



Warszawa, dnia 2023 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KU/11/23/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Fortum Network Wrocław Sp. z o.o. ul. Antoniego Słonimskiego 1A 50-304 Wrocław
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	przebudowa istniejącej sieci ciepłowniczej w technologii tradycyjnej 2xDN500 na sieć preizolowaną 2Ø508,0/710mm wraz z budową sieci preizolowanej 2xØ508,0/710mm w ul. Kazimierza Wielkiego i ul. Ruskiej we Wrocławiu
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	04.10.2022 r.
Wartość zamówienia:	118.682.045,00 zł (tj. 26.648.564,08 euro), w tym wartość zamówienia częściowego objętego kontrolą 11.733.249,24 zł (tj. 2.634.553,90 euro)
Środki UE:	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2014–2020

Rodzaj procedury:

zamówienie klasyczne

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdza naruszenie:

- 1) art. 97 ust. 10 ustawy Pzp poprzez określenie wymogu wniesienia wadium niepieniężnego w formie elektronicznej,
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak dokonania czynności zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie rozbieżności w odniesieniu do SWZ dotyczących środka dowodowego, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie *podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415),
- 3) art. 128 ust. 2 ustawy Pzp w związku z § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie *podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) poprzez żądanie, aby wykonawca konsorcjum firm: DOMTOM PLUS Sp. z o.o., A. Hak Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o., ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WARMETECH I” Zbigniew Prajs uzupełnił dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia przez okres trwania postępowania,
- 4) art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności zwrotu wadium wniesionego przez wykonawcę konsorcjum firm: DOMTOM PLUS Sp. z o.o., A. Hak Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o., ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WARMETECH I” Zbigniew Prajs, po upływie terminu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą.

UZASADNIENIE

1. Zgodnie z art. 97 ust. 7 ustawy Pzp, wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) gwarancjach bankowych;
- 3) gwarancjach ubezpieczeniowych;

4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2020 r. poz. 299 oraz z 2022 r. poz. 807 i 1079).

Ponadto, na podstawie art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy Pzp, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Zamawiający w punkcie XVII.5. specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) poinformował, cyt.: „Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji musi spełniać co najmniej poniższe wymagania: (...);

5.8. musi zostać złożone w oryginale w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę poręczenia lub gwarancji”.

W konsekwencji, zamawiający określił w SWZ wymóg wniesienia wadium niepieniężnego w formie elektronicznej, zatem odmiennie niż zostało to wskazane w dyspozycji art. 97 ust. 10 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym [art. 78¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), dalej jako: „kc”]. Pojęcie formy elektronicznej należy zatem rozumieć zgodnie z treścią art. 78¹ § 1 kc, natomiast, jak wynika m.in. z powyższego przepisu, postać elektroniczna jest pojęciem szerszym od pojęcia formy elektronicznej. Pojęcie postaci elektronicznej, na gruncie kc, ustawy Pzp oraz przepisów wykonawczych do ustawy Pzp, odnosić się będzie przede wszystkim do nośnika informacji (pliku) zawierającego utrwalone dane stanowiące cyfrowy zapis treści oświadczenia, które przybierze formę elektroniczną dopiero z chwilą opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Warto podkreślić, że bezwzględny wymóg dotyczący wniesienia wadium w formie elektronicznej nie znajduje podstaw w przepisach ustawy Pzp, natomiast zamawiający nie jest uprawniony, aby stawiać wymagania, które wykraczają ponad te wynikające wprost z przepisów ustawy Pzp. Wystarczające jest bowiem, w oparciu o art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, aby wadium wnoszone w postaci niepieniężnej zostało przekazane zamawiającemu jako oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Reasumując, należy wskazać, iż ustawodawca dopuszcza możliwość wniesienia wadium niepieniężnego zarówno w postaci jak i formie elektronicznej, natomiast określenie wymogu wniesienia wadium jedynie w formie elektronicznej stanowi naruszenie art. 97 ust. 10 ustawy Pzp pozostające bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

2. Jak wynika z punktu X.3. SWZ zamawiający, cyt.: „(...) przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:

(...);

3.3. Informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem”.

Jednocześnie, zgodnie z sekcją III.1.2. ogłoszenia o zamówieniu, cyt.: „W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji III.1.2 ogłoszenia na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

a) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Mając na uwadze powyższe, w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 11.04.2023 r., zwrócono się do zamawiającego o wyjaśnienie, które z ww. postanowień było wiążące w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający, w piśmie z dnia 14.04.2023 r., wyjaśnił m.in., cyt.: „Wiążące było postanowienie Rozdziału X pkt 3.3. SWZ, które zgodne było z § 8 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415):

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych:

3) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem;

W cytowanym fragmencie ogłoszenia o zamówieniu znalazła się omyłka pisarska. Należy mieć jednak na uwadze, że zgodnie z sekcją III.1.2) ogłoszenia pod omyłkowym sformułowaniem, Zamawiający wskazał: Ocena spełnienia powyższych warunków (na zasadzie spełnia / nie spełnia) będzie prowadzona na podstawie treści dokumentów i oświadczeń, określonych w rozdziale X SWZ. W istocie ze względu na limity znaków w ramach formularza, Zamawiający w wielu miejscach odsyłał do postanowień SWZ i praktyka pokazuje, że to na SWZ „pracują” wykonawcy biorący udział

w postępowaniu, przygotowując odpowiednie dokumenty celem złożenia ofert oraz wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, przedmiotowa omyłka w treści ogłoszenia nie miała znaczenia z punktu widzenia oceny podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. W ramach ostatecznej weryfikacji podmiotowej wykonawca przedłożył dokument zgodny z Rozdziałem X pkt 3.3. SWZ tj. potwierdzający zdolność kredytową w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jego złożeniem tj. opinia bankowa została wystawiona 7 listopada 2022 r. i na ten dzień potwierdziła zdolność kredytową, a złożona została 21 grudnia 2022 r.”.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia w zakresie dotyczącym okresu ważności podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”.

W tym miejscu warto zauważyć, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Tym samym, przepisy ustawy Pzp, dają zamawiającemu możliwość zmiany ogłoszenia. Jednocześnie, w oparciu o ww. regulację oraz przepisy ustawy Pzp, w szczególności dotyczące przejrzystości postępowania, w uzasadnionych przypadkach, wskazana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp możliwość zmiany ogłoszenia, nabiera obligatoryjnego charakteru. Konieczność dokonania zmian ogłoszenia może przykładowo wynikać z błędów, niejasności w treści ogłoszenia, zmiany lub wyjaśnień treści SWZ etc. A zatem, brak dokonania zmiany ogłoszenia w zakresie rozbieżności w odniesieniu do SWZ dotyczących podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający opisał warunek znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia m.in. poprzez wymaganie posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 5.000.000,00 zł lub równowartość tej kwoty w innej walucie (rozd. VIII pkt 2.2. SWZ).

Na potwierdzenie spełniania opisanego warunku, zgodnie z rozdz. X pkt 3.4. SWZ, zamawiający wymagał przedłożenia „dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną wskazaną w Rozdziale VIII pkt. 2.1.2 SWZ”.

Pismem z dnia 10.01.2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę konsorcjum firm: DOMTOM PLUS Sp. z o.o., A. Hak Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o., ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WARMETECH I” Zbigniew Prajs, działając na podstawie art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Pzp, m.in. do cyt.: „złożenia dokumentów potwierdzających, że (przez cały okres postępowania) wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną wskazaną w Rozdziale VIII pkt 2.1.2. SWZ, tj. 5.000.000,00 zł.”

Wykonawca w dniu 16.01.2023 r. uzupełnił wymagane dokumenty w terminie określonym przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 57 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Jednocześnie, zgodnie z art. 128 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

W związku z powyższym, wskazać należy, że zamawiający może żądać jedynie polisy aktualnej na

dzień jej złożenia. Nie ma natomiast podstaw prawnych, aby żądać polisy z terminem ważności na okres prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym należy stwierdzić, iż żądanie przez zamawiającego, aby wykonawca uzupełnił dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, przez cały okres postępowania (co wynika z treści pisma zamawiającego z dnia 10.01.2023 r.), stanowi naruszenie treści art. 128 ust. 2 ustawy Pzp w związku z § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia.

Wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 02.03.2023 r.

Wykonawca konsorcjum firm: DOMTOM PLUS Sp. z o.o., A. Hak Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o., ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WARMETECH I” Zbigniew Prajs wniósł wadium w formie ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 91270076418. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania (wyjaśnień wykonawcy przestanych w dniu 27.04.2023 r.), zamawiający zwrócił (zwolnił) wadium wniesione przez ww. wykonawcę w dniu 14.04.2023 r.

Mając na uwadze powyższe, zauważyć warto, że zgodnie z art. 98 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

- 1) upływu terminu związania ofertą;
- 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Natomiast, na podstawie art. 98 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

- 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
- 2) którego oferta została odrzucona;
- 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Jak wynika z przedłożonej dokumentacji, w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, zatem zamawiający zobowiązany był zwrócić wadium na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą.

W związku z powyższym, należy wskazać, iż w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, zwrot wadium wniesionego przez wykonawcę konsorcjum firm: DOMTOM PLUS Sp. z o.o., A. Hak Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Sp. z o.o., ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WARMETECH I” Zbigniew Prajs, dokonany po upływie terminu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, stanowi naruszenie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.