

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zawadzkie ul. Strzelecka 6 47-120 Zawadzkie
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	budowa dwóch zbiorników retencyjnych w leśnictwie Krupski Młyn
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	28.09.2018 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2018/S 187-421605
Wartość zamówienia:	146.359.639,57 zł (tj. 33.944.764,15 euro) – całkowita wartość zamówienia; 1.443.870,58 zł (tj. 334.872,69 euro) – wartość kontrolowanego zamówienia, z podziałem na części: 1) Część 1 – 648.964,16 zł, co stanowi równowartość 150.512,36 euro; 2) Część 2 – 794.906,42 zł, co stanowi równowartość 184.360,33 euro

Środki UE: Kompleksowy projekt adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu - mała retencja oraz przeciwdziałanie erozji wodnej na terenach nizinnych

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 zw. z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

1)art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez niedokonanie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części II zamówienia;

2)art. 46 ust. 1a ustawy Pzp poprzez zwrot wadium wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany Joś Maksymilian, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie części II zamówienia.

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zawarł zapis dotyczący terminu realizacji zamówienia, zgodnie z którym, termin wykonania robót budowlanych rozpoczynał się od dnia zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2018 r. Ponadto, zgodnie z treścią pkt 10 siwz, termin związania ofertą wynosił 90 dni i biegł od dnia 2 listopada 2018 r. tj. od momentu otwarcia ofert wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, wykonawca KERIM s.c. wystąpił do zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp z prośbą o wyjaśnienie treści siwz dotyczącej terminu wykonania niniejszego zamówienia oraz terminu związania ofertą. W odpowiedzi na powyższe, zamawiający wyjaśnił, iż wszelkie zapisy dotyczące terminu realizacji zamówienia i terminu związania ofertą są zgodne z treścią siwz, a także wiążące i prawidłowe na mocy ustawy Pzp. Odnosząc się do opisanego stanu faktycznego, należy stwierdzić, iż pomimo zwrócenia się ww. podmiotu o wyjaśnienie niejasności treści siwz w przedmiocie terminu realizacji zamówienia oraz terminu związania ofertą, zamawiający nie dokonał modyfikacji regulacji siwz w powyższym zakresie.

W § 19 projektu umowy zamawiający zawarł katalog przesłanek, które w przypadku ich spełnienia prowadzą do zmiany treści umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W powyższym katalogu nie zamieszczono uprawnienia zamawiającego do zmiany terminu wykonania inwestycji poprzez wskazanie przez zamawiającego późniejszego terminu na realizację przedmiotu zamówienia oraz przesłanek, które powinny być spełnione celem dokonania powyższych modyfikacji. Normy art. 144 ustawy Pzp umożliwiają zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień umowy w przypadku, gdy zmiana umowy nie jest istotna. Na podstawie art. 144 ust. 1e ustawy Pzp istotna modyfikacja zapisów umownych występuje, gdy dokonana zmiana wywiera wpływ na krąg potencjalnych wykonawców, którzy mają zamiar wziąć udział w postępowaniu lub których oferty zostałyby wybrane przez zamawiającego. W przedmiotowym stanie faktycznym, zmiana terminu realizacji umowy nie miałaby charakteru istotnego, gdyby zamawiający zawarł w projekcie umowy postanowienie dotyczące zmiany terminu wykonania umowy poprzez wskazanie późniejszego terminu na realizację umowy. Zamawiający przy należytej staranności mógł przewidzieć, iż niemożliwe jest wykonanie przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w zakresie części II zamówienia do dnia 31 grudnia 2018 r.

Pismem z dnia 20 listopada 2018 r., zamawiający wystąpił do Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych z wnioskiem o wszczęcie kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania. W toku prowadzonej kontroli, zamawiający był wzywany do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, co automatycznie wydłużało czas zakończenia kontroli uprzedniej. Pismem z dnia 27 grudnia 2018 r., zamawiający został poproszony o złożenie wyjaśnień w celu wskazania przyczyn wyznaczenia tak krótkiego terminu na wykonanie części I i części II przedmiotu zamówienia od momentu wszczęcia postępowania, mając na uwadze, czas konieczny na przeprowadzenie procedury przetargowej, a następnie czas na przeprowadzenie przez Prezesa Urzędu kontroli uprzedniej. W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 4 stycznia 2019 r., zamawiający wyjaśnił, iż cyt.: *„Przedmiotowe zamówienie przetargowe zostało ogłoszone 28.09.2018 r. bezpośrednio po uzyskaniu decyzji pozwolenia na budowę co miało miejsce 27.09.2018 r. Zamówienie realizowane jest w ramach projektu „Kompleksowy projekt adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu – mała retencja oraz przeciwdziałanie erozji wodnej na terenach nizinnych” współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko i zgodnie z harmonogramem zamawiający miał zrealizować budowę zbiornika do końca 2018 r. Na podstawie zakresu robót oraz przede wszystkim dużego doświadczenia z lat ubiegłych dotyczącego budowy podobnych zbiorników oszacowano czas niezbędny na realizację zadania na około 4 tygodnie. Podobnie, kierując się doświadczeniami wynikającymi z udziału we wcześniejszych*

projektach współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, w tym także dotyczących kontroli uprzedniej zamówienia udzielanego w częściach, gdzie wartość poszczególnych części zamówienia jest mniejsza od kwoty o której mowa w art. 169 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający uznał że termin 31.12.2018 r. był całkowicie realny. Potwierdzeniem tego było także duże zainteresowanie wykonawców przetargiem oraz ilość złożonych ofert. (...)”.

Mając na uwadze ww. wyjaśnienia zamawiającego, iż 4 tygodniowy czas na wykonanie niniejszego zamówienia jest odpowiedni aby w pełni zrealizować przedmiot niniejszego zamówienia, Prezes Urzędu nie kwestionuje tego, iż wskazany przez zamawiającego przedział czasowy jest nierealny na wykonanie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający powinien określić przedział czasowy na wykonanie niniejszej inwestycji np. 4 tygodnie od momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, niż wskazywać konkretną datę, z upływem której zadanie w ramach udzielanego zamówienia powinno być zakończone.

Należy jednocześnie podkreślić, iż w toku niniejszego postępowania żaden z wykonawców oraz inny podmiot, który miał interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia nie składał środków ochrony prawnej. Mając na względzie powyższe, w zaistniałym stanie faktycznym nie miał zastosowania art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, a tym samym, czas na przeprowadzenie procedury przetargowej nie został wydłużony.

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odnosząc się do zaistniałego stanu faktycznego, należy wskazać, iż niemożliwe jest zawarcie umowy w zakresie części II zamówienia, w której wykonawca zobowiązał się do rozpoczęcia realizacji części II zadania w terminie, który w chwili jej zawarcia już upłynął. Na podstawie art. 387 Kodeksu Cywilnego z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025) zawarcie powyższej umowy skutkowałoby jej nieważnością, gdyż przedmiotem umowy byłoby świadczenie niemożliwe do wykonania. Ponadto, należy podkreślić, iż świadczenie jest niewykonalne w przypadku, gdy dłużnik, bądź odmienny podmiot stosunku zobowiązaniowego nie posiada możliwości do jego spełnienia. Jednocześnie należy wskazać, iż zamawiający nie ma możliwości zawarcia umowy ze zmienioną datą realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie części II zamówienia, gdyż jak już zostało wskazane powyżej, zamawiający nie przewidział takiej okoliczności w dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający powinien unieważnić postępowanie w zakresie części II zamówienia, gdyż zostały spełnione wszystkie przesłanki, których łączne wystąpienie skutkuje zastosowaniem wskazanego przepisu, tj. musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wada musi być niemożliwa do usunięcia. Powyższe znalazło potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2375/17).

Zalecenie pokontrolne:

Odnosząc się do powyższego, niewykonalne jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia do dnia 31 grudnia 2018 r., gdyż wskazany termin już upłynął, w związku z tym postępowanie posiada niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaleca zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonanie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części II zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz poinformowanie wykonawców o ww. czynności. Jednocześnie, zamawiający zobowiązany jest do poinformowania Prezesa Urzędu o wykonaniu ww. zaleceń pokontrolnych.

2. W toku prowadzonej kontroli, zamawiający został poproszony o uzupełnienie dokumentów potwierdzających zwrot wadium wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający przedłożył dokumenty w postaci wydruków z poleceniem przelewu przez Bank Spółdzielczy w Zawadzkiem. Jednocześnie z uzupełnionych dokumentów wynika że, zamawiający w dniu 19.11.2018 r. zwrócił również wadium wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany Maksymilian Joś (w zakresie części I i II zamówienia), którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie części II zamówienia. Pismem z dnia 26.11.2018 r. zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy z prośbą o zwrot wpłaconego wadium w części w jakiej miało być ono wniesione dla części II zamówienia. Wykonawca wniósł ww. wadium ponownie w dniu 28.11.2018 r.

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. Z kolei zgodnie z art. 46 ust. 1a, wykonawcy, którego oferta została

wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.

W związku z powyższym, w kontrolowanym postępowaniu zamawiający zobowiązany był do zwrotu wadium wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany Joś Maksymilian wpłaconego jedynie w zakresie części I zamówienia, niezwłocznie po poinformowaniu wykonawców o unieważnieniu postępowania w zakresie części I zamówienia. Zamawiający w dniu 19.11.2018 r. niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia, zwrócił wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany Joś Maksymilian wadium wpłacone w zakresie części I i II zamówienia, pomimo, że oferta ww. wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie części II zamówienia, czego skutkiem był brak zabezpieczenia wadium oferty wybranej jako najkorzystniejsza w zakresie części II zamówienia.

Tym samym, pomimo że wykonawca Zakład Ogólnobudowlany Joś Maksymilian w dniu 28.11.2018 r. ponownie, na prośbę zamawiającego wpłacił wadium w zakresie części II zamówienia, nie zmienia to faktu, iż doszło do naruszenia art. 46 ust. 1a ustawy Pzp, poprzez zwrot wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie części II zamówienia.

Wykazane 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.