

Sygn. akt: KIO/KD 70/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 19 listopada 2019 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 października 2019 r.(data wpływu do UZP 23 października 2019 r.) przez:

Zamawiającego: Szkołę Podstawową nr 50 im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego Prymasa Tysiąclecia w Lublinie, ul. Roztocze 14, 20-722 Lublin dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 7 października 2019 r. UZP/DKZP/WKZ2/425/36(0)/18/PW, KND/27/19/DKZP

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: pn.: „Organizacja wyjazdów turystycznych dzieci, młodzieży i pracowników”, (znak: ZID/01/2018).

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art.154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził z urzędu kontrolę doraźną, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Organizacja wyjazdów turystycznych dzieci, młodzieży i pracowników”, (znak: ZID/01/2018).

W następstwie przeprowadzonej kontroli (pismo z dnia 7 października 2019r. informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej) zostały stwierdzone następujące naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 6, 7 oraz 10 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych zawierającego treść odmienną od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie podstaw wykluczenia, jak i w niezawierającego ustawowo wymaganych informacji, tj.. warunków udziału w postępowaniu, wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert i ich znaczenia.

2. zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, a także zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu opublikowania na stronie internetowej ogłoszenia o zamówieniu, co stanowiło naruszenie art. 40 ust. 1 w zw. z art. 48 ust. 1 ustawy Pzp.

3. zasad przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, oraz przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 37 ust. 2 ustawy Pzp polegające na niezamieszczeniu przez Zamawiającego na stronie internetowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również udostępnieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednemu z wykonawców na pisemny wniosek po wszczęciu postępowania.

4. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia ww. postępowania w konsekwencji stwierdzonych w pkt 1, 2 i 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszeń świadczących o wadliwości postępowania i braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

5. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na złożenie przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu oświadczeń o braku okoliczności skutkujących wyłączeniem z postępowania w sposób nierzetelny, tj.: przed wszczęciem postępowania albo w dniu wszczęcia postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego.

6. art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128), polegające na prowadzeniu protokołu postępowania w sposób nierzetelny, w zakresie wskazanym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający skorzystał w piśmie 17 października 2019 r. (data wpływu do UZP 23 października 2019 r.) z prawa zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

W pierwszej kolejności, Izba stwierdziła, że Zamawiający przyznał okoliczność obligatoryjnego przeprowadzenia przez niego postępowania o uzp w warunkach wydatkowania za pośrednictwem konta szkoły środków wpłaconych przez rodziców na potrzeby związane z wyjazdem dzieci na wycieczkę.

Zamawiający nie zgodził się z interpretacją Prezesa UZP, że ogłoszenie o zamówieniu jest odmienne od treści SIWZ.

Zamawiający w swoich zastrzeżeniach podniósł, że w ogłoszeniu o zamówieniu zostały ujęte elementy niezbędne wykonawcom do określenia:

1. Czego dotyczy zamówienie.
2. Jakie warunki musi spełnić wykonawca, żeby został dopuszczony do postępowania.
3. Czy podlega wykluczeniu.

Stwierdził przy tym, że elementy te zostały określone w sposób ogólny we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz szczegółowo w SIWZ.

Z punktu widzenia Zamawiającego wniosek o dopuszczenie posiada wystarczające dane spełniające jego wymagania wstępne (art. 25a ustawy Pzp).

Nadto, Zamawiający nie zgodził z interpretacją art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przedstawioną w piśmie Prezesa UZP, bowiem ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, a wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego - nie umieszczenie SIWZ na stronie internetowej nie miało wpływu na postępowanie z następujących względów:

1. Każdy zainteresowany wykonawca może w tym przypadku wystąpić do Zamawiającego o udostępnienie SIWZ co zrobiła firma „Almatur” Sp. z o.o.

2. Wniosek o dopuszczenie do postępowania pobrany został przez 326 wykonawców.

3. Po złożeniu wniosku i zaakceptowaniu przez wykonawcę pełna dokumentacja została wysłana do wykonawców.

4. Terminy złożenia wniosków (art. 49 ust.1 ustawy Pzp), jak i termin złożenia ofert (art. 43 ust 1 ustawy Pzp) zostały dochowane.

Zwrócił uwagę, że wnioski zostały złożone przez dwie firmy:

- 1) Biuro Podróży i Turystyki „Almatur” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,
- 2) Polonia Travel Biuro Podróży M. K. z siedzibą w Warszawie.

Zauważył, że jeżeli chodzi o art. 17 ustawy Pzp pracownicy Zamawiającego nie mają powiązań z turystyką o charakterze osobistym, rodzinnym, prawnym lub faktycznym.

Ostatecznie, Zamawiający przyznał okoliczność, że oświadczenia zostały złożone wcześniej, ale zastrzegł, że w trakcie postępowania nic się nie zmieniło.

W związku z powyższym wnosił o uchylenie naruszenia postępowania w zakresie stosowania ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Prezes Urzędu pismem z dnia 4 listopada 2019 r. poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnił zastrzeżeń w nim zawartych i podtrzymał w całości stwierdzone w powyższej Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia przepisów.

Jednocześnie powiadomił Zamawiającego, że zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów obowiązującego prawa.

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w granicach zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

Nadto, Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia, co do faktów są rzetelne i niebudzące wątpliwości.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z powyższych zastrzeżeń.

W pierwszej kolejności, Izba doszła do przekonania, po zapoznaniu się z zastrzeżeniami Zamawiającego, że w zasadzie nie podjął się on jakiegokolwiek polemiki z argumentacją zaprezentowaną przez Prezesa UZP.

W ocenie Izby - Zamawiający nie wykazał, że sporne ogłoszenie o zamówieniu w swojej treści nie było odmienne od treści SIWZ, co miało istotny wpływ na kwalifikację zakresu przyjętych przez Prezesa UZP naruszeń ustawy Pzp.

Nadto, zdaniem Izby – wnioskowanie Zamawiającego, że do przeprowadzenia przetargu ograniczonego wystarczające jest wskazanie jedynie czego dotyczy zamówienie, jakie warunki musi spełnić wykonawca, żeby został dopuszczony do postępowania i czy podlega wykluczeniu, w warunkach podania w ogłoszeniu o zamówieniu innego zakresu warunków udziału w przetargu w stosunku do treści SIWZ, nie jest trafne.

Odnosząc się do kolejnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp należy wskazać, że stosownie do art.48 ust.1 ustawy Pzp do wszczęcia postępowania w trybie przetargu ograniczonego przepisy art. 40 stosuje się odpowiednio.

Natomiast, w myśl przepisu art.40 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

Z akt sprawy wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający nie dopełnił tego obowiązku, czym – według zapatrywania Izby - mógł ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców, wpływając w ten sposób pośrednio na wynik postępowania.

Przekonania Izby w tym zakresie nie zmieniło wskazanie przez Zamawiającego na inne okoliczności świadczące o zainteresowaniu tym zamówieniem przez wykonawców.

Izba podkreśla, że właśnie wskutek naruszenia powołanych wyżej przepisów ustawy Pzp mogli zostać pominięci inni wykonawcy, którzy nie mieli szansy na zapoznanie się z ogłoszeniem na zasadach określonych w powyższych przepisach.

Idąc dalej, należy wskazać, że stosownie do przepisu art.37 ust.2 ustawy Pzp Zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego udostępnia, a w postępowaniu prowadzonym w innym trybie może udostępnić, specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub od dnia wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania w przypadku zamówień lub konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, albo od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w przypadku zamówień lub konkursów, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Podobnie jak w omawianym wcześniej przypadku naruszenia przepisów ustawy Pzp, Izba traktuje niezamieszczenie SIWZ na stronie Zamawiającego, jako naruszenie cyt. wyżej przepisu, które skutkuje zawężeniem kręgu podmiotów zainteresowanych przetargiem ograniczonym.

Potwierdziło się również naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.17 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp, bowiem z treści tego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że pracownicy Zamawiającego chcąc złożyć oświadczenie o braku podstaw do wyłączenia muszą zbadać możliwość wystąpienia okoliczności, o których mowa w ust.1.

Według Izby - stwierdzenie ich braku w oparciu o znajomość danych o wykonawcy zobowiązuje te osoby do złożenia stosownego oświadczenia opisanego w ust.2.

Natomiast, nieznanostwo tych wykonawców – w ocenie Izby - nie dawała pracownikom Zamawiającego podstawy do wcześniejszego złożenia takiego oświadczenia.

Do prawidłowego zastosowania powyższych przepisów nie ma znaczenia okoliczność wewnętrznego przekonania pracowników Zamawiającego, że nie mają oni powiązań osobistych, rodzinnych, prawnych lub faktycznych z turystyką.

Ostatecznie, Zamawiający w swoich zastrzeżeniach w ogóle nie odniósł się zarzutu Prezesa UZP dotyczącego naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a także art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128), polegającego na zaniechaniu unieważnienia przetargu w granicach powołanego wyżej przepisu ustawy Pzp, a także na prowadzeniu protokołu postępowania w sposób nierzetelny, w zakresie wskazanym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W związku z tym Izba, przyjęła, że Zamawiający przyznał w tej mierze ustalenia Prezesa UZP, a zatem Izba uznała motywację kontrolującego uznającą naruszenie przez Zamawiającego cyt. wyżej przepisów prawa za w pełni uzasadnioną.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....