

Sygn. akt KIO/KD 60/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 października 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 5 września 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego – Ośrodek Dokumentacji Sztuki Tadeusza Kantora Cricoteka z siedzibą w Krakowie

do Informacji z dnia 19 sierpnia 2016 r. (znak: UZP/DKUE/KD/89/2016 o wyniku kontroli doraźnej następczej zamówienia publicznego w zakresie „dostawy wraz z montażem mebli reprezentacyjnych dla Muzeum T. Kantora Cricoteka i nowej siedziby Ośrodka Dokumentacji Sztuki T. Kantora w Krakowie” udzielonego z naruszeniem art. 91 ust.2a oraz art. 26 ust.3 i art. 35 ust.1 oraz art. 46 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak

Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot zamówienia obejmował prace związane z wykonaniem dostawy mebli reprezentacyjnych dla Muzeum T. Kantora i Nowej siedziby Ośrodka

Dokumentacji Sztuki T. Kantora w Krakowie (w tym zakup, ewentualne wytworzenie, załadunek, transport, rozładunek, wniesienie, montaż i ustawienie w pomieszczeniach wskazanych przez zamawiającego) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych [Kontrolujący], mając na uwadze ustalenia oparte na dokumentacji przedmiotowego postępowania podał, co następuje:

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał dołączenia do oferty opisów dostarczanych produktów z uwzględnieniem wszystkich parametrów, potwierdzających, co najmniej spełnianie wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia oraz w Szczegółowej specyfikacji technicznej. Opis dotyczący mebli określonych w poz. 1-3, 5, 14, 16, 18 miał zostać dokonany przez wykonawcę poprzez przedstawienie dokładnego rysunku warsztatowego (por. sekcja X. pkt 14SIWZ). Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę -100%. Zamawiający jest instytucją kultury, a więc zobowiązany jest do stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1, co zobowiązywało go (por. art. 91 ust. 2a ustawy) do załączenia do protokołu postępowania (druk ZP-PN) informacji, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaniechał tego obowiązku. W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu z dnia 25.07.2016 r., w piśmie z dnia 28.07.2016 r. zamawiający wskazał, iż: „Przedmiot niniejszego zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, wobec czego dopuszczalne w jego przypadku było zastosowanie, jako jedyne kryterium oceny ofert odnoszącego się do ceny dostawy. (...) W przypadku niniejszego zamówienia jego przedmiot należy uznać za powszechnie dostępny, dlatego że meble reprezentacyjne stanowią jeden z segmentów rynku, który jest dostępny w ofercie większości, jeśli nie wszystkich podmiotów trudniących się zawodowo realizacją dostaw z tej branży. Podobnie jak meble kuchenne, dziecięce czy jadalniane, meble z segmentu reprezentacyjnych mebli biurowych są i mogą być oferowane przez szeroki krąg podmiotów, zarówno prowadzących sprzedaż detaliczną, jak i hurtową, nastawionych na klienta indywidualnego, jak i instytucje. O powszechnej dostępności dostaw świadczy także duża ilość uzyskanych w postępowaniu ofert, daleko przekraczająca średnią ilość ofert składanych w postępowaniach przetargowych w tym czasie (...). Z kolei odnosząc się do ustalonych standardów jakości, to jasne jest, że standard jakościowy należy rozważać także w kontekście danego przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem charakterystyk cechujących daną branżę czy część danego rynku. Rozważając to w stosunku do niniejszego zamówienia wskazał, że przedmiot zamówienia dotyczył dostawy reprezentacyjnych mebli biurowych. Jak zostało wskazane powyżej należy więc w tym kontekście brać pod uwagę obowiązujący w danej niszy rynkowej standard jakości, który może być rzecz jasna różny dla różnych segmentów rynku meblarskiego - np. inne standardy dotyczą wykonania mebli kuchennych,

inne mebli wypoczynkowych, inne wreszcie dla reprezentacyjnych mebli biurowych. Nie zmienia to jednak tego, że dla poszczególnych z tych segmentów na rynku ukształtowały się właściwe dla nich standardy jakościowe. Opis przedmiotowego zamówienia dokonany w SIWZ uwzględnił właśnie poziom standardowy, który wykształcił się na rynku dostawców mebli w zakresie segmentu obejmującego meble biurowe. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo ukształtował kryteria oceny ofert. (...)"

Mając powyższe na uwadze Kontrolujący wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2 (licytacja elektroniczna), a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że ponieważ terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Kierując się znaczeniem nadawanym tym pojęciom w języku polskim można przyjąć, że pod pojęciem „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr, czy usług, Tym samym, przedmiot powszechnie dostępny, służy każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. Pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada zatem nabywaniu świadczeń o indywidualnym lub nietypowym charakterze, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, wymagających indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta. Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych, jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Możliwość zastosowania kryterium ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert wymaga zatem, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”. Odnosząc powyższe do przedmiotowego zamówienia na dostawę mebli reprezentacyjnych, stwierdzić należy, iż cechuje je konieczność dostosowania zarówno przedmiotu dostawy, jak i wymaganych od wykonawców dokumentów, do indywidualnych potrzeb zamawiającego opisanych w SIWZ oraz w Szczegółowej specyfikacji technicznej. Wskazuje na to m.in. fakt, iż meble mają być zrobione na wymiar, ale też fakt, że

część z nich charakteryzuje się specyficznym (artystycznym) wyglądem i z całą pewnością nie są to meble powszechnie wykorzystywane do standardowego wyposażenia mieszkań czy biur. Tego typu mebli nie można zaliczyć do mebli powszechnie dostępnych i zaspokajających bieżące potrzeby konsumenckie, gdyż są to meble rzadkie, przeznaczone dla wąskiego grona odbiorców. Nie występują one w ofercie przeciętnej firmy meblarskiej. Również wymóg załączenia przez wykonawców do oferty opisów dostarczanych produktów potwierdzających spełnianie wymagań postawionych w SIWZ, a w przypadku mebli określonych w poz. 1-3, 5, 14, 16 i 18 dodatkowy wymóg, aby ww. opis został dokonany przez wykonawcę w postaci dokładnego rysunku warsztatowego, wymaga od wykonawców posiadania fachowej wiedzy oraz umiejętności pozwalających na sporządzenie rysunków warsztatowych zamawianych produktów, np. posiadanych przez projektantów. Mając na względzie charakter przedmiotowego zamówienia, stwierdzić należy, iż w odniesieniu do większości opisanych mebli wykazanie ich powszechnej dostępności jest praktycznie niemożliwe. Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na dostawy, do których można zaliczyć np. dostawę prostych mebli biurowych, takich jak stoły, krzesła, czy biurka posiadających zestandaryzowane parametry. Jednakże w przypadku dostaw obejmujących dostawę mebli charakteryzujących się znacznym zindywidualizowaniem, wykonywanych ręcznie jak np. „flying carpet rug”, czy też wymagających sporządzenia szczegółowych rysunków warsztatowych przedkładanych do akceptacji Inwestora, nie można mówić o powszechnej dostępności zamawianych produktów. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, czy też liczba złożonych w danym postępowaniu ofert nie przekłada się wprost na powszechność i dostępność danych dostaw. O powszechnej dostępności dostawy nie świadczy bowiem liczba podmiotów, od których na rynku można ją uzyskać, ale to, czy dana dostawa służy zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb przeciętnego nabywcy. Nie można w tym przypadku dowodzić istnienia szerokiego kręgu podmiotów oferujących przedmiotowe dostawy, gdyż jak wskazał sam zamawiający meble będące przedmiotem niniejszego zamówienia stanowią niszę rynkową na rynku meblarskim (pismo z dnia 28 lipca 2016 r. Ad. 4 str. 5 i 6). Nisza rynkowa oznacza bowiem „wąsko zdefiniowaną grupę klientów, którzy szukają ściśle określonych korzyści”¹, jak również „segment rynku lub jego wydzielona część, w której niewielka grupa nabywców, posiadając konkretne potrzeby, gotowa jest zapłacić wyższą cenę za dane dobro lub usługę”. Odnosząc się z kolei do przesłanki "ustalonych standardów jakościowych" wskazać należy, iż oznaczają one powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy/dostaw, niewymagające skomplikowanego opisu. W związku z powyższym, wprowadzenie w przedmiotowym postępowaniu wymogu sporządzenia opisu dostarczanych przedmiotów również w postaci szczegółowego projektu warsztatowego, uwzględniającego warunki postawione przez

zamawiającego w SIWZ, świadczy o tym, iż zamawiane przedmioty nie mają ustalonych standardów jakościowych. Ponadto sama specyfika niektórych z nich w zakresie nietypowych materiałów i kształtów świadczy o braku ustalonych standardów jakościowych.

Mając powyższe na uwadze, Kontrolujący stwierdził, że w tym postępowaniu przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena. W związku z czym, zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez ustalenie jako jedynego kryterium ceny (waga 100%), ponieważ dostawy, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia nie były dostawami powszechnie dostępnych towarów o ustalonych standardach jakościowych. Wskazał ponadto, że nie załączono do protokołu postępowania informacji, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający naruszył art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, zaznaczając, że powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

II. Zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców próbek kolorystycznych mebli określonych w poz. 4 i 6 załącznika nr 6 do SIWZ (por. część X. pkt 13 i 15 SIWZ). Powyższe wskazuje, iż przedmiotowe próbki były żądane przez zamawiającego w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Żądanie ich złożenia nie stanowiło przedmiotu oceny pod kątem kryteriów oceny ofert, gdyż jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu było 100% cena.

Pismem z dnia 16.02.2015 r. zamawiający poinformował wykonawców m.in. o wyniku oceny ofert, wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy ZPH Lumar J. O., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty ww. wykonawcy z wymogami określonymi w SIWZ. Powyższa niezgodność, zdaniem zamawiającego, polegała na przedstawieniu niewłaściwej próbki kolorystycznej dla mebla z poz. 6 załącznika nr 6 do SIWZ (omyłkowo oznaczonego przez zamawiającego jako załącznik 6a). Zamawiający wymagał zaoferowania mebla w kolorze czarnym, wykonawca załączył próbkę w kolorze pomarańczowym. Z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca nie został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia ww. dokumentów, tj. próbek. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny

potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”, w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego, Powyższy przepis został wydany na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, tj. delegacji ustawowej do wydania przedmiotowego rozporządzenia i odnosi się do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Tak więc, próbki wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, stanowią podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty o charakterze przedmiotowym, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, zamawiający, który uznał, iż złożone próbki nie potwierdzają spełniania przez oferowane dostawy, wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ, powinien był wystąpić do wykonawcy o ich uzupełnienie, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a nie stwierdzić, że próbki te nie podlegają uzupełnieniu i odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodną z treścią SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, Kontrolujący uznał, że zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia ww. próbek naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na marginesie wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający opisał warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym: „W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) - należycie wykonali co najmniej 1 dostawę mebli przeznaczonych do użytku biurowego lub do użytku w budynkach użyteczności publicznej (w rozumieniu § 3 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12.4.2002 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie Dz. U. 2002 Nr 75 poz. 690 z późn. zm.), na kwotę nie mniejszą niż

500 000 PLN brutto. Wykonawca ZPH Lumar J.O. złożył wykaz dostaw, z którego wynika, iż na rzecz Gminy Karlino wykonał dostawę mebli do Hali widowiskowo-sportowej w Karlinie na kwotę 1.008.456,00 zł netto. Jednocześnie ze złożonych referencji wynika, iż przedmiotem ww. dostawy było: „część 1. Dostawa, montaż i uruchomienie sprzętu komputerowego, wyposażenia meblowego, sprzętu RTV i AGD, mebli kuchennych, placu zabaw dla dzieci, tzw. Małpiego gaju”, za 1.240.400,88 zł brutto. Na podstawie złożonych referencji oraz wykazu dostaw nie można wywnioskować, jaka konkretnie była wartość brutto dostarczonych mebli przeznaczonych do użytku biurowego lub do użytku w budynkach użyteczności publicznej. Zamawiający w przekazanych Prezesowi Urzędu wyjaśnieniach z dnia 27. 07. 2016 r. wskazał, iż wykonawca ZPH Lumar J.O. nie został wezwany do uzupełnienia wykazu dostaw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na przedstawienie próbki kolorystycznej nie odpowiadającej wymogom SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, Kontrolujący stwierdził, że w sytuacji gdy doszło do przedwczesnego odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy ZPH Lumar J.O. do uzupełnienia wykazu dostaw zawierającego wartość mebli na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

III. Zgodnie z protokołem postępowania (druk ZP-PN) wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w dniu 14. 09. 2014 r. na podstawie planu kosztów. Z treści protokołu (druk ZP-PN) wynika, iż ogłoszenie zostało zamieszczone w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń w dniu 19. 12. 2014 r. Publikacja ww. ogłoszenia nastąpiła w Dz. Urz. UE w dniu 24. 12. 2014 r. Natomiast publikacja na stronie www. zamawiającego nastąpiła w dniu 30. 12. 2014 r. (por. treść notatki służbowej znajdującej się w dokumentacji postępowania). Biorąc pod uwagę najwcześniejszą z podanych dat, tj. 19. 12. 2014 r., z powyższego wynika, iż pomiędzy dniem ustalenia szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia a datą wszczęcia postępowania upłynął okres przekraczający 3 miesiące.

Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Powyższy przepis ustala okresy ważności ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej dla danego zamówienia. W przypadku zamówień na dostawy okres ten wynosi 3 miesiące przed wszczęciem postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Kontrolujący stwierdził, że zamawiający ustalając wartość szacunkową zamówienia z naruszeniem terminu 3-y miesięcznego naruszył art. 35 ust. 1 ustawy Pzp., zaznaczając, że powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

IV. 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. Użyte w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp pojęcie „niezwłoczne” oznacza bez zbędnej zwłoki, z czego wnioskować należy, że najpóźniej następnego dnia po ustaniu przyczyny przetrzymywania wadium zamawiający powinien zwrócić je wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, oferty złożyło 4 wykonawców: 1) ZPH Lumar J.O., 2) SOLIDNI Sp. z o. o., 3) PRODESIGNE Sp. z o.o. s. k., 4) ARTUS Biuro Inżynieryjno Handlowe. W dniu 16.02.2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców drogą elektroniczną, o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy PRODESIGNE Sp. z o.o. s. k. Z pisma zamawiającego przekazanego Prezesowi Urzędu w dniu 19.08.2016 r. wynika, iż w przedmiotowym postępowaniu dokumenty gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez wykonawcę ZPH Lumar J.O. ważnej do dnia 29.03.2015 r. i gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez wykonawcę Solidni Sp. z o.o. ważnej do dnia 30.03.2015 r., zostały zwrócone dopiero w dniu 18.08.2016 r. Z powyższego wynika, iż ww. dokumenty wadialne zostały zwrócone ww. wykonawcom po upływie ponad 18 miesięcy od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Przy czym od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, przedmiotowe gwarancje wadialne były jeszcze ważne przez około półtora miesiąca. W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjęć należy, iż brak zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze, pomimo upływu ponad 18 miesięcy od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, zaznaczając, że powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli podniósł, co następuje:

Odnosząc się do kwestii zastosowanego w kontrolowanym postępowaniu kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert podtrzymał wyjaśnienia przedstawione w piśmie z dnia 28.07.2016 r. Ponownie podkreślił, że przedmiot ww. zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, wobec czego dopuszczalne w jego przypadku było zastosowanie, jako jedyne, kryterium ceny dostawy. Dalej podniósł, że uzasadnione wątpliwości wzbudza przedstawiona w Informacji o wyniku kontroli interpretacja

przesłanek zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. W szczególności, nie sposób przyznać słuszności twierdzeniu, jakoby z właściwym dla produktu „powszechnej dostępności” łatwym dostępem do produktu oraz szerokim gronem potencjalnych dostawców danego towaru tożsamą miała być *powszechna konsumpcja danych dóbr*, na co wydaje wskazywać się Organ przeprowadzający kontrolę. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, jakoby „powszechna dostępność produktu” miałyby oznaczać, iż dany produkt miał *służyć każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb*. Pojęcie powszechnie dostępności rozpatrywać należy pod kątem określenia podaży danego towaru lub usługi, nie zaś popytu na dany przedmiot zamówienia. Znajduje to potwierdzenie m.in. w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17.12.2014 r. (sygn. akt II GSK 1704/13), zgodnie z którym *Usługi powszechnie dostępne to dostawy i usługi, których możliwość nabycia ma każdy konsument bez jakichkolwiek utrudnień (rzeczy i usługi powszechnie oferowane)*. Zamówienia, których powszechnie nie uznaje się za powszechnie dostępne dotyczą m.in. niektórych (co istotne - nie wszystkich) zamówień na roboty budowlane, w szczególności zamówień o dużej złożoności i skomplikowanym, dalece wyspecjalizowanym technologicznie sposobie realizacji czy usług, których świadczenie wymaga specjalistycznych uprawnień, np. usług wykonania kompleksowej dokumentacji architektonicznej i pełnienie nadzoru autorskiego nad robotami budowlanymi. Ponownie wskazał, że powszechna dostępność dostaw danego rodzaju nie może być rozumiana w oderwaniu od realiów rynkowych obowiązujących w danej branży. Meble reprezentacyjne stanowią jeden z segmentów rynku, który jest dostępny w ofercie większości, jeśli nie wszystkich podmiotów trudniących się zawodowo realizacją dostaw z tej branży, trudniących się zarówno sprzedażą hurtową, jak i detaliczną. Należy w tym miejscu bowiem zwrócić uwagę na fakt, iż w przypadku produkcji mebli, w tym mebli o charakterze reprezentacyjnym, nawet na rynku krajowym dostęp do produktu jest praktycznie nieograniczony. Potwierdza to fakt, iż w samym roku 2014, a więc w okresie wszczęcia kontrolowanego postępowania, według danych Ogólnopolskiej Izby Producentów Mebli, polscy producenci wyeksportowali towar o łącznej wartości 33,8 mln zł, co sytuowało ich na czwartym (za Chinami, Niemcami i Włochami) pod względem wartości sprzedaży eksporterem mebli na świecie z rynkowym udziałem 4,5 proc. Jednocześnie, w tamtym okresie Polska zajmowała 7 miejsce w światowym rankingu producentów mebli. Powyższe dane potwierdzają, że przedmiot kontrolowanego zamówienia w pełni spełniał przesłankę „powszechnej dostępności”, niezbędną do zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Odnosząc się do ustalonych standardów jakości, podkreślił, że standard jakościowy należy rozważać także w kontekście danego przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem charakterystyk cechujących daną branżę czy część danego rynku. Wskazał, że użyte w wyjaśnieniach z dnia 28.07.2016 r. określenie *nisza* winno być rozumiane jako segment, dział rynku, w którym wykształciły się odrębne dla poszczególnych działów standardy jakości,

wymagające uwzględnienia przy badaniu dopuszczalności zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, nie zaś - jak wydaje się interpretować Organ sprawujący kontrolę - jako dział rynku, w którym liczba dostawców nie spełnia wymagań potencjalnych odbiorców. Nie zmienia to jednak niezaprzeczalnego faktu, iż ukształtowanie danych standardów jakościowych zaobserwować można również na gruncie usług lub produktów, którym z pełnym przekonaniem przypisać można miano „niszowych”. Ponownie podkreślił, że opis kontrolowanego zamówienia uwzględnił właśnie poziom jakościowy, który wykształcił się na rynku dostawców mebli w zakresie segmentu obejmującego meble biurowe. W konsekwencji, jego zdaniem, Zamawiający prawidłowo ukształtował kryteria oceny ofert w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na marginesie, odnosząc się do odmiennej, zaprezentowanej w Informacji o wyniku kontroli wykładni pojęć „dostępnej powszechności” oraz „ustalonych standardów jakości” z ostrożności zwrócił uwagę na datę ogłoszenia kontrolowanego postępowania, tj. grudzień 2014 roku, a więc zaledwie dwa miesiące po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), przed której wejściem w życie, zastosowanie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w przetargu nieograniczonym nie było poddane omawianym powyżej ograniczeniom. W okresie przeprowadzenia kontrolowanego postępowania natomiast z oczywistych przyczyn przedmiotowe ograniczenia nie były jeszcze poddane tak szerokiej analizie w orzecznictwie i doktrynie; ich wykładnia, w szczególności interpretacja przesłanek zaprezentowana przez Organ, którą uznać należy za stosunkowo daleko odbiegającą od literalnego brzmienia nowo wprowadzonych przesłanek, nie została jeszcze ukształtowana. Powyższe okoliczności dodatkowo potwierdzają, że zastosowanie w kontrolowanym postępowaniu kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert uznać należy za w pełni uprawnione.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty wykonawcy ZPH Lumar J.O. ze względu na niezgodność oferty z wymogami SIWZ stwierdził, że do przedmiotowej sytuacji przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. nie znajdował zastosowania. Podkreślił, że przedmiotowy przepis dotyczy sytuacji, w której wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Co istotne, wykonawca ZPH LUMAR J.O. do złożonej oferty dołączył wymagane przez Zamawiającego próbki, które jednakże potwierdzały, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w treści SIWZ, a wręcz, że jest z nimi sprzeczny. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w doktrynie, m.in. w poglądzie prezentowanym przez J. E. Nowickiego, zgodnie z którym [...] *Użyte w art. 26 ust. 3 sformułowanie "nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1" oznacza, że zamawiający jest obowiązany wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 zarówno wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez*

zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art 25 ust. 1 pkt 1 i 2 {fizyczny brak wymaganych oświadczeń lub dokumentów), jak również wykonawców, którzy złożyli oświadczenia i dokumenty wskazane w art. 25 ust. 1 pkt 1, które nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli natomiast wykonawca w terminie składania ofert złożył oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2, niepotwierdzające, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2. Wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymogów postawionych w SIWZ - w sytuacji, gdy stosowne dokumenty, aczkolwiek niezgodne z wymogami SIWZ zostały już załączone do oferty - byłoby sprzeczne z przepisem art. 82 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a także stanowiłoby obejście przepisu art. 87 ust. 1 p.z.p., statuującego zakaz prowadzenia przez zamawiającego i wykonawcę negocjacji złożonej oferty. W przedmiotowym wypadku nastąpiłoby bowiem nie uzupełnienie, lecz zmiana dokumentu określającego *de facto* specyfikę przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 84 ust. 1 p.z.p. natomiast zmiana złożonej oferty możliwa jest wyłącznie do czasu upływu terminu do składania ofert. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie, m.in. w wyroku KIO z dnia 20.11.2014 r., zgodnie z którym [...] *W piśmiennictwie wskazuje się, że „inaczej sytuacja wygląda, gdy próbka wymagana jest w celu dokonania na jej podstawie oceny złożonej oferty w ramach np. kryterium jakości, parametrów technicznych, funkcjonalności. W tym przypadku próbka stanowi element oferty i jej uzupełnienie prowadziłoby do niedopuszczalnej na gruncie Pzp zmiany treści oferty po wyznaczonym terminie składania ofert,* (wyrok KIO z dnia 20.11.2014 r., KIO 2325/14). Przytoczyć należy również wyrok KIO z dnia 9.07.2013 r., w którym stwierdzono: [...] *Pogląd przeciwny - uznanie za błąd - każdej sytuacji, w której próbka nie potwierdzałaby spełniania wymagań zamawiającego prowadzi do naruszenia art. 82 ust. 1 oraz art. 84 ust. 1 Pzp. Przepisy te stanowią odpowiednio, że wykonawca może złożyć jedną ofertę, a zmiana oferty jest dopuszczalna wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Złożenie - w ramach uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - próbki innego systemu, poprawienie wadliwych funkcjonalności lub wskazanie funkcjonalności pominiętych w próbce złożonej wraz z ofertą stanowi obejście prawa i godzi w zasady wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mają wyznaczony taki sam czas na przygotowanie swoich ofert, który kończy się wraz z upływem terminu składania ofert. W kontrolowanym postępowaniu wykonawca ZPH LUMAR J.O. przestawił próbkę, która jednoznacznie określała czarny kolor oferowanego mebla, co stanowiło sprzeczność z wymogiem SIWZ, przewidującym dla danego mebla kolor pomarańczowy. Ewentualnie „uzupełnienie” próbki sprowadzałoby się natomiast do przedłożenia innej próbki, a więc zmiany treści oferty, a tym samym naruszenia*

powołanych powyżej przepisów ustawy. Tym samym należy stwierdzić, że odrzucenie ofert wykonawcy ZPH Lumar J.O. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. było w pełni uzasadnione i zgodne z przepisami ustawy, w szczególności nie stanowiło naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. Na marginesie jedynie, z daleko posuniętej ostrożności podkreślił, że oferta ZPH Lumar J.O. stanowiła dopiero trzecią pod względem kryterium ceny ofertę złożoną w kontrolowanym postępowaniu. Jej odrzucenie nie miało zatem wpływu na wynik kontrolowanego postępowania. Mając na względzie powyższe okoliczności, tj. wobec wykazania, że odrzucenie oferty wykonawcy ZPH LUMAR J.O. stanowiło działanie zgodne z przepisami ustawy należy stwierdzić, że zawarte w Informacji o wyniku kontroli zastrzeżenia w kwestii wykluczenia ww. wykonawcy ze względu na niewykazanie wymaganego doświadczenia, są pozbawione podstaw. Jak wyjaśniono w piśmie z dnia 28.07.2016 r., wobec faktu, iż oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści SIWZ, wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia dokumentów w innym zakresie było bezprzedmiotowe; nie wpłynęłoby bowiem na konieczność odrzucenia przedmiotowej oferty.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 35 ust. 1 p.z.p. wskazał, że zgodnie z informacją zawartą w piśmie z dnia 23.06.2016 r., kontrolowane postępowanie dotyczyło zamówienia udzielanego w częściach. Szacowanie przedmiotu zamówienia natomiast zostało przeprowadzone zgodnie z przepisem art. 32 ust. 4 p.z.p., tj. jako określenie łącznej wartości wszystkich części zamówienia. Odrębne szacowanie wartości poszczególnych części zamówienia, pomimo ich udzielania w odstępach czasowych dłuższych od przewidzianych w przepisie art. 35 ust. 1 p.z.p. mogłoby natomiast zostać zakwestionowane pod kątem zgodności z przepisem art. 32 ust. 4 p.z.p. Wskazał, że postępowanie na udzielenie części zamówienia poprzedzającej zamówienie udzielone w kontrolowanym postępowaniu zostało wszczęte w dniu 23.10.2014 r., a więc w terminie mieszczącym się w terminie 3-miesięcznym, określonym w przepisie art. 35 ust. 1 p.z.p. Jednocześnie wskazuję, iż udzielając kolejnych części przedmiotowego zamówienia każdorazowo weryfikowane było ewentualne wystąpienie wyjątkowych okoliczności mogących mieć wpływ na zmiany wartości zamówienia, których to okoliczności jednakże nie stwierdzono przy przystępowaniu do postępowań o udzielenie kolejnych części zamówienia. Tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 35 ust. 1 p.z.p. w kontrolowanym postępowaniu jest pozbawiony podstaw.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia przepisu art. 46 ust. 1 p.z.p. wskazał, że zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli twierdzenie o tym, jakoby z użytego w przepisie art. 46 ust. 1 p.z.p. słowa „niezwłocznie” wynikać miał obowiązek zamawiającego do zwrócenia wadium *najpóźniej następnego dnia po ustaniu przyczyny przetrzymywania wadium* jest pozbawione jest podstaw. Jego zdaniem, ustawodawca świadomie nie skonkretyzował terminu, w którym wadium winno zostać wykonawcy zwrócone. Przypisywanie przez Organ kontrolujący dowolnie obranego znaczenia sformułowania użytego w ww. przepisie uznać

należy za nieuprawnione. Tym samym, zarzut naruszenia art. 46 ust. 1 p.z.p. także nie jest uzasadniony.

Odnosząc się do zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych [Prezes stwierdził, co następuje.

Ad. 1) W odniesieniu do zastrzeżeń wniesionych wobec naruszenia określonego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli, tj. naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w pierwszej kolejności zauważył, że zamawiający nie kwestionuje w zastrzeżeniach, że przedmiotem zamówienia były w części meble nietypowe, o specyficznym, artystycznym wyglądzie. Ten fakt nie jest zatem przedmiotem sporu. Zamawiający kwestionuje natomiast sposób rozumienia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, który to przepis ten wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego jako jedynego kryterium oceny ofert, ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na dostawy. Zawarte w treści art. 91 ust. 2a ustawy Pzp terminy „powszechna dostępność” oraz „ustalone standardy jakościowe”, pomimo iż nie zostały zdefiniowane w samej ustawie Pzp, posiadają ugruntowane zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie Prawa zamówień publicznych, jednolite znaczenie, Biorąc pod uwagę fakt, że pojęcia „powszechnej dostępności” oraz „ustalonych standardów jakościowych” zostały użyte także w art. 70 ustawy Pzp, uzasadnione jest skorzystanie w zakresie wykładni art. 91 ust. 2a ustawy Pzp z dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego w związku z interpretacją art. 70 ustawy Pzp. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 28.11.2014 r. sygn. akt KIO/2395/14: „Dostawy lub usługi powszechnie dostępne dotyczą zatem dóbr popularnych, zaspokajających potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Rynek jest nimi nasycony, wszędzie i ciągle są oferowane jako dobra łatwo dostępne, które można nabyć na rynku lokalnym lub regionalnym {por. Ryszard Szostak, Udzielanie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę, Studia Prawnicze, zeszyt nr 2 (172) 2007 r.; stanowisko przywołane również w uchwale Izby z 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09}. Dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym. (...) W piśmiennictwie wskazuje się, że ustalone standardy jakościowe to przede wszystkim powtarzalne parametry techniczne przedmiotu świadczenia (trwałość, wytrzymałość, funkcjonalność, gabaryty itd.) bądź powtarzalne parametry technologiczne lub czynnościowe (przy usługach), chodzi o właściwości przedmiotu świadczenia, które są na tyle znane na rynku, że transakcja nie wymaga rozwiniętego opisu przedmiotu zamówienia i nie należy do transakcji skomplikowanych, jej zawarcie wystarczy poprzedzić przetargiem

uproszczonym charakteryzującym się przeciętną konkurencyjnością postępowania. Nie ma przy tym znaczenia, jak doszło do ustalenia tych standardów na rynku (ustabilizowania właściwości przedmiotu), pod wpływem norm i przepisów technicznych, standaryzacji związanej z procesem oceny zgodności, zwyczajów handlowych, prostego naśladownictwa czy w inny sposób, byleby wszędzie na rynku zamawiany przedmiot świadczenia był taki sam pod względem swoich właściwości {por. Ryszard Szostak, Udzielanie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę, Studia Prawnicze, zeszyt nr 2 (172) 2007 r.,; stanowisko przywołane również w uchwale Izby z 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09}." Także z innych orzeczeń KIO wynika, że termin „powszechna dostępność” powinien być rozumiany jako dotyczący wszystkich, wszystkiego, pospolity, masowy, seryjny, popularny. Natomiast rzeczy powszechnie dostępne to takie, które jako dobra popularne są wszędzie na rynku oferowane. Można je nabywać bez względu na miejsce i czas, a dostęp do nich, co do zasady, nie jest ograniczony lub reglamentowany. W konsekwencji, przez „powszechną dostępność dostaw lub usług” należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwi łatwy dostęp do tych dóbr przez praktycznie nieograniczoną grupę konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług (por. opinia Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę”, podobnie uchwała KIO z dnia 5.10.2011 r., sygn. akt KIO/KD 75/11; uchwała KIO z dnia 26.08.2015 r. sygn. akt KIO/KD 47/15). Wskazał ponadto, że KIO w uchwale z dnia 15.06.2011 r. (sygn. akt KIO/KD 49/11), omawiając pojęcie usług powszechnie dostępnych odniosła się do podaży i popytu, o których pisze zamawiający, stwierdzając, iż usługi „powszechnie dostępne” to takie, które są przez rynek często oferowane, a więc duża jest ich podaż, a przez to nietrudne są do zdobycia i znane przeciętnemu nabywcy. Przez szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek również ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Skoro przeciętny nabywca zna określoną usługę, wie co jest jej przedmiotem i jakie są jej standardy jakościowe, usługi te są powszechnie oferowane, co z kolei oznacza, iż popyt na nie jest również wysoki (służą bowiem zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb), a tym samym świadczy to o nieskomplikowanym charakterze tych usług.

W świetle zwłaszcza powyższej uchwały KIO, nie można uznać, że część mebli zamawianych przez zamawiającego może być uznana za meble powszechnie dostępne o ustalonych standardach, skoro ich standard nie jest dla przeciętnego klienta łatwy do zdefiniowania, co więcej - przeciętny klient na ogół się nie orientuje, że takie meble są możliwe do kupienia i z pewnością meble te nie służą zaspokojeniu bieżących potrzeb i nie ma na nie wysokiego popytu. W związku z przytoczonymi powyżej poglądami wyrażonymi zwłaszcza w orzecznictwie KIO, nie sposób uznać za zasadne, wyrażonego w ramach zastrzeżeń stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym *„w okresie przeprowadzenia kontrolowanego postępowania (...) przedmiotowe ograniczenia nie były poddane tak szerokiej analizie w*

orzecznictwie i doktrynie, a w szczególności interpretacja przesłanek wskazana przez Organ, którą uznać należy za stosunkowo daleko odbiegającą od literalnego brzmienia nowo wprowadzonych przesłanek, nie została jeszcze ukształtowana (...)". Nie można również uwzględnić argumentu zamawiającego wskazującego na 2-miesięczny okres obowiązywania art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania. Od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp wprowadzającej ww. przepis (tj. od 19.10.2014r.) zamawiający był bowiem zobowiązany do jego stosowania, a ponadto, jak wskazano wyżej, w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania istniało zarówno orzecznictwo, jak i ukształtowany pogląd doktryny w zakresie interpretacji ww. terminów zawartych w art. 70 oraz w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Odnosząc się dodatkowo do przesłanki „ustalonych standardów jakościowych” wskazać należy, iż dostawy lub usługi o powszechnie ustalonych standardach jakościowych to takie, których typy lub gatunki są dokładnie określone, znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, standardowym, a nie specyficznym wymaganiom (normom), niewymagające indywidualnego podejścia. Również KIO w wyroku z dnia 28.11.2014 r. (sygn. akt KIO/2395/14) wskazała, iż „ustalone standardy jakościowe” to m.in. powtarzalne parametry techniczne przedmiotu świadczenia (trwałość, wytrzymałość, funkcjonalność, gabaryty itd.). Pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim.

Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu stwierdził, że omawianą dostawę mebli reprezentacyjnych, cechuje konieczność dostosowania zarówno przedmiotu dostawy, jak i wymaganych od wykonawców dokumentów, do indywidualnych potrzeb zamawiającego opisanych w SIWZ oraz w Szczegółowej specyfikacji technicznej. Świadczą o tym następujące fakty: zamawiane meble mają być zrobione na wymiar, część mebli charakteryzuje się specyficznym (artystycznym) wyglądem i nie należy do standardowych mebli, które są powszechnie wykorzystywane jako wyposażenie biur, wykonawcy zobowiązani zostali do dołączenia do oferty opisów dostarczanych produktów potwierdzających spełnianie wymagań postawionych w SIWZ, przy czym w przypadku mebli określonych w poz. 1-3, 5, 14, 16 i 18 ww. opis musiał być dokonany w postaci dokładnego rysunku warsztatowego, co wymaga od wykonawców posiadania fachowej wiedzy oraz umiejętności pozwalających na sporządzenie rysunków warsztatowych zamawianych produktów, np. posiadanych przez projektantów. W świetle powyższych faktów nie można uznać, że część zamawianych mebli jest powszechnie dostępna, powszechnie znana, wykorzystywana i ma ustalone, ogólnie znane i zestandaryzowane parametry jakościowe. Sam zamawiający wyjaśniał, że meble te stanowią niszę na rynku meblarskim, a w zastrzeżeniach dodatkowo wskazuje, że niszą jest dział rynku, w którym wykształciły się odrębne dla poszczególnych działów standardy jakości. Oznacza to,

że ww. nietypowych mebli nie obowiązują ustalone, ogólnie stosowane standardy jakości, ale standardy odrębne, specyficzne dla tej niszy na rynku meblarskim. Skoro zatem zamawiający zdecydował się na połączenie w ramach jednego przedmiotu zamówienia zarówno mebli typowych, jak i mebli nietypowych, określając dla ich wyboru jedyne, cenowe kryterium oceny ofert, dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pp, który nakazuje zamawiającemu ustalenie dodatkowo poza cenowego kryterium oceny ofert dla przedmiotu zamówienia, który nie jest powszechnie dostępny i nie ma ustalonych standardów jakościowych. Na marginesie wskazał, że podane przez zamawiającego dane Ogólnopolskiej Izby Producentów Mebli, odnoszące się do eksportu towaru o łącznej wartości 33,8 mln zł, dotyczą (jak wynika z zastrzeżeń) wszystkich mebli eksportowanych w 2014 r., natomiast przedmiotem niniejszego zamówienia były częściowo meble nietypowe mające pełnić funkcję reprezentacyjną. W związku z powyższym omawiana informacja nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Znaczenie w omawianym przypadku ma niewielki popyt i niestandardowość zamawianej dostawy. Ogólna wartość eksportu mebli nie zmienia faktu, że przedmiotem zamówienia nie są meble typowe. W związku z powyższym przedmiotowych dostaw wraz z montażem mebli reprezentacyjnych dla Muzeum T. Kantora Cricoteka i nowej siedziby Ośrodka Dokumentacji Sztuki T. Kantora w Krakowie, nie można zaliczyć do kategorii „powszechnie dostępnych”, oraz prostych i nieskomplikowanych, czyli o „ustalonych standardach jakościowych”. Niezasadne ustalenie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu kryterium: cena 100%, jako jedyne kryterium oceny ofert, stanowi naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia nr 1 wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następnie nie zasługują na uwzględnienie i podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następnie z dnia 29.08.2016 r. o naruszeniu przez zamawiającego art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Wskazał jednocześnie, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. będący innymi, niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1, państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, w przypadku wyboru ceny jako jedyne kryterium, mają obowiązek wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. W treści złożonych zastrzeżeń, zamawiający nie podważał ustalonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej braku sporządzenia i dołączenia do protokołu niniejszego postępowania ww. załącznika, a tym samym nie podważył ustaleń kontroli Prezesa Urzędu w tym zakresie. Niepodważone naruszenia należy zatem przyjąć za uznane przez zamawiającego.

Ad. 2) Biorąc pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, jak również zapisy zawarte w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z których wynika, że próbki traktowane były jako część oferty wykonawcy, a nie dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu uwzględnił zastrzeżenia do naruszenia nr 2.

Ad. 3) W odniesieniu z kolei do zastrzeżeń wniesionych wobec naruszenia nr 3 stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli, polegającego na naruszeniu art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, na skutek ustalenia wartości szacunkowej zamówienia w terminie dłuższym niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania, ponownie wskazał, że art. 35 ust. 1 ustawy Pzp określa maksymalny dopuszczalny termin na oszacowanie wartości zamówienia, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu (w trybach z ogłoszeniem), niezależnie od tego czy udzielane zamówienie jest jednym zamówieniem niepodzielonym na części, czy też jest zamówieniem udzielanym w częściach, z których każda część udzielana jest w innym terminie i w ramach innego postępowania. Z powyższego przepisu wynika zasada, zgodnie z którą czynność oszacowania wartości zamówienia na dostawy powinna nastąpić nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia danego postępowania. Jeżeli natomiast szacunkowa wartość zamówienia została określona wcześniej, zamawiający zobowiązany jest do ponownego dokonania czynności szacowania zamówienia. W praktyce powinno mieć to miejsce poprzez zaktualizowanie poprzednich ustaleń i załączenie informacji o tym do dokumentacji postępowania, np. poprzez umieszczenie odpowiedniego wpisu do protokołu postępowania, czy też dołączenie dokumentów wskazujących na dokonaną aktualizację. Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał na udzielenie innej części zamówienia poprzedzającej udzielenie kontrolowanego zamówienia w terminie wymaganym przez art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, oraz poinformował, iż udzielając kolejnych części zamówienia każdorazowo weryfikował ewentualne wystąpienie wyjątkowych okoliczności mogących mieć wpływ na zmiany wartości zamówienia. Zamawiający jednak nie przedstawił jakichkolwiek dokumentów potwierdzających powyższą informację i wskazujących na dokonanie aktualizacji wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia po dniu 14.09.2014 r., tj. po terminie wskazanym w protokole postępowania (druk ZP-PN). Zauważył, że ww. przepis jest jednoznaczny i nie przewiduje wyjątków w zakresie terminu szacowania wartości zamówienia. Tym samym, zamawiający dokonując ustalenia wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania naruszył art. 35 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do ww. naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie i tym samym, podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 29.08.2016 r. o naruszeniu przez zamawiającego art. 35

ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. 4) Odnosząc się do zastrzeżeń wniesionych wobec naruszenia nr 4 stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli wskazał, że na gruncie ustawy Pzp brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”, w związku z powyższym przy jego interpretacji należy posłużyć się przepisami Kodeksu cywilnego (dalej: Kc) oraz orzecznictwem sądów powszechnych w tym zakresie (por. art. 14 ustawy Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13.12.2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06), stwierdził: „(...) termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu (...)” (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22.03.2001 r., sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28.04.2004 r., sygn. akt V CK 461/03). Zgodnie z powyższym termin „niezwłocznie” oznacza dokonanie czynności bez zbędnej zwłoki, 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). W związku z tym, termin „niezwłocznie” powinien być zawsze interpretowany w kontekście konkretnego stanu faktycznego, co w przypadku nałożonego na zamawiającego w art. 46 ust. 1 Pzp obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium, po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, oznacza, iż zwrot wadium wykonawcom powinien nastąpić najszybciej jak to możliwe, bez zbędnej zwłoki. Tym samym, w omawianym przypadku przyjąć należy, iż obiektywnie możliwy i uznawany za „niezwłoczny” jest termin zwrotu wadium następnego dnia po ustaniu przyczyny jego przetrzymywania. Natomiast za „niezwłoczny” w żadnym wypadku nie może być uznany zwrot wadium (gwarancji wadialnych) po upływie ponad 18 miesięcy od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zauważyć przy tym należy, że zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, jakie okoliczności faktyczne uniemożliwiły mu zwrot wadium przez okres ponad 18 miesięcy. W związku z tym, że przepis art. 46 ust. 1 Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjąć należy, iż brak zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsza, pomimo upływu ponad 18 miesięcy od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do ww. naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie i tym samym, podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 29.08.2016 r. o naruszeniu przez zamawiającego art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

W konkluzji poinformował, że zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie naruszeń wskazanych w pkt 1, 3 i 4, przekazane zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie nie uwzględnionym przez Prezesa Urzędu nie są zasadne.

Izba, mając na uwadze stan faktyczny sprawy, dokumentację tego postępowania oraz wyjaśnienia i argumentację Zamawiającego, podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że udzielenie zamówienia na „Dostawę wraz z montażem mebli reprezentacyjnych dla Muzeum T. Kantora Cricoteka i nowej siedziby Ośrodka Dokumentacji Sztuki T. Kantora w Krakowie” nastąpiło z naruszeniem art. 91 ust.2a oraz art. 35 ust.1 i art. 46 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W toku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu dokonał stosownej oceny i, jak wskazał, przedmiot zamówienia obejmował w części meble nietypowe, o specyficznym, artystycznym wyglądzie, które miały być zrobione na wymiar. Zamawiający żądał ponadto dołączenia do oferty opisów dostarczanych produktów potwierdzających spełnianie wymagań SIWZ, przy czym w przypadku mebli określonych w poz. 1-3, 5, 14, 16 i 18 opis musiał być dokonany w postaci dokładnego rysunku warsztatowego, co wymagało od wykonawców posiadania fachowej wiedzy oraz umiejętności pozwalających na sporządzenie rysunków warsztatowych zamawianych produktów. W świetle powyższych faktów nie można uznać, że część zamawianych mebli jest powszechnie dostępna, powszechnie znana, wykorzystywana i ma ustalone, ogólnie znane i zestandardyzowane parametry jakościowe. Zamawiający w składanych wyjaśnieniach zwrócił uwagę, że meble te stanowią niszę na rynku meblarskim, a w zastrzeżeniach dodatkowo wskazuje, że niszą jest dział rynku, w którym wykształciły się odrębne dla poszczególnych działów standardy jakości. Dlatego też Izba zgodziła się z Prezesem Urzędu, że do takich nietypowych mebli odnoszą się standardy odrębne, specyficzne dla tej niszy na rynku meblarskim. Podobnie, Izba zwróciła uwagę, że decyzja o połączeniu w ramach jednego przedmiotu zamówienia zarówno mebli typowych, jak i mebli nietypowych, nie pozwalała na zastosowanie tylko jednego cenowego kryterium.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pp: „Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne

kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.”

Tak jak ustalił Prezes Urzędu w przedmiotowym postępowaniu obowiązkowe było ustalenie dodatkowego poza cenowego kryterium oceny ofert dla przedmiotu zamówienia, albowiem we wskazywanym zakresie nie był on powszechnie dostępny o ustalonych standardach jakościowych. Niewątpliwie, mając na uwadze doktrynę i orzecznictwo powołane przez Prezesa Urzędu, pojęcie „powszechnej dostępności” nie może odnosić się do nabywania świadczeń o indywidualnym lub nietypowym charakterze, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, wymagających indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta. Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych, jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Meble, których dotyczy w części zamówienie z całą pewnością nie są powszechnie wykorzystywane do standardowego wyposażenia mieszkań czy biur oraz nie występują w ofercie przeciętnego producenta mebli. Tak jak już wskazano te meble cechowała konieczność dostosowania zarówno przedmiotu dostawy, jak i wymaganych od wykonawców dokumentów, do indywidualnych potrzeb zamawiającego opisanych w SIWZ oraz w Szczegółowej specyfikacji technicznej.

Izba zgodziła się także z twierdzeniem Prezesa Urzędu, że zawarte w przepisie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp terminy „powszechna dostępność” oraz „ustalone standardy jakościowe”, pomimo iż nie zostały zdefiniowane w samej ustawie Pzp, posiadają ugruntowane zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie Prawa zamówień publicznych, jednolite znaczenie, z uwagi na to, te pojęcia zostały użyte także w art. 70 ustawy Pzp. Tym samym uzasadnione jest korzystanie w zakresie wykładni art. 91 ust. 2a ustawy Pzp z dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego w związku z interpretacją art. 70 ustawy Pzp. W związku z tym nie można uznać za zasadne, wyrażone w ramach zastrzeżeń stanowisko zamawiającego, że „w okresie przeprowadzenia kontrolowanego postępowania (...) przedmiotowe ograniczenia nie były poddane tak szerokiej analizie w orzecznictwie i doktrynie, a w szczególności interpretacja przesłanek wskazana przez Organ, którą uznać należy za stosunkowo daleko odbiegającą od literalnego brzmienia nowo wprowadzonych przesłanek, nie została jeszcze ukształtowana (...)”. Nie można także za usprawiedliwienie naruszenia przepisu uznać okresu jego obowiązywania, a mianowicie w przypadku art. 91 ust.2a – dwóch miesięcy w dniu wszczęcia

przedmiotowego postępowania. Tak jak wskazał Prezes Urzędu, od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp wprowadzającej ww. przepis (tj. od 19.10.2014 r.) zamawiający był zobowiązany do jego stosowania, a ponadto, w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania istniało zarówno orzecznictwo, jak i ukształtowany pogląd doktryny w zakresie interpretacji wskazanych pojęć zawartych w art. 70 oraz w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Reasumując, Izba zwraca także uwagę, że w treści wniesionych zastrzeżeń, zamawiający nie podważył ustalonego w Informacji o wyniku kontroli braku sporządzenia i dołączenia do protokołu niniejszego postępowania ww. załącznika, tak jak wymaga tego art. 91 ust. 2a Pzp, który to obowiązek dotyczył tego zamawiającego. Jak wskazał Prezes Urzędu, zamawiający jest instytucją kultury, a więc zobowiązany jest do stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1, co zobowiązywało go (por. art. 91 ust. 2a ustawy) do załączenia do protokołu postępowania (druk ZP-PN) informacji, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Także zastrzeżenia, co pozostałych naruszeń przepisów ustawy Pzp, a dotyczące art. 35 ust. 1 i art. 46 ust. 1 tej ustawy nie są zasadne.

W odniesieniu do naruszenia art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, na skutek ustalenia wartości szacunkowej zamówienia w terminie dłuższym niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania, Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że art. 35 ust. 1 ustawy Pzp określa maksymalny dopuszczalny termin na oszacowanie wartości zamówienia, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu (w trybach z ogłoszeniem), niezależnie od tego czy udzielane zamówienie jest jednym zamówieniem niepodzielonym na części, czy też jest zamówieniem udzielanym w częściach, z których każda część udzielana jest w innym terminie i w ramach innego postępowania. Z powyższego przepisu wynika zasada, zgodnie z którą czynność oszacowania wartości zamówienia na dostawy powinna nastąpić nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia danego postępowania. Jeżeli natomiast szacunkowa wartość zamówienia została określona wcześniej, zamawiający zobowiązany jest do ponownego dokonania czynności szacowania zamówienia. W praktyce powinno mieć to miejsce poprzez zaktualizowanie poprzednich ustaleń i załączenie informacji o tym do dokumentacji postępowania, np. poprzez umieszczenie odpowiedniego wpisu do protokołu postępowania, czy też dołączenie dokumentów wskazujących na dokonaną aktualizację. Zamawiający w zastrzeżeniach wskazał na udzielenie innej części zamówienia poprzedzającej udzielenie kontrolowanego zamówienia w terminie wymaganym przez art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, oraz poinformował, iż udzielając kolejnych części zamówienia każdorazowo weryfikował

ewentualne wystąpienie wyjątkowych okoliczności mogących mieć wpływ na zmiany wartości zamówienia. Zamawiający jednak nie przedstawił jakichkolwiek dokumentów potwierdzających powyższą informację i wskazujących na dokonanie aktualizacji wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia po dniu 14.09.2014 r., tj. po terminie wskazanym w protokole postępowania (druk ZP-PN). Przepis jest jednoznaczny i nie przewiduje wyjątków w zakresie terminu szacowania wartości zamówienia. Tym samym, zamawiający dokonując ustalenia wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania naruszył art. 35 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na dokonanie zwrotu wadium wykonawcom, których oferta nie została uznana za najkorzystniejszą po upływie ponad 18 miesięcy od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, Izba także podzieliła pogląd Prezesa Urzędu o zastosowaniu przy interpretacji użytego w tym przepisie pojęcia „niezwłocznie” - wobec braku definicji legalnej tego pojęcia - przepisów Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz orzecznictwa sądów powszechnych. Zgodnie z tym orzecznictwem, w tym Sądu Najwyższego m.in. w wyroku z dnia 13.12.2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06), *„termin „niezwłocznie” oznacza termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu. Pojęcie to oznacza także dokonanie czynności bez zbędnej zwłoki, 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). Niewątpliwie termin „niezwłocznie” powinien być interpretowany w kontekście konkretnego stanu faktycznego, co w przypadku nałożonego na zamawiającego w art. 46 ust. 1 Pzp obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium, po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, oznacza, iż zwrot wadium wykonawcom powinien nastąpić najszybciej jak to możliwe, bez zbędnej zwłoki. W omawianym przypadku przyjąć należy, że obiektywnie możliwy i uznawany za „niezwłoczny” jest termin zwrotu wadium następnego dnia po ustaniu przyczyny jego przetrzymywania. Natomiast za „niezwłoczny” w żadnym wypadku nie może być uznany zwrot wadium (gwarancji wadialnych) po upływie ponad 18 miesięcy od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tak jak zauważył Prezes Urzędu, w tej sprawie zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, jakie okoliczności faktyczne uniemożliwiły mu zwrot wadium przez okres ponad 18 miesięcy. W związku z tym zatrzymując wadium na tak długi okres bez żadnego uzasadnienia zamawiający naruszył art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.*

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....