

Warszawa, dnia 31.07.2019 r.

KU/64/19/DKZP

### Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

**Zamawiający:** Nadleśnictwo Głogów  
ul. Sikorskiego 54  
67-200 Głogów

**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane

**Przedmiot zamówienia:** zwiększenie wykorzystania zasobów wodnych poprzez adaptację istniejących systemów melioracyjnych do pełnienia funkcji retencyjnych oraz niwelowanie ich negatywnego oddziaływania na ekosystemy

**Data wszczęcia postępowania:** 19.02.2019 r.

**Numer ogłoszenia o zamówieniu:** 2019/S 035-077929

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

**Wartość zamówienia:** 1.925.364,15 zł (tj. 446.544,09 euro), w tym zamówienia, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp: 152.620,30 zł (tj. 35.396,78 euro) oraz prawo opcji: 246.540,37 zł.

**Środki UE:** Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 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 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

- 1) art. 41 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji na temat wadium,
- 2) art. 12a ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności zamieszczenia sprostowania ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej,
- 3) art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze,
- 4) art. 91 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie kryterium oceny ofert w sposób odnoszący się do właściwości wykonawcy.

### UZASADNIENIE

#### **1. Uzasadnienie naruszenia art. 41 pkt 8 ustawy Pzp.**

Z przekazanej do kontroli uprzedniej dokumentacji, tj. ogłoszenia o zamówieniu wynika, że Zamawiający nie zamieścił w przedmiotowym ogłoszeniu informacji na temat wadium.

Zgodnie treścią art. 41 pkt 8 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej informację na temat wadium.

Zaniechanie czynności zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji na temat wadium, stanowi naruszenie dyspozycji art. 41 pkt 8 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

## 2. Uzasadnienie naruszenia art. 12a ust. 3 ustawy Pzp.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika m.in., że zamawiający dokonał sprostowania ogłoszenia o zamówieniu, przekazując je w dniu 07.03.2019 r. Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Niniejsze sprostowanie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 049-111811 z dnia 11.03.2019 r. Zamawiający dokonał zmiany wartości szacunkowej zamówienia z: 1.925.364,15 euro na: 1.925.364,15 zł. Jednocześnie z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że zamawiający nie zamieścił sprostowania ogłoszenia na stronie internetowej.

Powyższe potwierdzają również udzielone Prezesowi Urzędu w dniu 27.06.2019 r. wyjaśnienia, w których Zamawiający wskazał m.in., że:

„Na stronie internetowej Zamawiającego nie opublikowano informacji o sprostowaniu ogłoszenia w Dzienniku Unii Europejskiej. Sprostowanie to dotyczyło treści, wymienionej w art. 41 ustawy pzp”.

Zgodnie z treścią art. 12a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający niezwłocznie po zamieszczeniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub jej przekazaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zamieszcza informację o zmianach na stronie internetowej.

Zaniechanie czynności zamieszczenia sprostowania ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej, stanowi naruszenie dyspozycji art. 12a ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

## 3. Uzasadnienie naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Z przekazanej do kontroli przedniej dokumentacji wynika, m.in. że zamawiający po poinformowaniu wykonawców w dniu 26.04.2019 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, zaniechał czynności zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane. Powyższe potwierdzają również udzielone Prezesowi Urzędu w dniu 08.07.2019 r. wyjaśnienia, w których zamawiający wskazał m.in., że:

„Wadia Wykonawców X oraz Wykonawcy X zostały wniesione w formie niepieniężnej, a na dodatek elektronicznej. Termin ważności gwarancji wadialnych mijał po okresie związania ofertą lub z chwilą ustania zobowiązania, czyli z chwilą rozstrzygnięcia postępowania. Pisma informujące w/w Wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania zostały przekazane pocztą elektroniczną pismem z dnia 26.04.2019 r. Nie są nam znane skuteczne techniczne sposoby zwrotu wadium elektronicznego poza jego wygaszeniem.”.

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.

Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, tj.:

- 1) X,
- 2) X,
- 3) X,
- 4) X.

W dniu 26.04.2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez X.

W dniu 29.04.2019 r. zamawiający zwrócił wadium wykonawcy X, wniesionego w formie pieniężnej.

Zamawiający zaniechał natomiast zwrotu wadium wykonawcy X oraz wykonawcy X, którzy wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.

Zgodnie z wniesionymi przez ww. wykonawców wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, oferty obu ww. wykonawców były zabezpieczone wadium do dnia 07.06.2019 r. Z powyższego wynika, że w dniu poinformowania wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania, wniesione przez ww. wykonawców wadium zachowywało swoją ważność jeszcze przez 42 dni.

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.

Ponadto przepis ten nie reguluje formy zwrotu wadium, tym samym czynność ta jest niezależna od formy jego wniesienia. W przypadku wnoszenia wadium w formie innej niż pieniężna, kwestia zwrotu wadium powinna się opierać na sposobie komunikacji jaką zamawiający przewidział w SIWZ. Jednocześnie należy zaznaczyć, że w treści przedstawionych przez ww. wykonawców gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium gwarant wskazał, że:

- w przypadku wykonawcy - X w § 5 pkt 1 gwarancji: „Niniejsza Gwarancja wygasa również w przypadku gdy Beneficjent zwolni w formie pisemnej Gwaranta ze zobowiązań wynikających z niniejszej gwarancji”,
- w przypadku wykonawcy - X w pkt 8.1 gwarancji: „Niniejsza Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku zwolnienia Gwaranta przez Beneficjenta ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w Gwarancji, przed upływem terminu ważności Gwarancji”.

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, że już sam gwarant wskazuje zamawiającemu pośrednio skuteczny sposób zwrotu wadium – skutkujący zwolnieniem go z zobowiązań zawartych w gwarancji wadialnej.

W tym miejscu należy przytoczyć treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2012 r. (Sygn. akt KIO 1098/12) w którym Izba stwierdziła m.in. że: „Ustawodawca nie uzależnił obowiązku zwrotu wadium od faktu, czy zwrot wadium wniesionego w innej formie niż pieniądze jest technicznie łatwe. Fakt trwałego połączenia dokumentu gwarancji z pozostałymi oświadczeniami i dokumentami nie zwalnia zamawiającego z powinności zwrotu wadium. Zamawiający winien przede wszystkim tak formułować postanowienia specyfikacji, by zwrot wadium nie był utrudniony, a skoro tak się nie stało, to winien w uzgodnieniu z wykonawcą podjąć działania zmierzające do zachowania integralności i kompletności oferty po dokonany zwrocie.”.

Wyrok ten nie odnosi się do kwestii wniesienia wadium w formie elektronicznej, ale wskazuje na zasadę postępowania jaką powinien zamawiający przyjąć w sytuacji zwrotu wadium w innej

formie niż pieniężna. Jednocześnie z powyższego wyroku wynika, że zwrot wadium powinien nastąpić niezależnie od formy jego wniesienia.

W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjęć należy, iż zaniechanie czynności zwrotu wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wykonawcy X oraz wykonawcy X, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze, stanowi naruszenie dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

#### 4. Uzasadnienie naruszenia art. 91 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt 11.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zamawiający wskazał m.in., że jednym z kryteriów oceny ofert będzie - Dostępność do obsługi geodezyjnej pozwalającej na stałą i bieżącą kontrolę wielkości i zakresu wykonywanych robót oraz ich zgodności z dokumentacją projektową. Następnie zamawiający stwierdził, że w ramach tego kryterium można uzyskać maksymalnie 20 pkt. Natomiast punkty przyznawane za to kryterium będą ustalane zgodnie z poniższym opisem:

Dostępność zostanie oceniona w następujący sposób:

- Zasób własny (umowa o pracę) – 20 pkt.
- Zasób zewnętrzny (inne formy dysponowania i dostępności) – 10 pkt.
- Brak dostępności lub brak informacji pozwalających ocenić dostępność – 0 pkt.

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Następnie, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z uwagi na powyższe, należy w tym miejscu przytoczyć fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03.04.2017 r. (Sygn. akt: KIO 486/17, KIO 492/17), w którym Izba stwierdziła m.in. że:

„(...) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyniku nowelizacji ustawy Pzp dodany został ust. 2 ustalający iż „Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia” z pkt 2 wynika

odwołanie się do aspektów społecznych o których mowa w przepisie art. 22 ust 2 Pzp, dotyczącego zapobieganiu wykluczenia z rynku pracy określonych grup osób oraz pkt 5 tegoż artykułu na który powołuje się Zamawiający:, że kryterium oceny ofert może być także organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, pod warunkiem, że może to mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Jak wskazano w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 17 września 2002 roku w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, pozacenowe kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą przyznawać zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru, być wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu i być zgodne z zasadami podstawowymi prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji.

Z powyższego należy wywieść, że po nowelizacji dopuszczalne jest określenie jako kryterium oceny ofert także właściwości podmiotowe wykonawcy pod warunkiem, że ten wykaże w sposób nie budzący wątpliwości, iż kryterium oceny ofert w brzmieniu proponowanym przez zamawiającego, będzie niewątpliwie w całości związane z przedmiotem zamówienia. W przypadku tego kryterium jego związek z przedmiotem tego zamówienia jest wątpliwy. Zamówienie może wykonać każdy zespół osób o odpowiedniej wiedzy i doświadczeniu niezależnie od formy zatrudnienia.

Zdaniem Izby wskazać należy iż możliwość postawienia jako kryterium oceny ofert wymagania, aby wykonawcy zatrudniali na podstawie umów o pracę osoby, które będą dedykowane do wykonania danego zamówienia, budzi szereg wątpliwości zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie. (...)

Zauważenia wymaga także fakt, że o ile wymóg wykazania się osobami pozostającymi w stosunku pracy może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3a stanowić element opisu zamówienia, to przepisy dotyczące kryteriów oceny ofert na taką możliwość, w ocenie Izby nie wskazują.

Zasadnym w tym zakresie jest przywołanie fragmentu opinii projektu nowelizacji ustawy Pzp dokonany przez Radę Ministrów, gdzie wskazano między innymi, że pomysł wymuszania przez zamawiających na wykonawcach zatrudnienia pracowników na etatach może budzić silny opór, gdyż wprowadzenie takiego wymogu może prowadzić do dyskryminacji przedsiębiorców, którzy zatrudniają pracowników na umowach cywilnoprawnych. Nadto wskazano iż narzucenie konkretnej formy zatrudnienia wkracza w dziedzinę wolności działalności gospodarczej wykonawcy, czy podwykonawcy, realizujących zamówienie publiczne (...) należy mieć na uwadze, iż cel unijnych regulacji odnoszących się do szeroko rozumianych względów społecznych, powinien być definiowany w kontekście brzmienia

motywu 33 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym warunki realizacji zamówienia są zgodne z dyrektywą, pod warunkiem że nie są one bezpośrednio lub pośrednio dyskryminujące oraz są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji zamówienia.

Zdaniem Izby tzw. klauzula zatrudnienia pracowniczego odnosi się do warunków realizacji zamówienia publicznego, a nie cech, które powinien posiadać podmiot ubiegający się o jego udzielenie. Zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę nie jest bowiem kryterium wyboru wykonawcy ani kryterium udzielenia zamówienia.”.

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, że niedopuszczalnym jest opisywanie kryteriów oceny ofert poprzez faworyzowanie wykonawców, którzy zatrudniają personel do realizacji danego zamówienia na podstawie umowy o pracę i jednocześnie dyskryminację przedsiębiorców, którzy zatrudniają pracowników na umowach cywilnoprawnych, bowiem jest to sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji. Jeżeli wykonywanie poszczególnych czynności podczas realizacji zamówienia polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1040), zamawiający powinien określić wymagania zatrudnienia osób wykonujących taką pracę w opisie przedmiotu zamówienia.

Ponadto, należy podkreślić, że forma zatrudnienia osób zajmujących się obsługą geodezyjną nie ma znaczenia przy dostępności takich osób, pozwalającej na stałą i bieżącą kontrolę wielkości i zakresu wykonywanych robót, ani też przy weryfikacji zgodności pracy z dokumentacją projektową. Tym samym należy stwierdzić, że określenie kryterium oceny ofert w powyższy sposób, tj. odnoszący się do właściwości wykonawcy, stanowi naruszenie dyspozycji art. 91 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 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.