

KU/149/17/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miasto Katowice ul. Młyńska 4 40-098 Katowice
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	rozbudowa DK 81 na odcinku ul. Kościuszki z budową węzła Armii Krajowej w Katowicach – Etap IV w ramach zadania inwestycyjnego: Rozbudowa DK nr 81 od węzła autostrady A4 z DK 86 do budowanego węzła z ul. Armii Krajowej
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	20.06.2017 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2017/S 118-236170
Wartość zamówienia:	97.507.261,79 zł (23.355.592,18 euro); łączna wartość zamówienia wynosi: 407.271.010,30 zł (97.552.279,17 euro)

Środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko
2014-2020

Rodzaj procedury: zamówienie klasyczne

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 naruszenie art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej.

UZASADNIENIE

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, ogłoszenie o zamówieniu zostało:
- przekazane w formie elektronicznej Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 118 - 236170 z dnia 22 czerwca 2017 r.;

- zamieszczone na stronie internetowej <http://bip.katowice.eu> i w siedzibie zamawiającego od dnia 20 czerwca 2017 r. do dnia 7 sierpnia 2017 r.

Powyższe ustalenia potwierdza m.in. przekazana do kontroli kopia ogłoszenia o zamówieniu, na której widnieje pieczętka o treści, cyt.: „Wywieszono na tablicy ogłoszeń dnia 20.06.2017 r., zdjęto dnia 7.08.2017 r., podpis (...)”, a także pismo zamawiającego z dnia 5 grudnia 2017 r., w którym wyjaśnił, że „ogłoszenie o zamówieniu zostało umieszczone na stronie internetowej (BIP) zamawiającego w dniu 20 czerwca 2017 r. (...). W momencie publikacji ogłoszenia zamawiający interpretował przepis art. 11 ust. 7d ustawy Pzp w ten sposób, że odnosi się on do ogłoszeń, o których mowa w art. 11 ust. 5 ustawy Pzp – to jest ogłoszeń, których publikacja nie jest obowiązkowa, a także ogłoszeń, o których mowa w art. 11 ust. 7c ustawy Pzp – w którym również mowa jest o dodatkowej, nieobligatoryjnej publikacji ogłoszeń („zamawiający może dodatkowo zamieścić ogłoszenie”). Tak więc zamawiający nie odnosił przepisu art. 11 ust. 7d ustawy Pzp do publikacji, która jest obowiązkowa, a więc na stronie internetowej zamawiającego oraz w siedzibie.”

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. Natomiast stosownie do 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. W tym miejscu zauważyć należy, że przepis art. 11 ust. 7d ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 72 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. Stanowi on, że ogłoszeń, o których mowa w art. 67–70, oraz informacji w nich zawartych nie można publikować na poziomie krajowym przed publikacją na mocy art. 71. Niemniej jednak publikacja na poziomie krajowym może tak czy inaczej mieć miejsce, gdy podmioty zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia zgodnie z art. 7.

Jak wskazano w wyroku TS UE w z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson), sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu 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, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 wynika, że wykładnia pronijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible*). 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).

Brzmienie i cel przepisu art. 72 ust. 1 dyrektywy są jednoznaczne. Celem tym jest zapewnienie pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym. Powyższe ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, również na poziomie całej Unii. Skutek ten nie zostałby zapewniony, gdyby na poziomie krajowym treść ogłoszenia była publikowana wcześniej niż w oficjalnym unijnym publikatorze. Nie ulega także wątpliwości, że art. 72 dyrektywy dotyczy wszystkich ogłoszeń krajowych, o czym świadczy nie tylko jego brzmienie ale i tytuł przepisu „publikacja na poziomie krajowym”.

Chcąc zatem zapewnić osiągnięcie celu i brzmienia art. 72 ust. 1 dyrektywy należy wyklądać przepis art. 11 ust. 7d Pzp w ten sposób, że zakaz publikacji ogłoszeń przed dniem publikacji ich w Dzienniku Urzędowym Unii (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 Pzp.

Wobec powyższego należy wskazać, że zamieszczając na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego (tj. w inny sposób niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) ogłoszenie o zamówieniu przed ich 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.