



Warszawa, dnia 2020 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KU/204/20/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

- Zamawiający:** Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia
Al. Jerozolimskie 155
02–326 Warszawa
- Rodzaj zamówienia:** dostawy
- Przedmiot zamówienia:** dostawa i instalacja infrastruktury teleinformatycznej w ramach realizacji projektu pn. „Wprowadzenie nowoczesnych e-usług w podmiotach leczniczych nadzorowanych przez Ministra Zdrowia”, w podziale na 8 części:
- część 1: dostawa i instalacja sprzętu serwerowo – sieciowego u Partnera 34, którym jest Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze;
 - część 2: dostawa i instalacja sprzętu serwerowo – sieciowego u Partnera 36, którym jest SP Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach;
 - część 3: dostawa i instalacja sprzętu komputerowego u Partnera 36, którym jest SP Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach;

- część 4: dostawa i instalacja sprzętu serwerowo – sieciowego u Partnera 39, którym jest Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofa w Białymstoku;
- część 5: dostawa i instalacja sprzętu serwerowo – sieciowego u partnera 40, którym jest SP Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II;
- część 6: dostawa i instalacja sprzętu komputerowego u Partnera 40, którym jest SP Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II;
- część 7: dostawa i instalacja sprzętu serwerowo – sieciowego u partnera 49, którym jest Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Lublinie;
- część 8: dostawa i instalacja sprzętu komputerowego u partnera 49, którym jest Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Lublinie.

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

Data wszczęcia postępowania: 22.07.2020 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2020/S 140-344256

Wartość zamówienia: 4.068.520,81 zł (tj. 952.971,39 euro), w tym:

- część 1: 499.267,15 zł (tj.116.943,56 euro),
- część 2: 581.109,76 zł (tj.136.113,59 euro),
- część 3: 334.933,33 zł (tj. 78.451,58 euro),
- część 4: 928.000,00 zł (tj. 217.365,84 euro),
- część 5: 355.500,00 zł (tj. 83.268,92 euro),
- część 6: 294.737,24 zł (tj. 69.036,43 euro),
- część 7: 910.884,66 zł (tj. 213.356,91 euro),
- część 8: 164.088,67 zł (tj. 38.434,56 euro).

Środki UE:

Program Operacyjny Polska Cyfrowa 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 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

1) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 9 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), poprzez wskazanie w pkt VI.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż jedynie w odniesieniu do podmiotów na których zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega, istnieje obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, co de facto skutkowało obowiązkiem przedłożenia w odniesieniu do tego podmiotu dodatkowych dokumentów określonych w § 5 pkt 2, 3 i 9 rozporządzenia;

2) art. 45 ust. 4 ustawy Pzp poprzez określenie kwoty wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia w zakresie części 8 postępowania;

3) art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezwrócenie, niezwłocznie po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu postępowania w zakresie części 7 postępowania, wadium wykonawcy XXX, którego oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze.

UZASADNIENIE

1) Zamawiający w punkcie V.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wskazał, iż wykluczy z postępowania wykonawców na podstawie przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 – 4 ustawy Pzp. Natomiast, jak wynika z pkt VI.5. siwz „Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1-4 oraz 8 ustawy Pzp.”

Zamawiający nie wskazał zakresu dokumentów, których wymagał od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp.

Jednakże z postanowienia w pkt VI.5. siwz wynika, że w stosunku do podmiotów trzecich zamawiający żądałby przedstawienia dokumentów określonych w § 5 pkt 2, 3 i 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako: „rozporządzenie”. Powyższe dokumenty nie były wymagane w siwz od wykonawcy. Na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia zamawiający żądał od wykonawcy dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1, 4-6 rozporządzenia.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z kolei zgodnie z treścią § 9 ust. 2 rozporządzenia, zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia.

Stosownie bowiem do dyspozycji art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbadać, czy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego potencjał nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp. W świetle przepisów ustawy Pzp ocena, czy w stosunku do podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał realizują się przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ustawy Pzp, powinna przebiegać w oparciu o takie same zasady, jakie dotyczą wykonawcy, który tym potencjałem się posługuje.

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 18.11.2020 r. zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień w zakresie powodów żądania od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedstawienia

w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów w szerszym zakresie, niż od wykonawców. Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, zamawiający w punkcie V.3 siwz wskazał, iż wykluczy z postępowania wykonawców na podstawie przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 – 4 ustawy Pzp, natomiast podmioty na których zdolności lub sytuacji polega zamawiający zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1-4 oraz 8 ustawy Pzp.

Przy piśmie z dnia 24.11.2020 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień, tj. *„W zakresie pkt 1) pisma, tj. zróżnicowania przesłanek wykluczenia względem wykonawców i wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów. Odnosząc się do podniesionych w piśmie wątpliwości, wskazujemy że Zamawiający mimo iż w treści Specyfikacji wskazał jako podstawy wykluczenia podmiotów udostępniających swe zasoby wykonawcom – przepisy art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1-4 oraz 8 Pzp – tj. w zakresie szerszym niż podstawy wykluczenia wykonawców, wobec których wskazano jako podstawy wykluczenia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz 24 ust. 5 pkt 1-4 Pzp – to wobec podmiotów trzecich w toku badania i oceny ofert, Zamawiający nie zastosował przepisu art. 24 ust. 8 Pzp. O powyższym świadczy okoliczność, iż Zamawiający nie wymagał od podmiotów udostępniających zasoby – zaświadczeń potwierdzających dokonanie płatności należnych podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Należy również podkreślić, że postanowienie to nie znalazło się w ogłoszeniu o zamówieniu. Wobec tego, mimo iż fakultatywna podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 – zawarta została w Specyfikacji w stosunku do podmiotów udostępniających swe zasoby wykonawcom, to Zamawiający dostrzegając we wszystkich wszczętych postępowaniach w ramach Projektu że przepis ten nie został wskazany w SIWZ jako podstawa wykluczenia również dla wykonawców – odstąpił od stosowania tego postanowienia Specyfikacji”.*

Mając na uwadze treść cytowanych powyżej wyjaśnień zamawiającego, wskazać należy, że okoliczność, iż zamawiający w przedmiotowej procedurze w odniesieniu do podmiotów, na zasobach których polegali wykonawcy faktycznie nie stosował dodatkowej fakultatywnej przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu, nie zmienia faktu, iż w pkt VI.5. siwz zamawiający wprost wskazał, iż w odniesieniu do podmiotu trzeciego będzie badana również podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Jak słusznie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 01.04.2019 r. (sygn. akt: KIO/KU 21/19): *„podmiot udostępniający zasoby powinien być weryfikowany pod kątem podstaw wykluczenia w takim samym zakresie jak wykonawca. Jeżeli więc zamawiający przewidział możliwość*

wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o konkretne, określone w dokumentacji przetargowej przesłanki wykluczenia, wówczas podmiot trzeci badany jest pod takim samym kątem, tym samym podmiot trzeci nie może być weryfikowany w zakresie szerszym niż sam wykonawca, a rozszerzenie badania podmiotu trzeciego będzie działaniem nieuprawnionym. Powyższe oznacza, że konkluzję kontrolującego wskazującą, iż zakres tego badania powinien być tożsamy, należy uznać za prawidłową. W tym miejscu należy mieć przede wszystkim na uwadze zasady udzielania zamówień, szczególnie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku tym argumentacja podniesiona przez zamawiającego, która de facto zmierza do uznania nierówności pomiędzy wykonawcami mającymi samodzielnie realizować zamówienie, a wykonawcami polegającymi na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, nie mogła zostać wzięta pod uwagę.”

W konsekwencji stwierdzić należy, iż zamawiający wskazując w pkt VI.5. siwz, iż jedynie w odniesieniu do podmiotów na których zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega istnieje obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, co *de facto* skutkowało obowiązkiem przedłożenia w odniesieniu do tego podmiotu dodatkowych dokumentów określonych w § 5 pkt 2, 3 i 9 rozporządzenia, dopuścił się naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 9 ust. 2 rozporządzenia.

Wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) Zgodnie z dokumentacją kontrolowanego postępowania, wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia w zakresie części 8 wynosi 164.088,67 zł. Ponadto z dokumentacji wynika, iż zamawiający nie przewidział udzielenia zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp.

W sekcji VI.II zamawiający wskazał, iż zamawiający wymaga wniesienia wadium, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1 siwz. Kwoty wymaganego wadium w odniesieniu do każdej części zamówienia zostały zawarte w rozdz. IV pkt 1.1. siwz.

W rozdz. IV pkt 1.1. siwz zamawiający wskazał, iż żąda wniesienia przez wykonawców w ramach części 8 zamówienia wadium w wysokości 5.000,00 zł (pięć tysięcy złotych 00/100).

Tym samym, kwota wadium ustalona przez zamawiającego na część 8 zamówienia stanowi 3,05% wartości szacunkowej zamówienia podstawowego.

Mając na uwadze powyższe zauważyć należy, iż zgodnie z treścią art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Tym

samym, określając kwotę wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia, zamawiający naruszył dyspozycję art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3) Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, otwarcie ofert odbyło się w dniu 18.08.2020 r. Do upływu wyznaczonego terminu oferty na poszczególne części zamówienia złożyli nw. wykonawcy:

- część 1:

- XXX – 980.310,00 zł,
- YYY – 981.540,00 zł,

-część 2:

- ZZZ - 287.677,32 zł,
- QQQ- 917.949,00 zł,

-część 3:

- QQQ- 554.730,00 zł,
- YYY- 405.900,00 zł,

-część 4:

- WWW - 1.134.650,40 zł,
- XXX - 1.535.532,00 zł

-część 6:

- YYY - 341.940,00 zł,

-część 7:

- VVV - 993.098,31 zł,
- XXX - 2.090.262,00 zł,
- YYY – 1.746.907,50 zł

-część 8:

- YYY – 289.050,00 zł.

Pismem z dnia 21.10.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1, 2, 3, 4, 6 i 8 zamówienia.

Za najkorzystniejsze dla części 1, 3, 6 i 8 zamówienia uznano oferty wykonawcy YYY.

Za najkorzystniejszą dla części 2 zamówienia uznano ofertę wykonawcy QQQ.

Za najkorzystniejszą dla części 4 zamówienia uznano ofertę wykonawcy WWW.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, wykonawca XXX złożył wadium w postaci Gwarancji Ubezpieczeniowej nr [REDAKTOWANE] z dnia 17.08.2020 r., ważnej od dnia 18.08.2020 r. do dnia 18.11.2020 r., której suma gwarancyjna wyniosła 67.000,00 zł, ze wskazaniem, iż wysokość wadium zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynosiła:

Zadanie 1 – wadium 10.000,00 zł,

Zadanie 2 – wadium 12.000,00 zł,

Zadanie 4 – wadium 19.000,00 zł,

Zadanie 5 – wadium 7.500,00 zł,

Zadanie 7 – wadium 18.500,00 zł.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 18.08.2020 r. w zakresie części 5 zamówienia, tj. Dostawy i instalacji sprzętu serwerowo- sieciowego u Partnera 40, którym jest SP Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II nie wpłynęła żadna oferta.

Pismem z dnia 08.12.2020 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego m.in. z prośbą o uzupełnienie dokumentów, potwierdzających, kiedy zamawiający dokonał faktycznego zwrotu wadium wniesionego przez wykonawcę XXX w zakresie części 1, 2, 4, 5 i 7 zamówienia w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia 11.12.2020 r. zamawiający wyjaśnił, *„Zamawiający nie miał wątpliwości, co do treści gwarancji ubezpieczeniowej oraz co do tego, że zabezpiecza ona interes Zamawiającego w należyтым stopniu - z uwagi na jednoznaczną treść gwarancji, gdzie dla każdej z części na którą Wykonawca XXX złożył ofertę określono wartość wadium i wartości te odpowiadały wymogom określonym w SIWZ, tj. zadanie nr 1 - 10 000 -zł, zadanie nr 4 - 19 000 -zł oraz zadanie nr 7 - 18 500 -zł. Wedle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej prowadzenie wyjaśnień treści gwarancji wadialnej jest niedopuszczalne gdyż nie podlega ona wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 3 czy 4 ustawy Pzp ani art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jako że nie jest to jeden z dokumentów podmiotowych czy przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp ani treść oferty - zgodnie z poniżej przytoczonym orzecznictwem w sprawach KIO 1125/15 oraz KIO 2023/17 (...).*

Zgodnie z zapisem rozdz. IV pkt 2.6. SIWZ „Wszystkie niezbędne informacje dotyczące zdarzeń skutkujących zwrotem e-gwarancji wadialnej lub e-poręczenia wadialnego w związku z okolicznościami zwrotu jakie przewiduje ustawa Pzp. na podstawie art. 46 ust. 1 - zamieszczane są na Platformie.”

Z uwagi na wniesienie przez Wykonawcę XXX wadium w formie e-gwarancji ubezpieczeniowej, tj. formie niepieniężnej - Zamawiający zgodnie z zasadami określonymi w art. 46 ustawy Pzp dokonał zwrotu oryginału dokumentu e-gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium w następujących terminach:

Część 1: 25.09.2020 r. - przekazanie zawiadomienia o odrzuceniu oferty Wykonawcy XXX,

Część 2: 18.08.2020 r. - otwarcie ofert,

Część 4: 21.10.2020 r. - przekazanie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty,

Część 5: 18.08.2020 r. - otwarcie ofert,

Część 7: 15.10.2020 r. - przekazanie zawiadomienia o unieważnieniu postępowania.”

Pismem z dnia 14.12.2020 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ponownie zwrócił się do zamawiającego z prośbą o uzupełnienie dokumentu potwierdzającego rzeczywisty i faktyczny zwrot wadium wniesionego przez wykonawcę XXX w formie e-gwarancji ubezpieczeniowej.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, zamawiający w piśmie z dnia 16.12.2020 r. wyjaśnił, iż „Zamawiający nie dysponuje dokumentami potwierdzającymi faktyczny zwrot wadium Wykonawcy XXX. Mając na uwadze zapis rozdz. IV pkt 2.6. SIWZ - „Wszystkie niezbędne informacje dotyczące zdarzeń skutkujących zwrotem e-gwarancji wadialnej lub e-poręczenia wadialnego w związku z okolicznościami zwrotu jakie przewiduje ustawa Pzp. na podstawie art. 46 ust. 1 - zamieszczone są na Platformie.”, Zamawiający uznał, że obowiązek zwrotu wadium wynikający z art. 46 ust. 1 Pzp został przez niego wypełniony, bez konieczności fizycznego informowania o tym fakcie Wykonawcy. W świetle przytoczonego zapisu SIWZ każda czynność wskazująca na dalszy brak uczestnictwa Wykonawcy w postępowaniu – tj. między innymi unieważnienie postępowania, wybór oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Wykonawcy, wykluczenie Wykonawcy, czy też w przypadku braku złożonej oferty przy jednoczesnym wniesieniu wadium – informacja z otwarcia ofert, powoduje automatyczne zrzeczenie się przez Zamawiającego prawa do żądania zapłaty wynikającej z wniesionego zabezpieczenia dotrzymania warunków niniejszego postępowania oraz samego zawarcia umowy. Tym samym Zamawiający w treści SIWZ wskazał te okoliczności, których wystąpienie wiąże się ze zwolnieniem wadium (jego zwrotem) bez konieczności dokonywania dodatkowych czynności. Na podstawie powołanego postanowienia Specyfikacji – zwolnienie wadium (jego zwrot) następuje już w momencie zdarzenia, które w myśl przepisów ustawy Pzp – art. 46 ust. 1 Pzp, zobowiązuje do zwrotu wadium Wykonawcy. Jednocześnie takie rozwiązanie gwarantuje zachowanie warunku „niezwłocznego” zwrotu wadium, o którym mowa w przepisie. W ocenie Zamawiającego taka forma zwolnienia wadium – jednoczesnego z zajęciem przesłanki do zwrotu wadium, zabezpiecza w pełni interes Wykonawcy. W momencie uprawomocnienia się czynności

podjętej w postępowaniu, skutkującej obowiązkiem zwrotu wadium – następuje samoczynnie zwolnienie wadium przez Zamawiającego. Od tego momentu Zamawiający nie jest już dysponentem wadium i w związku z tym nie przysługują mu uprawnienia wynikające z treści dokumentu wadium. Jednocześnie faktyczny zwrot wadium w takiej sytuacji nie jest uwarunkowany koniecznością dodatkowego informowania o tym fakcie Wykonawcy. Zgodnie z powyższym Zamawiający uznaje, że dokonał faktycznego zwrotu wadium, a potwierdzeniami są pisma/zawiadomienia publikowane na platformie zakupowej oraz przekazywane bezpośrednio Wykonawcy: Zwrot wadium w części 2 oraz 5 – informacja z otwarcia ofert – 18.08.2020 r.; Zwrot wadium w części 1 – zawiadomienie o odrzuceniu oferty Wykonawcy – 25.09.2020 r.; Zwrot wadium w części 4 – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty – 21.10.2020r.; Zwrot wadium w części 7 – zawiadomienie o unieważnieniu post. w części 7 – 15.10.2020 r. Wskazane daty stanowią terminy, kiedy Zamawiający zwalniał zabezpieczenia w kwocie wynikającej z wysokości wadium w danej części”.

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 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”.

Z uwagi na fakt, iż zamawiający uznał, że obowiązek zwrotu wadium wynikający z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp został przez niego wypełniony, bez konieczności fizycznego informowania o tym fakcie wykonawcy oraz brak dokumentów potwierdzających faktyczny zwrot wadium wykonawcy Grupa E Sp. z o.o., należy przyjąć, iż zamawiający nie wypełnił dyspozycji przepisy art. 46 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrotu wadium wykonawcy XXX.

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 XXX w terminie przekraczającym 14 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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.

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.