



Warszawa, dnia 2023 r.

PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KU/6/23/DKZP

**Informacja o wyniku kontroli uprzedniej**

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

<b>Zamawiający:</b>	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa <i>reprezentowany przez:</i> PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski ul. 3 Maja 16 41-200 Sosnowiec
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróźnych oraz systemu monitoringu wizualnego na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Południowe w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, Etap I: linia E 65 na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice”
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)

**Data wszczęcia**

**postępowania:** 12.01.2022 r.

**Wartość zamówienia:**

kontrolowane zamówienie: 939.956.498,96 PLN, co stanowi równowartość 220.166.420,48 euro, w tym:

- zamówienie podstawowe: 796.698.530,01 zł, co stanowi równowartość 186.611.043,97 euro;

- prawo opcji 1: 9.754.110,00 zł, co stanowi równowartość 2.284.709,44 euro;

- prawo opcji 2: 2.387.437,28 zł, co stanowi równowartość 559.210,47 euro;

- zamówienia podobne, o których mowa w art. 388 pkt 2 ppkt c ustawy Pzp: 131.116.421,67 PLN, co stanowi równowartość 30.711.456,60 euro

**Środki UE:**

Connecting Europe Facility 2021 – 2027

**Rodzaj procedury:**

zamówienie sektorowe

## **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdza naruszenie przez zamawiającego:

- 1) art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia wadium wykonawcom TORPOL S.A., BUDIMEX S.A. oraz konsorcjum Track Tec Construction Spółka z o.o., TORKOL Spółka z o.o., „INTOP Warszawa” Spółka z o.o. (dalej jako konsorcjum Track Tec) w terminie nieprzekraczającym 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą;
- 2) art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z przepisami Obwieszczenia Prezesa Urzędu z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (Monitor Polski z dnia 15 grudnia 2021 r., poz. 1117), poprzez wadliwie oszacowanie wartości zamówienia w związku z zastosowaniem niewłaściwego kursu złotego w stosunku do euro.

## UZASADNIENIE

1. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, wykonawcy byli związani ofertą do dnia 19.08.2022 r. W toku prowadzonego postępowania, zamawiający pismem z dnia 09.08.2022 r., działając na podstawie art. 220 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o przedłużenie terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium o 60 dni. Tym samym, po przedłużeniu, termin związania ofertą upłynął w dniu 18.10.2022 r.

W odpowiedzi na powyższe:

1) wykonawca TORPOL S.A. pismem z dnia 11.08.2022 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłożył aneks do gwarancji pn. *„ZMIANA NR 1 DO GWARANCJI BANKOWEJ NR 29 1020 1026 0000 1896 0163 4807 Z DNIA 21 kwietnia 2022 roku („Gwarancja”)”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 20.10.2022 r.

Następnie pismem z dnia 19.10.2022 r. wykonawca TORPOL S.A. oświadczył, że przedłuża termin związania ofertą do dnia 19.12.2022 r. oraz przedłożył aneks do gwarancji pn. *„ZMIANA NR 2 DO GWARANCJI BANKOWEJ NR 29 1020 1026 0000 1896 0163 4807 z dnia 21 kwietnia 2022 roku z późniejszą zmianą („Gwarancja”)”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 19.12.2022 r.

2) konsorcjum Track Tec pismem z dnia 17.08.2022 r. wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłożyło trzy aneksy do gwarancji pn.

a) *„ANEKS nr 1 do Gwarancji nr 5103/W/04/2022”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 18.10.2022 r.,

b) *„ANEKS Nr 1 do WADIUM (GWARANCJI UBEZPIECZENIOWEJ) Nr 280000191591 z dnia 21.04.2022r.”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 18.10.2022 r.,

c) *„Aneks nr 1 z dnia 16.08.2022r. do Gwarancji ubezpieczeniowej Zapłaty wadium Nr 998056173950 z 20.04.2022r.”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 21.10.2022 r.

Następnie konsorcjum Track Tec pismem z dnia 17.10.2022 r. oświadczyło, że przedłuża termin związania ofertą do dnia 17.12.2022 r. oraz przedłożyło aneks do gwarancji pn.

a) *„ANEKS nr 2 do Gwarancji nr 5103/W/04/2022”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 17.12.2022 r.,

b) *„ANEKS Nr 2 do WADIUM (GWARANCJI UBEZPIECZENIOWEJ) Nr 280000191591 z dnia 21.04.2022r. Zmienionej Aneksem nr 1 z dnia 16.08.2022r.”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 19.12.2022 r.,

c) *„Aneks nr 2 z dnia 14.10.2022r. do Gwarancji ubezpieczeniowej Zapłaty wadium Nr 998056173950 z 20.04.2022r.”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 21.12.2022 r.

3) wykonawca BUDIMEX S.A. pismem z dnia 18.08.2022 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłożył aneks do gwarancji pn. *„Zmiana Nr 1 do Gwarancji Bankowej*

*Przetargowej (dot. zam. publ.) Nr GW/002285/22 z dnia 21 kwietnia 2022 roku, wraz ze zmianami” przedłużający ważność gwarancji do dnia 19.10.2022 r.*

Następnie pismem z dnia 19.10.2022 r. wykonawca BUDIMEX S.A. oświadczył, że przedłuża termin związania ofertą do dnia 17.11.2022 r. oraz przedłożył aneks do gwarancji pn. *„Zmiana Nr 2 do Gwarancji Bankowej Przetargowej (dot. zam. publ.) Nr GW/002285/22 z dnia 21 kwietnia 2022 roku, wraz ze zmianą”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 18.11.2022 r.

Pismem z dnia 17.11.2022 r. wykonawca BUDIMEX S.A. oświadczył, że przedłuża termin związania ofertą do dnia 17.12.2022 r. oraz przedłożył aneks do gwarancji pn. *„Zmiana Nr 3 do Gwarancji Bankowej Przetargowej (dot. zam. publ.) Nr GW/002285/22 z dnia 21 kwietnia 2022 roku, wraz ze zmianami”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 17.12.2022 r.

Pismem z dnia 16.12.2022 r. wykonawca BUDIMEX S.A. oświadczył, że przedłuża termin związania ofertą do dnia 16.01.2023 r. oraz przedłożył aneks do gwarancji pn. *„Zmiana Nr 4 do Gwarancji Bankowej Przetargowej (dot. zam. publ.) Nr GW/002285/22 z dnia 21 kwietnia 2022 roku, wraz ze zmianami”* przedłużający ważność gwarancji do dnia 16.01.2023 r.

Pismem z dnia 13.01.2023 r. wykonawca BUDIMEX S.A. oświadczył, że przedłuża termin związania ofertą do dnia 16.03.2023 r. a następnie przedłużył termin związania ofertą do dnia 14.05.2023 r.

Zamawiający w dniu 22.12.2022 r. zwrócił wadium wykonawcy TORPOL S.A. oraz konsorcjum Track Tec.

W dniu 30.12.2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę ZUE S.A.

Prezes Urzędu pismem z dnia 28.03.2023 r. wezwał zamawiającego do udzielenia wyjaśnień:

- 1) czy zamawiający zwrócił wadium wykonawcy BUDIMEX S.A.;
- 2) dlaczego zamawiający nie zwrócił wadium wykonawcy TORPOL S.A. oraz konsorcjum Track Tec zgodnie z terminem wskazanym przez art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 30.03.2023 r. udzielił wyjaśnień, z których wynika, że:

Ad. 1) *„Zamawiający nie zwrócił Wykonawcy BUDIMEX wadium, z uwagi iż Wykonawca ten w dalszym ciągu przedłuża termin związania ofertą – obecnie do 14.05.2023 r.*

*Zamawiający uznał, że skoro Wykonawca ten samodzielnie przedłuża termin związania ofertą, przekładał wcześniej aneksy do gwarancji wadialnej nie ziszcila się przesłanka określona w art. 98. ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp – albowiem termin ten Wykonawca przedłużył.*

*Nie jest wprost wskazane w przepisach, iż art 98 ust 1 pkt 1 Ustawy Pzp dotyczy sytuacji "terminu związania ofertą" pierwotnie wskazanego w SWZ lub przedłużonego na wniosek Zamawiającego.*

*Ostatecznie wadium wniesione przez Wykonawcę BUDIMEX wygasło w dniu 16 stycznia 2023r.*

*Na skutek upływu terminu ważności gwarancji wystąpił skutek równoważny z czynnością określoną w art. 98 ust. 5 ustawy Pzp. Oświadczenie Zamawiającego byłoby czynnością pozorną, niewywołującą skutków jakie dla tej czynności przewidział ustawodawca, a także niezgodne z przesłanką określoną w art. 98. ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp, gdyż termin związania ofertą Wykonawca przedłużył do dnia 14.05.2023 r., a przesłanka z art. 98 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp również nie wystąpiła, aby Zamawiający z własnej inicjatywy zwolnił wadium wniesione przez BUDIMEX”.*

*Ad. 2) „Zamawiający dokonał zwrotu wadium w terminie 7 dni od upływu terminu związania ofertą zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp:*

*- w przypadku TORPOL S.A. - Wykonawca samodzielnie przedłużał termin związania ofertą do dnia 19.12.2022 r. (Zwrot wadium w dniu 22.12.2022 r.),*

*- w przypadku Konsorcjum Track Tec Construction Spółka z o.o., TORKOL Spółka z o.o., „INTOP Warszawa” Spółka z o.o. - Wykonawca samodzielnie przedłużał termin związania ofertą do dnia 17.12.2022 r. (Zwrot wadium w dniu 22.12.2022 r.).*

*Zamawiający uznał, że skoro Wykonawcy samodzielnie przedłużali termin związania ofertą, przedkładali aneksy do gwarancji wadiumowej nie ziszcila się przesłanka "Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności: upływu terminu związania ofertą", albowiem termin ten Wykonawcy przedłużyli.*

*Nie jest wprost wskazane w przepisach, iż art 98 ust 1 pkt 1 Ustawy Pzp dotyczy sytuacji "terminu związania ofertą" pierwotnie wskazanego w SWZ lub przedłużonego na wniosek Zamawiającego”.*

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Zwrot wadium w powyższym przypadku nie wymaga żadnego działania ze strony wykonawcy i powinien nastąpić w terminie określonym w powyższym przepisie.

Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę. Jeżeli zaś wadium było wniesione w formie gwarancji lub poręczenia, zamawiający zwraca wadium przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

Należy ponadto zauważyć, że obecnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości samodzielnego przedłużania przez wykonawcę terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 220 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu

o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że w obecnym brzmieniu ustawy Pzp niemożliwe jest samodzielne przedłożenie terminu związania ofertą przez wykonawcę. Wobec powyższego należy przyjąć, że zamawiający zobowiązany był zwrócić wadium wykonawcom TORPOL S.A., BUDIMEX S.A. oraz konsorcjum Track Tec w terminie 7 dni od dnia, w którym upłynął termin związania ofertą przedłużony na wezwanie zamawiającego, tj. po 18.10.2022 r.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 9 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO/KU 2/23 dotyczącej stanu faktycznego podobnego do sytuacji, która miała miejsce w kontrolowanym postępowaniu „*Lektura zastrzeżeń Zamawiającego zgłoszonych do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazuje, że przekonanie o prawidłowości swojego postępowania w zakresie zwrotu wadium wykonawcom PPM-T i TORPOL bierze on z wykładni przepisów starej ustawy PZP z 2004 r., tj. wychodzi z błędnego założenia, że w dalszym ciągu w prawie zamówień publicznych dopuszczalne jest jednostronne przedłużenie terminu związania ofertą przez oświadczenie zainteresowanego wykonawcy. I z takiej właśnie interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych Zamawiający wywodzi, że dopuszczalne z jego strony było podjęcie decyzji o zwrocie wadium dwóm wykonawcom w terminie 7 dni liczonym od dnia wynikającego z ich jednostronnych oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast na gruncie obecnie obowiązującej ustawy PZP z 2019 r., co trafnie wyjaśnił Prezes Urzędu w uzasadnieniu wyników kontroli oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia, możliwe jest jedynie jednokrotne przedłużenie terminu związania ofertą i to tylko na wniosek zamawiającego i maksymalnie na czas 60 dni. Termin związania ofertą upływał zatem w dniu 16 października 2022 r., więc dokonanie zwrotu wadium wykonawcy PPM-T nastąpiło po 17 dniach od dnia upływu powyższego terminu, natomiast wykonawcy TORPOL po upływie aż 64 dni od dnia upływu terminu związania ofertą.*

*Podsumowując, stanowisko Prezesa Urzędu co do stwierdzenia naruszenia regulacji art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP przez Zamawiającego było jak najbardziej prawidłowe i uzasadnione okolicznościami ujawnionymi w toku kontroli uprzedniej”.*

W związku z powyższym, z uwagi na fakt, iż przepis art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, przyjąć należy, iż zwrot wadium wykonawcom TORPOL S.A., BUDIMEX S.A. oraz konsorcjum Track Tec w terminie przekraczającym 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia w dniu 12.10.2021 r. Zamawiający wskazał w pkt 3 protokołu postępowania, iż wartość zamówień wynosi odpowiednio dla:

- 1) kontrolowanego zamówienia: 939.956.498,96 zł (220.166.420,48 euro) w tym:
- 2) zamówienie podstawowe: 796.698.530,01 zł (186.611.043,97 euro),
- 3) Prawo opcji 1: 9.754.110,00 zł (2.284.709,44 euro),
- 4) Prawo opcji 2: 2.387.437,28 zł (559.210,47 euro),
- 5) zamówienia podobne, o których mowa w art. 388 pkt 2 ppkt c ustawy Pzp: 131.116.421,67 zł (30.711.456,60 euro).

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 12.01.2022 r. Zamawiający zastosował jako podstawę przeliczenia wartości zamówienia publicznego średni kurs złotego w stosunku do euro, który wynosił 4.2693, tj. kurs wskazany w Obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (Monitor Polski z dnia 11 stycznia 2021 r., poz. 11).

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, informuje o średnim kursie złotego w stosunku do euro, stanowiącym podstawę przeliczania wartości zamówień lub konkursów, ustalonym na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej, o którym mowa w pkt 1

- mającym zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych od dnia wejścia w życie aktów wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych odpowiednio na podstawie art. 6 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, art. 17 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE i art. 68 dyrektywy 2009/81/WE.

Jak wynika z kolei z art. 3 ust. 3 ustawy Pzp, informacje, o których mowa w ust. 2, są ogłaszane w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, oraz zamieszczane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, niezwłocznie po publikacji komunikatu Komisji Europejskiej, o którym mowa w ust. 2, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zgodnie z Obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (Monitor Polski z dnia 15 grudnia 2021 r., poz. 1117), z dniem 1 stycznia 2022 r. średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości

zamówień publicznych lub konkursów, ustalony na podstawie kwot określonych w komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie równowartości progów określonych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE i 2009/81/WE (Dz. Urz. UE C 457 z 11.11.2021, str. 1 - wynosi 4.4536.

W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający był zatem zobowiązany do zastosowania kursu euro określonego w ww. obwieszczeniu Prezesa Urzędu, który wynosi 4.4536, i obowiązuje od dnia 1 stycznia 2022 r. Właściwie ustalona wartość szacunkowa zamówienia wyrażona w euro powinna zatem wynosić dla:

- 1) kontrolowanego zamówienia: 939.956.498,96 zł (211.055.438,06 euro) w tym:
- 2) zamówienie podstawowe: 796.698.530,01 zł (178.888.658,67 euro),
- 3) Prawo opcji 1: 9.754.110,00 zł (2.190.163,01 euro),
- 4) Prawo opcji 2: 2.387.437,28 zł (536.069,09 euro),
- 5) zamówienia podobne, o których mowa w art. 388 pkt 2 ppkt c ustawy Pzp: 131.116.421,67 zł (29.440.547,35 euro).

Zamawiający nie przeliczając zatem wartości szacunkowej zamówienia wyrażonej w złotych na euro, według kursu określonego w obowiązującym na dzień wszczęcia kontrolowanej procedury obwieszeniu Prezesa Urzędu z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów naruszył przepis art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z przepisami ww. obwieszczenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.