

Sygn. akt: KIO/KU 65/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 listopada 2019 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.

ul. Warszawska 165

05-520 Konstancin-Jeziorna

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 04.10.2019 r., w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Modernizacja populacji transformatorów - etap VII”, przekazanej przy piśmie nr KU/105/19/DKZP (Informacja).

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Członkowie: **Aneta Mlącka**
 Izabela Niedziałek-Bujak

wyraża następującą opinię:

zgłoszone zastrzeżenia w piśmie z dnia 11 października 2019 r. od wskazanych naruszeń w Informacji o wyniku kontroli nie podlegają uwzględnieniu.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą uprzednią postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Modernizacja populacji transformatorów - etap VII”. O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego - Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornie, przesyłając pismem z dnia 04.10.2019 r. Informację o wyniku

kontroli. W przesłanej Informacji Prezes Urzędu poinformował w punkcie 2 Informacji, że po przeprowadzeniu kontroli przedmiotowego postępowania stwierdził (...) naruszenie:

- 1) art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności zwrotu wadium wykonawcom, których oferty w poszczególnych Częściach postępowania nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze;
- 2) art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wezwanie wykonawców, których oferty w poszczególnych Częściach postępowania nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze do przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą.

W uzasadnieniu Kontrolujący odnośnie naruszenia art. 46 ust.1 ustawy Pzp wskazał, że (...): Z przekazanej do kontroli uprzedniej dokumentacji wynika, m.in., że zamawiający po poinformowaniu wykonawców w dniu 01.07.2019 r. o wyborze - w poszczególnych Częściach postępowania - najkorzystniejszej oferty, zaniechał czynności zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane. Powyższe potwierdza wezwanie z dnia 03.07.2019 r., którym zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużaniem ważności wadium. Zamawiający skierował powyższe wezwanie również do wykonawcy X, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w Części IV. W przypadku pozostałych wykonawców zamawiający nie doprecyzował, że wadium należy przedłużyć tylko w przypadku, kiedy oferta poszczególnego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza 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. Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, tj.: 1) X - część I; II, III, IV; 2) X - Część I, II, III; 3) X - w zakresie Części I; 4) X - Część IV. W dniu 01.07.2019 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, w zakresie: Części I - przez wykonawcę X; Części II - przez wykonawcę X; Części III - przez wykonawcę X; Części IV - przez wykonawcę X. Z powyższego zdaniem Kontrolującego wynika, że zamawiający zaniechał zwrotu wadium wykonawcom: 1) X - w zakresie Części I, II, III; 2) X - w zakresie Części II, III; 3) X - w zakresie Części I; 4) X - w zakresie Części IV.

Mając na uwadze powyższe, Kontrolujący wskazał, że 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. Ponadto zamawiający w formularzu oferty w pkt 3.4 wskazał miejsce do wypełnienia przez wykonawcę pod jaki adres należało zwrócić wadium. W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjąć należy, iż zaniechanie czynności zwrotu wadium wykonawcy: X - w zakresie Części I, II, III, X - w zakresie Części II, III, X - w zakresie Części I oraz X - w zakresie Części IV, których oferty w tych Częściach nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze, stanowi naruszenie dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odnośnie drugiego naruszenia art. 85 ust.4 ustawy Pzp Kontrolujący wskazał, że (...): Zamawiający w dniu 01.07.2019 r. poinformował wykonawców o wyborze - w poszczególnych Częściach postępowania - najkorzystniejszej oferty. Następnie zamawiający pismem z dnia 03.07.2019 r. na podstawie art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp zwrócił się do wszystkich wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużaniem ważności wadium. Zamawiający skierował powyższe wezwanie również do wykonawcy X, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w Części IV. W przypadku pozostałych wykonawców zamawiający nie doprecyzował, że wadium należy przedłużyć tylko w przypadku, kiedy oferta poszczególnego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza w danej Części. Zgodnie z treścią art. 85 ust. 4 ustawy Pzp:

„Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza”.

Kontrolujący, w pierwszej kolejności zauważył, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości wezwania wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza do przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium pod rygorem odrzucenia jego oferty, po wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednym wyjątkiem od tej zasady, jest przypadek określony w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, który w przedmiotowym postępowaniu nie ma miejsca. Zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp: *„Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego”.* Z uwagi na powyższe, zamawiający wzywając wykonawcę: X — w zakresie Części I II, III, X - w zakresie Części II, III, X - w zakresie Części I oraz X - w zakresie Części IV, których oferty w tych Częściach nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze do „przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą” naruszył art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

W konkluzji Kontrolujący stwierdził, że powyższe naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania. Jednocześnie stwierdził, że Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Pzp. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa. Poinformował także, że stosownie do treści art. 17 1a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej, w których stwierdził odpowiednio, co następuje.

Odnosnie pierwszego naruszenia w zakresie art. 46 ust. 1 Pzp podniósł:
„Zamawiający wskazuje, że w dniu 25 lipca 2019 r. dokonał zwrotu (zwolnienia) wadium Wykonawcom X (w Pakietach I, II 111 pismo nr 722-CJ/-PKWZ230.1.2018.21) oraz X (w

pakiecie IV pismo nr 722-CJ/-PKna.230.1.2018.21). Przedłożone przez Wykonawców X oraz X dokumenty gwarancyjne na zabezpieczenie wadium nie mogły zostać zwrócone, gdyż obejmowały wszystkie Pakiety, na które została złożona oferta i jedną łączną kwotę wadium w wysokości odpowiednio 1.880.000,00 zł i 2.080.000,00 zł. Z uwagi na wystawienie przez Wykonawców, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty, dokumentów gwarancyjnych na łączną kwotę wadium dla kilku Pakietów, w związku z koniecznością zabezpieczenia wadium oferty najkorzystniejszej, zwrot wadium w pozostałej części nie mógł zostać dokonany. Z uwagi na powyższe zarzut zaniechania czynności zwrotu wadium Wykonawcom, których oferty w poszczególnych częściach postępowania nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze jest niezasadny. ”

Odnośnie drugiego naruszenia w zakresie art. 85 ust. 4 Pzp wskazał:
„W ocenie Zamawiającego wezwanie z dnia 03 lipca 2019 r. w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą wskazywało na treść art. 85 ust. 4 ustawy P.z.p., z którego wynika, że jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Art. 85 ust. 2 P.z.p. posługuje się liczbą mnogą "wykonawców", zatem należy wezwać wszystkich wykonawców, co z resztą leży w dobrze pojętym interesie samego zamawiającego. Natomiast, jeżeli w postępowaniu wykonawcy wnosili wadium, to obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (podobnie wyrok KIO z dnia 31.05.2017 r., KIO 1016/17). W doktrynie podkreśla się, że "dokonując czynności przedłużenia terminu związania ofertą po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcy mogą wyrazić zgodę na dalsze związanie ofertą, nie przedłużając ważności wadium. Obowiązek przedłużenia wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony termin związania ofertą dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została wybrana. Brak wniesienia (przedłużenia) wadium nie będzie jednak przesłanką wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p. (ówczesnie)” (Dzierżanowski Włodzimierz, i inni, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, LEX 2014). Tym samym nie jest uprawnione przyjęcie, że Zamawiający wezwał wszystkich Wykonawców do przedłużenia ważności wadium we wszystkich Pakietach. Zamawiający wezwał wszystkich Wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni (na podstawie art. 85 ust. 2 P.z.p), a do przedłużenia okresu ważności wadium albo do wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą zostali wezwani jedynie Wykonawcy, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty (na podstawie art. 85 ust. 4 P.z.p). Z uwagi na skierowanie w dniu 01 lipca 2019 r. do wszystkich Wykonawców zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, treść przedmiotowego wezwania wskazująca w podstawie

prawnej aft. 85 ust. 4 P.z.p. nie mogła budzić wątpliwości. Z uwagi na powyższe nie sposób dopatrzeć się naruszenia w postępowaniu art. 85 ust. 4 P.z.p. ”

Prezes Urzędu odnosząc się do zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej, poinformował, co następuje:

Odnośnie punktu 1) do stwierdzenia, że Zamawiający w dniu 25.07.2019 r. dokonał zwrotu (zwolnienia) wadium wykonawcom X (w Pakietach I, II i III) oraz X (w Pakiecie IV) podał, że informacja o wyborze - w poszczególnych Częściach postępowania - najkorzystniejszej oferty została przekazana wykonawcom w dniu 01.07.2019 r. Z powyższego wynika, że Zamawiający dokonał zwrotu wadium wykonawcom po 24 dniach od wyboru najkorzystniejszej oferty. Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, że Ustawodawca w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, nakazał Zamawiającym dokonanie zwrotu wadium w ustawowo określonym terminie, tj. poprzez użycie pojęcia „niezwłocznie”. Ustawa Pzp nie wskazuje, co należy rozumieć pod pojęciem „niezwłocznie” użytym w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem należy w tym zakresie przyjąć ogólne rozumienie tego terminu, w szczególności stosowane na gruncie prawa cywilnego. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025, 1104 i 1629), dalej jako: „KC”, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, należy zatem interpretować w ten sposób, że zamawiający obowiązany jest po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, zwrócić 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. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) „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”. Powyższe pozwala przyjąć, że ww. termin należy interpretować jako 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. Zgodnie z powyższym, mimo braku określonego w dniach terminu „niezwłocznie” w ustawie Pzp na dokonanie zwrotu wadium wykonawcom, których oferta nie została wybrana, należy wskazać, iż zwrot wadium ww. wykonawcom po upływie 24 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy

Pzp. Zamawiający był zobligowany do zwrócenia wadium w możliwie najkrótszym terminie, tj. do 14 dni kalendarzowych, który pozwalałby na dokonanie niezbędnych czynności formalnych, związanych z prowadzeniem przedmiotowego postępowania. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie m.in. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.03.2019 r. (sygn. akt: KIO/KU 16/19). Odnosząc się do stwierdzenia, że przedłożone przez wykonawców X oraz X dokumenty gwarancyjne na zabezpieczenie wadium nie mogły zostać zwrócone, gdyż obejmowały wszystkie Pakiety, na które została złożona oferta i jedną łączną kwotę wadium, Prezes Urzędu wskazał, że w treści obu przedstawionych przez ww. wykonawców gwarancji bankowych zapłaty wadium wyszczególnione zostało - jaka jest wysokość wadium dla poszczególnych Pakietów. Z uwagi na to, że w przypadku wnoszenia wadium drogą elektroniczną zamawiający nie dokonuje fizycznego zwrotu wadium odsyłając wykonawcom wersję papierową dokumentu i jedynie dokonuje zwolnienia z tego tytułu, nie było w tym przypadku technicznych przeszkód, aby poinformować ww. wykonawców o tym fakcie w odniesieniu do danych Części (Pakietów) postępowania.

Odnosząc się do zastrzeżeń w pkt 2 Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający w dniu 01.07.2019 r. dokonał zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Następnie pismem z dnia 03.07.2019 r. (a więc po wyborze najkorzystniejszej oferty), zwrócił się do wszystkich wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużaniem ważności wadium. Zamawiający w piśmie tym wskazał m.in., że: „W imieniu Zamawiającego, Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A., działając na podstawie art. 85 ust. 2 oraz ust. 4 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...), zwracam się z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Aktualnie termin związania ofertą upływa w dniu 16.07.2019 r. Zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą należy złożyć wraz z wadium w formie wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym (...) nr 2018/S 229-524715 z dnia 28.11.2018 r. tj. złożyć na Platformie zakupowej Zamawiającego w zakładce „Pytania/Informacje” w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15.07.2019 r.” Zdaniem Prezesa Urzędu z treści powyższego pisma jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie doprecyzował, że wadium należy przedłużyć tylko w przypadku, kiedy oferta określonego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza w danej Części (Pakiecie). Z dyspozycji art. 85 ust. 4 ustawy Pzp wynika natomiast jednoznacznie, że na wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza nie ciąży obowiązek zabezpieczenia oferty wadium na przedłużony termin związania ofertą. Tym samym, jeżeli oferta wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą w kilku Częściach (Pakietach) postępowania (ale nie we wszystkich), wykonawca nie musiał przedłużać wadium na

wszystkie Części (Pakiety) na jakie pierwotnie złożył swoją ofertę. Stosowanie do treści art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, niniejsza czynność winna być bowiem dokonana jedynie w odniesieniu do Części (Pakietów), w zakresie których oferta danego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Jednocześnie zaznaczył, że stwierdzone naruszenie dotyczy art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy: X - w zakresie Części I, X - w zakresie Części II, III, X - w zakresie Części I oraz X - w zakresie Części IV, których oferty we wskazanych Częściach nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze do „przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą”, tym samym powoływanie się w zastrzeżeniach przez Zamawiającego na art. 85 ust. 2 ustawy Pzp jest nie zasadne. Ponadto, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, że: „Z uwagi na skierowanie w dniu 01 lipca 2019 r. do wszystkich Wykonawców zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, treść przedmiotowego wezwania wskazująca w podstawie prawnej art. 85 ust. 4 P.z.p. nie mogła budzić wątpliwości.” podkreślił, że wykonawca X przedstawił „Zmianę nr 2 do gwarancji bankowej nr GW/000568/19 na wadium” z dnia 12.07.2019 r., na wszystkie części postępowania, pomimo że jego oferta została wybrana tylko w dwóch częściach. Wykonawca X przedstawił z kolei „Aneks nr 3 do gwarancji bankowej nr TEBWWA015937 na wadium” z dnia 08.07.2019 r. na 3 części postępowania, pomimo że jego oferta została wybrana tylko w jednej części.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 04.10.2019 r. wskazując jednocześnie, że (...) Zgodnie z treścią art. 17 1a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej, przekazane one zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą”.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze dokumentację w przedmiotowej sprawie, stwierdziła że zastrzeżenia zgłoszone do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający (jak podał w Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Modernizacja populacji transformatorów - etap VII” naruszył normę z art. 46 ust.1 ustawy Pzp oraz normę z art. 85 ust.4 ustawy Pzp. W pierwszym przypadku bowiem wbrew wymogom przepisu zaniechał w stosownym terminie czynności zwrotu wadium wykonawcom, których oferty w poszczególnych Częściach postępowania nie zostały

wybrane jako najkorzystniejsze, a w drugim - wezwał wykonawców, których oferty w poszczególnych Częściach postępowania nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze do przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą.

Przepis art. 46 ust.1 ustawy Pzp niewątpliwie wymaga, aby zamawiający zwrócił wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Z kolei przepis art. 85 ust. 4 tej ustawy nie przewiduje możliwości wezwania wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza do przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium pod rygorem odrzucenia jego oferty, po wyborze oferty najkorzystniejszej. Wyjątkiem od tej zasady, jest przypadek określony w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, który w przedmiotowym postępowaniu nie ma miejsca. Zdaniem Izby, niewątpliwie należy zgodzić się z interpretacją, że określenie „niezwłocznie” (które oczywiście nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem „natychmiast”) 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”. Dokonanie czynności zwrotu wadium powinno nastąpić zatem w możliwie najkrótszym terminie od wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba zgadzając się z powołanym przez Prezesa Urzędu orzecznictwem (wyrażonym w powołanych stanowiskach SN i KIO) stwierdza, że w tym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał, że jego działanie nie było obarczone „zbędną zwłoką”, jak też nie wykazał, że w danych okolicznościach wcześniejszy zwrot wadium był nierealny, niemożliwy lub nieuzasadniony, a tym samym jego zaniechanie należy ocenić jako naruszenie dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Termin 24 dniowy, w którym nastąpił zwrot wadium nie spełnia wymaganego przepisem kryterium „niezwłoczności”. Izba podkreśla, że Zamawiający kwestionując to ustalenie nie wskazał żadnych obiektywnych okoliczności związanych przykładowo z wewnętrzną organizacją jednostki zamawiającego, która nie pozwalałaby na realizację obowiązku związanego ze zwrotem wadium. Izba ponadto zauważa, że czynność zwrotu wadium nie jest czynnością skomplikowaną, która wymagałaby podjęcia złożonych decyzji, czy czaso- i pracochłonnych działań ze strony pracowników spowodowanych przykładowo znaczącą liczbą uczestniczących w tym postępowaniu wykonawców. Tak jak to zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w powołanej przez Prezesa Urzędu uchwale KIO (sygn. akt: KIO/KU 16/19) dyspozycja zwrotu wadium mogła zostać przygotowana równocześnie z przygotowaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Niewątpliwie dokumenty gwarancyjne na zabezpieczenie wadium nie

mogły zostać zwrócone w dotychczas rozumiany sposób odnoszący się do wersji papierowej dokumentu. W tym stanie faktycznym zwrot wadium, którego dotyczyły dokumenty gwarancyjne, (w których treści wyszczególnione zostało jaka jest wysokość wadium dla poszczególnych Pakietów), wnoszonych drogą elektroniczną nie dokonywany był fizycznie poprzez zwrot wadium odesłanego wykonawcom z zastosowaniem wersji papierowej dokumentu. W takim przypadku następuje – jak podał Prezes Urzędu - jedynie dokonywanie zwolnienia z tego tytułu i nie było w tym przypadku technicznych przeszkód, aby poinformować ww. wykonawców o tym fakcie w odniesieniu do danych Części (Pakietów) postępowania.

Także naruszenie normy z art. 85 ust.4 ustawy Pzp znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji tej sprawy. Niewątpliwie pismem z dnia 03.07.2019 r. (po wyborze najkorzystniejszej oferty), Zamawiający zwrócił się (bez wyłączeń) do wszystkich wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium. W treści tego wezwania Zamawiający nie doprecyzował, że wadium należy przedłużyć tylko w przypadku, kiedy oferta określonego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza w danej Części (Pakiecie), co narusza dyspozycję art. 85 ust. 4 ustawy Pzp zgodnie z którą na wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza nie ciąży obowiązek zabezpieczenia oferty wadium na przedłużony termin związania ofertą. Tym samym, stosowanie do treści art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, wskazana czynność powinna być dokonana jedynie w odniesieniu do Części (Pakietów), w zakresie których oferta danego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza.

W konkluzji Izba stwierdza, że niewątpliwie tak jak podał Prezes Urzędu powyższe naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania, jednakże Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Pzp i która to kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....