części IV).

Wykonawca Columbus Energy S.A. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr 998056140908) z dnia 25 czerwca 2019 r., która była ważna w okresie od dnia 27 czerwca 2019 r. do dnia 25 września 2019 r. (dotyczy części IV).

Wykonawca Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr 726/W/238/6/2019) z dnia 25 czerwca 2019 r., która była ważna w okresie od dnia 27 czerwca 2019 r. do dnia 25 września 2019 r. (dotyczy części IV).

W dniu 13 sierpnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania. Za najkorzystniejszą w zakresie części IV została uznana oferta złożona przez wykonawcę Hymon Energy Sp. z o.o. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania zamawiający pismami z dnia 04 września 2019 r. zwrócił wadium n.w. wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze w zakresie części IV zamówienia, tj.:

- Columbus Energy S.A.;
- Flexipower Group Sp. z o.o. Sp.k.;
- ML System S.A.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż na gruncie ustawy Pzp, brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 ustawy Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził: *„(...) użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc”* (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów [arg. z art. 354 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.), dalej jako: „Kc”] oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc). Tym samym, termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp należy interpretować w ten sposób, że po nastąpieniu momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ww. przepisu. Powyższe oznacza, iż dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, przyjąć należy, iż brak niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom: Columbus Energy S.A., Flexipower Group Sp. z o.o. Sp.k., ML System S.A. po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (w zakresie części IV) stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 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.

