

Sygn. akt KIO/KU 27/17

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 28 czerwca 2017 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej znak KU/3/17/DKZP

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

*Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku  
Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, odcinek Otwock  
– Lublin w km 26,050 – 175,850 – część A i H*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**

**Justyna Tomkowska**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej uznaje za uzasadnione.**

## UZASADNIENIE

### do uchwały z 28 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO/KU 27/17

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. przeprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego dotyczące prac na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, odcinek Otwock – Lublin w km 26,050 – 175,850 – część A i H.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) przeprowadził kontrolę uprzednią ww. postępowania (znak KU/3/17/DKZP), stwierdzając w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 01.06.2017 r., iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie wykluczając wykonawcy MAX-BUD G. P..

#### **Prezes Urzędu zważył, co następuje.**

W wyniku kontroli uprzedniej stwierdzono, iż doszło do następujących naruszeń ustawy:

1. Odnośnie części A: brak naruszeń.

2. Odnośnie części H:

Zgodnie z przekazaną do kontroli uprzedniej dokumentacją, przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte dnia 09.12.2015 r. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania wykonawca MAX-BUD G. P. zabezpieczając swoją ofertę wadium, przedłożył wystawioną w dniu 30.11.2016 r. gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 998-A642441 (zmienioną aneksem nr 1 z dnia 12.12.2016 r. w zakresie terminu ważności).

W treści niniejszej gwarancji wskazano, iż „Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty nie wyższej, niż suma gwarancyjna na pierwsze

pisemne żądanie Beneficjenta, przedłożone w okresie obowiązywania gwarancji, zawierające oświadczenie, że wystąpiła jedna z następujących sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. z późn. zmianami zwanej dalej Ustawą (...) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o których mowa art. 25a ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej".

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż treść gwarancji wadialnej złożonej przez ww. wykonawcę nie obejmuje wszystkich, określonych w treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp (obowiązującego w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania) przesłanek powstania roszczenia o wypłatę przez gwaranta kwoty wadium na rzecz zamawiającego. Przedmiotowa gwarancja nie przewiduje wypłaty wadium zamawiającemu w przypadku nie złożenia przez wykonawcę listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

Należy podkreślić, że przepisy dotyczące przesłanek zatrzymania wadium mają charakter bezwzględnie wiążący, a obowiązkiem wykonawcy jest zabezpieczenie oferty zgodnie z wymaganiami wynikającymi wprost z ustawy Pzp. Gwarancja wadialna powinna zatem zawierać w swojej treści wszystkie przyczyny zatrzymania wadium uregulowane w ustawie Pzp, bowiem tylko taka gwarancja zabezpiecza w sposób pełny i skuteczny interes zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

W konsekwencji uznać należy, że gwarancja wadialna złożona przez ww. wykonawcę jest nieprawidłowa, bowiem nie obejmuje swoim zakresem wszystkich okoliczności stanowiących podstawę zatrzymania wadium w świetle art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Z kolei wniesienie nieprawidłowego wadium należy uznać za brak wniesienia wadium w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Powyższe oznacza, iż w każdym wypadku braku wniesienia wadium, bądź wadliwego jego wniesienia, wykonawca podlegał będzie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem zamawiający nie dysponuje uprawnieniem umożliwiającym wezwanie wykonawcy do konwalidacji czynności wniesienia wadium.

Zdaniem Prezesa UZP zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MAX-BUD G. P. z powodu niewniesienia prawidłowego wadium stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie ma wpływ na wynik postępowania w części H.

Zalecenia pokontrolne:

W odniesieniu do ww. naruszenia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaleca zamawiającemu wykluczenie wykonawcy MAX-BUD G. P., na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania i uznanie złożonej przez niego oferty w części H za odrzuconą. W związku z powyższym, zaleca się ponadto unieważnienie postępowania w zakresie części H na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Prezes UZP w treści Informacji o wyniku kontroli uprzedniej zawarł pouczenie, iż stosownie do treści art. 171 a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

### **Zastrzeżenia zamawiającego**

Zamawiający w dniu 07.06.2017 r. drogą elektroniczną (wpływ bezpośredni w dniu 08.06.2017 r.), a więc w przewidzianym ustawą terminie, wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli.

Zamawiający podniósł w piśmie z dnia 07.06.2017 r., że zgłasza zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej.

Następnie Zamawiający podniósł, że zgodnie z treścią Wyniku, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przepisów Ustawy w związku z zaniechaniem wykluczenia przez Zamawiającego Wykonawcy MAX - BUD G. P. (dalej jako: „Wykonawca”) z ww. postępowania przetargowego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 Ustawy, a w konsekwencji zaniechaniem unieważnienia postępowania w zakresie Zamówienia Częściowego H. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stanął na stanowisku, że przedłożone przez Wykonawcę wraz z ofertą wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nie zabezpiecza w sposób dostateczny interesów Zamawiającego, gdyż w swojej treści nie wskazuje, iż Zamawiający będzie uprawniony do żądania jego wypłaty „w przypadku niezłożenia przez wykonawcę listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej/. Prezes UZP stwierdził, iż treść gwarancji wadium złożonej przez Wykonawcę nie obejmuje wszystkich, określonych w treści art. 46 ust. 4a Ustawy (obowiązującego w dniu wszczęcia

przedmiotowego postępowania) przesłankę powstania roszczenia o wypłatę przez gwaranta kwoty wadium na rzecz Zamawiającego. Prezes UZP wskazał, że w jego ocenie przepisy dotyczące przesłanki zatrzymania wadium mają charakter bezwzględnie wiążący, a obowiązkiem Wykonawcy jest zabezpieczenie oferty zgodnie z wymaganiami wynikającymi wprost z Ustawy - gwarancja wadium powinna zawierać w swojej treści wszystkie przyczyny zatrzymania wadium uregulowane w Ustawie, bowiem tylko taka gwarancja zabezpiecza w sposób pełny i skuteczny interes Zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Wykonawcę z postępowania na podstawie przepisu wskazanego powyżej.

Zamawiający wskazał, że nie zgadza się powyższym stanowiskiem Prezesa UZP, wskazując iż jest ono nader formalistyczne, nieadekwatne do badanego stanu faktycznego, a także prowadzące do wykluczenia z postępowania Wykonawcy na podstawie przesłanki nie mającej żadnego znaczenia w prowadzonym postępowaniu.

W następnej kolejności Zamawiający podniósł, iż istotą wadium jest zabezpieczenie złożonej oferty do momentu zawarcia umowy, a zatem przez cały okres związania ofertą. W wyroku z dnia 11 marca 2015 r. (sygn. akt: KIO 368/15), Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że wadium „stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą”

Ustawodawca umożliwił Wykonawcom składanie wadium w jednej z form wyspecyfikowanych w art. 45 ust. 6 Ustawy. Bez względu na wybór Wykonawcy w ww. zakresie wadium ma spełniać tę samą funkcję » zabezpieczać ofertę, a także interes Zamawiającego przed Wykonawcą, który z jakichś przyczyn uniemożliwia weryfikację jego oferty, a tym samym skuteczne prowadzenie postępowania lub też w sposób uporczywy uchyla się od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku złożenia wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej złożony dokument ma umożliwiać Zamawiającemu zatrzymanie środków pieniężnych na takich samych zasadach, jakie miałyby miejsce w przypadku, gdyby wadium zostało złożone w pieniądzu. Gwarancja powinna być wobec tego nieodwołalna, bezwarunkowa, oraz jednoznacznie wskazywać, że suma gwarancyjna powinna zostać zapłacona na pierwsze żądanie beneficjenta (Zamawiającego). Innymi słowy wadium ma ograniczać dostęp do udziału w postępowaniu Wykonawcom, którzy w sposób pochopny i bezrefleksyjny wyrażają wolę uzyskania danego zamówienia. Wadium ma stanowić również zabezpieczenie przed zjawiskiem zmów przetargowych - stąd też, zgodnie z uzasadnieniem nowelizacji ustawy, w art. 46 ust. 4a Ustawy wprowadzono przesłankę zatrzymania wadium w przypadku niezłożenia oświadczenia o przynależności / braku przynależności do grupy kapitałowej.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż złożona przez Wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa w sposób dostateczny zabezpiecza ofertę w postępowaniu.

Następnie Zamawiający podniósł, iż przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Zamawiający wskazuje, iż Wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu byli zobowiązani do złożenia oświadczeń o przynależności / braku przynależności do grupy kapitałowej na etapie składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - vice: pkt II.2.1) ust. 1 lit. f ogłoszenia o zamówieniu. To na tym etapie postępowania. Zamawiający dokonywał weryfikacji czy dany Wykonawca należy do grupy kapitałowej, a następnie czy fakt jego przynależności może wpłynąć na prowadzenie postępowania w sposób konkurencyjny. Wykonawca, który nie przedłożył stosownego oświadczenia albo nie wykazał, że pomimo złożenia wniosków przez Wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej nie dochodzi do naruszenia konkurencji nie mógł zostać zaproszony do złożenia oferty.

Zamawiający w punkcie 13 Tomu I - IDW SIWZ dokonał wyszczególnienia dokumentów, jakie powinny zostać złożone wraz z ofertą - na ww. liście nie znajduje się oświadczenie o przynależności/braku przynależności do grupy kapitałowej, co dodatkowo potwierdza stanowisko zaprezentowane powyżej.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, wymaganie od Wykonawcy, aby przedłożył gwarancję wadialną, która w swojej treści odwołuje się do kwestionowanej przez Prezesa UZP przesłanki wydaje się być warunkiem nadmiarowym, stanowiącym nieuzasadnione obciążenie po stronie samego Wykonawcy. W konsekwencji brak wskazania w treści przedłożonej gwarancji ww. przesłanki nie powoduje, iż interes Zamawiającego pozostaje niezabezpieczony. Kwestionowany przez Prezesa UZP brak zabezpieczenia gwarancja sytuacji, która jest niemożliwa do zaistnienia z uwagi na stadium, w jakim gwarancja ta zabezpiecza ofertę powoduje, że brak taki jest irrelevantny dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego w zaistniałej sytuacji faktycznej (nawet hipotetycznie Zamawiający po ocenie wniosków i dopuszczeniu Wykonawcy do udziału w postępowaniu nie mógłby już zatrzymać wadium Wykonawcy z powodu opisanego z Wyniku, nawet złożonego w formie gotówki).

Zdaniem Zamawiającego kolejną okolicznością świadczącą o prawidłowości złożonej gwarancji wadialnej jest okoliczność, iż Wykonawca jest podmiotem prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą. W piśmiennictwie wskazuje się, że „grupa kapitałowa - struktura łącząca, której elementami są samodzielne prawnie podmioty gospodarcze w postaci spółek kapitałowych" (tak: Michał Trocki; Grupy kapitałowe Tworzenie i funkcjonowanie, Warszawa 2004, s. 14).

W związku z powyższym Wykonawca z racji formy prowadzonej działalności nie ma prawnej możliwości przynależenia do grupy kapitałowej, a składane przez niego oświadczenie w tym zakresie ma charakter stricte formalny. W związku z tym już na etapie weryfikacji wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wiadomym było, iż

Zamawiający nie będzie posiadał żadnych podstaw do wyciągnięcia wobec Wykonawcy negatywnych konsekwencji związanych z ewentualnym niezłożeniem stosowanego oświadczenia. W konsekwencji brak wskazania w treści przedłożonej gwarancji ww. przesłanki nie powoduje, iż interes Zamawiającego pozostaje niezabezpieczony.

W niniejszym stanie faktycznym, w ocenie Zamawiającego, nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że w postępowaniu, w zakresie Zamówienia Częściowego H została złożona tylko jedna oferta. Zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnoszone są głosy, że w takiej sytuacji Zamawiający może odstąpić od wzywania Wykonawcy do złożenia oświadczenia o przynależności / braku przynależności do grupy kapitałowej, gdyż ww. okoliczności nie stwarzają ryzyka naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Powyższe potwierdza sam Urząd Zamówień Publicznych w opinii pn. „Czy zamawiający w postępowaniu, w którym złożono tylko jedną ofertę, ma obowiązek wezwać do złożenia oświadczenia wykonawcę, który nie złożył oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej/. Opinia prawna, co prawda została wydana na kanwie znowelizowanych przepisów Ustawy, to niemniej jednak z uwagi na jej wydźwięk oraz istotę powinna mieć adekwatne przełożenie do problemów rozpatrywanych na podstawie poprzedniego stanu prawnego: „w przypadku gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono tylko jedną ofertę (w ramach tej samej części zamówienia złożono jedną ofertę częściową), nie mamy do czynienia z naruszaniem zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez udział co najmniej podmiotów funkcjonujących w ramach jednej grupy kapitałowej. Brak oświadczenia nie może w takim przypadku nawet potencjalnie wpłynąć na konkurencję w postępowaniu, a co za tym idzie nie wywołuje dla wykonawcy ujemnych skutków prawnych, nie jest też w tym kontekście dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania. W związku z powyższym wezwanie do uzupełnienia takiego oświadczenia w świetle celu, jakim jest przeciwdziałanie zakłóceniu konkurencji w postępowaniu przez grupę kapitałową, staje się również zbędne”

Z uwagi na okoliczność, iż Wykonawca był jedynym oferentem w postępowaniu w zakresie Zamówienia Częściowego H, zdaniem Zamawiającego, nie było ryzyka związanego z kumulacją jednego kapitału w ramach przedmiotowego postępowania brak było podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem mógł naruszyć zasady uczciwej konkurencji. W dalszej kolejności wskazania wymaga, iż w postępowaniu nie występowało ryzyko wystąpienia zmowy przetargowej, której wystąpienie sankcjonowane jest zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych: „Wykładnia art. 46 ust. 4a p.z.p. wymaga uwzględnienia celu jego wprowadzenia do systemu prawnego. Przepis ten z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność powinien być stosowany wyłącznie dla zapobiegania

zmowom wykonawców." (tak: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2014 r. I ACa 1356/13) W konsekwencji brak wskazania w treści przedłożonej gwarancji ww. przesłanki nie powoduje, iż interes Zamawiającego pozostaje niezabezpieczony,

Jak wskazał zamawiający w związku z powyższym, przyjęcie informacji o wyniku kontroli uprzedniej, bez zastrzeżeń prowadzioby do kuriozalnej sytuacji, w której Zamawiający byłoby zobowiązany do wykluczenia z postępowania Wykonawcy, który złożył wadium nieuprawniające Zamawiającego do żądania jego zatrzymania w oparciu o przesłankę, która na kanwie omawianego stanu faktycznego nie miała podstaw natury tak prawnej, jak i faktycznej, się ziszczyć z przyczyn opisanych powyżej.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 29 czerwca 2009 r. (sygn. akt: IX Ga 109/09): „Treść gwarancji nie może być w sposób zupełnie dowolny przeniesiona do treści gwarancji z bezwzględnie obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Oznacza to zatem, że chociaż treść ta nie musi być określona precyzyjnie to jednocześnie nie może być ona także określona w sposób zupełnie dowolny pozostający w sprzeczności z duchem tych przepisów. Gwarancja jest bowiem w danym przypadku przez gwaranta udzielana na warunkach wskazanych i określonych w gwarancji - w jej treści, a nie na warunkach wynikających w tym względzie i wskazanych w ustawie - Prawo zamówień publicznych."

W wyroku KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r. (sygn. akt: KIO 532/15; KIO 534/15) Izba stanęła na stanowisku, że: „Prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami P.Z.P. i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ww. ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w SIWZ, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne."

Reasumując powyższe, Zamawiający nie zgodził się z Wynikiem kontroli. Zamawiający stoi na stanowisku, iż przedłożona wraz z ofertą Wykonawcy gwarancja w sposób dostateczny zabezpiecza interes Zamawiającego, a w związku z tym brak jest podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, w konsekwencji nie sposób również uznać, iż Zamawiający powinien unieważnić postępowanie w zakresie Zamówienia Częściowego H na podstawie przepisów wskazanych w Wyniku.

## **Odpowiedź na zastrzeżenia**

Prezes UZP wskazał, że w odpowiedzi na pismo z dnia 07.06.2017 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli z dnia 01.06.2017 r., w związku z przeprowadzoną kontrolą uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane związane z pracami na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na

odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, odcinek Otwock – Lublin w km 26,050 – 175,850, że w całości nie uwzględnia zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

Prezes UZP wskazał, że przeprowadził kontrolę uprzednią ww. postępowania, w wyniku której zostało stwierdzone naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy MAX-BUD G. P. z powodu niewniesienia prawidłowego wadium. W związku z powyższym naruszeniem, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy MAX-BUD G. P., na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania i uznanie złożonej przez niego oferty w części H za odrzuconą, a następnie unieważnienie postępowania w zakresie części H na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Następnie Prezes UZP odniósł się do wniesionych zastrzeżeń wskazując, że Zamawiający wnosząc zastrzeżenia do powyższego naruszenia stwierdził m.in. że: „nie zgadza się powyższym stanowiskiem Prezesa UZP, wskazując iż jest ono nader formalistyczne, nieadekwatne do badanego stanu faktycznego, a także prowadzące do wykluczenia z postępowania Wykonawcy na podstawie przesłanki nie mającej żadnego znaczenia w prowadzonym postępowaniu (...) Zamawiający stoi na stanowisku, iż złożona przez Wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa w sposób dostateczny zabezpiecza ofertę w postępowaniu. W pierwszej kolejności wskazania bowiem wymaga, iż przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Zamawiający wskazuje, iż Wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu byli zobowiązani do złożenia oświadczeń o przynależności / braku przynależności do grupy kapitałowej na etapie składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - vide: pkt III.2.1) ust. 1 lit. f ogłoszenia o zamówieniu. To na tym etapie postępowania, Zamawiający dokonywał weryfikacji czy dany Wykonawca należy do grupy kapitałowej, a następnie, czy fakt jego przynależności może wpłynąć na prowadzenie postępowania w sposób konkurencyjny. Wykonawca, który nie przedłożył stosownego oświadczenia albo nie wykazał, że pomimo złożenia wniosków przez Wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej nie dochodzi do naruszenia konkurencji nie mógł zostać zaproszony do złożenia oferty (...) W związku z powyższym wymagane od Wykonawcy, aby przedłożył gwarancję wadialną, która w swojej treści odwołuje się do kwestionowanej przez Prezesa UZP przesłanki wydaje się być warunkiem nadmiarowym, stanowiącym nieuzasadnione obciążenie po stronie samego Wykonawcy. W konsekwencji brak wskazania w treści przedłożonej gwarancji ww. przesłanki nie powoduje, iż interes Zamawiającego pozostaje niezabezpieczony. Kwestionowany przez Prezesa UZP brak zabezpieczenia gwarancją sytuacji, która jest niemożliwa do zaistnienia z uwagi na stadium, w jakim gwarancja ta zabezpiecza ofertę

powoduje, że brak taki jest irrelevantny dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego w zaistniałej sytuacji faktycznej (nawet hipotetycznie Zamawiający po ocenie wniosków i dopuszczeniu Wykonawcy do udziału w postępowaniu nie mógłby już zatrzymać wadium Wykonawcy z powodu opisanego z Wyniku, nawet złożonego w formie gotówki) (...)" . W dalszej części wniesionych zastrzeżeń Zamawiający podnosi, iż wybrany wykonawca z racji prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej nie ma możliwości przynależenia do grupy kapitałowej i złożone przez niego oświadczenie w ww. zakresie ma charakter stricte formalny. Zamawiający twierdzi iż „z uwagi na okoliczność, iż wykonawca był jedynym oferentem w postępowaniu w zakresie zamówienia częściowego H, nie było ryzyka związanego z kumulacją jednego kapitału w ramach przedmiotowego postępowania brak było podstaw do przyjęcia, iż zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem mógł naruszyć zasady uczciwej konkurencji." Konkludując Zamawiający twierdzi, że brak wskazania w treści złożonej gwarancji kwestionowanej przesłanki nie powodował, że interes zamawiającego pozostawał niezabezpieczony.

Jednocześnie Zamawiający przytoczył treść wybranego orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informuje, co następuje.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku przedmiotowego postępowania, dotyczyło wskazania w przedstawionej przez wykonawcę MAX-BUD G. P. gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nieaktualnej (w dniu wszczęcia niniejszego postępowania tj. 09.12.2015 r.) treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Konsekwencją powyższego było zaniechanie wskazania w treści gwarancji wadialnej złożonej przez ww. wykonawcę wszystkich, określonych w treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp (obowiązującego w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania) przesłanek powstania roszczenia o wypłatę przez gwaranta kwoty wadium na rzecz Zamawiającego. Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania „zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej."

Z porównania treści ww. przepisu z treścią gwarancji ubezpieczeniowej przedłożoną przez wykonawcę MAX-BUD G. P. wynika, że gwarancja ta nie przewiduje wypłaty wadium Zamawiającemu w przypadku nie złożenia przez wykonawcę listy podmiotów należących do

tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

W tym miejscu należy przytoczyć stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 22 kwietnia 2015 r. (Sygn. akt: KIO 699/15) stwierdziła m.in., że „Przystępujący złożył ofertę, do której załączył gwarancję bankową wystawioną w dniu 29 grudnia 2014 r, w której treści sformułowano jeden z warunków odpowiedzialności gwaranta w ten sposób, że nadano mu brzmienie odpowiadające treści przepisu art. 46 ust. 4a Pzp po nowelizacji, która weszła w życie z dniem 19 października 2014 r. (...) Reasumując, Izba uznała, że warunki odpowiedzialności gwaranta zostały ukształtowane w treści gwarancji w sposób mniej korzystny, niż to wynika z mającego zastosowanie do Postępowania przepisu art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, co zaktualizowało konieczność wykluczenia Przystępującego z Postępowania z uwagi na niewniesienie wadium.”

Jak wskazał Prezes UZP podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 kwietnia 2015 r. (Sygn. akt KIO 714/15, KIO 717/15), w którym stwierdziła, m.in., że: „Bezspornym jest, iż w treści gwarancji bankowej wystawionej na zlecenie (...) przywołana została treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu znowelizowanym ustawą z dnia 29 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r, poz. 1232). W art. 3 znowelizowanej ustawy wskazano, iż do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie wspomnianej wyżej nowelizacji oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Nowelizacja ustawy weszła w życie w dniu 19 października 2014 r., natomiast postępowanie o przedmiotowe zamówienie zostało wszczęte w dniu 17 października 2014 r. A skoro tak, w treści gwarancji powinno się znaleźć odniesienie do art. 46 ust 4a ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym, a nie znowelizowanym, gdyż znowelizowany art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak słusznie podniósł zamawiający, rozszerza katalog dokumentów, których nieuzupełnienie przez wykonawcę doprowadzić może do utraty wadium, ogranicza krąg wykonawców, którym zagraża utrata wadium i zmienia rozkład ciężaru dowodu, co do przyczyn z powodu, których wykonawca nie uzupełnił w terminie wskazanych w wezwaniu dokumentów.”

Przekładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, należy stwierdzić, że treść gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez wykonawcę MAX-BUD G. P. również ukształtowana została w sposób odmienny, niż to wynikało z art. 46 ust, 4a Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania.

W trakcie prowadzenia przedmiotowego postępowania, miała również miejsce nowelizacja ustawy Pzp. Zmianie uległ m.in. przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, którego obowiązująca od dnia 28.07.2016 r., treść stanowi, że: „Zamawiający zatrzymuje wadium

wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej."

Z powyższego wynika, że z treści niniejszego przepisu usunięty został zapis dotyczący przynależności wykonawców do tej samej grupy kapitałowej, co oznacza, iż w postępowaniach wszczynanych od dnia 28.07.2016 r. wykonawcy przedkładając gwarancje wadialne zobowiązani są uwzględniać treść znowelizowanego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe rozważania, jak również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, podkreślenia wymaga, że gwarancja wadialna przedkładana przez wykonawców w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi zawierać w swej treści wszystkie elementy określone w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w jego brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia prowadzonego postępowania.

Odnosząc się natomiast do zarzutu Zamawiającego, zdaniem którego złożona przez wykonawcę MAX-BUD G. P. gwarancja ubezpieczeniowa w sposób dostateczny zabezpiecza ofertę w postępowaniu Prezes UZP wskazał, co następuje.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2016 r. (Sygn. akt: KIO 293/16) skład orzekający uznał m.in., że:

„Izba nie podziela argumentacji Odwołującego o skutecznym wniesieniu przez niego wadium z uwagi na fakt, iż ryzyka nieobjęte treścią gwarancji wadialnej nie wystąpiły, a więc interes Zamawiającego był zabezpieczony. Podkreślić bowiem należy, że dyspozycja art. 46 ust. 4a ma charakter hipotetyczny, bo przesłanki zatrzymania wadium mogą nie zaistnieć, co jednak nie zwalnia wykonawcy od złożenia gwarancji wadialnej obejmującej wszystkie przesłanki zatrzymania wadium. Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego za zasadną, to skuteczność wniesienia wadium byłaby oceniana na etapie wyboru oferty, zaś ustawodawca wymaga, aby wykonawca wniósł wadium w prawidłowej formie i treści nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert. Ponadto takie rozumowanie Odwołującego prowadziłoby do absurdalnych wniosków. Wykonawcy bowiem mogliby argumentować, że w ogóle nie ma potrzeby wnoszenia wadium bo oświadczają, że ryzyka związane z jego zatrzymaniem nie wystąpią i w związku z tym interes Zamawiającego jest zabezpieczony. Umożliwienie Odwołującemu dokonywanie oceny skuteczności wniesienia wadium w świetle faktycznego ziszczenia się ryzyk związanych z jego zatrzymaniem stanowiłoby również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, którzy wnieśli wadium w prawidłowej formie i treści przed upływem terminu składania ofert."

Powyższe oznacza, że gwarancja wadialna z uwagi na swój hipotetyczny charakter, musi zawierać wszystkie wskazane w ustawie Pzp przesłanki zatrzymania wadium, bez względu na to czy będą one mogły w ogóle zaistnieć. Tym samym podniesiony przez Zamawiającego zarzut o niemożliwej do zaistnienia sytuacji z uwagi na stadium, w jakim gwarancja zabezpiecza ofertę, nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto, zaznaczyć należy, że przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nie wyłącza poszczególnych przesłanek zatrzymania wadium od zastosowanego przez Zamawiającego trybu postępowania, w tym przypadku przetargu ograniczonego.

Jednocześnie należy zauważyć, że powyższa zasada tworzenia treści gwarancji wadialnych, które muszą odpowiadać przepisom ustawy Pzp, wynika też z przytoczonego przez Zamawiającego fragmentu treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2015 r. (Sygn. akt: KIO 532/15, KIO 534/15), gdzie izba wskazała, że: „(...) prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy (...)”. Dodać również należy, że w dalszej części ww. wyroku skład orzekający stwierdził ponadto, że: „wykonawcy powinni zadbać, aby wnoszone przez nich wadia były zgodne z ustawą, czyli np. w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji, z treści tych dokumentów musi wynikać zobowiązanie gwaranta do zaspokojenia zamawiającego we wszystkich przypadkach przewidzianych ustawą.”

Podkreślić również należy, że w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przy takim zapisie gwarancji mogłoby dojść do bezskuteczności zaspokojenia się z niej. Gwarant zabezpiecza bowiem roszczenie Beneficjenta Gwarancji (Zamawiającego) według przesłanek po nowelizacji, a nie przed nowelizacją. Podobna sytuacja może powstać w przypadku nieuzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa. Zamawiający prowadząc postępowanie według reguł sprzed nowelizacji wezwałby o uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podczas gdy po nowelizacji, wezwanie do uzupełnienia w przypadku pełnomocnictw nastąpiłoby na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp. Gwarant mógłby się uchylać od odpowiedzialności, że on zabezpieczał wezwanie o uzupełnienie pełnomocnictw na nowych zasadach na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, a nie na starych zasadach na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z powyższych względów Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie podzielił stanowiska Zamawiającego o formalistycznym podejściu do przedmiotowego naruszenia. Naruszenie powyższe mogło bowiem powodować uchybienie formalne, uniemożliwiające zaspokojenie się Zamawiającego z gwarancji.

Reasumując, Prezes UZP podtrzymał stanowisko zaprezentowane w pkt 2.1 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 01.06.2017 r. i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Na zakończenie odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP zawarł informację, że zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazuje ww. zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie zastrzeżeń wyraża, w formie uchwały, opinię w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Jak wynika z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli nie podzieliła stanowiska Prezesa UZP i zawartych w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia argumentów.

Izba oceniając materiał sprawy uznała, że brak jest pomiędzy Kontrolującym - Prezesem UZP a Zamawiającym sporu w zakresie stanu faktycznego – a zatem Izba w zakresie poczynionych przez Prezesa UZP ustaleń faktycznych uznała je za własne.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego i znajduje się ono na etapie po terminie składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba podzieliła w części argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na naruszenia wskazane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Zgodzić się należy w tym miejscu ze stanowiskiem Zamawiającego, że brak ujęcia w treści złożonej przez wykonawcę MAX-BUD G. P. przesłanki wykluczenia odnoszącej się do listy podmiotów należących do grupy kapitałowej na tym etapie postępowania było pozbawione wpływu na jego przebieg.

Izba w tym miejscu na wstępie wskazuje, że instytucja wadium w cywilistycznym ujęciu miała stanowić sankcję dla podmiotu składającego ofertę w odpowiedzi na zaproszenie do jej złożenia w przypadku odmowy podpisania umowy, jeżeli doszło do wyboru danej oferty jako najkorzystniejszej.

W ramach systemu zamówień publicznych, kierując się ze swej istoty słusznymi racjami, ustawodawca rozszerzył funkcję wadium wprowadzając dodatkowe sankcje mające przeciwdziałać znikom przetargowym lub utrudniać manipulacje postępowaniem przez wykonawców. Tym samym wprowadzane kolejno w następujących po sobie nowelizacjach

ustawy Pzp dodatkowe przesłanki zatrzymania wadium stanowiły odpowiedź ustawodawcy na potrzeby rynku zamówień – uwzględniając jednocześnie dynamikę zmian w ramach praktyki związanej z zamówieniami publicznymi. Co istotne ustawodawca nie zróżnicował zakresu przesłanek zatrzymania wadium ze względu na tryb prowadzonego postępowania i etap na jakim to postępowanie się znajduje. Wszakże w postępowaniach dwuetapowych składanie wadium następuje wraz z ofertą – a więc w terminie po dokonanej weryfikacji podmiotowej wykonawców, której zwieńczeniem jest zaproszenie do składania ofert.

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, tj. w trybie w jakim prowadzone jest postępowanie objęte kontrolą Prezesa UZP, złożenie wadium nastąpiło wraz z ofertą, gdzie jedynymi adekwatnymi do tego etapu postępowania przesłankami zatrzymania wadium są te związane z odmową podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniesieniem wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub doprowadzeniem do sytuacji, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (vide art. 46 ust. 5 ustawy Pzp).

Zgodzić się zatem należy ze stanowiskiem Zamawiającego, wyrażonym we wniesionych zastrzeżeniach (pismo z dnia 07.06.2017 r.), który zwrócił uwagę na fakt, że przedmiotowe postępowania prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego i okoliczności, czy wykonawcy złożył dokumenty związane z ewentualną przynależnością do grupy kapitałowej, były weryfikowane na etapie składania wniosków. Co istotne w tym zakresie, gdyby weryfikacja wniosku Wykonawcy MAX-BUD G. P. w tym, jak i innych aspektach, przebiegła niepomysłnie wykonawca ten nie zostałby zaproszony do składania ofert. Sankcja związana z wykluczeniem z postępowania i brakiem zaproszenia do składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego jest w ocenie Izby sankcją najdotkliwszą i z tego powodu wystarczającą dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego i co za tym idzie zapewnieniem prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Za pozbawione racjonalności należy bowiem uznać postępowanie polegające, w ramach prowadzonej przez Prezesa UZP kontroli, na cofnięciu się do prawidłowo przeprowadzonego (brak stwierdzonych naruszeń) i zakończonego etapu postępowania (etapu badania i oceny wniosków), który potwierdził podmiotową zdolność wykonawcy MAX-BUD G. P. (pod względem pozytywnym i negatywnym) do realizacji przedmiotowego zamówienia. Ocena ta skutkowałą zaproszeniem tego wykonawcy do składania ofert i brakiem sankcji w postaci jego wykluczenia z postępowania.

Tym samym w ocenie Izby stanowisko Prezesa UZP w tych okolicznościach uznać należy za nieprawidłowe, zaś zalecenia pokontrolne obejmujące wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i w konsekwencji zalecenie

unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp za nieprzystające do stwierdzonych przez Izbę okoliczności faktycznych.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, w kontekście wskazanej przez Prezesa UZP w zaleceniach pokontrolnych, podstawy unieważnienia postępowania, że w tych okolicznościach faktycznych, gdyby przyjąć zasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, konieczne byłoby unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ze względu na obaczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą. Wszakże cofnięcie postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego po terminie składania ofert i „powrót” tego postępowania do etapu badania i oceny wniosków (oceny podmiotowej wykonawców) powoduje, że postępowanie to nie może podlegać konwalidacji, gdyż wadliwie został zakreślony krąg wykonawców zaproszonych do składania ofert.

Mając powyższe na względzie Izba uwzględniła zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyników przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli w zakresie prawidłowości przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zastrzeżenia w całym zakresie, co w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....