

KU/182/20/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa <i>w imieniu którego postępowanie prowadzi:</i> PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni w Poznaniu Al. Niepodległości 8 61-875 Poznań
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	zaprojektowanie i wykonanie robót dla przebudowy trzech obiektów inżynierskich: most w km 0,346; wiadukt w km 0,654; most w km 1,824 linii kolejowej nr 286 Kłodzko Główny – Wałbrzych Główny w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	31.01.2020 r.

Numer ogłoszenia**o zamówieniu:** 2020/S 022-049714**Wartość zamówienia:**

62.300.369,00 zł (tj. 14.592.642,59 euro), w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp – 12.460.073,80 zł (tj. 2.918.528,52 euro), Ponadto, w uchwale nr 54/2020 z dnia 27.01.2020 r., w której wyrażono zgodę na przeprowadzenie ww. postępowania, wyrażono również zgodę na przeprowadzenie postępowania o nazwie „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla przebudowy mostu w Przemysłu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II””, o wartości 174.453.915,60 zł (145.378.263,00 zł – wartość zamówienia podstawowego i 29.075.652,60 zł – wartość zamówień na podobne roboty budowlane), (tj. 40.862.416,69 euro), łączna wartość obu postępowań – 249.214.358,40 zł (tj. 58.373.587.80 euro)

Środki UE:

POIiŚ 2014-2020

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 zw. 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, stwierdza naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne zastosowanie wskazanego przepisu, dokonując czynności poprawy jednolitych dokumentów wykazanych podmiotów oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie wykonawcy X do uzupełnienia i poprawy JEDZ-ów wykazanych podmiotów;
- 2) art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie zwrotu wadium wykonawcy Y po upływie 14 dni od daty wyboru oferty najkorzystniejszej.

UZASADNIENIE

1. Pismem z dnia 20.11.2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poinformował wykonawcę X, o dokonaniu poprawek w JEDZ X, --, wchodzącego w skład partnera konsorcjum XX --, ---, ----, wchodzącego w skład partnera konsorcjum XX --, --- oraz podmiotów trzecich, tj. XXX, Sp. k. i XXXX.

W części I JEDZ wszystkich ww. podmiotów fragment dotyczący ogłoszenia o zamówieniu był nieuzupełniony. Zamawiający wypełnił wskazane pole poprzez dokonanie poprawki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W części VI JEDZ wszystkich ww. podmiotów fragment dotyczący wyrażenia zgody na uzyskanie dostępu do dokumentów potwierdzających informacje z cz. III i IV JEDZ, znajdowało się odniesienie do innego zamówienia. Zamawiający zmienił ten fragment tekstu samodzielnie poprzez dokonanie poprawki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Natomiast zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W treści art. 25a ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, czyli tak jak w przedmiotowym postępowaniu, ww. oświadczenie wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu. Zgodnie z zapisami ogłoszenia o zamówieniu i siwz w przedmiotowym postępowaniu, jednolite dokumenty, jak wskazano w ww. art. 25a ust. 3 i 6 ustawy Pzp, powinny złożyć też podmioty, na których zasoby powołuje się wykonawca i każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Zgodnie z normą art. 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE JEDZ stanowi zaktualizowane oświadczenie własne wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, składane jako dowód wstępny, zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie, o braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

W świetle przytoczonych przepisów należy stwierdzić, że JEDZ nie jest ofertą, ani nie stanowi jej części. JEDZ jest oświadczeniem wstępnym wykonawcy stwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak występowania podstaw wykluczenia. W sytuacji, gdy wykonawca nie złożył

JEDZ, dokument ten jest niekompletny, zawiera błędy lub budzi wątpliwości, zamawiający wzywa do jego złożenia, uzupełnienia lub poprawienia w terminie przez siebie wskazanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, chyba że mimo jego złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W przedmiotowym stanie faktycznym, zamawiający błędnie zastosował normę art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonując czynności poprawy jednolitych dokumentów ww. podmiotów i naruszył wskazany przepis ustawy Pzp. Jednocześnie zamawiający nie wzywając wykonawcy X do uzupełnienia i poprawy JEDZ-ów ww. podmiotów, naruszył treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, otwarcie ofert odbyło się w dniu 05.03.2020 r. godz. 11:00. Do upływu wyznaczonego terminu zamówienia ofertę złożyło 7 wykonawców, w tym wykonawca Y i partnerem YY.

Wadium w przedmiotowym postępowaniu zostało ustalone na kwotę 1.200.000,00 zł.

Ww. podmioty działające jako konsorcjum wniosły wadium w formie pieniężnej w 2 częściach. Część 1 w wysokości 600.000,00 zł została wniesiona w dniu 04.03.2020 r. za pośrednictwem przelewu przez podmiot Reincon Sp. z o.o., tj. przed terminem otwarcia ofert. Część 2 w wysokości 600.000,00 zł została wniesiona dnia 05.03.2020 r. o godz. 13:27 za pośrednictwem przelewu przez podmiot „SBM” Sp. z o.o., Sp. k., tj. po terminie otwarcia ofert.

W związku z powyższym, pismem z dnia 13.03.2020 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż działając w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy Y.

Pismem z dnia 06.05.2020 r., Y, zwrócił się do zamawiającego z prośbą o dokonanie zwrotu wadium w kwocie 600.000,00 zł na konto spółki YY, tj. partnera konsorcjum.

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 12.05.2020 r. zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 46 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie może dokonać zwrotu ww. wadium.

Pismem z dnia 14.05.2020 r., partner konsorcjum YY, zwrócił się do zamawiającego z prośbą o dokonanie zwrotu wadium w kwocie 600.000,00 zł do dnia 20.05.2020 r., uzasadniając to faktem, iż wadium w niniejszym postępowaniu opiewało na 1.200.000,00 zł, natomiast w przypadku ww. wykonawcy wniesiono na konto zamawiającego jedynie 600.000,00 zł i w związku z tym wykonawca wskazał, że wadium nie zostało przez konsorcjum w skład którego wchodził w tym postępowaniu wniesione.

W odpowiedzi na powyższe, przelewem z dnia 20.05.2020 r., zamawiający zwrócił ww. wykonawcy kwotę 600.634,51 zł.

Zamawiający w dniu 23.09.2020 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę YYY.

Zamawiający pismem z dnia 04.11.2020 r., zwrócił się do wewnętrznego działu finansowego o dokonanie zwrotu wadium na rzecz lidera konsorcjum, tj. podmiotu Y wniesionego w formie pieniężnej. Faktyczny zwrot wadium, tj. przelew na rzecz ww. wykonawcy nastąpił dnia 09.11.2020 r., tj. 47 dni od dnia ogłoszenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z treścią 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.

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 i 1495), 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 momentu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie naruszenia dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zwrotu wadium wykonawcom po upływie 14 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w Uchwale

z dnia 19.03.2019 r. (sygn. akt: KIO/KU 16/19). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „Należy zgodzić się z interpretacją, że określenie „niezwłocznie” nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem „natychmiast”, lecz oznacza termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju. Termin ten zazwyczaj tłumaczy się również jako „bez zbędnej zwłoki”. (...) Należy przyznać rację Prezesowi UZP, że dokonanie czynności zwrotu wadium 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, przyjęć należy, iż brak zwrotu wadium wykonawcy „SBM” Sp. z o.o., Sp.k. w terminie 14 dni od daty wyboru oferty najkorzystniejszej, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 171a ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń 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.