

KU/30/18/DKZP

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

Zamawiający:	Szczecińska Energetyka Ciepła Sp. z o.o. ul. Zbożowa 4 70 – 653 Szczecin
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie sieci do przyłączenia nowego osiedla mieszkaniowego planowanego w rejonie ul. Szosy Polskiej – ul. Polickiej do systemu ciepłowniczego Szczecińskiej Energetyki Ciepłej Sp. z o.o.
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	21.11.2017 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2017/S 223 – 464506
Wartość zamówienia:	12.000.000,00 zł (2.874.320,34 euro)

83.896.966,00 zł (20.095.563,00 euro) – całkowita wartość zamówienia

Środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 – 2020

Rodzaj procedury: zamówienie sektorowe

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 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zwrócenie wadium wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, po upływie 26 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) naruszenie art. 86 ust. 3 oraz art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez podanie kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert w wartości netto oraz odwołanie się do powyższej wartości w informacji zamieszczonej na swojej stronie internetowej;
- 3) naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie zawartego w nim wyłączenia w zakresie przesłanek wykluczenia.

UZASADNIENIE

1. Naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

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 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert odbyło się w dniu 12.01.2018 r.

Do upływu terminu składania ofert złożono następujące oferty:

- 1) ZPU Międzyrzecz POLSKIE RURY PREIZOLOWANE Sp. z o.o.;
- 2) ISOPLUS Polska Sp. z o.o.

Pismem z dnia 9.02.2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę ZPU Międzyrzecz POLSKIE RURY PREIZOLOWANE Sp. z o.o.

Zamawiający dokonał zwrotu wadium wykonawcy ISOPLUS Polska Sp. z o.o. w dniu 7.03.2018 r.

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 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 tym, iż przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjąć należy, iż brak zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo upływu 26 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. od dnia 9.02.2018 r., stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Naruszenie art. 86 ust. 3 oraz art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

W pkt 11.2 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia (druk ZP-PN) zamawiający wskazał, iż „bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie: 12.000.000,00 zł netto.” Jest to kwota równa wartości szacunkowej zamówienia, wskazanej w pkt 2.4 protokołu.

Ponadto, zamawiający zamieszczając na swojej stronie internetowej informację, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp wskazał, iż „na realizację zamówienia zabezpieczył kwotę: 12.000.000,00 zł netto.”

Mając na uwadze powyższe podnieść należy, iż zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tę samą kwotę zamawiający jest zobligowany podać w informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że nie można utożsamiać kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, z wartością zamówienia szacowaną przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32-35 ustawy Pzp. Podkreślić bowiem należy, iż zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast w myśl art. 86 ust. 3 i 5 pkt 1 ustawy Pzp, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a informacje dotyczące tej kwoty zamieszcza na stronie internetowej. Sformułowanie „kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” użyte w tych przepisach oznacza, że zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaką rzeczywiście może wydatkować na zamówienie. Tym samym, kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą brutto i powinna zawierać podatek od towarów i usług. Celem art. 86 ust. 3 i 5 ustawy Pzp jest ustanowienie swoistej gwarancji wyboru oferty wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, pod warunkiem, że zaproponowana przez niego cena nie przekroczy kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (co mogłoby być przesłanką unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Wobec faktu, iż ceny ofert są cenami brutto, kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia również powinna być kwotą brutto, aby zapewnić jej porównywalność z ceną oferty.

Zamawiający podając kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert w wartości netto (bez uwzględnienia wartości podatku od towarów i usług) oraz odwołując się do powyższej wartości w informacji zamieszczone na swojej stronie internetowej w dniu 12.01.2018 r., naruszył dyspozycję art. 86 ust. 3 oraz art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z postanowieniami pkt 7.2 siwz oraz sekcji II.1.1) ogłoszenia o zamówieniu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy Pzp.

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał m.in. dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 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), zwane dalej: „rozporządzenie”, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Odpowiednio w stosunku do wykonawców zagranicznych – dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ww. rozporządzenia.

Ponadto w trakcie prowadzonej kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu pismem z dnia 5.04.2018 r. poprosił zamawiającego m.in. o wyjaśnienie, który przepis art. 3 ust. 1 ustawy Pzp miał zastosowanie w przedmiotowej sprawie w odniesieniu do zamawiającego, a także o wskazanie w celu wykonywania którego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 ustawy Pzp udzielone zostało ww. zamówienie.

W piśmie z dnia 9.04.2018 r. zamawiający wyjaśnił, iż jako podstawę prawną w sprawie udzielenia zamówienia zastosował przepis art. 3 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, a zamówienie będące przedmiotem kontrolowanego postępowania jest udzielone w celu wykonywania działalności określonej w art. 132 ust. 1 pkt 3) Pzp, tj. tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją ciepła oraz dostarczaniem ciepła do takich sieci.

Zgodnie z dyspozycją art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, do stosowania przepisów ustawy zobowiązane są inne niż określony w pkt 1-3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1-3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
- d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego.

Wobec powyższego należy zauważyć, iż zamawiający – Szczecińska Energetyka Ciepła do udzielenia przedmiotowego zamówienia jest zobowiązany stosować przepisy Rozdziału 5 (Zamówienia Sektorowe) Działu III (Przepisy szczególne) ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp.

Treść powyższych wymogów nie została przez zamawiającego, będącego zamawiającym sektorowym, ograniczona poprzez zastrzeżenie zastosowania art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d), oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d). Wobec powyższego w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zastosował w stosunku do wykonawców szersze podstawy wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych, co powoduje naruszenie art. 133 ust. 4 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.