



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ5.440.64.2024.KMA
dot. KU/64/24/DKZP

Warszawa, dnia .09.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie ul. T. Boya Żeleńskiego 19a 35-105 Rzeszów
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	przebudowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 878 na odcinku Tyczyn – Dylągówka
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	15.12.2023 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	Dz.U. S: 243/2023, 00765927-2023
Wartość zamówienia:	245.927.821,31 zł, (tj. 55.220.006,58 euro), w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - 56.752.574,15 zł, (tj. 12.743.078,44 euro)
Środki UE:	Fundusze Europejskie dla Podkarpacia 2021- 2027

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawą Pzp*”, 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 informuje o stwierdzonych naruszeniach:

1) art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 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 zaniechanie żądania w dokumentacji postępowania podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ);

2) art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zwrot wadium wniesionego przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. po upływie terminu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą.

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający określił zakres podmiotowych środków dowodowych, żądanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania (pkt IX PIDP).

W IX.1 PIDP zostało wskazane, że *„Zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Zamawiający wymagać będzie tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.”* Ponadto, zamawiający poinformował, że *„Zgodnie z art. 126. ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenia na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) wraz z oświadczeniami dotyczącymi przepisów sankcyjnych związanych z wojną w Ukrainie.”*

W pkt IX.3 PIDP zamawiający wymienił podmiotowe środki dowodowe, o które zamawiający będzie wzywał w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokumenty, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a, b, pkt 2, pkt 3, pkt 6 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 żadnym punkcie dokumentacji, zamawiający nie żądał oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), tj. dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

Pismem z dnia 11.04.2024 r. skierowanym do wykonawcy konsorcjum firm: ANTEX II Sp. z o.o., PBDiM "ERBEDIM" Sp. z o.o., Wysowa Mosty Sp. z o.o., stanowiącym wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 oraz art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie wzywał do złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), tj. dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, a tym samym nie miał możliwości zweryfikowania wykonawcy w zakresie przesłanek wykluczenia, o których mowa w:

- ☐ art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy;
- ☐ art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego;
- ☐ art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji;
- ☐ art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy;
- ☐ art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8, 10 ustawy.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 21.08.2024 r. Departament Kontroli zwrócił się do zamawiającego o złożenie wyjaśnień w poniższym zakresie.

Jak wynika z postanowień SWZ oraz wezwania z dnia 11.04.2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych i oświadczeń, Zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawcę oraz podmiot udostępniający zasoby oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania.

Poproszono o wyjaśnienie, dlaczego zamawiający nie wymagał przedłożenia przez wykonawcę oraz podmiot trzeci oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania.

W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia 27.08.2024 r. Zamawiający wyjaśnił, że *„Zamawiający przewidział w Specyfikacji Warunków Zamówienia i w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość skorzystania z tzw. „procedury odwróconej” na podstawie art. 139 Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp), tzn. że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Zamawiający w pkt. IX.1. i IX.3 IDW (ROZDZIAŁ I - Załącznik nr 1 - PIDP_2023) opisał podmiotowe środki dowodowe, których będzie wymagał na okoliczność potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia.

W dokumentach postępowania wskazano, że zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a Zamawiający wymagać będzie tego oświadczenia (wraz z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi) wyłącznie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona – w formie Jednolite-go Europejskiego Dokumentu Zamówienia. Konstrukcja oświadczenia w formie dokumentu JEDZ uwzględniała przesłanki wykluczenia regulowane art. 108 i 109 Pzp, które to oświadczenie było składane jako aktualne na dzień złożenia. Z tego powodu nie wymagano oświadczenia o aktualności oświadczeń złożonych w formie dokumentu JEDZ.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. (dalej rozporządzenie) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, podmiotowym środkiem dowodowym jaki może być wymagany od wykonawców jest oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia zastosowanych w procedurze.

W kontekście zapisów rozporządzenia oraz ustawy Pzp Zamawiający na tym samym etapie postępowania (w tym przypadku ocena i wybór oferty najkorzystniejszej) musiałby żądać od Wykonawcy dwóch rodzajów oświadczeń, które odnoszą się do tych samych podstaw wykluczenia.

Kierując się art. 127 Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia aktualnego na dzień złożenia oświadczenia z art. 125 ust. 1 Pzp (w formie dokumentu JEDZ), które odpowiada treścią oświadczeniu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, a w którym to zapisie rozporządzenia jest zawarta fakultatywność wezwania do złożenia oświadczenia o aktualności informacji (cyt. „(...) zamawiający może żądać (...).)”

W ocenie Zamawiającego nie potrzebne było wymaganie złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 w formie dokumentu JEDZ, które zostało złożone jako aktualne.”

Opierając się na powyższym, zgodnie z art. 124 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:

- 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;
- 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Z powyższego przepisu wynika zatem obowiązek żądania podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia. Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy

Pzp (JEDZ), zostało określone w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, jako jeden z podmiotowych środków dowodowych służący ocenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W kontrolowanej sprawie nie stwierdzono przesłanek do możliwości odstąpienia zamawiającego od żądania w postępowaniu dokumentu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia. Zaniechanie żądania ww. dokumentu pozbawiło Zamawiającego możliwości uzyskania potwierdzenia aktualności wskazanych informacji zawartych w JEDZ.

Zasadą jest, że Zamawiający żąda w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne podmiotowych środków dowodowych, określonych § 2 ww. rozporządzenia. Jednym z podmiotowych środków dowodowych wymienionych w § 2 ust. 1 ww. rozporządzenia jest oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy (§ 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. b i c, pkt 3, oraz 5-10 ustawy Pzp.

A zatem w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne Zamawiający jest zobowiązany do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, w tym oświadczenia wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy.

Zamawiający ma zatem obowiązek na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Bez znaczenia przy tym jest fakt, że w przypadku zastosowania procedury określonej w art. 139 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może złożyć jednocześnie zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) oraz oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia. Należy bowiem zauważyć, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Natomiast oświadczenie wskazane w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia potwierdzać będzie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. b i c, pkt 3, oraz 5-10 ustawy Pzp na moment złożenia podmiotowych środków dowodowych w wyniku wezwania, o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, zaniechanie żądania w dokumentacji postępowania podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), stanowi naruszenie art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415).

Zalecenie usunięcia stwierdzonego naruszenia:

Mając na uwadze powyższe naruszenie, Prezes Urzędu na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zaleca Zamawiającemu, aby zweryfikował wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach przedmiotowego postępowania, w zakresie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8, 10 ustawy Pzp na podstawie dokumentu, o którym mowa § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

2. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 23.07.2024 r.

Wykonawca biorący udział w postępowaniu Eurovia Polska S.A. wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, która obowiązywała do dnia 05.08.2024 r.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 09.09.2024 r. Departament Kontroli zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy zamawiający zwrócił wadium wykonawcom biorącym udział w postępowaniu na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o uzupełnienie dokumentacji w zakresie dokonania powyższej czynności.

W odpowiedzi, pismem z dnia 12.09.2024 r. zamawiający uzupełnił dokumentację na potwierdzenie dokonania czynności zwrotu wadium wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu oraz wyjaśnił, że „Zamawiający nie zwrócił wadiów na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wadia zostały zwolnione w terminie 11.09.2024 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 Eurovia Polska S.A. 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.

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.

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.