

UZP/DKUE/KU/32/16

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Przedmiot zamówienia:	dostawa podkładów strunobetonowych dla zadania pn.: „Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków – Lublin Północny na odcinku Łuków – Parczew w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	22 500 000,00 zł (tj. 5 389 350,64 euro), w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających ustalona na kwotę 3 750 000,00 zł (tj. 898 225,11 euro); łączna wartość przekracza 10 mln euro
Środki UE:	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 - 2020, POIiŚ 5.1-11

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Jak wynika z kopii dokumentacji przedmiotowego postępowania zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 500.000,00 zł. W treści punktu 13.7 SIWZ zamawiający wskazał, iż „wadium wnoszone w formach określonych w art. 45 ust. 6 pkt 2) – 5) ustawy, musi zawierać zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela z tytułu wystąpienia zdarzeń, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy. W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji ma ona być co najmniej bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego.” Ponadto, w punkcie 13.10 wskazano, iż „zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.”

Wykonawca Track Tec S.A. zabezpieczając swoją ofertę przedłożył wadium w formie gwarancji bankowej nr 17050KTG16 wystawionej w dniu 12.04.2016 r. W niniejszym dokumencie wskazano, iż „Niniejsza gwarancja została wystawiona na zlecenie Track Tec S.A. (...) w celu zagwarantowania prawidłowego wykonania przez wykonawcę jego zobowiązań wynikających z warunków ogłoszonego przez Państwa przetargu (...). Wystawiając niniejszą Gwarancję mBank Spółka Akcyjna Oddział Korporacyjny Warszawa (...), zrzekając się wszystkich praw sprzeciwu i obrony wynikających z długu podstawowego, zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na Państwa pierwsze żądanie każdej kwoty do maksymalnej wysokości 500 000,00 PLN po otrzymaniu Państwa pisemnego żądania zapłaty zawierającego oświadczenie, że Zleceniodawca nie wykonał swoich zobowiązań zgodnie z Warunkami Przetargu oraz wskazującego, na czym polegało niewykonanie tych zobowiązań. Zobowiązanie Banku wynikające z Gwarancji zmniejsza się o kwotę każdej wypłaty dokonanej zgodnie z jej warunkami. (...).”

Ustawa Pzp w art. 46 ust. 4a i 5 precyzuje, w jakich okolicznościach zamawiający ma prawo zatrzymać wadium. Stosownie do treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Odnosząc się do drugiej podstawy prawnej zatrzymania wadium, tj. do art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, wskazać należy, iż w myśl przedmiotowego przepisu zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Należy zauważyć, iż ustawa Pzp ani też ustawa Prawo bankowe nie precyzują, jaką treść powinna zawierać gwarancja wadialna, aby mogła zostać uznana za prawidłowo zabezpieczającą interesy zamawiającego. Nie istnieją wymogi nakazujące, aby gwarancja wadialna zawierała ściśle przytoczenie słów ustawy Pzp czy też dokładne wyliczenie przepisów ustawy określających przypadki utraty wadium przez wykonawcę. Wystarczającym może być nawet ogólne wskazanie, iż bank zobowiązuje się do wypłaty wadium w warunkach określonych w ustawie. Jednakże wskazuje się, iż określenie warunków wypłaty wadium powinno być określone na tyle precyzyjnie, by nie budziło wątpliwości beneficjenta co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji wadialnej (por. wyrok KIO z dnia 20.01.2009 r., KIO/UZP 19/09), zaś brak precyzyjnego określenia w jakich okolicznościach zamawiającemu przysługiwać będzie skuteczne żądanie wypłaty kwoty wadium uzasadnia stwierdzenie, iż interes zamawiającego nie jest w pełni zabezpieczony (por. wyrok KIO z dnia 28.07.2011 r. KIO 1525/11).

Jak zauważył Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 11.07.2013 r. (sygn. akt: X Ga 189/13) „w świetle powyższych unormowań wadium nie wniesione przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wysokości niższej niż wymagana (art. 45 ust. 4), w formie nieprzewidzianej przez ustawę (art. 45 ust. 6), niezabezpieczające interesów zamawiającego w postaci możliwości uzyskania czy zatrzymania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach jego przypadku (art. 46 ust.4a – 5) oraz niezgodne z przepisami regulującymi wystawienie gwarancji bankowej powinno być zakwalifikowane jako brak prawidłowego wniesienia wadium, będącą przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.”

Mając na uwadze powyższe zauważyć należy, iż gwarancja przetargowa przedłożona przez wykonawcę Track Tec S.A. nie odpowiada wymogom ustawy Pzp, tj. nie zawiera klauzul wskazujących na możliwość zatrzymania wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Za niewystarczające w świetle powyższego należy uznać wskazanie w treści ww. dokumentu odwołania do „Warunków Przetargu”, bowiem określenie to nie jest na tyle precyzyjne, aby nie budziło wątpliwości co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji wadialnej przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, albo nie

zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości uzupełnienia wadliwie wniesionego bądź niewniesionego wadium. Powyższe oznacza, iż w każdym wypadku braku wniesienia wadium, bądź wadliwego jego wniesienia, wykonawca podlegał będzie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem zamawiający nie dysponuje uprawnieniem umożliwiającym wezwanie wykonawcy do konwalidacji czynności wniesienia wadium.

Reasumując, należy stwierdzić, że wykonawca Track Tec S.A. przedkładając na potwierdzenie wniesienia wadium gwarancję bankową, która w sposób precyzyjny nie określała warunków zatrzymania wadium, nie zabezpieczył swojej oferty w sposób prawidłowy, a w tej sytuacji zamawiający zobowiązany był wykluczyć tego wykonawcę z niniejszego postępowania. Nie dopełniając tego obowiązku zamawiający naruszył przepis art. 24. ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Uwzględniając okoliczność, że ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uważa się za odrzuconą – wykonawca Track Tec S.A nie powinien zostać zaproszony do etapu aukcji elektronicznej. Tym samym z uwagi na fakt, iż w postępowaniu nie zostałyby złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, zamawiający nie powinien był przeprowadzać aukcji elektronicznej w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie zważywszy, iż oferta niniejszego wykonawcy nie została wybrana jako najkorzystniejsza, nie ma podstaw do wydawania zaleceń pokontrolnych w związku ze stwierdzonym naruszeniem.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji.