



Warszawa, dnia 2021 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KND/49/20/DKZP

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

Zamawiający:	Gmina Trzeszczany Trzeszczany Pierwsze 194 22 – 554 Trzeszczany
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Termomodernizacja Szkoły Podstawowej im. Cypriana Kamila Norwida w Trzeszczanach
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	07.04.2020 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	529750-N-2020
Wartość zamówienia:	2 083 057,00 zł (tj. 487 915,58 euro)
Środki UE:	Regionalny Program Operacyjny Województwa Lubelskiego na lata 2014 – 2020
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w zw. z art. 94 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020), dalej jako: ustawa Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez niezgodne z ww. przepisem odrzucenie oferty wykonawcy firm ██████████;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty wykonawcy ██████████
- 3) § 14 ust. 2 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”.

1) Uzasadnienie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

W Rozdziale 9 pkt 9.1. SIWZ zamawiający żądał od wykonawców składających ofertę wniesienia wadium w kwocie 60 000,00 zł. Wykonawca konsorcjum firm ██████████ wraz z ofertą przedłożył poręczenie zapłaty wadium wystawione w dniu 28.04.2020 r. przez Biłgorajską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A., która udzieliła poręczenia na rzecz Gminy Trzeszczany tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium w wysokości 60 000,00 zł w ramach przedmiotowego postępowania. Ww. poręczenie zostało udzielone Panu ██████████, prowadzącemu działalność gospodarczą pod ██████████. Treść poręczenia wskazuje również, iż jest ono ważne do dnia 06.06.2020 r.

Zamawiający w dniu 22.05.2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę ██████████ oraz o odrzuceniu m.in. oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm: ██████████ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż „(...) W treści tego poręczenia nie wskazano, że jest to poręczenie udzielone konsorcjum, czy też jest to poręczenie udzielone P. ██████████ działającemu w imieniu konsorcjum. Przede wszystkim należy wskazać, że brak wskazania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w treści poręczenia zapłaty wadium oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, gdyż przesłanki zatrzymania wadium materializują się odrębnie co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, co

winno skutkować wykluczeniem ww. wykonawców z udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert. (...) Należy przy tym zauważyć, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadają solidarnie wyłącznie za wykonanie umowy oraz zabezpieczenie należytego jej wykonania (art. 141 ustawy Pzp), a zatem brak jest podstaw do przypisania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego solidarnej odpowiedzialności w kwestii wadium (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku, sygn.. akt XII Ga 555/18). W dotychczasowym orzecznictwie KIO zarysował się pogląd, zgodnie z którym w treści gwarancji (poręczenia) oferent musi być wskazany prawidłowo – a więc muszą być wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (a przynajmniej być zachowana wersja minimum, tj. jeśli wymieniony jest jeden z tych wykonawców, to powinno być zaznaczone, że składa on ofertę wspólną wraz z innymi podmiotami i ta oferta jest zabezpieczona gwarancją/poręczeniem). Dla zabezpieczenia interesu zamawiającego w treści gwarancji powinni być wskazani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. (...) Ponadto treść załączonego do oferty konsorcjum poręczenia zapłaty wadium jest nieprawidłowa z dodatkowej przyczyny. W jej treści poręczyciel wskazał termin ważności poręczenia bez określenia jego początkowego terminu. Ograniczył się jedynie do zapisu, że poręczenie jest ważne do dnia 06.06.2020 r. Uwzględniając datę udzielenia poręczenia, tj. 28.04.2020 r. oraz to, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert (...) takie określenie terminu ważności wadium jest nieprawidłowe. (...) Prawidłowe poręczenie zapłaty wadium powinno wskazywać okres początkowy. Jeżeli w treści poręczenia znajdował by się zapis mówiący o tym, że jest ono ważne przez cały okres związania ofertą lub od dnia 30.04.2020 r. (dzień upływu składania ofert) wówczas można by uznać, że jest ono prawidłowe. (...)

W toku postępowania wyjaśniającego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego m.in. z prośbą o wyjaśnienie, dlaczego w ocenie zamawiającego wniesienie wadium przez jedną z firm występujących wspólnie w konsorcjum jest wadliwe. W szczególności, poproszono o wyjaśnienie ww. stanowiska zamawiającego w kontekście wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15.02.2018 r. (IV CSK 86/17).

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający wyjaśnił, iż „(...) w ocenie zamawiającego opartej na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych, w tym również Sądu Najwyższego (...) decyzja zamawiającego jest słuszna i znajduje oparcie w przepisach prawa. (...) Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy wadium można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. (...) W przypadku przeprowadzenia przez tutejszy Urząd procedury przetargowej mamy do czynienia z wadium w formie

poręczenia zapłaty wadium, a więc w formie, w której Sąd Najwyższy nie rozpatrywał w ramach zapadłego rozstrzygnięcia. (...) Nadmieniam również, co istotne, że w ramach oświadczeń na etapie procedury przetargowej każdy z członków Konsorcjum osobno złożył informację o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, jak również upoważnił Pana [REDAKTOWANE] do reprezentowania konsorcjum, co w świetle zaistniałej sytuacji również ma istotne znaczenie. (...)”.

Odnosząc się do ww. stanowiska zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: J [REDAKTOWANE] należy przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.02.2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17), w którym Sąd Najwyższy wskazał, iż „(...) należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje (...) treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie. (...) Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.), są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. (...) Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 k.c., że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. (...)”.

W tym miejscu należy zgodzić się z zamawiającym, iż ww. wyrok zapadł w kontekście gwarancji ubezpieczeniowej, nie zaś poręczenia zapłaty wadium. Należy jednak podkreślić, iż tezy, które zostały sformułowane w ww. wyroku, w szczególności odnoszące się do całościowej wykładni treści dokumentu mają zastosowanie do każdej z form wadium wnoszonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, w tym poręczenia zapłaty wadium. Niewątpliwie w treści dokumentu prawidłowo określono przedmiot zamówienia, kwotę wadium oraz zobowiązanie Poręczyciela do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na rzecz zamawiającego – Gminy Trzuszczany na pierwsze pisemne żądanie, na zasadach określonych w dokumencie. Wskazane przesłanki zapłaty odpowiadają w całości wymienionym w przepisie art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Podstawową funkcją wadium jest możliwość zaspokojenia zamawiającego w razie ziszczenia się przesłanki wskazanej w treści dokumentu, a wynikającej z przepisów ustawy Pzp. W ocenie Prezesa Urzędu przedstawione z ofertą wykonawcy konsorcjum firm J [REDAKTOWANE] wadium w należyty sposób zabezpiecza ofertę i brak jest podstaw do odmiennego twierdzenia. Zgodnie z ww. wyrokiem Sądu Najwyższego nie jest konieczne wymienienie

w dokumencie gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym, aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum. Tym samym wobec jednoznacznego określenia w treści poręczenia zapłaty wadium: przedmiotu zamówienia, nazwy zamawiającego, wykonawcy, który w postępowaniu złożył ofertę - a fakt złożenia jej wspólnie z drugim wykonawcą nie odbiera mu przymiotu wykonawcy powoduje, iż niezależnie od tego, po stronie którego z dwóch wykonawców (konsorcjantów) ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, Poręczyciel będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia wskazanej w dokumencie. Działania lub zaniechania jednego z konsorcjantów wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń.

Odnosząc się natomiast do braku daty początkowej obowiązywania poręczenia wadium należy wskazać, iż poręczenie wadium załączone do oferty konsorcjum firm: [REDAKTOR] zostało wystawione dnia 28.04.2020 r. (termin składania ofert upływał dnia 30.04.2020 r.). Data ważności poręczenia została wyznaczona na dzień 06.06.2020 r. Natomiast termin związania ofertą wynosił 30 dni, tj. upływał w dniu 29.05.2020 r. Z powyższego zatem wynika, iż poręczenie wadium wystawione dnia 28.04.2020 r. zabezpieczało ofertę przez cały okres związania ofertą, tj. od dnia jej złożenia 30.04.2020 r. do dnia 29.05.2020 r. Podkreślić należy, iż z uwagi na fakt, iż wadium winno być wniesione przed upływem terminu składania ofert, dokument poręczenia winien być wystawiony odpowiednio wcześniej, tak aby wykonawca mógł go załączyć do oferty. Tym samym należy uznać, iż poręczenie zapłaty wadium załączone do oferty konsorcjum firm [REDAKTOR] obowiązywało od daty wystawienia 28.04.2020 do dnia 06.06.2020 r., zatem obejmowało cały okres związania ofertą.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty wykonawcy firm [REDAKTOR] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

2) Uzasadnienie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1. cena – waga 60%;

2. długość okresu gwarancji – waga 30%;
3. skrócony termin wykonania zadania – waga 10%.

W kryterium skrócony okres wykonania zamówienia wykonawca mógł zaproponować w formularzu oferty termin wykonania zadania do 31.12.2020 r. W tym wypadku zamawiający przyznawał dodatkowo 10 punktów w kryterium oceny ofert.

Skrócony termin realizacji zamówienia określony został w druku oferty, według którego wykonawca miał obowiązek wskazania, który termin realizacji zadania oferuje. Jeżeli w druku oferty pozostaną dwa terminy zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ.

Jednocześnie w formularzu oferty zamawiający wypełnił pkt 6, poprzez wskazanie „Zobowiązujemy się wykonać zamówienie do 31.08.2021 r.”.

Natomiast w pkt 7 formularza wskazano, iż „Oferujemy skrócony termin realizacji zamówienia i zobowiązujemy się do jego wykonania w terminie do 31.12.2020 r.”.

Ponadto w formularzu oferty zamawiający zamieścił Uwagę informacyjną, w której wskazał, iż „skrócony termin realizacji zamówienia określony w pkt 7 druku oferty stanowi jedno z kryterium oceny ofert. Jeżeli wykonawca oferuje ten termin należy skreślić pkt 6. Jeżeli na druku oferty pozostaną dwa terminy zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ”.

Wykonawca [REDAKTOR] w treści formularza ofertowego w pkt 6 wskazał, iż „Zobowiązujemy się wykonać zamówienie do 31.12.2020 r.” W pkt 7 formularza wykonawca wskazał, iż „Oferujemy skrócony termin realizacji zamówienia i zobowiązujemy się do jego wykonania w terminie do 31.12.2020 r.”.

Pismem z dnia 22.05.2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy [REDAKTOR] z ceną z ceną 2 395 274,27 zł oraz o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy [REDAKTOR] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż „(...) W formularzu oferty i SIWZ zamawiający zastrzegł, że skrócony termin realizacji zamówienia stanowi jedno z kryterium oceny ofert, wobec czego w druku oferty wskazane zostało, że w przypadku gdy wykonawca oferuje skrócony termin realizacji zamówienia, tj. do 31.12.2020 r. w druku oferty należy skreślić pkt 6 wskazujący termin realizacji zamówienia, tj. do 31.08.2021 r. (Wykonawca w sposób nieuprawniony zmienił w druku treść oferty). Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że pozostawienie w druku oferty dwóch terminów spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Oferta wykonawcy odrzuconego wskazuje w druku ofertowym dwa terminy wykonania zamówienia (...) wobec czego oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.”

Odnosząc się do powyższych ustaleń należy wskazać, iż przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt

2 wskazana została okoliczność, kiedy to treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „treści oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posłużyć się definicją zawartą w art. 66 § 1 Kc. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Z tego wynika, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w SIWZ, redaguje istotne postanowienia umowy.

Analiza dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym treść oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] jednoznacznie wskazuje, jaka była wola ww. wykonawcy w niniejszym postępowaniu – intencją wykonawcy było bowiem zaoferowanie skróconego terminu realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Tym samym, skoro taka jest treść oświadczenia woli wykonawcy [REDAKTOWANE] zawartego w ofercie, to nie sposób twierdzić, że oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jedynie z uwagi na okoliczność, iż wykonawca zarówno w pkt 6 i 7 formularza oferty wskazał skrócony termin realizacji zamówienia. Należy podkreślić, iż ww. terminy są tożsame, tym samym wykonawca nie zaoferował rozbieżnego terminu realizacji zadania, a jedynie wskazał go w dwóch miejscach formularza oferty. Powyższe zatem nie powoduje żadnych wątpliwości, co do zaoferowanego przez wykonawcę terminu realizacji zamówienia. Dla skutecznego odrzucenia oferty nie jest wystarczające stwierdzenie, iż wykonawca „w sposób nieuprawniony zmienił w druku treść oferty”, bowiem zmiana druku oferty winna być na tyle istotna, iż w sposób odmienny określałaby istotne postanowienia umowy, co w niniejszym stanie faktycznym nie miało miejsca.

Tym samym zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dokonał odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE]

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3) Uzasadnienie naruszenia § 14 ust. 2 rozporządzenia.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają opisane warunki udziału w postępowaniu oraz wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 oraz 24 ust. 5 pkt 1 – 4 ustawy Pzp. Na potwierdzenie braku ww. podstaw do wykluczenia zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 oraz 10 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”. Natomiast w celu potwierdzenia

spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia.

W pkt 6.7. SIWZ zamawiający wskazał, iż „*Dokumenty powinny zostać sporządzone w języku polskim i złożone w formie oryginału lub kopii potwierdzonej notarialnie*”.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, stosownie do treści § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 r. poz. 1126), dokumenty lub oświadczenia składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Tym samym żaden z przepisów ww. rozporządzenia nie uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców dokumentów składanych w formie kopii potwierdzonej notarialnie.

W związku z powyższym wskazanie przez zamawiającego w treści SIWZ, iż dokumenty powinny zostać złożone w formie oryginału lub kopii potwierdzonej notarialnie, stanowi naruszenie przepisów § 14 ust. 2 rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ust. 1 ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

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.