

KU/11/19/DKZP

### Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

**Zamawiający:**

Gmina Wrocław  
pl. Nowy Targ 1-8  
50-141 Wrocław

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

*w imieniu i na rzecz zamawiającego działa*

*Spółka:*

Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o.  
ul. Ofiar Oświęcimskich 36  
50-059 Wrocław

**Rodzaj zamówienia:**

roboty budowlane

**Przedmiot zamówienia:**

budowa trasy tramwajowej wzdłuż ul. Popowickiej, Starogrobłowej - Długiej (od ul. Milenijnej do ul. Jagiełły) wraz z przebudową wiaduktu nad ul. Długą oraz budową zintegrowanego węzła tramwajowo - kolejowego Wrocław - Popowice wraz z zaprojektowaniem i

wybudowaniem przystanku kolejowego Wrocław  
Szczepin

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

**Data wszczęcia postępowania:** 25.07.2018 r.

**Numer ogłoszenia o zamówieniu:** 2018/S 141-322390

**Wartość zamówienia:** 262.317.246,41 zł (tj. 60.838.473,55 euro) –  
całkowita wartość zamówienia;  
88.577.340,22 zł (tj. 20.543.484,06 euro) –  
wartość kontrolowanego zamówienia - w tym  
Gmina Wrocław: 54.177.442,05 zł netto oraz  
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.: 34.399.898,17  
zł netto (w tym wartość zamówienia o którym  
mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp - Gmina  
Wrocław: 18.509.092,40 zł oraz PKP Polskie  
Linie Kolejowe S.A.: 1.725.064,44 zł - łącznie:  
20.234.156,84 zł (tj. 4.692.848,96 euro)

**Środki UE:** W zakresie finansowanym przez Gminę Wrocław  
projekt ubiega się w trybie pozakonkursowym  
o dofinansowanie ze środków Funduszu  
Spójności, w ramach Programu Operacyjnego  
Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, Oś  
priorytetowa VI: Rozwój niskoemisyjnego  
transportu drogowego w miastach.

W zakresie finansowanym przez PKP Polskie  
Linie Kolejowe S.A. projekt ubiega się  
o współfinansowanie przez Unię Europejską  
ze środków Funduszu Spójności w ramach  
Programu Operacyjnego Infrastruktura  
i Środowisko 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 zw. z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

1. art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezwrócenie, niezwłocznie po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wadium wykonawcy YYY, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza.
2. art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy YYY.

### **UZASADNIENIE**

1) Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, w dniu 10.01.2019 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę XXX. Z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego w pismach z dnia 15.02.2019 r. oraz 04.03.2019 r., przekazanych Prezesowi Urzędu w toku prowadzonej kontroli wynika, iż zamawiający dokonał zwrotu wadium wykonawcy YYY, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, w dniu 14.02.2019 r.

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 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.

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 YYY, pomimo upływu 35 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.

**2)** Z dokumentacji postępowania wynika, iż pismem z dnia 11.12.2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawców o, cyt.: *„wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą złożoną w postępowaniu oraz przedłużenie okresu ważności wadium albo wniesienia nowego wadium, tj. do dnia 31.01.2019 r., wyznaczając wykonawcom nieprzekraczalny termin na udzielenie odpowiedzi do dnia 30.12.2018 r.”*

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 17.12.2018 r. ww. wykonawca poinformował, iż cyt.: *„(...) YYY z siedzibą w Zawierciu oświadcza, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą w w/w postępowaniu do dnia 30.01.2019 r. na dowód czego przedkładamy Aneks nr 1 do gwarancji przetargowej nr KLG54677IN18 przedłużający termin w/w gwarancji do dnia 31 stycznia 2019 r.”*

W toku prowadzonej kontroli, zamawiający został poproszony o złożenie wyjaśnień, dlaczego zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy YYY na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, w sytuacji, kiedy wskazany wykonawca wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą na okres krótszy, niż wymagany w wezwaniu zamawiającego.

W złożonych wyjaśnieniach zamawiający wskazał, że cyt.: *„Wykonawca YYY, wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą poprzez złożenie pisma przewodniego, w którym zawarł sformułowanie: „YYY oświadcza, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą (...)” na dowód czego Wykonawca przedłożył Aneks nr 1 do gwarancji wadialnej (wyraźnie oznaczony w piśmie jako dowód przedłużenia terminu) przedłużający termin obowiązywania wadium do 31.01.2019r., tym samym Wykonawca zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą wskazany przez Zamawiającego.”*

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a konieczność przedłużenia tego terminu wynika wprost z przepisów ustawy Pzp i regulacji Kodeksu Cywilnego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp przewiduje odrzucenie oferty w przypadku, kiedy wykonawca nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą lub przedłuży termin związania ofertą na okres krótszy, niż wymagany przez zamawiającego.

Ponadto zauważyć należy, iż fakt złożenia wraz z ofertą gwarancji wadialnej opiewającej na dłuższy okres niż termin związania ofertą, tj. ważnej do dnia 31.01.2019 r. nie jest tożsamy z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powyższego nie można również wywodzić, iż termin związania ofertą został przez wykonawcę określony na okres na jaki wymagał tego zamawiający. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie może być dorozumiana, chociażby ze względu na zasadę pisemności postępowania (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp)” (zob. wyrok KIO z dnia 6.02.2017 r., sygn. KIO 151/17). Izba uznała, że „skoro wykonawca nie przedłużył na wezwanie zamawiającego terminu związania ofertą na warunkach wskazanych przez zamawiającego, to oznacza to, że nie wyraził takiej zgody”. Potwierdza to również wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 15.04.2015 r. sygn. KIO 592/15, który stanowi, że „brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą odnosi się nie tylko do sytuacji, w której wykonawca zgody takiej nie wyraża, ale również i takiej, gdzie wykonawca, co prawda wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, ale na okres krótszy niż ten zakreślony przez zamawiającego na mocy przepisu art. 85 ust. 2 Prawa zamówień publicznych”. Tym samym, nie jest możliwe domniemanie wyrażenia zgody z okoliczności braku oświadczenia w tym przedmiocie. Przedłożenie wraz z ofertą gwarancji wadialnej obejmującej okres dłuższy niż wyznaczony przez zamawiającego termin związania ofertą nie oznacza, iż wykonawca wyraził zgodę na wydłużenie terminu związania ofertą na określony czas.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż w analizowanym przypadku oferta wykonawcy YYY powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, a zaniechanie przez zamawiającego powyższej czynności, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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.

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.