

KU/105/19/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.
ul. Warszawska 165
05-520 Konstancin-Jeziorna

Rodzaj zamówienia: dostawa

Przedmiot zamówienia: modernizacja populacji transformatorów – etap VII

Data wszczęcia postępowania: 28.11.2018 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2018/S 229 - 524715

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

Wartość zamówienia: 107.035.000,00 zł (tj. 24.824.315,24 euro) – w tym:
Część 1 – 51.520.000,00 zł (tj. 11.948.883,27 euro)
Część 2 – 34.275.000,00 zł (tj. 7.949.300,74 euro)
Część 3 – 9.590.000,00 zł (tj. 2.224.180,72 euro)
Część 4 – 11.650.000,00 zł (tj. 2.701.950,51 euro)

Środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014-2020

Rodzaj procedury: zamówienie sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 2 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 zaniechanie czynności zwrotu wadium wykonawcom, których oferty w poszczególnych Częściach postępowania nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze;
- 2) art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wezwanie wykonawców, których oferty w poszczególnych Częściach postępowania nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze do przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą.

UZASADNIENIE

1. Uzasadnienie naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Z przekazanej do kontroli uprzedniej dokumentacji wynika, m.in. że zamawiający po poinformowaniu wykonawców w dniu 01.07.2019 r. o wyborze - w poszczególnych Częściach postępowania - najkorzystniejszej oferty, zaniechał czynności zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane.

Powyższe potwierdza wezwanie z dnia 03.07.2019 r., którym zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużaniem ważności wadium. Zamawiający skierował powyższe wezwanie również do wykonawcy X, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w Części IV. W przypadku pozostałych wykonawców zamawiający nie doprecyzował, że wadium należy przedłużyć tylko w przypadku, kiedy oferta poszczególnego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza w danej Części.

Zgodnie z treścią art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, tj.:

- 1) X – Część I, II, III, IV,
- 2) X – Część I, II, III,
- 3) X – Część I, II, III,
- 4) X – Część IV.

W dniu 01.07.2019 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, w zakresie:

- Części I – przez wykonawcę X,
- Części II – przez wykonawcę X,
- Części III – przez wykonawcę X,
- Części IV – przez wykonawcę X.

Z powyższego wynika, że zamawiający zaniechał zwrotu wadium wykonawcom:

- 1) X – w zakresie Części I, II, III,
- 2) X – w zakresie Części II, III,
- 3) X – w zakresie Części I,
- 4) X – w zakresie Części IV.

Mając na uwadze powyższe, 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.

Ponadto przepis ten nie reguluje formy zwrotu wadium, tym samym czynność ta jest niezależna od formy jego wniesienia. W przypadku wnoszenia wadium w formie innej niż pieniężna, kwestia zwrotu wadium powinna się opierać na sposobie komunikacji jaką zamawiający przewidział w SIWZ.

Ponadto należy zaznaczyć, że zamawiający w formularzu oferty w pkt 3.4 wskazał miejsce do wypełnienia przez wykonawcę pod jaki adres należało zwrócić wadium.

W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjęć należy, iż zaniechanie czynności zwrotu wadium wykonawcy: X – w zakresie Części I, II, III, X – w zakresie Części II, III, X – w zakresie Części I oraz X – w zakresie Części IV, których oferty w tych Częściach nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze, stanowi naruszenie dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Uzasadnienie naruszenia art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

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

Zgodnie z treścią art. 85 ust. 4 ustawy Pzp: *„Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza”.*

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości wezwania wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza do przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium pod rygorem odrzucenia jego oferty, po

wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednym wyjątkiem od tej zasady, jest przypadek określony w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, który w przedmiotowym postępowaniu nie ma miejsca.

Zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp: *„Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego”*.

Z uwagi na powyższe, zamawiający wzywając wykonawcę: X – w zakresie Części I, II, III, X – w zakresie Części II, III, X – w zakresie Części I oraz X – w zakresie Części IV, których oferty w tych Częściach nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze do *„przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w toku prowadzonego postępowania, ewentualnie o wniesienie nowego wadium dotyczącego przedłużonego okresu związania ofertą”* naruszył art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

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.