

KU/205/18/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający: Stowarzyszenie Rzeszowskiego
Obszaru Funkcjonalnego
ul. Rynek 5
35-064 Rzeszów

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

Gminy Boguchwała, Gminy Chmielnik, Gminy Czarna, Gminy Czudec, Gminy Głogów Małopolski, Gminy Krasne, Gminy Lubenia, Gminy Łańcut, Gminy Miasto Łańcut, Gminy Miasto Rzeszów, Gminy Świlcza, Gminy Trzebownisko, Gminy Tyczyn

Rodzaj zamówienia: dostawa

Przedmiot zamówienia: dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych dla Mieszkańców ROF w ramach projektu „Wsparcie rozwoju OZE na terenie ROF – projekt parasolowy”

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

Data wszczęcia postępowania: 09.03.2018 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2018/S 048-104933

Wartość zamówienia: 49.786.640,00 zł (tj. 11.546.870,14 euro) – całkowita wartość zamówienia, w tym prawo opcji

– 16.880.000,00 zł co stanowi równowartość
3.914.929,14 euro

Środki UE: Regionalny Program Operacyjny Województwa
Podkarpackiego 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 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „*ustawa Pzp*”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza:

1. naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne żądanie przez zamawiającego od wykonawców, którzy polegają na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 7-9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako: „*rozporządzenie*”;

2. naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom: INERGIS S.A., konsorcjum firm: Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. (lider), Eco-Therm Sp. z o.o., dalej jako: „*EKOENERGIA Sp. z o.o.*” oraz SOON Energy Poland Sp. z o.o., po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (dot. czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej);

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, poprzez niedokonanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy SOON Energy Poland Sp. z o.o. w sytuacji nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą.

UZASADNIENIE

1. O udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu opisane w dokumentacji postępowania oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12–23 ustawy Pzp oraz na

podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z zapisami w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), na potwierdzenie braku ww. podstaw do wykluczenia zamawiający żądał:

- a) dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1-6, 10 rozporządzenia;
- b) w stosunku do wykonawców zagranicznych – dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz ust. 3 rozporządzenia.

Zamawiający w rozdziale VIII pkt 10 siwz wskazał, cyt.: *„Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1–9 rozporządzenia”*.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z powyższych przepisów wynika m.in., iż zamawiający może żądać dokumentów jedynie na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia. W konsekwencji, żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, siwz lub zaproszeniu do składania ofert warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia w zakresie, w jakim ww. dokumenty potwierdzają spełnianie powyższych warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia.

Przytoczone wyżej zapisy rozdziału VIII punktu 10 siwz spowodowały, że wykonawcy polegający na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp zobowiązani byli do przedłożenia większej liczby dokumentów dotyczących tych podmiotów niż było to wymagane od samych wykonawców.

Skoro zamawiający uznał za wystarczające dla potwierdzenia spełniania przez samych wykonawców warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia przedstawienie

wskazanych w siwz ww. dokumentów, bezzasadne było stawianie przez zamawiającego wymagań przedłożenia przez wykonawców polegających na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp szerszego zakresu dokumentów wobec tych podmiotów.

Ze względu na fakt, iż żądanie zamawiającego od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 7-9 rozporządzenia było nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do wymagań zamawiającego postawionych wobec samego wykonawcy celem potwierdzenia spełniania przez ww. warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, postawiony przez zamawiającego wymóg ich przedłożenia stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 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 08 maja 2018 r.

Do upływu terminu składania oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) EKOENERGIA Sp. z o.o.;
- 2) JSB CONSTRUCTION PPHU [REDACTED];
- 3) SOON Energy Poland Sp. z o.o.;
- 4) INERGIS S.A.;
- 5) HYMON Energy Sp. z o.o.;
- 6) ML System S.A.

Wykonawca JSB CONSTRUCTION PPHU [REDACTED] wniósł wadium w formie poręczenia, o którym mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 (nr 21/W/2018/01/04/2018) z dnia 24 kwietnia 2018 r., które było ważne w okresie od dnia 08 maja 2018 r. do dnia 06 lipca 2018 r.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż pismem z dnia 03 lipca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy JSB

CONSTRUCTION PPHU [REDACTED] z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 03 lipca 2018 r., wykonawca JSB CONSTRUCTION PPHU [REDACTED] poinformował zamawiającego, iż nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Wykonawca ML System S.A. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr 998A766311) z dnia 07 maja 2018 r., która była ważna w okresie od dnia 08 maja 2018 r. do dnia 08 lipca 2018 r.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż pismem z dnia 03 lipca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy ML System S.A. z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Wykonawca ML System S.A. nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismami z dnia 23 lipca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania (dot. czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej). Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę HYMON Energy Sp. z o.o.

Zamawiający, pismami z dnia 15 października 2018 r., poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o dokonaniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismami z dnia 04 grudnia 2018 r., zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy INERGIS S.A.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 09 stycznia 2019 r., zamawiający został wezwany m.in. o uzupełnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania w zakresie informacji dotyczącej zwrotu wadium wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

W piśmie z dnia 10 stycznia 2019 r. zamawiający wyjaśnił m.in., iż: „(...) spośród 6 złożonych w terminie ofert tylko jedna została zabezpieczona wadium w formie pieniężnej, które to zgodnie z przedłożoną Państwu kopią dokumentacji zostało zamienione na formę bezgotówkową, a gotówka została zwrócona wykonawcy.

Pozostałe wadia zostały wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowych, które w terminie ponownego wyboru wygasły i nie zostały zwrócone wykonawcom”.

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: INERGIS S.A., EKOENERGIA Sp. z o.o. oraz SOON Energy Poland Sp. z o.o. po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (dot. czynności pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej) stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił termin składania ofert na dzień 08 maja 2018 r. (rozdział XIII pkt 1 ppkt 2 siwz) oraz termin związania ofertą na okres 60 dni (rozdział XI pkt 1 siwz).

Pismem z dnia 03 lipca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy SOON Energy Poland Sp. z o.o. z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 06 lipca 2018 r.).

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 05 lipca 2018 r., wykonawca SOON Energy Poland Sp. z o.o. przedłużył termin związania ofertą zgodnie z wnioskiem zamawiającego wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 19 września 2018 r.

Pismami z dnia 21 czerwca 2018 r. oraz 27 czerwca 2018 r. wykonawca INERGIS S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania w niniejszej sprawie (sygn. akt: KIO 1234/18, KIO 1276/18). Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, pismem z dnia 29 czerwca 2018 r., poinformował zamawiającego, iż na podstawie art. 189 ust. 1 ustawy Pzp zarządził łączne rozpoznanie powyższych odwołań. W dniu 09 lipca 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok w zakresie ww. odwołań INERGIS S.A.

Pismem z dnia 02 sierpnia 2018 r. wykonawca INERGIS S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt: KIO 1525/18).

W dniu 31 sierpnia 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok w ww. sprawie (sygn. akt KIO 1525/18).

Z uwagi na fakt, iż wykonawca SOON Energy Poland Sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wyraził zgodę, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym przedłużając termin związania ofertą o 60 dni oraz wynikające z toczących się postępowań odwoławczych zawieszenia terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 ustawy Pzp), należy stwierdzić, iż ww. wykonawca pozostawał związany ofertą jedynie do dnia 23 października 2018 r.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego, a konieczność przedłużenia tego terminu wynika wprost z przepisów ustawy Pzp i regulacji Kodeksu Cywilnego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp przewiduje odrzucenie oferty w przypadku upływu terminu związania ofertą. Odsyła on również do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może tak na wniosek zamawiającego jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy stwierdzić, iż dalsze, tj. na okres po 23 października 2018 r., nieprzedłużenie przez ww. wykonawcę terminu związania ofertą wypełnia przesłankę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, natomiast niedokonanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy SOON Energy Poland Sp. z o.o. w sytuacji nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a 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.