



Warszawa, dnia 2023 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KU/8/23/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Gmina Ścinawa Rynek 17 59 - 330 Ścinawa
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	Ochrona i udostępnianie cennych przyrodniczo terenów rzeki Odry poprzez budowę niezbędnej infrastruktury w zakresie przystani, portów rzecznych infrastruktury turystycznej. Część nr 6. Budowa sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej oraz kanalizacji sanitarnej w Ścinawie.
Tryb postępowania:	tryb podstawowy z możliwością negocjacji (procedura, o której mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp) z zastosowaniem wyłączenia przewidzianego w art. 30 ust. 4 ustawy Pzp
Data wszczęcia postępowania:	18.02.2022 r.
Numer ogłoszenia:	2022/BZP 00062249/01

Wartość zamówienia:	123 067 142,78 (tj. 27 633 182,77 euro) – łączna wartość projektu pn. „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków oraz systemu wodno – kanalizacyjnego na terenie aglomeracji Ścinawa”;
	23 000 385,55 zł (tj. 5 164 447,99 euro) – wartość zamówienia, w tym wartość zamówienia objętego prawem opcji 10 552 934,25 zł (tj. 2 369 528,97 euro);
	4 978 941,39 zł (tj. 1 117 958,82 euro) – wartość części nr 6 stanowiącej przedmiot kontroli uprzedniej, w tym wartość zamówienia objętego prawem opcji 987 465,31 zł (tj. 221 722,95 euro).
Środki UE:	Fundusz Spójności, Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko oraz Regionalny Program Operacyjny Województwa Dolnośląskiego 2014- 2020
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne

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. 30 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie części nr 6 zamówienia poprzez przyjęcie, że Zamawiający może zastosować ww. przepis ustawy Pzp w sytuacji, gdy wartość zamówienia podstawowego wraz z wartością przewidzianą prawem opcji przekroczyła 1 000 000 euro, tj. 1 117 958,82 euro, a tym samym Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie podstawowym niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz nie zachował należytej staranności przy ustaleniu wartości zamówienia;
- 2) art. 307 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprzekazanie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o. pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na

przedłużenie terminu związania ofertą zawierającego datę, do której wykonawca przedłuża termin związania ofertą;

- 3) art. 98 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zwrócenie wadium wykonawcy Zakład Robót Instalacyjnych INSTALBUD J. Pankiewicz, L. Lewicki, po zawiadomieniu wykonawcy o odrzuceniu oferty, bez wniosku wykonawcy o zwrot wadium.**

UZASADNIENIE

1.

Zamawiający przekazując kopię dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w celu przeprowadzenia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli uprzedniej, w piśmie z dnia 26.01.2023 r. wskazał, iż *„Zamówienie realizowane będzie w ramach projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków oraz systemu wodno – kanalizacyjnego na terenie aglomeracji Ścinawa”, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności. Numer identyfikacyjny projektu: POIS.02.03.00-0067/16. Planowany całkowity koszt realizacji robót budowlanych to ponad 100 mln zł. Szacowana wartość budowy sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej oraz kanalizacji sanitarnej w Ścinawie wynosi 4 535 386,77 zł netto, tj. 1 018 364,19 euro, co stanowi około 6% całości zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający skorzystał z art. 30 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych i wszczął postępowanie w trybie podstawowym.”* Powyższe uzasadnienie znalazło się również w załączniku do protokołu z czynności szacowania wartości zamówienia z dnia 07.02.2022 r.

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 14.02.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych wezwał Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, na jakiej podstawie Zamawiający zastosował art. 30 ust. 4 ustawy Pzp i wszczął postępowanie w trybie podstawowym.

Zamawiający przy piśmie z dnia 01.03.2023 r. uzupełnił dokumentację oraz udzielił następujących wyjaśnień, tj. *„Ad. 3 Informuję, iż na etapie zbierania ofert (przed terminem otwarcia ofert), podczas zmian SWZ Zamawiający zauważył swój błąd w szacowaniu wartości zamówienia z dnia 7 lutego 2022 r. i dnia 30 marca 2022 r. na nowo oszacował wartość poszczególnych części zamówienia (łącznie szacunkowa wartość zamówienia nie uległa zmianie). Nieścisłości wynikły z niepoprawnego dopasowania poszczególnych pozycji kosztorysowych do zakresów podstawowych jak i zakresów objętych prawem opcji. Omyłkowo również Zamawiający nie zeskanował (nie zarchiwizował w formie skanu) protokołu z szacowania wartości z dnia 30 marca 2022 r. W związku z powyższym informuję, iż szacowana wartość zamówienia zakresu podstawowego części nr 6 to 3.991.476,08 zł, tj. 896.235,87 Euro, zaś szacowana wartość zamówienia zakresu objętego prawem opcji części nr 6 to 987.465,31 zł,*

tj. 221.722,95 Euro, co daje łączną kwotę 4.978.941,39 zł, tj. 1.117.958,82 Euro. Zakres podstawowy części 6 stanowi część zamówienia realizowanego w ramach projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków oraz systemu wodno-kanalizacyjnego na terenie aglomeracji Ścinawa”, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności. Numer identyfikacyjny projektu: POIS.02.03.00-0067/16. Zakres objęty prawem opcji części 6 stanowi część zamówienia realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2014- 2020 pn.: „Ochrona i udostępnianie cennych przyrodniczo terenów rzeki Odry poprzez budowę niezbędnej infrastruktury w zakresie przystani, portów rzecznych i infrastruktury turystycznej”. W związku z powyższym Gmina Ścinawa spełniła wymóg art. 30 ust. 4 ustawy Pzp - tzn. część nr 6 zamówienia w ramach projektu z POIS stanowi wartość poniżej 1 mln euro oraz nie przekracza 20% wartości całego projektu.”.

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 02.03.2023 r. poproszono Zamawiającego o wskazanie wartości całego projektu obejmującego łączną wartość poszczególnych części zamówienia w ramach całego projektu w zakresie robót budowlanych, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania (w tym w rozbiciu na poszczególne części zamówienia). W związku zastosowaniem przez Zamawiającego art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wskazanie, iż wartość części nr 6 nie przekracza 20% z wartości całego projektu, który wynosi ponad 100 mln zł, poproszono o przekazanie pkt 3 protokołu postępowania uzupełnionego o dokładną wartość całego projektu w zł i euro oraz wartości niniejszego postępowania, tj. 23 000 385,55 zł (5 164 447,99 euro).

Zamawiający przy piśmie z dnia 03.03.2023 r. przesłał kopię protokołu z postępowania z uzupełnieniem pkt 3. Zamawiający wskazał, iż *„Ponadto przesyłam zestawienie finansowe robót budowlanych w ramach Projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków oraz systemu wodno-kanalizacyjnego na terenie aglomeracji Ścinawa”, współfinansowany ze środków Funduszu Spójności. Informuję, iż wartość robót budowlanych w ramach powyższego Projektu wynosi 123.067.142,78 zł, tj. 27.633.182,77 Euro (bez podatku VAT). Zestawienie zawiera poszczególne wartości zamówień w zakresie robót budowlanych w rozbiciu na postępowania i części zamówienia.”.*

W tym miejscu należy zauważyć, iż ustalenie przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, ma na celu - po pierwsze - określenie kwoty przewidywanego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. Po drugie zaś, ustalenie szacunkowej wartości zamówienia służy określeniu, czy zamawiający do jego udzielenia jest zobowiązany stosować przepisy ustawy Pzp, a jeżeli tak, to czy właściwy do przeprowadzenia postępowania będzie reżim obowiązujący w odniesieniu do zamówień o wartości równej lub przekraczającej równowartość kwot, o których mowa w art. 3 ust. 3 ustawy Pzp czy niższej niż tzw.

progi unijne. Kwota stanowiąca szacunkową wartość zamówienia determinuje zatem dalszy sposób prowadzenia przez zamawiającego postępowania, a także kształtuje katalog praw i obowiązków dotyczących zarówno zamawiającego, jak i wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu, warunkując takie kwestie jak miejsce publikacji ogłoszeń dotyczących zamówienia, możliwość zastosowania określonego trybu udzielania zamówień, czy też możliwość składania i dopuszczalny zakres środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

W konsekwencji przy udzielaniu każdej z części zamówienia zamawiający jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej części zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

Przepis wymaga w tym celu spełnienia kumulatywnie dwóch przesłanek. Po pierwsze, wartość każdej z takich części (które mogą być procedowane w łagodniejszym reżimie Pzp) musi być mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych. Po drugie, łączna wartość takich części nie może przekraczać 20% wartości zamówienia ustalonej zgodnie z art. 28–30 Pzp. Skutkiem złagodzenia reżimu jest możliwość przeprowadzenia postępowania na niektóre części zamówienia według reżimu odpowiadającego wartości tej części, a nie wartości odpowiadającej łącznej wartości zamówienia.¹

Z protokołu z ustalenia szacunkowej wartości zamówienia wynika, iż wartość zamówienia w części nr 6 jest większa niż 1 000 000 euro, tj. 4 978 941,39 zł (tj. 1 117 958,82 euro), w tym wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wynosi 3 991 476,08 zł (tj. 896 235,87 euro) oraz wartość zamówienia objętego prawem opcji to 987 465,31 zł (tj. 221 722,95 euro). Wartość całego zamówienia pn. „*Ochrona i udostępnianie cennych przyrodniczo terenów rzeki Odry poprzez budowę niezbędnej infrastruktury w zakresie przystani, portów rzecznych infrastruktury turystycznej.*” z podziałem na 7 części (numer referencyjny IR.271.2.2022) wynosi natomiast 23 000 385,55 zł (tj. 5 164 447,99 euro).

¹ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 202 https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf

Zamawiający w pkt 3 protokołu postępowania w trybie podstawowym, przekazany w toku kontroli uprzedniej przy piśmie z dnia 03.03.2023 r. wskazał, iż „Część nr 6 – Budowa sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej oraz kanalizacji sanitarnej w Ścinawie – zamówienie podstawowe współfinansowane jest z projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków oraz systemu wodno – kanalizacyjnego na terenie aglomeracji Ścinawa”, numer identyfikacyjny projektu: POIS.02.03.00-0067/16. Wartość Projektu (bez podatku VAT) w zakresie robót budowlanych wynosi 123 067 142,78 zł, tj. 27 633 182,77 euro.”.

Jak wynika z zestawienia finansowego robót budowlanych w ramach Projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków oraz systemu wodno – kanalizacyjnego na terenie aglomeracji Ścinawa”, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności (numer identyfikacyjny projektu: POIS.02.03.00-0067/16), Zamawiający w pkt 1.2.7 wskazał, iż zamówienie pn. „Roboty budowlane. Budowa kanalizacji sanitarnej ul. Rybna” o numerze postępowania IR.271.2.2022 o wartości szacunkowej wynosi 3 991 476,08 zł (tj. 896 235,87 euro), stanowi 3,24% wartości całego projektu, tj. 123 067 142,78 zł (27 633 182,77 euro). Zamawiający w ww. tabeli, sporządzonej w dniu 03.03.2023 r. wskazał wyłącznie wartość zamówienia podstawowego części nr 6.

Wobec powyższego należy wskazać, że wartość przedmiotowego zamówienia przekroczyła 1 000 000 euro, tj. 1 117 958,82 euro oraz stanowiła 4,04% czyli nie przekroczyła 20% wartości projektu w wysokości 27 633 182,77 euro (tj. 123 067 142,78 zł) wskazanych w protokole postępowania w trybie podstawowym oraz w wyjaśnieniach Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zastosował art. 30 ust. 4 ustawy Pzp nie spełniając kumulatywnie dwóch obligatoryjnych przesłanek wskazanych w ww. przepisie.

Odnosnie wyjaśnień Zamawiającego wskazanych w piśmie z dnia 01.03.2023 r., tj. „Zakres podstawowy części 6 stanowi część zamówienia realizowanego w ramach projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków oraz systemu wodno-kanalizacyjnego na terenie aglomeracji Ścinawa”, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności. Numer identyfikacyjny projektu: POIS.02.03.00-0067/16. Zakres objęty prawem opcji części 6 stanowi część zamówienia realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 pn.: „Ochrona i udostępnianie cennych przyrodniczo terenów rzeki Odry poprzez budowę niezbędnej infrastruktury w zakresie przystani, portów rzecznych i infrastruktury turystycznej”. W związku z powyższym Gmina Ścinawa spełniła wymóg art. 30 ust. 4 ustawy Pzp - tzn. część nr 6 zamówienia w ramach projektu z POIS stanowi wartość poniżej 1 mln euro oraz nie przekracza 20% wartości całego projektu.”, należy wskazać, co następuje.

Zgodnie z art. 28 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Ponadto, zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień.

Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia wartości zamówienia, ograniczając się do wskazania podstawy jej ustalenia oraz wskazując zakres przedmiotowy. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest więc całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy. Oznacza to, że przy ustaleniu wartości zamówienia niezbędne jest uwzględnienie wszystkich jego elementów, także ewentualnych świadczeń dodatkowych. W przypadku ustalania wartości na roboty budowlane konieczne będzie uwzględnienie także wartości niezbędnych usług i dostaw. W przypadku zamówień, w których przewidziana jest opcja – także wartość tej opcji. Szczegółowe zasady uwzględniania wartości świadczeń dodatkowych określono odpowiednio w art. 31–33 Pzp. W ślad za art. 5 ust. 1 dyrektywy klasycznej podstawą obliczenia wartości zamówienia jest całkowita przewidywana kwota należna za zrealizowanie przedmiotu zamówienia, bez podatku od towarów i usług (VAT). Wartość zamówienia wyrażona będzie zawsze w kwotach netto. Ustawodawca wymaga, aby wartość zamówienia ustalona została z należytą starannością.²

W związku z powyższym, przy ustaleniu wartości zamówienia zamawiający przewidujący opcję lub wznowienie zobowiązany jest uwzględnić maksymalne wartości opcji. Przy ustalaniu wartości zamówienia zamawiający nie może dokonać podziału na zamówienie podstawowe oraz zamówienia przewidziane prawem opcji w zależności od źródła finansowania, tj. np. ze względu na programy unijne z których będzie zamówienie współfinansowane.

W konsekwencji stosując art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielania zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia po spełnieniu obu przesłanek określonych w ww. przepisie, jednakże w odniesieniu do łącznej wartości zamówienia podstawowego oraz zamówienia przewidzianego prawem opcji.

W związku z powyższym Zamawiający nie spełnił wymogu określonego w art. 30 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie części nr 6 zamówienia poprzez przyjęcie, że może zastosować ww. przepis ustawy Pzp w sytuacji, gdy wartość zamówienia podstawowego współfinansowanego z Funduszu Spójności wynosiła poniżej 1 000 000 euro oraz nie przekroczyła 20% wartości całego projektu.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, że art. 30 ust. 4 ustawy Pzp stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji pozwala zamawiającemu, w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, na zastosowanie wobec danej części zamówienia przepisów właściwych dla

² H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 196 https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf

jej wartości, a zatem elastyczniejszych procedur przewidzianych przepisami prawa krajowego, w sytuacji gdy wartość danej części zamówienia nie przekracza wskazanych w art. 30 ust. 4 ustawy Pzp kwot, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że Zamawiający miał obowiązek w zakresie przedmiotowego postępowania do stosowania procedur jak dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne.

Reasumując, na gruncie przedmiotowej sprawy Zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z dyspozycji art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, a tym samym Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie podstawowym niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz nie zachował należytej staranności przy ustaleniu wartości zamówienia. W konsekwencji Zamawiający doprowadził do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp określonych dla postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, co miało wpływy na wynik przedmiotowego postępowania.

Zalecenie usunięcia stwierdzonego naruszenia:

Mając na uwadze powyżej stwierdzone naruszenie, Prezes Urzędu na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zaleca Zamawiającemu unieważnienie postępowania w części nr 6 na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 259 oraz art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności przedstawiono naruszenia dotyczące procedury prowadzonej przez Zamawiającego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp.

Ze względu na konieczność unieważnienia postępowania w części nr 6 stwierdzenie naruszenia nr 2 i nr 3 nie jest konieczne, jednak naruszenia zostaną przedstawione z ostrożności, na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ewentualne zastrzeżenia Zamawiającego do naruszenia nr 1.

2.

Pismem z dnia 28.04.2022 r. zamawiający działając na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 06.06.2022 r.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o. przy użyciu platformy elektronicznej przekazał aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej (wpływ: 29.04.2022 r.). Jednocześnie wykonawca przekazując ww. aneks wskazał w polu „treść” wyłącznie sformułowanie „przedłużenie terminu związania ofertą”.

Zgodnie z rozdziałem XII ust. 1 SWZ Zamawiający wskazał, iż „W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami w szczególności składanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz przekazywanie informacji odbywa się elektronicznie przy użyciu „Platformie zakupowej” – Platforma znajduje się pod adresem: <https://scinawa.ezamawiajacy.pl/> w zakładce „Korespondencja”. Ponadto, zgodnie z rozdziałem XII ust. 5 SWZ „Dokumenty elektroniczne, oświadczenia lub elektroniczne kopie dokumentów lub oświadczeń składane są przez Wykonawcę za pośrednictwem Platformy. Zamawiający dopuszcza również możliwość składania dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń za pomocą poczty elektronicznej, na wskazany w pkt. 2 adres e-mail. (...)”.

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 06.03.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych wezwał Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentacji w następującym zakresie, tj. poproszono o uzupełnienie pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą przekazanego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o. w odpowiedzi na pismo z dnia 28.04.2022 r. skierowane na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wraz z dokumentacją przesłaną do kontroli uprzedniej przekazał wyłącznie aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej. Ponadto poproszono o uzupełnienie potwierdzenia wpływu ww. pisma do Zamawiającego.

Zamawiający przy piśmie z dnia 09.03.2023 r. uzupełnił dokumentację oraz udzielił następujących wyjaśnień, tj. „Ad. 2 Do pisma dołączam dokument potwierdzający pisemną zgodę Wykonawcy na przedłużenie terminu związania z ofertą, który jednocześnie stanowi potwierdzenie wpływu niniejszego pisma do Zamawiającego. Załącznikiem do pisma był aneks nr 1 do umowy gwarancji ubezpieczeniowej (znajduje się w dokumentacji postępowania przekazanej uprzednio) na podstawie treści aneksu (który wydłuża okres gwarancji ubezpieczeniowej z tytułu wadium) oraz treści wiadomości, która została wysłana w odpowiedzi na wniosek o przedłużenie terminu związania z ofertą Zamawiający uznał, że Wykonawca wyraził wolę wydłużenia okresu związania z ofertą.”.

Pismem z dnia 10.03.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych wezwał Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentacji w następującym zakresie - jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, wykonawca Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o. przekazał aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej (wpływ: 29.04.2022 r.). Wykonawca przekazując wiadomość przy użyciu platformy zakupowej zawierającej załącznik, tj. aneks wadium, wskazał w wiadomości w polu „treść: przedłużenie terminu związania ofertą”.

W związku z powyższym, poproszono o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż ww. wiadomość wskazana w polu „treść: przedłużenie terminu związania ofertą”, stanowi skutecznie złożone pisemne oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Ponadto, poproszono o udzielenie udokumentowanych wyjaśnień na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o., w tym o przekazanie dokumentów które umożliwiły Zamawiającemu identyfikację składającego oświadczenie i wolę wywołania przez to oświadczenie skutku prawnego w postaci związania się wykonawcy ofertą na przedłużony okres.

Pismem z dnia 15.03.2023 r. Zamawiający wyjaśnił, iż „zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami w szczególności składanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz przekazywanie informacji odbywa się elektronicznie przy użyciu „Platformy zakupowej” – Platforma znajduje się pod adresem: <https://scinawa.ezamawiajacy.pl/> w zakładce „Korespondencja”. Zamawiający może również komunikować się z Wykonawcami za pomocą poczty elektronicznej e-mail: zp@scinawa.pl. Wiadomość, którą Zamawiający otrzymał na Platformę zakupową została wysłana z indywidualnego konta Wykonawcy, z którego wpłynęła oferta i którym może się posługiwać jedynie osoba upoważniona do reprezentacji Wykonawcy. Jednocześnie informuję, iż Aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej został opatrzony podpisem elektronicznym przez Pana XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, który zgodnie z treścią wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego reprezentuje Przedsiębiorstwo Transportowo-Budowlane sp. z o.o. (nr KRS: 0000209396) jako prokurent samoistny. Mając na uwadze powyższe, jak również definicję pisemności zawartą w art. 7 pkt 16 pzp Zamawiający uznał, że przekazanie przez Wykonawcę wiadomości o treści: „przedłużenie terminu związania ofertą” wraz z załączonym, podpisanym przez prokurenta Wykonawcy Aneksem nr 1 jest oświadczeniem, które w okolicznościach jakie towarzyszyły jego złożeniu należy traktować jako pisemne wyrażenie przez Wykonawcę woli przedłużenia terminu związania z ofertą. Zamawiający podkreśla równocześnie, że odwołanie się w poprzedniej korespondencji pojęciem „dorozumiane” dotyczyło powyżej opisanego sposobu interpretacji pisemnego oświadczenia Wykonawcy.”.

Zgodnie z art. 307 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, 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 30 dni.

Zgodnie z art. 307 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na

przedłużenie terminu związania ofertą. W przypadku gdy zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Przedłużenie terminu związania ofertą następuje na podstawie wyraźnego pisemnego oświadczenia woli wykonawcy. Stąd w celu skutecznego przedłużenia okresu związania ofertą Pzp wymaga złożenia przez wykonawcę zamawiającemu pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (art. 220 ust. 4 Pzp). Dla skuteczności takiego oświadczenia wymagane jest złożenie go przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy, ale Pzp (w tym rozporządzenie wydane na podstawie art. 70 Pzp) nie wymaga żadnej szczególnej formy dla złożenia takiego oświadczenia ani tym bardziej nie zastrzega rygoru dla niedochowania takiej formy (tj. nie wymaga formy pisemnej ani formy elektronicznej w rozumieniu Kc). Niemniej złożenie takiego oświadczenia powinno umożliwiać zamawiającemu identyfikację składającego oświadczenie i wolę wywołania przez to oświadczenie skutku prawnego w postaci związania się wykonawcy ofertą na przedłużony okres. Szczegółowy sposób złożenia oświadczenia wynikać będzie ze sposobu komunikacji przyjętego dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.³

Decyzja w zakresie związania się ofertą na przedłużony okres należy do wykonawcy. Jeżeli wykonawca podejmuje taką decyzję, jej wyrazem musi być złożenie zamawiającemu pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Oświadczenie wykonawcy nie może być więc domniemane i musi być pisemne.⁴

Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, wykonawca Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o. przekazał aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej (wpływ: 29.04.2022 r.). Wykonawca przekazując wiadomość przy użyciu platformy zakupowej zawierającej załącznik, tj. aneks wadium, wskazał w wiadomości w polu „treść: przedłużenie terminu związania ofertą”. Wykonawca Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o. nie przekazał pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zawierającego datę do której przedłuża termin lub okresu na który przedłuża termin związania ofertą. W tym miejscu należy zauważyć, iż oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą powinno w sposób precyzyjny określać czas przez jaki oferent pozostaje swoją ofertą związany. Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie m.in. w wyroku Krajowej Izby

³ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 694
https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf

⁴ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 877
https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf

Odwoławczej z dnia 27 maja 2013 r., (sygn. akt: KIO 949/14), w którym Izba podkreśliła, że: *W ocenie Izby przedłużenie związania ofertą na tak długo, na ile będzie to konieczne, aż do zakończenia postępowania {cytując dokładnie sformułowanie użyte w odwołaniu} nie mogłoby być uznane za odpowiednie określenie terminu końcowego związania ofertą. Termin związania ofertą musi być jednoznacznie i bezwarunkowo określony. Tymczasem Odwołujący nawet w zawartym w odwołaniu oświadczeniu o przedłużeniu terminu związania ofertą nie sprecyzował co konkretnie miałoby to oznaczać, w tym, czy przez zakończenie postępowania rozumie wybór oferty najkorzystniejszej czy też zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Podkreślenia wymaga, iż ustawa Pzp nie wymaga żadnej szczególnej formy dla złożenia ww. oświadczenia ani tym bardziej nie zastrzega rygoru dla niedochowania takiej formy, jednakże złożenie takiego oświadczenia powinno umożliwiać zamawiającemu jednoznaczne określenie woli wywołania przez to oświadczenie skutku prawnego w postaci związania się wykonawcy ofertą na przedłużony okres. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o. przekazał za pomocą środka komunikacji stosowanego w tym postępowaniu aneks do gwarancji jako załącznik, w wiadomości która w polu „treść” zawierała wyłącznie sformułowanie „przedłużenie terminu związania ofertą”.

Nieprzekazanie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o. pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zawierającego datę do której wykonawca przedłuża termin związania ofertą, stanowi naruszenie art. 307 ust. 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż w przypadku, gdy wykonawca nie złoży pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 266 ustawy Pzp.

Zalecenie usunięcia stwierdzonego naruszenia:

Mając na uwadze powyżej stwierdzone naruszenie, Prezes Urzędu na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zaleca Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 266 ustawy Pzp w związku z niewyrażeniem pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Ponadto, mając na uwadze fakt, że oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Transportowo – Budowlane Sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza oraz wszystkie oferty złożone w części 6 zamówienia podlegają odrzuceniu, Prezes Urzędu na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zaleca Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Ze względu na konieczność unieważnienia postępowania w części nr 6 na podstawie naruszenia nr 1 oraz nr 2 stwierdzenie naruszenia nr 3 nie jest konieczne, jednak naruszenie zostanie przedstawione z ostrożności, na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ewentualne zastrzeżenia Zamawiającego do naruszenia nr 1 lub nr 2.

3.

Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, Zamawiający pismem z dnia 28.04.2022 r. działając na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 06.06.2022 r. Wykonawca Zakład Robót Instalacyjnych INSTALBUD J. Pankiewicz, L. Lewicki Sp. j. pismem z dnia 29.04.2022 r. (wpływ: 29.04.2022 r.) poinformował o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz ważności wadium.

Zamawiający pismem z dnia 19.05.2022 r. poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Zakład Robót Instalacyjnych INSTALBUD J. Pankiewicz, L. Lewicki Sp. j. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 26.05.2022 r. zwrócił wadium wniesione w formie pieniężnej wykonawcy Zakład Robót Instalacyjnych INSTALBUD J. Pankiewicz, L. Lewicki Sp. j.

Pismem z dnia 22.03.2023 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych wezwał Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, czy wykonawca Zakład Robót Instalacyjnych INSTALBUD J. Pankiewicz, L. Lewicki Sp. j. złożył wniosek o zwrot wadium zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy Pzp. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o uzupełnienie wniosku wraz z potwierdzeniem wpływu do Zamawiającego. Zamawiający w piśmie z dnia 29.03.2023 r. wskazał, iż „(...) Zamawiający zwrócił wadium Wykonawcy Zakład Robót Instalacyjnych INSTALBUD J. Pankiewicz, L. Lewicki niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni po odrzuceniu oferty.”

Mając na uwadze powyższe, zauważyć należy, że zgodnie z art. 98 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

- 1) upływu terminu związania ofertą;
- 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Natomiast, na podstawie art. 98 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

- 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
- 2) którego oferta została odrzucona;

- 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium (art. 98 ust. 5 ustawy Pzp).

Cel tej regulacji sprowadza się do stworzenia możliwości wcześniejszego zwrotu wadium wykonawcom, którzy – według własnej oceny – nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia i dlatego nie są zainteresowani dalszym uczestnictwem w postępowaniu. Zwrot wadium powinien nastąpić niezwłocznie po wpłynięciu wniosku wykonawcy, nie później jednak niż w terminie 7 dni. Zgodnie z art. 98 ust. 3 Pzp złożenie wniosku o zwrot wadium powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX.⁵

Jak wynika z przedłożonej dokumentacji oraz wyjaśnień Zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. wykonawca Zakład Robót Instalacyjnych INSTALBUD J. Pankiewicz, L. Lewicki nie złożył wniosku do Zamawiającego o zwrot wadium po otrzymaniu informacji o odrzuceniu oferty z dnia 19.05.2022 r. Zatem w przypadku braku wniosku wykonawcy o zwrot wadium, Zamawiający zobowiązany był do zwrócenia wadium niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni od upływu terminu związania ofertą.

W związku z powyższym, należy wskazać, iż w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, zwrot wadium wniesionego przez wykonawcę Zakład Robót Instalacyjnych INSTALBUD J. Pankiewicz, L. Lewicki, bez wniosku wykonawcy, stanowi naruszenie art. 98 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

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.

⁵ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 334
https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf

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.