

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Gdańska Infrastruktura Wodociągowo – Kanalizacyjna Sp. z o.o. ul. Kartuska 201 80 – 122 Gdańsk
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	budowa kanalizacji sanitarnej w ul. Kartuskiej pomiędzy ul. Zwierzyniecką, a ul. Szczytników oraz przebudowa sieci wodociągowej w ul. Kartuskiej, Borsuczej i Rysiej w Gdańsku
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	07.09.2018 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2018/S 174 – 395575
Wartość zamówienia:	3.491.325,86 zł, co stanowi równowartość 809.733,02 euro - wartość kontrolowanego zamówienia; 69.826,52 zł, co stanowi równowartość 16.194,66 euro wartość zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp

Środki UE: Fundusze Europejskie Infrastruktura i Środowisko
w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i
Środowisko na lata 2014 - 2020

Rodzaj procedury: zamówienie sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie:

1) art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezwrócenie, niezwłocznie po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wadium wykonawcy „WOD-KAN-GRZENKOWICZ” Sp. z o.o.;

2) art. 11 ust. 7d ustawy Pzp poprzez umieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego przed publikacją ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, otwarcie ofert odbyło się w dniu 23 października 2018 r. Do upływu terminu składania ofert złożono następujące oferty:

- 1) ZUK Sp. z o.o.;
- 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WOD-KAN-GRZENKOWICZ” Sp. z o.o.

W dniu 6 grudnia 2018 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę ZUK Sp. z o.o.

Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego z dnia 14 stycznia 2019 r., przekazanych Prezesowi Urzędu w toku prowadzonej kontroli uprzedniej, zamawiający dokonał zwrotu wadium w dniu 14 stycznia 2019 r. wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza tj. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WOD-KAN-GRZENKOWICZ” Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż na gruncie ustawy Pzp, brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 ustawy Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził: „użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc” (podobne stanowisko zajął

Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (arg. z art. 354 § 1 Kc) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc).

Tym samym, termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp należy interpretować w ten sposób, że po nastąpieniu momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ww. przepisu. Powyższe oznacza, iż dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjąć należy, iż brak zwrotu wadium wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WOD-KAN-GRZENKOWICZ” Sp. z o.o., pomimo upływu 39 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania ogłoszenie o zamówieniu zostało:

- przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 7 września 2018 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 września 2018 r. pod nr 2018/S 174-395575;
- zamieszczone na stronie internetowej – www.giwk.pl od dnia 7 września 2018 r. do dnia 23 października 2018 r.

W punkcie 6.3. protokołu postępowania (druk ZP-PN) zamawiający wskazał, iż: „*Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej www.giwk.pl od dnia 7 września 2018 r. do dnia 23 października 2018 r.*”. W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 11 stycznia 2019 r. zamawiający został poproszony o uzupełnienie dokumentacji kontrolowanego postępowania o dokument potwierdzający publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a także poprawienie wypełnionego pkt 6 protokołu (druk ZP-PN) w przedmiocie informacji dotyczącej numeru opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu, jak również daty jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ponadto o

uzupełnienie dokumentu potwierdzającego, czy zamawiający udostępnił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie wraz z adnotacją przez jaki okres czasu ogłoszenie było zamieszczone w siedzibie zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający, przy piśmie z dnia 14 stycznia 2019 r. (znak: EZ/2019/PD/121/WK), załączył dokument potwierdzający publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wraz z mailowym potwierdzeniem ze strony www.ted.europa.eu. Ponadto, zamawiający w powyższym piśmie podkreślił, iż *„Jednocześnie oświadczam, że zgodnie z pkt 6.4 Protokołu, ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego. Stosowna informacja była zamieszczona w protokole, w załączeniu ogłoszenie zamieszczone na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego.”*

Zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, zamieszczenie ogłoszeń w sposób określony w ust. 5, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w ust. 7c, nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Z postanowień zawartych w art. 11 ust. 5 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie, którego zamieszczenie w Biuletynie ze względu na wartość zamówienia albo konkursu nie jest obowiązkowe. Z kolei na mocy art. 11 ust. 7c ustawy Pzp zamawiający może dodatkowo zamieścić ogłoszenie w inny sposób niż określony w ust. 1, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim. Zauważyć należy, że przepis art. 11 ust. 7d ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 52 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Stanowi on, że ogłoszeń, o których mowa w art. 48, 49 i 50 (odpowiednio: wstępne ogłoszenie informacyjne, ogłoszenie o zamówieniu, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia), oraz informacji w nich zawartych nie można publikować na poziomie krajowym przed publikacją zgodnie z art. 51 (*„Forma i sposób publikacji ogłoszeń”*), niemniej jednak publikacja na poziomie krajowym może w każdym przypadku mieć miejsce, gdy instytucje zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia zgodnie z art. 51. Brzmienie oraz cel przepisu art. 52 ust. 1 dyrektywy są jednoznaczne. Celem tym jest zapewnienie pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym. Powyższe ma znaczenie z uwagi na konieczność poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, również na poziomie całej Unii Europejskiej. Skutek ten nie zostałby zapewniony, gdyby na poziomie krajowym treść ogłoszenia była publikowana wcześniej niż w oficjalnym unijnym

publikatorze. Art. 52 dyrektywy dotyczy wszystkich ogłoszeń krajowych, o czym świadczy nie tylko jego brzmienie ale i tytuł przepisu „*Publikacja na poziomie krajowym*”. Chcąc więc zapewnić osiągnięcie celu i brzmienia art. 52 ust. 1 dyrektywy należy wyklądać przepis art. 11 ust. 7d ustawy Pzp w ten sposób, iż zakaz publikacji ogłoszeń przed dniem publikacji ich w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (lub upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia) dotyczy wszystkich bez wyjątku ogłoszeń publikowanych na poziomie krajowym, zarówno ogłoszeń dobrowolnych jak i ogłoszeń obowiązkowych, w tym ogłoszeń z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazano w wyroku TS UE z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, sądy krajowe stosując przepisy prawa krajowego są zobowiązane do wykładni tego prawa zgodnie z treścią i celem dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe. W powyższym wyroku, Trybunał wskazywał, iż: „(...) *stosując prawo krajowe, niezależnie czy dane przepisy zostały przyjęte przed czy po dyrektywie, sąd krajowy wezwany do przeprowadzenia ich wykładni zobowiązany jest zrobić to, w największym możliwym stopniu, w świetle treści i celu dyrektywy, dla osiągnięcia jej rezultatu (...)*”. Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zamawiający zamieszczając na stronie internetowej (tj. w inny sposób niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) ogłoszenie o zamówieniu przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej zamawiający dopuścił się naruszenia art. 11 ust. 7d ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.