

Warszawa, dnia 10.09.2018 r.

UZP/DKZP/KU/128/18

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający: Gmina Miasta Gdyni
ul. Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54
81- 382 Gdynia
postępowanie prowadzi:
Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o.
ul. Chwaszczyńska 169
81-571 Gdynia

Rodzaj zamówienia: dostawy

Przedmiot zamówienia: Dostawa 32 fabrycznie nowych autobusów miejskich przegubowych oraz 23 fabrycznie nowych autobusów miejskich standardowych.

Data wszczęcia postępowania: 27.02.2018 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2018/S 040-088292

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: łączna wartość zamówienia: 71.706.500,00 zł
(16.630.679,31euro), z czego:
część 1 - 46.096.000,00 zł (10.690.910,78 euro),
część 2 - 25.610.500,00 zł (5.939.768,54 euro)

Środki UE: Fundusz Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 (Oś Priorytetów VI: Rozwój niskoemisyjnego transportu zbiorowego w miastach, Działanie 6.1.: Rozwój publicznego transportu zbiorowego w miastach)

Rodzaj procedury: zamówienie sektorowe

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 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza:

1. naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zwrócenie wadium wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, po upływie ponad miesiąca od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty;
2. naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie wypełnienie ciążącego na zamawiającym obowiązku udzielenia odpowiedzi na pytanie wykonawcy.

Uzasadnienie

1. 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.

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 12.06.2018 r. Do upływu terminu składania ofert wpłynęły po 2 oferty na każdą z dwóch części zamówienia, które złożyli nw. wykonawcy, tj.:

- 1) XA,
- 2) XB

Pismem z dnia 20.07.2018 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w obu częściach zamówienia złożonej przez wykonawcę XB.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 24.08.2018 r. zamawiający został poproszony m.in. o wyjaśnienie, kiedy dokonał zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, do pisma z dnia 27.08.2018 r. zamawiający załączył kopię pisma z dnia 24.08.2018 r. wysłanego do wykonawcy XA, w którym to piśmie zamawiający zwraca wykonawcy oryginał gwarancji ubezpieczeniowej.

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 XA, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w żadnej części zamówienia, pomimo upływu ponad 30 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 i części 2 zamówienia, tj. od dnia 20.07.2018 r., stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. W piśmie z dnia 20.03.2018 r. wykonawca XA zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienie treści siwz. Wykonawca w pytaniu nr 15 napisał *„Zgodnie z regulaminem 107 EKG ONZ w autobusach PN z części 1 przedmiotu zamówienia wymagane są dwie zatoki o długości min. 1300 mm. Prosimy o potwierdzenie, że zgodnie z regulaminem 107 EKG ONZ, zamawiający*

wymaga dwóch zatok na wózki, każda o długości min. 1300 mm. Prosimy o korektę zapisów SIWZ". Z treści dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień złożonych przez zamawiającego w piśmie z dnia 27.08.2018 r. wynika, że zamawiający nie udzielił bezpośredniej odpowiedzi na ww. pytanie. We wskazanych wyjaśnieniach zamawiający twierdzi, że „zagadnienie, które zostało poruszone w pytaniu numer 15 wykonawcy: XA w piśmie z dnia 20 marca 2018 roku zostało wyjaśnione w:

- piśmie Pełnomocnika Zamawiającego z dnia 06 kwietnia 2018 roku w sprawie wyjaśnień treści SIWZ, punkty 1, 5, 18;
- piśmie Pełnomocnika Zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2018 roku w sprawie wyjaśnień i zmiany treści SIWZ, pkt I ppkt 60, 61;
- piśmie Pełnomocnika Zamawiającego z dnia 06 kwietnia 2018 roku w sprawie wyjaśnień treści SIWZ, pkt I ppkt 102 oraz 122.

Wobec tego Pełnomocnik Zamawiającego udzielił, w w/w pismach, szczegółowej odpowiedzi na pytanie numer 15 wskazanego wykonawcy”.

Odnosząc się do wyjaśnień zamawiającego należy zauważyć, że wyjaśnienia zawarte w ww. pkt. I ppkt. 60 i 61 dotyczą autobusów SN, będących przedmiotem postępowania w części 2 postępowania, czyli nie mogą one stanowić wyjaśnień na zadane pytanie. W pkt. I ppkt. 102 i 122 zamawiający udziela odpowiedzi, z której wynika, że udzielił już odpowiedzi na zadane pytania i odsyła odpowiednio do pkt. 1 i 18, pisma z dnia 06.04.2018 r. W pkt. 1 zamawiający odpowiadając na pytanie „Czy Zamawiający dopuści autobus wyposażony w miejsce do przewozu wózka dziecięcego lub inwalidzkiego zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 3 do Regulaminu 107 EKG ONZ” napisał „Pełnomocnik Zamawiającego dokładnie opisał wymagania dotyczące przewozu wózków wymienionych przez Wykonawcę w pytaniu – załącznik numer 11.2 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia CZĘŚĆ 2, ust. II pkt. 13 ppkt. 13.1 -13.7”. Treść udzielonej odpowiedzi odnosi się do załącznika 11.2 do siwz, czyli części 2 postępowania, a wykonawca XA zadał pytanie dotyczące części 1 postępowania. W pkt 5 na pytanie „Czy Zamawiający potwierdza, że zaoferowanie autobusu wyposażonego w pas bezpieczeństwa i oparcie dla pasażera na wózku inwalidzkim, będzie spełnieniem wymogu określonego przez Zamawiającego w ppkt. 13.3 i 13.4?” odpowiedział „Pełnomocnik Zamawiającego nie ocenia na tym etapie postępowania rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawców. Zgodnie z treścią załącznika numer 11.1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia CZĘŚĆ 1, ust. II pkt. 13.3 i 13.4 oraz załącznika numer 11.2 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia CZĘŚĆ 2, ust. II pkt. 13 ppkt. 13.3 i 13.4(...)”, a następnie zacytował ww. ppkt. Wskazana odpowiedź dotyczyła pasów bezpieczeństwa oraz oparc, a nie ilości i rozmiarów zatok dla wózków inwalidzkich lub dziecięcych. W pkt 18 na pytanie „Czy Zamawiający zaakceptuje rozwiązanie, w którym naprzeciwko drzwi II będzie znajdować się

miejsce na wózek inwalidzki lub dziecięcy?”, zamawiający odpowiedział „Pełnomocnik Zamawiającego nie ocenia na tym etapie postępowania rozwiązań technicznych proponowanych przez Wykonawców. Zgodnie z treścią załącznika numer 11.1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia CZĘŚĆ 1, ust. II pkt. 34 ppkt. 34.2 oraz załącznika numer 11.2 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia CZĘŚĆ 2, ust. II pkt. 34 ppkt. 34.2”, a następnie zacytował ppkt. 34.2 oraz 13.1.

Powyższe wyjaśnienia nie stanowią odpowiedzi na pytanie zadane przez XA, gdyż zamawiający nie odniósł się bezpośrednio do pytania zadanego przez ww. wykonawcę. Odpowiedzi na jakie zamawiający się powołuje, nie odnoszą się do pytań, których treść mogłaby w pełni odpowiadać treści pytania zadanego przez wykonawcę XA. Dodatkowo należy wskazać, że nie rozwiewają wątpliwości dotyczącej niezgodności treści załącznika 11.1 do SIWZ z regulaminem 107 EKG ONZ, jakie zgłasza wykonawca w swoim pytaniu. Ponadto, zamawiający w przywołanych przez siebie wyjaśnieniach do treści SIWZ, nie udziela wykonawcom bezpośrednich wyjaśnień, a jedynie odwołuje się do treści OPZ oraz cytuje jej fragmenty.

Siwz została zamieszczona na stronie internetowej www.pkmgdynia.pl w dniu 27.02.2018 r., a termin składania ofert wyznaczono na dzień 16.04.2018 r., tj. 42 dni od dnia wszczęcia kontrolowanego postępowania. Połowa wyznaczonego terminu składania ofert upływała zatem dniu 23.03.2018 r.

Wskazując na ustalony powyżej stan faktyczny należy zauważyć, co następuje.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

Tym samym, nie wypełniając ciążącego na zamawiającym obowiązku udzielenia odpowiedzi na ww. pytanie zamawiający dopuścił się naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.