

Sygn. akt KIO/KU 46/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 2 lipca 2019 r.

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

Toruńskie Wodociągi Spółka z o.o., ul. Rybaki 31/55, 87-100 Toruń

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak KU/57/19/DKZP

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

rozdział kanalizacji ogólnospławnej – budowa kolektora K-I w ul. Chrobrego w Toruniu

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Justyna Tomkowska

Agnieszka Trojanowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* uznaje za uzasadnione w odniesieniu do naruszeń wskazanych w pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej*, tj. w zakresie art. 85 ust. 4 oraz art. 46 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w pkt 3 tej *Informacji*, tj. w odniesieniu do art. 41 pkt 11 oraz art. 11 ust. 7 w związku z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś w zakresie pkt 1 *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej*, tj. w odniesieniu do art. art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje je za nieuzasadnione.

UZASADNIENIE

do uchwały z dnia 2 lipca 2019 r. sygn. akt KIO/KU 46/19

Zamawiający – Toruńskie Wodociągi Spółka z o.o., ul. Rybaki 31/55, 87-100 Toruń prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozdział kanalizacji ogólnospławnej – budowa kolektora K-I w ul. Chrobrego w Toruniu”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) przeprowadził kontrolę uprzednią ww. postępowania (znak KU/57/19/DKZP), stwierdzając w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 06.06.2019 r., iż Zamawiający naruszył:

- 1) art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zwrócenie wadium wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, po upływie odpowiednio ponad dwóch miesięcy oraz 17 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) art. 85 ust. 4 oraz art. 46 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez wezwanie konsorcjum konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. do „przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą” pod rygorem odrzucenia oferty, pomimo braku podstawy prawnej do dokonania takiego wezwania;
- 3) naruszenie art. 41 pkt 11 oraz art. 11 ust. 7 w związku z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez ustalenie datą dzienną w ogłoszeniu o zamówieniu terminu związania ofertą na 91 dni.

W uzasadnieniu ww. Informacji zostało wskazane, co następuje.

1. Zgodnie z 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

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 11.12.2018 r. Do upływu terminu składania ofert wpłynęły 2 oferty które złożyli nw. wykonawcy, tj.

1) IDS - BUD S.A.

2) konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o.

W dniu 26.02.2019 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę IDS — BUD S.A.

Następnie zamawiający w dniu 20.03.2019 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a w dniu 27.03.2019 r. zamawiający w związku z unieważnieniem i powtórzeniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wezwał konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. do przedłużenia terminu ważności wadium, ewentualnie o wniesienie nowego wadium, które zabezpieczyłoby ofertę do terminu związania ofertą przez konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o. SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o.

W dniu 28.03.2019 r. konsorcjum: MOLEWSKI sp. z o.o., SANIMET sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. przedłożyło wraz z pismem nowe wadium, które zgodnie z treścią wadium było ważne od dnia 27.03.2019 r. do dnia 09.05.2019

W dniu 09.04.2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu ponownej oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę IDS - BUD S.A.

Zamawiający dokonał zwrotu obu wadium konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. w dniu 26.04.2019 r.

Mając na uwadze powyższe Prezes UZP wskazał, 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 aft. 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, zdaniem Prezesa UZP, 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, jak zostało wskazane w uzasadnieniu niniejszego naruszenia, 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, zdaniem Prezesa UZP, iż dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dalszej części uzasadnienia przedmiotowego naruszenia zostało wskazane, że w związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjąć należy, iż brak zwrotu wadium w formie poręczenie zapłaty wadium nr 459/W2018 konsorcjum: MOLEWSKI sp. z o.o., SANIMET sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o., którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, po upływie 2 miesięcy od daty pierwotnego powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. od dnia 26.02.2019 r., stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp

Także zwrot wadium w formie poręczenia zapłaty wadium nr 135W/2019 konsorcjum MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o., którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, po upływie 17 dni od daty powiadomienia wykonawców o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. od dnia 09.04.2019 r., stanowi, zdaniem Prezesa UZP, naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp

Powyższe naruszenie, w ocenie Prezesa UZP, nie miało wpływu na wynik postępowania

2. Jak zostało dokonane w ramach ustaleń odnoszących się do drugiego z naruszeń Zamawiający w dniu 26.02.2019 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę IDS — BUD S.A. Następnie zamawiający pismem z dnia 01.03.2019 r. na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy PZP zwrócił się do wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia o udzielenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 09.05.2019 r. W piśmie skierowanym do wykonawcy IDS — BUD S.A., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający dodatkowo wezwał do jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium albo do wniesienia nowego wadium.

W dniu 06.03.2019 r. wykonawca IDS — BUD S.A. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, jednocześnie dołączając aneks do umowy gwarancji bankowej, na podstawie którego okres ważności wadium został przedłużony do dnia 10.05.2019 r.

W dniu 06.03.2019 r. konsorcjum: MOLEWSKI sp. z o.o., SANIMET sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, przy czym nie przedłużyło okresu ważności wadium do czego było uprawnione na podstawie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Okres ważności pierwotnego wadium złożonego przez konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. upłynął w dniu 11.03.2019 r.

W dniu 20.03.2019 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonaniu czynności zaniechanej oraz ponownej ocenie ofert w postpowaniu.

Pismem z dnia 27.03.2019 r. zamawiający wezwał konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o. SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. do „przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą”. Jednocześnie zamawiający wskazał, że „w przypadku niewniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą, oferta złożona przez Konsorcjum, którego Liderem jest Spółka Molewski Sp. z o.o. ulegnie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) p.z.p.

W dniu 28.03.2019 r. konsorcjum: MOLEWSKI sp. z o.o., SANIMET sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. przedłożyło nowe wadium, którego okres ważności został wskazany między dniem 27.03.2019 r., a dniem 09.05.2019 r.

Zamawiający w dniu 09.04.2019 r. poinformował, że po dokonaniu ponownej oceny ofert, jako ofertę najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę IDS — BUD S.A.

Zamawiający zwrócił wadium konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. w dniu 26.04.2019 r.

W ramach tego naruszenia Prezes UZP wskazał, że 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 Ofelią. 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”. Natomiast 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.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UZP podniósł, że zamawiający bezpodstawnie wezwał konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. do „przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą”.

Następnie w Informacji o wyniku kontroli wskazano, że okres ważności pierwotnego wadium wystawionego w dniu 06.12.2018 r. wygaś w dniu 11.03.2019 r., a więc konsorcjum MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. nie mogło skutecznie przedłużyć okresu zabezpieczenia oferty wadium w sposób nieprzerwany.

W dalszej kolejności Prezes UZP podniósł, 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. 45 ust. 3 ustawy Pzp. Jednak w przedmiotowym postępowaniu stan faktyczny nie odpowiada hipotezie zawartej w art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ oferta złożona przez konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. nie została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a zamawiający jedynie samodzielnie dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert. Tym samym zamawiający nie miał podstawy prawnej do wezwania konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o. SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. pod rygorem odrzucenia oferty do „przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą

Tym samym, w ocenie Prezesa UZP, zamawiający, wzywając konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o. SANIMET Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. 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 oraz art. 46 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy PZP

Jak wskazał w podsumowaniu Prezes UZP powyższe naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

3. W ramach ostatniego z naruszeń Prezes UZP podniósł, że Zamawiający w pkt IV.2.6) ogłoszenia o zamówieniu (po zmianie ogłoszenia przekazanej Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 20.11.2019 r. oraz opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2018/S 225 — 515663 z dnia 22.11.2019 r.) określił termin związania ofertą do dnia 11.03.2019 r. W pkt IX SIWZ zamawiający zapisał, że „Wykonawca będzie związany ofertą przez okres 90 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”. Jednocześnie Prezes UZP podniósł, iż zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 11.12.2018 r.

W uzasadnieniu ostatniego ze stwierdzonych naruszeń zostało wskazane, że zgodnie z dyspozycją art. 41 pkt 11 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 (tj. ogłoszenie zamieszczane przez zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej), zawiera co najmniej termin związania ofertą. Ponadto art. 11 ust. 7 ustawy PZP wskazuje, że zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015 str. 1), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8. Jak wskazała Prezes UZP ww. formularz „Ogłoszenie o zamówieniu” w sekcji IV.2.6 wymaga podania „minimalnego okresu, w którym oferent będzie związany ofertą” poprzez wskazanie daty dziennej („oferta musi zachować ważność do: (dd/mm/rrrr)) albo „okres w miesiącach: ... (od ustalonej daty składania ofert)”

W dalszej części uzasadnienia niniejszego naruszenia zostało wskazane, że art. 85 ustawy Pzp precyzuje zasady, jakimi winien kierować się zamawiający, określający termin związania ofertą. Art. 85 ust. 1 ustawy Pzp stwierdza, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w siwz, jednak nie dłużej niż: 1) 30 dni — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; 2) 90 dni - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro dla robót budowlanych, a dla dostaw i usług 10 000 000 euro; 3) 60 dni - jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2. Tym samym, zdaniem Prezesa UZP, zgodnie z przytoczonym przepisem zamawiający ma prawo do swobodnego określenia długości terminu związania ofertą, przy założeniu, że nie zostanie naruszona dyspozycja art. 85 ust. 1. Zważywszy na charakter przedmiotu zamówienia oraz jego wartość, zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania miał możliwość określenia terminu związania ofertą na termin nie dłuższy niż 90 dni. Jak wskazano w dalszej części Informacji o wyniku kontroli sposoby obliczania terminu związania ofertą określa art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi,

że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Użyte w treści przepisu słowo „wraz” należy rozumieć jako tożsamy ze stwierdzeniem „w tej samej chwili”. Tak więc, w ocenie Prezesa UZP, do obliczenia terminu, o którym mowa powyżej uwzględnia się dzień, w którym upływa termin składania ofert.

Zamawiający ustalił ostatecznie termin związania ofertą na 91 dni, a nie maksymalnie 90 jak precyzuje art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wyżej opisany sposób określania przez zamawiającego terminu związania ofertą w ogłoszeniu o zamówieniu stanowi, zdaniem Prezesa UZP, naruszenie art. 41 pkt 11 oraz art. 11 ust. 7 w związku z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Jak zostało wskazane w ramach ostatniego naruszenia nie miało ono wpływu na wynik postępowania.

W Informacji o wyniku kontroli została zawarta informacja, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) od wyniku kontroli doraźnej 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 13.06.2019 r., a więc w przewidzianym ustawą terminie, wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli.

We wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający podniósł, co następuje.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 46 ust. 1 ustawy p.z.p., poprzez zwrócenie wadium wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza po upływie odpowiednio: dwóch miesięcy oraz 17 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty;
2. art. 85 ust. 4 oraz art. 46 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy p.z.p., poprzez wezwanie konsorcjum: Molewski Sp. z o.o., Sanimet Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. (dalej jako: Konsorcjum) do "przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium, dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą" pod rygorem odrzucenia oferty, pomimo braku podstawy prawnej do dokonania takiego wezwania;
3. art. 41 pkt 11 oraz art. 11 ust. 7 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., poprzez ustalenie datą dzienną w ogłoszeniu o zamówieniu terminu związania ofertą na 91 dni.

1. zarzut dotyczący daty zwrotu wadium na rzecz wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów przekazanych w treści Informacji, Zamawiający stanowczo zaprzeczył, jakoby dopuścił się powstania zwłoki w zwrocie wadium wniesionych przez Konsorcjum.

Wskazał nadto, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający zobowiązany jest dokonać szeregu skomplikowanych czynności, mających na celu prawidłowe przeprowadzenie dalszego toku postępowania oraz niezakłócone zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Do katalogu tych czynności należy również dokonanie technicznej czynności, polegającej na zwrocie wadium wniesionych przez wykonawców, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze.

Celem ułatwienia Zamawiającemu dokonania tych czynności przy jednoczesnym zapewnieniu temu podmiotowi ochrony przed zarzutami wykonawców w tym zakresie, ustawodawca w treści art. 46 ust. 1 p.z.p. zdecydował się na zastosowanie niedookreślonego zwrotu „niezwłocznie” dla określenia terminu zwrotu wadium. Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w treści uzasadnienia Informacji, sformułowanie „niezwłocznie” nie jest pojęciem zdefiniowanym na gruncie polskich przepisów w taki sposób, aby możliwe było precyzyjne przypisanie jego znaczenia w oparciu o jednostki czasu.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy Zamawiający wskazał, że po pierwotnym dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, Konsorcjum wystosowało do Zamawiającego pismo informujące o rzekomo niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego i zaniechaniu czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, na podstawie art. 181 p.z.p. Pismo to (datowane na dzień 7 marca 2019 roku) spowodowało po stronie Zamawiającego konieczność dokonania dodatkowych czynności związanych z wyjaśnieniem okoliczności w nim opisanych. Ponadto wskazać należy, że pierwsze wadium wniesione przez Konsorcjum utraciło ważność dnia 11 marca 2019 roku, tj. 13 dni po dokonaniu pierwotnego wyboru oferty i 4 dni po otrzymaniu przez Zamawiającego w/w pisma.

Wobec powyższego Zamawiający podniósł, że pojęcie zwłoki można odnieść jedynie do 9 dni, kiedy to po pierwotnym wyborze oferty Zamawiający mógł zwrócić Konsorcjum wadium (po otrzymaniu bowiem pisma z dnia 7 marca 2019 roku takie działanie byłoby nie tylko nielogiczne, ale wręcz naruszające przepisy p.z.p.).

Nadto Zamawiający wskazał, że z chwilą upływu terminu ważności wadium, czynność polegająca na jego zwrocie w praktyce utraciła swoją doniosłość prawną. Nawet bowiem brak dokonania zwrotu takiego nieważnego dokumentu poręczenia zapłaty wadium nie miał żadnego wpływu na sytuację prawną Konsorcjum.

Reasumując, zdaniem Zamawiającego, zarzut naruszenia art. 46 ust. 1 p.z.p. poprzez zwrot wadium po upływie dwóch miesięcy nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym postępowania.

Odnosząc się do zwrotu kolejnego wadium Konsorcjum, Zamawiający wskazał, że dokonanie jego zwrotu w dniu 26 kwietnia 2019 roku nie stanowi naruszenia jakiegokolwiek obowiązku Zamawiającego. Po dokonaniu kolejnego wyboru najkorzystniejszej oferty, na Zamawiającym ciążył obowiązek dokonania szeregu istotnych dla przebiegu postępowania czynności, które należało potraktować w sposób priorytetowy, zaś zwrot wadium został dokonany w pierwszym możliwym terminie (a zatem bez zbędnej zwłoki).

2. zarzut dotyczący wezwania przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium, dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą.

Odnosząc się do drugiego ze wskazanych w Informacji zarzutów, Zamawiający podkreślił, że czynność polegająca na unieważnieniu pierwotnie dokonanego wyboru oferty została spowodowana pismem Konsorcjum z dnia 7 marca 2019 roku. W treści tego pisma przekazane zostały informacje, które w przypadku ich potwierdzenia mogłyby stanowić podstawę do odrzucenia wybranej oferty i w konsekwencji wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Nadto Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu tylko dwóch wykonawców złożyło oferty. Kierując się więc najdalej posuniętą ostrożnością oraz dążeniem do zgodnego z prawem i transparentnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający zdecydował o unieważnieniu czynności polegającej na dokonaniu wyboru oferty jako najkorzystniejszej, na podstawie art. 7 ust. 1 i art. 181 ust. 1 i 2 p.z.p.

Powyższa czynność spowodowała „powrót” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na etap oceny i badania złożonych ofert.

W takim stanie rzeczy istotnymi są dwie okoliczności, które Zamawiający musiał wziąć pod uwagę podejmując kolejne działania w postępowaniu:

1. tylko dwóch Wykonawców złożyło oferty w postępowaniu
2. wadium wniesione przez Konsorcjum utraciło ważność w dniu 11 marca 2019 roku.

Jak zostało wskazane w dalszej części wniesionych zastrzeżeń Zamawiający był przy tym świadomy, że w momencie dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, oferty wszystkich Wykonawców powinny być zabezpieczone stosownym wadium. Zgodnie bowiem z ugruntowanym poglądem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, na gruncie zamówień publicznych, *nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam*

gdzie jest to przewidziane), a niektórzy z wykonawców nie byłoby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to, bowiem przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, a w konsekwencji naruszałoby podstawą zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p. (vide: wyrok KIO z dnia 23 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2097/17).

Następnie Zamawiający podniósł, że mając na uwadze powyższe zapatrywanie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również w oparciu o wykładnię przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b) p.z.p. w świetle zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający zdecydował, że najlepszym rozwiązaniem będzie poinformowanie Konsorcjum o treści wskazanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b) p.z.p. oraz wezwanie do uzupełnienia wadium.

W ocenie Zamawiającego należy przy tym mieć na względzie, że w momencie kierowania wezwania do uzupełnienia wadium Zamawiający nie miał pewności co do tego, czy okoliczności wskazane przez Konsorcjum w piśmie z dnia 7 marca 2019 roku potwierdzą się, a w konsekwencji — czy oferta wniesiona przez Spółkę IDS-BUD S.A. będzie podlegać odrzuceniu. Działanie Zamawiającego, polegające na wezwaniu Konsorcjum do przedłożenia wadium była więc wyrazem najwyższej staranności o zgodne z prawem przeprowadzenie postępowania, z uwzględnieniem zasady równego traktowania Wykonawców.

Zdaniem Zamawiającego każde inne rozwiązanie prowadziło do pokrzywdzenia Konsorcjum z uwagi na konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu braku wadium. Jeszcze dalej idącym skutkiem braku wniosku Zamawiającego o przedłużenie okresu ważności wadium byłaby konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający musiał bowiem wziąć pod uwagę taką możliwość, że w wyniku postępowania wyjaśniającego oferta IDS-BUD S.A. zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ, a wówczas oferta Konsorcjum byłaby jedyną ofertą w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż działania Zamawiającego ukierunkowane były na przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadami i przepisami prawa.

3. zarzut dotyczący ustalenia datą dzienną w ogłoszeniu o zamówieniu terminu związania ofertą na 91 dni).

Odnosząc się do tego zarzutu Zamawiający wskazał, że w istocie ustawa p.z.p. określa autonomiczny, odmienny od zasad określonych w art. 111 § 2 k.c. sposób obliczania terminów związania ofertą. Wskazać przy tym należy, że pierwotnie Zamawiający dokonał wyboru oferty już w dniu 26 lutego 2019 roku, tj. na kilka dni przed upływem terminu związania ofertą.

Ponadto, z uwagi na konieczność dokonania dodatkowych czynności Zamawiający już w dniu 1 marca 2019 roku zwrócił się na podstawie art. 85 ust. 2 p.z.p. do wszystkich wykonawców składających oferty w postępowaniu (tj. zarówno do Konsorcjum jak i do Spółki IDS-BUD S.A.) o przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 9 maja 2019 roku, tj. o 60 dni licząc od dnia 10, a nie 11 marca 2019 roku. Na powyższe wezwanie, terminy związania obiema ofertami zostały przez Wykonawców przedłużone. W związku z powyższym, jak zostało wskazane we wniesionych zastrzeżeniach, pierwotne niedopatrzenie Zamawiającego uznać należy za konwalidowane, zaś skutek omyłki w obliczeniu pierwotnego terminu związania ofertą nawet potencjalnie nie wpływał na przebieg postępowania.

Podsumowanie

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wniósł o uwzględnienie zastrzeżeń w całości jako zasadnych.

Odpowiedź na zastrzeżenia

W odpowiedzi na pismo z dnia 11.06.2019 r. (wpływ do Urzędu w dniu 13.06.2019 r.), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 06.06.2019, przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie udzielenia przez Zamawiającego Toruńskie Wodociągi Spółka z o.o., Prezes UZP poinformował, że nie uwzględnia zastrzeżeń w nich zawartych.

Odnosząc się do ww. zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, Prezes UZP wskazał, co następuje.

W odpowiedzi na pismo z dnia 11.06.2019 r. (znak pisma:TFSIII.38.z-6/W.2017) zawierające zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozdział kanalizacji ogólnospławnej — budowa kolektora K-I w ul. Chrobrego w Toruniu”, Prezes UZP wskazał, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 46 ust. 1, art. 85 ust. 4 oraz art. 46 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b, a także naruszeń art. 41 pkt 1 1 oraz art. 1 1 ust. 7 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 06.06.2019 r., przekazanej pismem

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę uprzednią ww. postępowania, w wyniku której stwierdzono naruszenia

1) art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zwrot wadium wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, po upływie odpowiednio ponad dwóch miesięcy oraz 17 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty,

2) art. 85 ust. 4 oraz art. 46 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez wezwanie Konsorcjum: MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót

Inżynierskich INKOP Sp. z o.o., dalej jako: „Konsorcjum”, do „*przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą*” pod rygorem odrzucenia oferty pomimo braku podstawy prawnej do dokonania takiego wezwania

3) art. 41 pkt 1 1 oraz art. 1 1 ust. 7 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez ustalenie datą dzienną w ogłoszeniu o zamówieniu terminu związania ofertą na 91 dni.

Zamawiający, działając na podstawie art. 171a ustawy Pzp, wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej wskazując, iż: *Odnosząc się do pierwszego z zarzutów przekazanych w treści Informacji, Zamawiający stanowczo zaprzecza, jakoby dopuścił się powstania zwłoki w zwrocie wadium wniesionych przez Konsorcjum. Należy wskazać, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający zobowiązany jest dokonać szeregu skomplikowanych czynności, mających na celu prawidłowe przeprowadzenie dalszego toku postępowania oraz niezakłócone zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Do katalogu tych czynności należy również dokonanie technicznej czynności, polegającej na zwrocie wadium wniesionych przez wykonawców, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze.*

Celem ułatwienia Zamawiającemu dokonania tych czynności przy jednoczesnym zapewnieniu temu podmiotowi ochrony przed zarzutami wykonawców w tym zakresie, ustawodawca w treści art. 46 ust. 1 p.z.p. zdecydował się na zastosowanie niedookreślonego zwrotu „niezwłocznie” dla określenia terminu zwrotu wadium. Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w treści uzasadnienia Informacji, sformułowanie „niezwłocznie” nie jest pojęciem zdefiniowanym na gruncie polskich przepisów w taki sposób, aby możliwe było precyzyjne przypisanie jego znaczenia w oparciu o jednostki czasu.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że po pierwotnym dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, Konsorcjum wystosowało do Zamawiającego pismo informujące o rzekomo niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego i zaniechaniu czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, na podstawie art. 181 p.z.p. Pismo to (datowane na dzień 7 marca 2019 roku) spowodowało po stronie Zamawiającego konieczność dokonania dodatkowych czynności związanych z wyjaśnieniem okoliczności w nim opisanych.

Ponadto wskazać należy, że pierwsze wadium wniesione przez Konsorcjum utraciło ważność dnia 11 marca 2019 roku, tj. 13 dni po dokonaniu pierwotnego wyboru oferty i 4 dni po otrzymaniu przez Zamawiającego w/w pisma.

Wobec powyższego uznać należy, że pojęcie zwłoki można odnieść jedynie do 9 dni, kiedy to po pierwotnym wyborze oferty Zamawiający mógł zwrócić Konsorcjum wadium (po otrzymaniu bowiem pisma z dnia 7 marca 2019 roku takie działanie byłoby nie tylko nielogiczne, ale wręcz naruszające przepisy p.z.p.).

Nadto Zamawiający wskazuje, że z chwilą upływu terminu ważności wadium, czynność polegająca na jego zwrocie w praktyce utraciła swoją doniosłość prawną. Nawet bowiem brak dokonania zwrotu takiego nieważnego dokumentu poręczenia zapłaty wadium nie miał żadnego wpływu na sytuację prawną Konsorcjum.

Reasumując, zarzut naruszenia art. 46 ust. 1 p.z.p. poprzez zwrot wadium po upływie dwóch miesięcy nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym postępowania.

Odnosząc się do zwrotu kolejnego wadium Konsorcjum, Zamawiający wskazuje, że dokonanie jego zwrotu w dniu 26 kwietnia 2019 roku nie stanowi naruszenia jakiegokolwiek obowiązku Zamawiającego. Po dokonaniu kolejnego wyboru najkorzystniejszej oferty, na Zamawiającym ciążył obowiązek dokonania szeregu istotnych dla przebiegu postępowania czynności, które należało potraktować w sposób priorytetowy, zaś zwrot wadium został dokonany w pierwszym możliwym terminie (a zatem bez zbędnej zwłoki)”

Natomiast w stosunku do zarzutu naruszenia art. 85 ust. 4 oraz art. 46 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż „... czynność polegająca na unieważnieniu pierwotnie dokonanego wyboru oferty została spowodowana pismem Konsorcjum z dnia 7 marca 2019 roku, W treści tego pisma przekazane zostały informacje które w przypadku ich potwierdzenia mogłyby stanowić podstawę do odrzucenia wybranej oferty i w konsekwencji wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Nadto Zamawiający wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu tylko dwóch wykonawców złożyło oferty. Kierując się więc najdalej posuniętą ostrożnością oraz dążeniem do zgodnego z prawem i transparentnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający zdecydował o unieważnieniu czynności polegającej na dokonaniu wyboru oferty jako najkorzystniejszej, na podstawie art. 7 ust. 1 i art. 181 ust. 1 i 2 p.z.p.

Powyższa czynność spowodowała „powrót” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na etap oceny i badania złożonych ofert.

W takim stanie rzeczy istotnymi są dwie okoliczności, które Zamawiający musiał wziąć pod uwagę podejmując kolejne działania w postępowaniu:

- 1. tylko dwóch Wykonawców złożyło oferty w postępowaniu,*
- 2. wadium wniesione przez Konsorcjum utraciło ważność w dniu 11 marca 2019 roku.*

Zamawiający był przy tym świadomy, że w momencie dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, oferty wszystkich Wykonawców powinny być zabezpieczone stosownym wadium. Zgodnie bowiem z ugruntowanym poglądem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, na gruncie zamówień publicznych, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam gdzie jest to przewidziane), a niektórzy z wykonawców nie byłiby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium.

Oznaczałoby to, bowiem przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, a w konsekwencji naruszałoby podstawą zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p. (vide: wyrok KIO z dnia 23 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2097/17).

Mając na uwadze powyższe zapatrywanie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również w oparciu o wykładnię przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b) p.z.p. w świetle zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający zdecydował, że najlepszym rozwiązaniem będzie poinformowanie Konsorcjum o treści wskazanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b) p.z.p. oraz wezwanie do uzupełnienia wadium.

Należy przy tym mieć na względzie, że w momencie kierowania wezwania do uzupełnienia wadium Zamawiający nie miał pewności co do tego, czy okoliczności wskazane przez Konsorcjum w piśmie z dnia 7 marca 2019 roku potwierdzą się, a w konsekwencji — czy oferta wniesiona przez Spółkę IDS-BUD S.A. będzie podlegać odrzuceniu. Działanie Zamawiającego, polegające na wezwaniu Konsorcjum do przedłożenia wadium była więc wyrazem najwyższej staranności o zgodne z prawem przeprowadzenie postępowania, z uwzględnieniem zasady równego traktowania Wykonawców

Każde inne rozwiązanie prowadziłooby do pokrzywdzenia Konsorcjum z uwagi na konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu braku wadium.

Jeszcze dalej idącym skutkiem braku wniosku Zamawiającego o przedłużenie okresu ważności wadium byłaby konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający musiał bowiem wziąć pod uwagę taką możliwość, że w wyniku postępowania wyjaśniającego oferta IDS-BUD S.A. zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ a wówczas oferta Konsorcjum byłaby jedyną ofertą w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż działania Zamawiającego ukierunkowane były na przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadami i przepisami prawa”.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 41 pkt 11 oraz art. 11 ust. 7 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP wskazał, że „... w istocie ustawa p.z.p. określa autonomiczny, odmienny od zasad określonych w art. 111 § 2 k.c. sposób obliczania terminów związania ofertą. Wskazać przy tym należy, że pierwotnie Zamawiający dokonał wyboru oferty

już w dniu 26 lutego 2019 roku, tj. na kilka dni przed upływem terminu związania ofertą. Ponadto, z uwagi na konieczność dokonania dodatkowych czynności - Zamawiający już: w dniu 1 marca 2019 roku zwrócił się na podstawie art. 85 ust. 2 p.z.p. do wszystkich wykonawców składających oferty w postępowaniu (tj. zarówno do Konsorcjum jak i do Spółki IDS-BUD S.A.) o przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 9 maja 2019 roku, tj. o 60 dni licząc od dnia 10, a nie 11 marca 2019 roku. Na powyższe wezwanie, terminy związania obiema ofertami zostały przez Wykonawców przedłużone. W związku z powyższym pierwotne niedopatrzenie Zamawiającego uznać należy za konwalidowane, zaś skutek omyłki w obliczeniu pierwotnego terminu związania ofertą nawet potencjalnie nie wpływa na przebieg postępowania”.

W tak zakreślonym stanie faktycznym, przy uwzględnieniu stanowiska Zamawiającego, Prezes UZP, odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, wskazał, że:

I. Odnosząc się do zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego dotyczących naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes UZP wskazał, że Zamawiający nie podważa ustaleń faktycznych zawartych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, a jedynie podkreśla, że Zamawiający po wyborze oferty najkorzystniejszej jest zobowiązany dokonać szeregu skomplikowanych czynności, mających na celu prawidłowe przeprowadzenie dalszego toku postępowania oraz niezakłócone zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, w tym zwrócić wadium wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający wskazuje jednak, że odmiennie interpretuje normę zawartą w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp

W tym miejscu Prezes UZP odniósł się do treści art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika, że Zamawiający niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej bądź po unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest zwrócić wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a

Jednocześnie Prezes UZP podkreślił, że brzmienie i cel ww. przepisu są jednoznaczne i nie pozostawiają wiele miejsca na interpretację. Zgodnie z zasadą „*Clara non sunt interpretanda*” proces interpretacji prawa należy przeprowadzać tylko wtedy, gdy w tekście prawnym występują niejasności, które należy usunąć. Ponadto zgodnie z zasadami wykładni prawa interpretacja językowa uzyskuje pierwszeństwo nad pozostałymi rodzajami interpretacji. Prowadzi to do wniosku, że treść tekstu prawnego powinno się odczytywać w pierwszej kolejności w sposób ścisły i w miarę możliwości dosłowny (odczytując literalne brzmienie przepisu). Nie można zatem nadawać sformułowaniu użytym w przepisie nowego znaczenia wykraczającego poza zakres wyznaczony powszechnym rozumieniem użytych w przepisie słów. Dopiero w przypadku trudności interpretacyjnych zasadne jest sięgnięcie po techniki interpretacyjne

Omawiany przypadek nie wymaga, zdaniem Prezesa UZP, podjęcia tego typu działań — treść przepisu jest jasna i precyzyjna. Oznacza to, że art. 46 ust. 1 ustawy PZP ma jednoznacznie określony zakres zastosowania — bez wątpienia ustawa nie ogranicza obowiązku zwrotu wadium jedynie do określonej kategorii sytuacji, ani nie uzależnia wystąpienia obowiązku zwrotu od innych okoliczności (np. związanych z wnioskiem wykonawcy o zwrot ponownie wniesionego wadium). Na gruncie ustawy Pzp zwrot wadium ma być zatem, co do zasady bezwarunkowy (z zastrzeżeniem ust. 4a), co oznacza, że jako oderwany od dodatkowych zastrzeżeń i przesłanek, powinien być przeprowadzony przez Zamawiającego w sposób sprawny, efektywny, wręcz automatyczny (powinien obejmować dokonanie czynności technicznych ze zwrotnym wykonaniem przelewu albo z wysłaniem wykonawcy dokumentu). Jak wskazał sam Zamawiający, czynność zwrotu wadium jest czynnością techniczną. Zwrot wadium nie wymaga od Zamawiającego poświęcenia dużej ilości czasu i angażowania wielu pracowników. Czynność zwrotu wadium nie przebiega w sposób, który mógłby zakłócić dalszy przebieg postępowania. Ratio legis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do zamiaru wyeliminowania nieuzasadnionego obciążania finansowego wykonawców w postaci przetrzymywania (ponad realną potrzebę) wadium wykonawców, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze

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. Dokonanie tej czynności powinno zaś 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 aft. 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 aft. 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.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający poinformował wykonawców o pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 26.02.2019 r. Jak twierdzi Zamawiający w dniu 07.03.2019 r. otrzymał pismo od Konsorcjum z którego wynikało, iż Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza. Prezes Urzędu wskazuje, że z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego nie wynika, jakoby przedmiotowe pismo została dostarczone Zamawiającemu w dniu 07.03.2019 r., lecz w dniu 1 1.03.2019 r. Oferta złożona przez Konsorcjum była zabezpieczona poręczeniem, o którym mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy PZP ważnym do dnia 1 1.03.2019 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20.03.2019 r, natomiast pismem z dnia 27.03.2019 r. wezwał Konsorcjum do przedłużenia terminu ważności wadium lub przedłużenia nowego wadium na okres związania ofertą, jednocześnie przywołując treść art. 97 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, co mogło wskazywać, że niewniesienie nowego wadium będzie skutkowało odrzuceniem oferty Konsorcjum. Jednak samo unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest przesłanką do wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu ważności wadium lub przedłożenia nowego wadium na okres związania ofertą. Ustawa Pzp przewiduje, że Zamawiający może żądać od wykonawcy ponownego wniesienia wadium tylko w przypadku, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza (przywołana kwestia zostanie dokładnie opisana w następnych akapitach niniejszego pisma). Konsorcjum ponownie wniosło wadium w dniu 28.03.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 09.04.2019 r., natomiast oba wadia zwrócił Konsorcjum w dniu 26.04.2019 r.

Na obowiązek zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza nie ma wpływu fakt, że Zamawiający otrzymał pismo od jednego z wykonawców, z którego wynika, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza podlega odrzuceniu lub wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza podlega wykluczeniu z postępowania. Ustawa Pzp nie przewiduje, aby takie zdarzenie miało konsekwencje w postaci wstrzymania terminu związania ofertą a także nie uprawnia ani nie zobowiązuje Zamawiającego do powstrzymania się od dokonania zwrotu wadium. Także czynność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie wywołuje takich skutków. Tak więc okoliczność, że Zamawiający w konsekwencji otrzymania pisma w dniu 20.03.2019 r. unieważnił czynność oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej nie miała wpływu na obowiązek Zamawiającego polegający na niezwłocznym zwrocie wadium.

Odnosząc się do argumentu jakoby dokonanie zwrotu wadium w zaistniałych okolicznościach było nielogiczne Prezes UZP zauważył, że termin ważności wadium

zabezpieczającego ofertę, która nie została wybrana jako najkorzystniejsza, wygał w dniu 11.03.2019 r., a tym samym Konsorcjum i tak nie mogło zachować ciągłości zabezpieczenia oferty wadium przez cały okres związania ofertą. Oznacza to, że wstrzymanie zwrotu wadium Konsorcjum nie było wcale logicznym rozwiązaniem ponieważ, okres ważności wadium wygał przed dokonaniem czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc Zamawiający nie może argumentować, że zaniechanie zwrotu wadium było spowodowane jego troską o zabezpieczenie oferty złożonej przez Konsorcjum na okres związania ofertą oraz troską o zachowanie ciągłości wadium. Na marginesie należy dodać, że Konsorcjum nie było zobowiązane do zabezpieczenia oferty poprzez wadium, już po wyborze innej oferty jako najkorzystniejszej. To zagadnienie będzie dokładniej argumentowane w dalszej części niniejszego pisma.

Fakt, iż wadium złożone w formie poręczenia, o którym mowa w art. 46 ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp, straciło ważność przed upływem 14 dni od dnia wyboru ofert najkorzystniejszej nie ma wpływu na obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium Konsorcjum, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Także treść przedmiotowego poręczenia w S 3 pkt 4 wskazuje, że po wygaśnięciu poręczenia dokument powinien być zwrócony poręczycielowi.

Odnosnie wadium wniesionego przez Konsorcjum w wyniku otrzymania pisma Zamawiającego z dnia 27.03.2019 r. Prezes UZP wskazał, że Zamawiający i tym razem naruszył obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium Konsorcjum, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ dokonał zwrotu przedmiotowego wadium w terminie 17 dni od daty powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentację Zamawiającego, jakoby zwłoka w zwrocie wadium, była spowodowana koniecznością dokonania szeregu innych skomplikowanych czynności, w świetle argumentacji przedstawionej w niniejszym piśmie Prezes UZP uznał za chybioną. Sam Zamawiający potwierdza że czynność zwrotu wadium jest czynnością techniczną, a więc czynnością, która nie angażuje Zamawiającego w stopniu uniemożliwiającym lub utrudniającym dalsze procedowanie

Tym samym należy uznać, że treść art. 46 ust. 1 ustawy PZP znajdowała zastosowanie w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, a Zamawiający zobowiązany był zwrócić wykonawcy wadium w każdym przypadku, o ile jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Zwrot wadium powinien nastąpić faktycznie, co w przypadku wadium wniesionego w formie innej niż w pieniądzu oznacza konieczność zwrotnego przekazania wykonawcy przez Zamawiającego oryginału dokumentu wadialnego. Zamawiający powinien zatem dokonać zwrotu poręczenia, o którym mowa w art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy PZP poprzez zwrotne wydanie wykonawcy oryginału dokumentu wadialnego złożonego przez niego w postępowaniu.

Reasumując Prezes UZP podniósł, że twierdzenie Zamawiającego, iż prawidłowo zastosował normę zawartą w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp nie odnajduje potwierdzenia w faktach. Powyższe oznacza, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy dyspozycja art. 46 ust. 1 ustawy PZP nakazywała Zamawiającemu „niezwłocznie” zwrócić wadium wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza bez względu na charakter wadium, okoliczności jego wniesienia, inne czynności dokonywane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, także bez względu na fakt, iż jedno z wadiów utraciło już ważność.

Zaniechanie Zamawiającego w powyższym zakresie i zwrot wadium Konsorcjum MOLEWSKI Sp. z o.o., SANIMET Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich INKOP Sp. z o.o., po upływie odpowiednio dwóch miesięcy od daty powiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz po upływie 17 dni od dnia poinformowania wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej stanowi, zdaniem Prezesa UZP, naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy PZP co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym uchwała z dnia 12.06.2019 r. sygn. akt: KIO/KU 42/19.

II. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zawartej w zastrzeżeniach do Informacji o wyniku kontroli dotyczącej naruszenia art. 85 ust. 4 oraz art. 46 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, Prezes UZP ponownie wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał dokonania czynności zwrotu wadium, Konsorcjum, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, przy czym zamawiający pismem z dnia 01.03.2019 r. wezwał Konsorcjum do przedłużenia terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Konsorcjum pismem z dnia 04.03.2019 r. wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, jednocześnie powołując się na art. 85 ust. 4 ustawy Pzp nie zabezpieczyło oferty poprzez przedłużenie okresu ważności wadium lub poprzez wniesienie nowego wadium (wadium wniesione przez Konsorcjum było ważne do dnia 11.03.2019 r.).

Dlatego, jak wskazuje Zamawiający, w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej postanowił wezwać Konsorcjum do przedłużenia terminu związania ofertą lub do wniesienia nowego wadium. Jednocześnie zamawiający powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy PZP wskazał, że *„w przypadku niewniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą, oferta złożona przez Konsorcjum, którego Liderem jest Spółka Molewski Sp. z o.o. ulegnie odrzuceniu”*.

Odnosząc się do powyższego Prezes UZP zauważył, że naruszenia których dokonał Zamawiający są ze sobą powiązane a Zamawiający dokonał błędnej analizy sytuacji oraz błędnie zinterpretował regulacje zawarte w ustawie Pzp. Jak wskazano w naruszeniu nr 1 Zamawiający po wyborze oferty najkorzystniejszej winien niezwłocznie zwrócić wadium

Konsorcjum. W takiej sytuacji w przypadku, gdyby Konsorcjum wniosło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (np. wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w wyniku powtórzenia etapu badania i oceny ofert) i jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jak najkorzystniejsza Zamawiający powinien żądać od Konsorcjum ponownego wniesienia wadium.

Jednak w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Prezesa UZP, nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Zamawiający jedynie unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustawa Pzp nie wiąże z unieważnieniem czynności wyboru ofert najkorzystniejszej, obowiązku lub uprawnienia Zamawiającego do żądania od wykonawców powtórnego wniesienia wadium. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 kwietnia 2013 r. (sygn. akt.: KIO 687/13) - *„Na marginesie należy dodać, że sytuacja przewidziana w art. 46 ust. 3 ZamPublU zawiera jedyny dopuszczony prawem przypadek, gdy zamawiający może żądać ponownego wniesienia wadium od wykonawcy, któremu na mocy przepisów ustawy (a więc zgodnie z prawem) zostało ono zwrócone”*.

Fakt, że Zamawiający w piśmie skierowanym do Konsorcjum, formułując wniosek o „przedłużenie okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą” nie podaje podstawy prawnej na mocy, której dokonuje tej czynności świadczy albo o tym, że Zamawiający był świadomy, iż jego działanie jest pozbawione podstawy prawnej albo wiedząc, że nieprawidłowo stosuje art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, postanowił pominąć jego przywołanie

Co prawda, Zamawiający w opisywanym wezwaniu przywołuje art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp, jako przesłankę ewentualnego odrzucenia oferty. Jednak jak wskazuje sam Zamawiający w zastrzeżeniach do Informacji o wyniku kontroli, w świetle zasad prowadzenia postępowań postanowił, że *„najlepszym rozwiązaniem będzie poinformowanie Konsorcjum o treści wskazanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b) p.z.p. oraz wezwanie do uzupełnienia wadium”*. Z argumentacji Zamawiającego wynika zatem, zdaniem Prezesa UZP, iż przywołanie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp ma charakter informacyjny, co potwierdza, że w opisywanym stanie faktycznym Zamawiający nie miałby możliwości odrzucenia oferty z uwagi na brak wniesienia wadium.

Pomimo, że Zamawiający zaniechał obowiązku niezwłocznego zwrócenia Konsorcjum wadium, w związku z faktem, że wadium straciło ważność przed dniem skierowania do Konsorcjum pisma z dnia 27.03.2019 r., należy uznać, że ww. pismo jest *de facto* pismem zawierającym żądanie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp.

Prezes UZP odnosząc się do obowiązku zabezpieczenia oferty wadium w terminie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.10.2017 r. (sygn. akt KIO 2097/17), należy wskazać, że przytoczony fragment wyroku odnosi się do

innego stanu faktycznego i nie może mieć zastosowania w przedmiotowym postępowaniu. Jak bowiem wynika z art. 45 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany do niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Oznacza to, że już po dokonaniu tej czynności, oferty inne niż wybrana jako najkorzystniejsza nie muszą być zabezpieczone wadium. Powyższe nie wyklucza możliwości ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w przypadku gdy w wyniku uzyskania informacji od któregośkolwiek z wykonawców albo w wyniku autorefleksji Zamawiający zauważy, iż pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Skoro zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, jedyną przesłanką wezwania wykonawcy do ponownego wniesienia wadium jest wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w wyniku odwołania, to a contrario Zamawiający nie może wezwać wykonawcy do ponownego wniesienia wadium w przypadku samego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ani w żadnym innym przypadku. Zakładając, że Zamawiający w wyniku powtórzenia oceny ofert wybrałby jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez innego wykonawcę niż miało to miejsce przy pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej, oznaczałoby to, że Zamawiający wybrałby ofertę niezwiązaną wadium.

Jak wskazał Prezes UZP jeżeli uznać za właściwą interpretację, że na tym etapie postępowania oferta, która nie została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza (co spowoduje obowiązek zwrotu wadium) powinna zostać odrzucona, ponieważ nie jest zabezpieczona wadium, to Zamawiający musiałby odrzucić wszystkie oferty inne niż oferta, która została wybrana jako najkorzystniejsza podczas pierwszej oceny ofert (zakładając, że oferta dalej jest zabezpieczona wadium), a w przypadku gdyby w wyniku ponownego badania i oceny ofert odrzucił ofertę wybraną jako najkorzystniejszą podczas pierwszej oceny oferty, oznaczałoby to, że w postępowaniu nie pozostałaby żadna ważna oferta

Także z treści art. 85 ust. 4 ustawy PZP wynika, że na wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza nie ciąży obowiązek zabezpieczenia oferty wadium na przedłużony termin związania ofertą. Co z w połączeniu z faktem, że ciągłość zabezpieczenia oferty wadium i tak została przerwana oraz treść art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, jednoznacznie wskazuje, że oferta, która nie została wybrana jako najkorzystniejsza podczas pierwszego wyboru nie musi być zabezpieczona wadium na kolejnych etapach postępowania, za wyjątkiem sytuacji przewidzianej w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zauważyć, że celem ustawy PZP jest uregulowanie procedury udzielania zamówień publicznych z zachowaniem zasad uczciwej konkurencyjności i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Natomiast celem Zamawiającego, który rozpoczyna procedurę udzielenia zamówienia publicznego jest aby zgodnie z zasadami ustawy PZP udzielić zamówienia publicznego, czyli

wybrać ofertę najkorzystniejszą, a następnie podpisać umowę oraz zrealizować jej postanowienia

Skoro Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia czynności w postępowaniu, w tym do unieważnienia czynności badania i oceny ofert, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a celem unieważnienia poszczególnych czynności jest obawa lub świadomość Zamawiającego, że są one obarczone wadami, które mogą skutkować nieprawidłowym wyborem oferty najkorzystniejszym lub unieważnieniem postępowania, a celem Zamawiającego jest „uzdrowienie” tych czynności w celu prawidłowego przeprowadzenia procesu wyboru oferty najkorzystniejszej, by następnie móc podpisać umowę o udzielenie zamówienia publicznego, przyjęcie założenia, iż Zamawiający powinien odrzucić ofertę niezwiązaną wadium na etapie powtórzenia czynności badania i oceny stoi w sprzeczności z celem ustawy Pzp. Przyjmując założenie racjonalnego ustawodawcy, należy uznać, że nie skonstruowałby on tak przepisów ustawy, aby w wyniku unieważnienia czynności wyboru oferty oraz po jej powtórzeniu, możliwe było wybranie tylko tej samej oferty, co byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, lub unieważnienie postępowania a tym samym niemożność udzielenia zamówienia publicznego, które jest celem procedury uregulowanej w ustawie Pzp. Oznacza to, że Zamawiający może dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej wybrać ofertę niezabezpieczoną wadium, gdyż nie podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp

Co więcej, przyjęcie takiej interpretacji może powodować zachowania dyskryminujące i wyłączające konkurencję. W takim bowiem przypadku wykonawcy, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza podczas pierwotnego wyboru ofert, stoją w sytuacji znacznie gorszej niż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem tylko jego oferta byłaby zabezpieczona wadium oraz tylko ta oferta miałaby zachowaną ciągłość zabezpieczenia poprzez wadium. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację w której nieuczciwi Zamawiający wykorzystywali by taką interpretację w celu wyboru oferty, która w rzeczywistości nie byłaby ofertą najkorzystniejszą, licząc, że inni wykonawcy nie zauważą naruszenia ustawy Pzp w terminie przewidzianym na wniesienia odwołania po czym Zamawiający mógłby zalegalizować swoją czynność poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty i ponownym wyborze tej samej oferty jako, że byłaby ona jedyną ofertą zabezpieczoną wadium

Oznacza to, zdaniem Prezesa UZP, że Zamawiający poprzez skierowanie do Konsorcjum pisma z dnia 27.03.2019 r., które de facto stanowi wezwanie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy PZP naruszył art. 85 ust. 4 oraz art. 46 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b.

III. Prezes Urzędu odnosząc się do zastrzeżeń do Informacji o wyniku kontroli w zakresie naruszenia art. 41 pkt 11 oraz art. 11 ust. 7 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP wskazał, iż fakt, że Zamawiający dokonał wyboru oferty przed wyznaczonym terminem związania ofertą nie zmienia faktu, że Zamawiający wyznaczając termin związania ofertą, wyznaczył go w sposób niezgodny z ustawą Pzp. Także fakt, iż Zamawiający wzywając wykonawców na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp do przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 59 dni, w efekcie czego łączny termin związania ofertą wynosił 150 dni, nie zmienia faktu iż, Zamawiający wyznaczając termin związania ofertą, wyznaczył go w sposób niezgodny z ustawą Pzp. Wyznaczenie terminu związania ofertą w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób niezgodny z ustawą może być naprawione tylko poprzez zmianę treści ogłoszenia, która jest możliwa tylko przed upływem terminu składania ofert. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający powyższej czynności zaniechał. Tym samym określony w ogłoszeniu 91 -dniowy termin związania ustalony został w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (nie dłużej niż 90 dni).

Dlatego też wyżej opisany sposób określania przez Zamawiającego terminu związania ofertą w ogłoszeniu o zamówieniu stanowi, w ocenie Prezesa UZP, naruszenie art. 41 pkt 11 oraz art. 11 ust. 7 w związku z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Tym samym, Prezes UZP podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 06.06.2019 r. W odpowiedzi na zastrzeżenia została również zawarta informacji, że zgodnie z treścią art. 171a 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, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej* Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli w pełni uwzględniła stan faktyczny sprawy, który co do zasady nie był sporny pomiędzy

Prezesem UZP a Zamawiający. Spór dotyczył zaś interpretacji przepisów wskazanych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

1. Odnosząc się do stwierdzonego naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP i zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia argumenty uznając je za własne.

W szczególności Izba uznała, że stan faktyczny, na który wskazywał Zamawiający, zwłaszcza przywołany przez niego skomplikowany przebieg postępowania nie uprawniały Zamawiającego do odstąpienia od niezwłocznej realizacji obowiązku ujętego w treści art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązek ten bowiem ma chronić wykonawców przed nieuzasadnionym ponoszeniem kosztów utrzymania wadium, niezależnie od jego formy. Choć rzeczywiście, przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia „niezwłocznie”, ocena tej okoliczności winna nastąpić z uwzględnieniem czasookresu wystarczającego do wykonania nakazanej w przepisie czynności. Jak wskazywał sam Zamawiający w postępowaniu złożono jedynie dwie oferty, zaś niezależnie od formy, realizacja zwrotu wadium jest czynnością nie wymagającą specjalnego nakładu sił i środków. Oznacza to, że niezależnie od przebiegu trwania postępowania, dokonanych przez Zamawiającego innych czynności, zwrot wadium powinien nastąpić, w ocenie Izby, najpóźniej w ciągu kilku dni roboczych po ustaniu okoliczności uzasadniających jego utrzymanie w postępowaniu.

Stąd też **Izba w niniejszym składzie nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego** wobec stwierdzonego naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp nie tylko ze względu na odmienną interpretację powyższego przepisu, lecz również ze względu na istniejący stan faktyczny związany z przebiegiem badanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że powyższe naruszenie pozbawione jest jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, gdyż rolą art. 46 ust. 1 ustawy Pzp jest zniwelowanie ekonomicznych obciążeń wykonawców związanych z utrzymaniem zabezpieczenia w postaci wadium.

2. Odnosząc się do drugiego ze stwierdzonych naruszeń Izba wskazuje, że dokonana przez Prezesa UZP interpretacja przepisu art. 46 ust. 3 ustawy Pzp nie uwzględnia, zarówno celu wprowadzenia tego przepisu, jak również pomija wykładnię funkcjonalną i systemową tej regulacji. Dynamika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również fakt przemodelowania procedury ubiegania się o zamówienie publiczne, w wyniku nowelizacji implementującej do krajowego porządku prawnego regulacje dyrektyw 2014/24/UE oraz 2014/25/UE nie pozwala na ograniczenie się tylko i wyłącznie do literalnego rozumienia ujętej

w tym przepisie normy. Na powyższe ma wpływ w szczególności, wyżej wspomniane przemodelowanie procesu ubiegania się o zamówienie publiczne – a co za tym idzie konieczność szerszego spojrzenia na instytucję wadium. Rolą wadium jest umożliwienie podmiotowi zamawiającemu doprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do momentu zawarcia umowy, zagwarantowanie efektywności zamówień publicznych oraz skuteczne przeciwdziałanie znikom przetargowym. Zatem przepis w obecnie istniejącym kształcie niejako „nie przystaje” do istniejącej sytuacji prawnej, w tym nie uwzględnia istnienia w krajowym porządku prawnym odnoszącym się do zamówień publicznych tzw. „procedury odwróconej” (art. 24aa ustawy Pzp), jak również możliwości zaskarżenia wielu czynności w drodze środków ochrony prawnej w postępowaniach poniżej progów UE dopiero na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe powoduje, że przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter dynamiczny i nierzadko może zostać cofnięty do etapów wcześniejszych na skutek rozpoznania środków ochrony prawnej, czynności uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu, jak również samoistnej konwalidacji czynności przez podmiot zamawiający. Oznacza to, że celem zagwarantowania efektywności zamówień publicznych, jak również osiągnięcia celu tego postępowania, jakim jest zawarcie umowy z jednoczesnym wystąpieniem sankcji w postaci utraty wadium, gdyby do jej niezawarcia miało dojść z winy wykonawcy, konieczne jest utrzymanie tego zabezpieczenia w możliwie jak najszerszym podmiotowo zakresie. Ograniczenie wezwania do wniesienia ponownego wadium tylko do oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy nie sposób ustalić, która z ofert może zostać uznana za najkorzystniejszą – a konieczne jest kontynuowanie postępowania z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wezwanie do jego przedłużenia tylko jednego wykonawcy nie spełnia celu jaki przyświeca tego rodzaju zabezpieczeniu.

W tym miejscu Izba w niniejszym składzie, mając na uwadze specyficzną sytuację, jaka wystąpiła w objętym kontrolą postępowaniu, zgadza się z argumentacją zawartą w orzeczeniu Izby, które zostało przywołane przez Zamawiającego we wniesionych zastrzeżeniach.

Jak wskazał Zamawiający, zgodnie bowiem z ugruntowanym poglądem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, na gruncie zamówień publicznych, „(...) *nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam gdzie jest to przewidziane), a niektórzy z wykonawców nie byłiby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to, bowiem przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, a w konsekwencji naruszałoby podstawą zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p.*” (vide: wyrok KIO z dnia 23 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2097/17).

Izba w niniejszym składzie za zasadne uznała przywołanie kolejnego fragmentu powyższego orzeczenia, gdzie zostało wskazane, że: „Gdyby np. wybór dotyczył oferty, którą wykonawca nie jest związany i to od niego ostatecznie by zależało, czy taki wybór uwzględni i czy będzie chciał zawrzeć umowę, czy nie, przy czym ta druga możliwość, nie będzie się dla niego wiązała z utratą wadium, to taki wykonawca byłby w zdecydowanie korzystniejszej sytuacji, niż wykonawca, który jest związany ofertą.”

Jedynym zastrzeżeniem, jakie można mieć do dokonanej przez Zamawiającego czynności, to opatrzenie jej przez Zamawiającego sankcją odrzucenia oferty. Sankcja ta była w tym wypadku nadmierna i pozbawiona podstawy prawnej, co jednakże w ocenie Izby nie pozbawia Zamawiającego możliwości wezwania w takich okolicznościach, z jakimi mieliśmy do czynienia w niniejszym przypadku, do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium.

Mając na uwadze powyższe **Izba uwzględniła zastrzeżenia Zamawiającego w tym zakresie**. Dodatkowym argumentem, przemawiającym za uwzględnieniem zastrzeżeń w tej części, jak zostało wskazane z treści Informacji o kontroli uprzedniej, jest brak wpływu działań Zamawiającego związanych z wezwaniem wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia wadium na wynik postępowania. Posiłkując się argumentacją zawartą we wskazanym wyżej orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej wskazać należy, że utrzymanie w postępowaniu wadium i powiązanego z nim terminu związania ofertą przez wszystkich wykonawców stanowi emanację zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ujętych w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zagwarantowana jest w tym przypadku również zasada proporcjonalności, u której podstaw leży konieczność stosowania adekwatnych środków do celu, którym w tym wypadku jest zakończenie postępowania zawarciem umowy i przeciwdziałanie znikom przetargowym.

3. Odnosząc się do trzeciego ze stwierdzonych naruszeń w postaci art. 41 pkt 11 oraz art. 11 ust. 7 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, że nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający upływ terminu związania ofertą określił datą dzienną, tj. do dnia 11 marca 2019 r. liczony od dnia składania ofert (11.12.2018 r.). Ten ostatni dzień winien być zatem pierwszym dniem 90-cio dniowego terminu związania ofertą, gdyż w przeciwnym wypadku wykonawcy nie byłiby związani swoimi ofertami w dniu, w którym upływał termin ich składania. Odnosząc się do dokonanej przez Prezesa UZP analizy stwierdzić należy, iż ustalone zwyczaje oraz powszechnie przyjęta praktyka, będąca wynikiem konfiguracji ogłoszenia o zamówieniu ujętego w BZP, jak również jego wzoru znajdującego się na portalu TED, umożliwia zarówno określenie terminu związania czasookresem, bądź datą dzienną. W

omawianym przypadku Zamawiający określił ten termin datą dzienną przez użycie sformułowania „(...) do dnia 11.03.2019 r.”, co zdaniem Prezesa UZP powoduje, że okres związania wynosi 91 dni i jest on niezgodny z treścią art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże powyższe sformułowanie można również odczytać w ten sposób, że okres związania kończy się do dnia 11.03.2019 r. – nie obejmując tej daty jako daty końcowej. W przeciwnym bowiem wypadku Zamawiający, precyzując ten czasookres, użyłby sformułowania „(...) do dnia 11.03.2019 r. włącznie”, gdyż niezależnie od sposobu określenia związania ofertą nadal mamy do czynienia z pewnym czasookresem obejmujący kolejno po sobie następujące 30, 60 lub 90 dni.

Stąd też Izba uznała, że w zakresie naruszenia odnoszącego się do art. 41 pkt 11 oraz art. 11 ust. 7 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp **zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na aprobatę.**

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 wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nieuzasadnione.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....