

KU/1/20/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej
/dotyczy części IV zamówienia/

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-Przegonia, 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 Pałecznicza, 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 w ramach programu pn. „Partnerski projekt

budowy instalacji odnawialnych źródeł energii dla Gmin Województwa Małopolskiego” na nieruchomościach prywatnych mieszkańców gmin, w podziale na cztery części

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

Data wszczęcia postępowania: 09.09.2019 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2019/S 173-421656

Wartość zamówienia: całkowita wartość zamówienia: 54.152.048,00 zł (tj. 12.559.326,48 euro) w tym wartość części: część I: 6.738.500,00 zł (tj. 1.562.840,64 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: 41.096.048,00 zł (tj. 9.531.286,50 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 przedniej 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. 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 nr IV zamówienia);

2) naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom: XXXXXXXX Sp. z o.o. oraz XXXXXXXX Sp. z o.o. Sp.k., po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (w zakresie części IV zamówienia).

UZASADNIENIE

1) W przedmiotowym postępowaniu specyfikacja istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „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 9 września 2019 r. do dnia 10 stycznia 2020 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych, pismem z dnia 30 stycznia 2020 r. (znak.: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX) zwrócił się do zamawiającego m.in. o uzupełnienie dokumentacji kontrolowanego postępowania o załączniki do Wzoru umowy w zakresie części nr IV zamówienia (poza załącznikiem nr 3).

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w dniu 3 lutego 2020 r. uzupełnił dokumentację kontrolowanego postępowania w wymaganym zakresie oraz wyjaśnił, cyt.: *„Zamawiający planuje jako załącznik nr 1 - kopię oferty wykonawcy oraz jako kolejny załącznik: umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych, której podpisanie będzie warunkiem udostępnienia wybranemu wykonawcy Listy lokalizacji instalacji (...)”*.

W tym miejscu należy wskazać, iż ww. załącznik nr 2 „*Lista lokalizacji*” (dotyczy części nr IV zamówienia) do wzoru umowy 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 nr IV zamówienia) stanowiło naruszenie art. 37 ust. 6 w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) 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 14 października 2019 r.

W zakresie części nr IV zamówienia oferty złożyli następujący wykonawcy:

- XXXXXX S.A.;
- XXXXXXXX Sp. z o.o.;
- XXXXXXXX Sp. z o.o.;
- XXXXXXXX Sp. z o.o. Sp.k.

Wykonawca XXXXXX S.A. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr XXXXXXXXXXXXXXXX) z dnia 11 października 2019 r., która była ważna w okresie od dnia 14 października 2019 r. do dnia 11 stycznia 2020 r. (dotyczy części nr IV zamówienia).

Wykonawca XXXXXXXXXXXXXXXX wniósł wadium w formie gwarancji bankowej (nr XXXXXX) z dnia 11 października 2019 r., która była ważna w okresie od dnia 11 października 2019 r. do dnia 12 stycznia 2020 r. (dotyczy części nr IV zamówienia).

Wykonawca XXXXXXXXXXXXXXXX Sp. z o.o. Sp. k. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr XXXXXX) z dnia 11 października 2019 r., która była ważna w okresie od dnia 14 października 2019 r. do dnia 13 stycznia 2020 r. (dotyczy części IV).

W dniu 06 listopada 2019 r. zamawiający poinformował wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu (dotyczy części nr IV zamówienia) o odrzuceniu oferty wykonawcy XXXXXX S.A. (art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp). Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający w dniu 21 listopada 2019 r. zwrócił wadium wykonawcy XXXXXX S.A.

Pismami z dnia 25 listopada 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania (dotyczy części nr IV zamówienia). Za najkorzystniejszą

w zakresie części nr IV zamówienia została uznana oferta złożona przez wykonawcę XXXX Sp. z o.o.

Zamawiający, pismami z dnia 23 grudnia 2019 r., zwrócił wadium wykonawcom:

- XXXXXX Sp. z o.o.;
- XXXXXXX Sp. z o.o. Sp.k.

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 2019 r., poz. 1145 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: XXXXXXX Sp. z o.o. oraz XXXXXXX Sp. z o.o. Sp.k., po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (w zakresie części IV zamówienia) stanowił 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.