

KU/113/17/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

- Zamawiający:** Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ – SYSTEM S.A.
ul. Mszczonowska 4
02 – 337 Warszawa
- Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane
- Przedmiot zamówienia:** Wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Budowa gazociągu DN1000, MOP 8,4 MPa Strachocina-Pogórska Wola wraz z infrastrukturą towarzyszącą”.
- Data wszczęcia postępowania:** 08.04.2017 r.
- Numer ogłoszenia o zamówieniu:** 2017/S 070-133118
- Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony (art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
- Wartość zamówienia:** 429 635 638,16 zł (102 909 204,57 euro), w tym:
- wartość robót budowlanych: 226.448.115,39 zł (54 240 368,72 euro),
- wartość dostaw inwestorskich: 191 865 117,00 zł (45 956 817,40 euro)
- wartość zamówień podobnych: 11 322 405,77 zł (2 712 018,44 euro)

Środki UE: Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 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 związku 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, zarzuca zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie zawartego w nim wyłączenia w zakresie przesłanek wykluczenia;
- 2) naruszenie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie przez zamawiającego wskazania przez wykonawcę już na etapie składania ofert części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania ich nazw (firm);
- 3) naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zwrócenie wadium po upływie ponad dwóch miesięcy od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 4) naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nie zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) zmiany terminu składania i otwarcia ofert z 13.06.2017 r. na 27.06.2017 r. w wyniku dokonania tej zmiany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”).

UZASADNIENIE

1) Naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału IX ust. 1 SIWZ oraz Sekcji III.1.1) ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał m.in. dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Odpowiednio w stosunku do wykonawców

zagranicznych – dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Jednocześnie stwierdzić należy, że zamawiający - Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz - System S.A. jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia jest zobowiązany stosować przepisy Rozdziału 5 (Zamówienia Sektorowe) Działu III (Przepisy szczególne) ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp.

Powyższe zamawiający potwierdził w toku kontroli pismem z dnia 02.11.2017 r. wyjaśniając, że w przedmiotowej sprawie działał na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy zauważyć, że przywołane powyżej zapisy SIWZ i ogłoszenia nie zostały przez zamawiającego, będącego zamawiającym sektorowym, ograniczone poprzez zastrzeżenie zastosowania art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d), oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d).

Tym samym należy uznać, że zamawiający zastosował w stosunku do wykonawców w przedmiotowym postępowaniu szersze podstawy wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych, co powoduje naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) Naruszenie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdziałem XXIV ust. 1 i ust. 2 SIWZ: „Zamawiający dopuszcza udział podwykonawców w realizacji zamówienia. Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy/om i podania przez wykonawcę firm podwykonawcy/ów”.

Wykonawca ma obowiązek (zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp) wskazać w JEDZ części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać firmy podwykonawców.

W piśmie z dnia 26.05.2017 r. w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców: „Pytanie nr 7 (...). Prosimy o korektę zapisu poprzez dopuszczenie możliwości wskazania przez wykonawcę w ofercie jedynie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, bez podania nazwy firm, jeżeli firmy podwykonawcze nie będą wykonawcy znane na tym etapie”, zamawiający udzielił następującej odpowiedzi, wskazując, iż „(...) nie dopuszcza zmiany postanowienia zawartego w Rozdziale XXIV ust. 2 SIWZ. Zamawiający wskazuje, że przywołane postanowienie wynika z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp stosownie, do którego zamawiający żąda

wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny i powszechnie obowiązujący. Zamawiający jest zobligowany do postępowania zgodnie z przywołaną normą prawną.”

Przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp skierowany jest do zamawiającego, który to żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Co do wykonawców zauważyć należy, że we wskazanym przepisie, ustawodawca posługuje się pojęciem „zamiaru”, co wskazywałoby, że wykonawca ma podać na etapie składania oferty - w przypadkach gdy część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, co zamawiający dopuścił – firmy, nazwy proponowanych podwykonawców, które są mu na daną chwilę znane. Także treść art. 71 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazuje, że w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców. Interpretacja przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp dokonana przez pryzmat przepisów wspólnotowych jest niewątpliwie właściwa, gdyż przepis ten odnosi się w swej treści do „podania ewentualnych proponowanych podwykonawców”, zatem „zamiar” o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę.

Należy również wskazać, iż przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie wprowadza granicy czasowej kiedy podanie tych firm, nazw podwykonawców ma nastąpić. Zamawiający nie dokonuje weryfikacji podwykonawców wyłącznie do upływu terminu składania ofert, a przeciwnie wobec możliwości dokonania takiej zmiany (firmy podwykonawcy) na późniejszym etapie postępowania zmuszony jest dokonać takiej weryfikacji na przykład na etapie wykonawstwa.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że skoro brzmienie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie odnosi się wyłącznie do etapu oceny oraz wyboru oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, nie można nakazać wykonawcy, aby już na etapie składania oferty, był on zmuszony do podania danych podwykonawców oraz informacji o zakresie prac, które zamierza powierzyć im do realizacji. Tym samym, zamawiający określając wymóg wskazania przez wykonawcę już na etapie składania ofert części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania ich nazw (firm), naruszył art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3) Naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

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.

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 27.06.2017 r. Do upływu wyznaczonego terminu złożono 3 oferty: XX.

Pismem z dnia 01.09.2017 r. zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez XX.

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 07.11.2017 r. poproszono zamawiającego o uzupełnienie m.in. pism potwierdzających zwrot wadium. Zamawiający przy piśmie z dnia 08.11.2017 r. uzupełnił dokumentację, z której wynika, iż zwrotu wadium dokonano przy pismach z dnia 08.11.2017 r. nw. wykonawcom, tj. XX.

W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjąć należy, iż brak zwrotu wadium wykonawcy którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo upływu ponad dwóch miesięcy od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4) Naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

W wyniku modyfikacji SIWZ dokonanej w dniu 09.06.2017 r. zamawiający zmienił m.in. termin składania i otwarcia ofert z 13.06.2017 r. na 27.06.2017 r. Zamawiający nie dokonał natomiast zmiany powyższego zapisu w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Stosownie do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż zamawiający nie zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) informacji o zmianie terminu

składania i otwarcia ofert z 13.06.2017 r. na 27.06.2017 r. przy jednoczesnym dokonaniu tej zmiany w treści SIWZ, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 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.