



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

KU/46/24/DKZP

DKZP.WKZ4.440.46.2024.ŁP

Warszawa, dnia 13.09.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Port Lotniczy Wrocław S.A. ul. Graniczna 190 54-530 Wrocław
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe
Przedmiot zamówienia:	Budowa i przebudowa płaszczyzn lotniskowych w Porcie Lotniczym we Wrocławiu
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	12.10.2023 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2023 / S 200 - 626505
Wartość zamówienia:	448.369.206,72 zł (tj. 100.675.679,61 euro)
Środki UE:	„Łącząc Europę” 2021-2027

2. 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 przez Zamawiającego:

- 1) art. 98 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrotu wadium wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą;
- 2) art. 252 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przed zwróceniem się do wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. o wyrażenie zgody na wybór jego oferty oraz bez uprzedniego otrzymania tej zgody;
- 3) art. 124 ust. 1 w zw. z art. 119 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 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) poprzez żądanie od wykonawcy Budimex S.A. przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby HELI FACTOR SP. Z O.O. na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu (po zmianach), Zamawiający określił, że termin związania ofertą upływa w dniu 30.04.2024 r. Natomiast zgodnie z treścią przekazanej dokumentacji postępowania Zamawiający w dniu 10.05.2024 r. poinformował wykonawców, że „zwalnia wadium z dniem 07.05.2024 r.”. Wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wraz ze złożoną ofertą przekazał gwarancję wadium nr BFH23034024GP/D z dnia 14.11.2023 r., której termin ważności na mocy aneksu nr 4 z dnia 21.12.2024 r. określony został do dnia 15.05.2024 r.

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że zgodnie z treścią art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Zwrot wadium w powyższym przypadku nie wymaga żadnego działania ze strony wykonawcy i powinien nastąpić w terminie określonym w powyższym przepisie. Oznacza to, że zamawiający był zobowiązany zwolnić wadium najpóźniej do dnia 07.05.2024 r.

Jednocześnie nie można uznać, że zamawiający skutecznie zwrócił wadium złożone przez wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. oświadczając, że „zwalnia wadium z dniem 07.05.2024 r.”, ponieważ gwarant i tak mógł zapoznać się z oświadczeniem woli zamawiającego dopiero po dostarczeniu gwarantowi tej informacji przez zamawiającego, czyli w dniu 10.05.2024 r.

W związku z powyższym, z uwagi iż przepis art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Prezes Urzędu uznał, iż brak zwrotu wadium wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w terminie przekraczającym 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, stanowiło naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Jak wynika z treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu (po zmianach), Zamawiający określił, że termin związania ofertą upływa w dniu 30.04.2024 r. Natomiast jak wynika z treści dokumentacji przekazanej do kontroli zamawiający dokonał pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 05.04.2024 r., wybierając ofertę złożoną przez wykonawcę Budimex S.A.

Następnie w wyniku rozpatrzenia odwołania wniesionego przez wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 30.04.2024 r. o sygn. akt KIO 1272/24 uznała w całości wniesione odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Budimex S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 06.05.2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej o czym poinformował wykonawców oraz zamieścił tę informację na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Następnie zamawiający przystąpił do ponownego badania i oceny ofert. W jej wyniku w dniu 21.06.2024 r. zamawiający na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z dnia 26.06.2024 r. wezwał na podstawie art. 252 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. do wyrażenia pisemnej zgody na wybór oferty po upływie terminu związania ofertą. Zamawiający wyznaczył termin na udzielenie odpowiedzi na dzień 01.07.2024 do godz. 10:00.

Wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w dniu 27.06.2024 r. wyraził zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą.

Prezes Urzędu pismem z dnia 22.08.2024 r. wezwał zamawiającego do udzielenia wyjaśnień „dlaczego zamawiający wezwał w dniu 26.06.2024 r. wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. na podstawie art. 252 ust. 2 ustawy Pzp do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą dopiero po dokonaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, o czym wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. został poinformowany w dniu 21.06.2024 r.”.

Zamawiający pismem z dnia 26.08.2024 r. udzielił wyjaśnień, w których wskazał, że „W odpowiedzi na zadane pytanie zawarte w ww. piśmie wyjaśniam, że ofertą wskazaną przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w terminie związania ofertą (tj. przed dn. 30.04.2024 r.) była oferta wykonawcy - Budimex S.A., wobec wyboru której środki ochrony prawnej (odwołanie) wniósł wykonawca – Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. (dalej: „Strabag” lub „Odwołujący”).

W treści odwołania Odwołujący domagał się m.in. nakazania Zamawiającemu powtórzenia dokonanych czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty - oferty Strabag – co stanowi jednoznaczny, pisemny wyraz woli wykonawcy w kwestii wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w rzeczonym postępowaniu. Biorąc zaś pod uwagę, że posiedzenie Izby odbyło się dn. 29.04.2024 r. a orzeczenie KIO odczytano dn. 30.04.2024 r., powtórzone przez Zamawiającego czynności wynikające z sentencji orzeczenia, w konsekwencji których zmaterializowała się również wola wykonawcy Strabag wyrażona w odwołaniu tj. nastąpił ponowny wybór oferty najkorzystniejszej - oferty Strabag - zostały przeprowadzone po terminie związania ofertą (jednocześnie czynności te nie zostały uchylone wyrokiem Sądu w postępowaniu skargowym nr XXIII Zs 85/24, w którym nie uległo również zmianie stanowisko Strabag). Jednak z uwagi na przepis wyrażony art. 252 ust. 2 PZP, mimo iż intencja wykonawcy (Strabag) co do wyboru jego oferty była jasna, ze względu na brak dodatkowej (wyodrębnionej przedmiotowo) korespondencji w tej kwestii, pismem nr 0878 z dnia 26.06.2024 r, na podstawie art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 60 k.c., aby uczynić zadość wymogom wynikającym z art. 252 ust. 2 PZP i nie pozostawić wątpliwości w tej kwestii, Zamawiający wezwał wykonawcę Strabag do potwierdzenia stanowiska tj., że wykonawca wyraża zgodę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej ze skutkiem od dnia 21.06.2024 (tj. po terminie związania ofertą), w celu konwalidacji czynności dokonanej pismem nr 0857 oraz 0858, uzyskując potwierdzenie woli Wykonawcy.”.

Zgodnie z treścią art. 252 ust. 2 ustawy Pzp - jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.

Z treści przytoczonego artykułu bezsprzecznie wynika, że zamawiający ma obowiązek zwrócić się o zgodę na wybór oferty najwyższej ocenionej przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie ustawodawca wprost wskazał, że zgoda musi zostać wyrażona przez wykonawcę na piśmie, a nie w sposób dorozumiany.

Tym samym ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę (a nie do wykonawcy, którego oferta wybrana została jako najkorzystniejsza) o wyrażenie zgody na wybór jego oferty. Dopiero po uzyskaniu tej zgody zamawiający może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, należy uznać, że zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej przed zwróceniem się do wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. o wyrażenie zgody na wybór jego oferty oraz bez uprzedniego otrzymania tej zgody, naruszył art. 252 ust. 2 ustawy Pzp.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Zamawiający w pkt 8.2 Części I SWZ wskazał, że „Informacja o podmiotowych środkach dowodowych żądanych od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, o których mowa w rozdziale 6 SWZ.

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania jako środek dowodowy Wykonawca przekaże:

(...)

2) Oświadczenie Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej - wzór oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP stanowi załącznik nr 4.3. do SWZ. (...).

Natomiast w pkt 8.9.8) Części I SWZ wskazano, że „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca, który polega na zasobach podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 118 PZP składał JEDZ oraz podmiotowe środki dowodowe wskazane w cz. 8.2, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia tego podmiotu z udziału w postępowaniu.”.

Zamawiający pismem z dnia 11.03.2024 r. działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Budimex S.A. do złożenia ww. podmiotowych środków dowodowych. Jednocześnie zamawiający w piśmie w pkt II.3 wskazał, że „Podmiotowe środki dowodowe będące przedmiotem niniejszego wezwania dotyczą Wykonawcy oraz odpowiednio, podmiotu na którego zasoby Wykonawca powołuje się na podstawie art. 118 PZP, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (podstawy wykluczenia).”.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca Budimex S.A. złożył podmiotowe środki dowodowe dotyczące jego oraz podmiotu udostępniającego zasoby - HELI FACTOR SP. Z O.O., w tym Załącznik Nr 4.3. do SWZ „OŚWIADCZENIE O PRZYNALEŻNOŚCI LUB BRAKU PRZYNALEŻNOŚCI DO GRUPY KAPITAŁOWEJ składane na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP” dotyczące podmiotu HELI FACTOR SP. Z O.O.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że zamawiający żądał w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w

postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia m.in. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Zgodnie z treścią art. 124 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający zobowiązany jest żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109 ustawy Pzp (z uwzględnieniem postanowień zawartych w art. 393 ustawy Pzp).

Zgodnie natomiast z treścią art. 119 ustawy Pzp, w przypadku polegania wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający bada również, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Powyższe jednak nie dotyczy podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Stosownie bowiem do treści § 5 ust. 1 rozporządzenia zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3–7 oraz ust. 2 rozporządzenia, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Z treści powyższego przepisu wynika jednoznacznie, iż jego zakres – w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji - nie obejmuje podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Tym samym należy stwierdzić, że żądanie od wykonawcy Budimex S.A. przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w

stosunku do podmiotów udostępniających zasoby HELI FACTOR SP. Z O.O. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji narusza art. 124 ust. 1 w zw. z art. 119 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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