

KU/62/19/DKZP

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

Zamawiający:	Veolia Energia Poznań S.A. ul. Energetyczna 3 61-016 Poznań
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia	Efektywna dystrybucja ciepła – Etap I – Pzp cz. „F” z podziałem na 4 zadania. Zadanie 1: Budowa osiedlowej sieci ciepłej w rejonie ul. Bukowskiej/Świt w Poznaniu; Zadanie 2: Budowa sieci ciepłej i przyłączy Poznań os. Księdza Popiełuszki – zadanie 3 i 4; Zadanie 3: Budowa osiedlowej sieci ciepłej do budynków mieszkalnych w rejonie ulic: Marcelińska, Rycerska, Husarska, Kanclerska, Cześniłowska w Poznaniu; Zadanie 4: Przebudowa osiedlowej sieci kanałowej w rejonie ul. Świt – Jasienna – Swoboda na Grunwaldzie w Poznaniu
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	08.02.2019 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2019/S 028-061405

Wartość zamówienia: całkowita wartość zamówienia: 96.381.397,00 zł (tj. 22.353.456,18 euro);
wartość kontrolowanego zamówienia: 5.610.231,00 zł (tj. 1.301.164,51 euro) w tym:
Zadanie 1 – 565.000,00 zł (tj. 111.770,76 euro);
Zadanie 2 – 2.848.000,00 zł (tj. 633.357,61 euro);
Zadanie 3 – 1.730.340,00 zł (tj. 341.347,50 euro);
Zadanie 4 – 966.700,00 zł (tj. 214.688,64 euro)

Środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 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 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. 11 ust. 7d ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w siedzibie zamawiającego (tj. w inny sposób niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) ogłoszenia o zamówieniu przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej;
2. art. 42 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udostępnienie na stronie internetowej zamawiającego Specyfikacji istotnych warunków przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
3. art. 40 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego.

UZASADNIENIE

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

- przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną w dniu 05.02.2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 028-061405 z dnia 08.02.2019 r.;

- zamieszczone w siedzibie zamawiającego (na tablicy ogłoszeń) od dnia 06.02.2019 r.

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 prounijna 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 ustawy 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 udostępniając 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.

2. Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.02.2019 r. pod numerem 2019/S 028-061405. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (siwz) została udostępniona na platformie zakupowej zamawiającego (www.veolia.ezamowiajacy.pl) od dnia 06.02.2019 r. do dnia 29.03.2019 r.

Zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, siwz udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert.

Udostępnienie przez zamawiającego siwz na stronie internetowej od dnia 06.02.2019 r. do dnia 29.03.2019 r., pomimo publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.02.2019 r. stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Jak wynika z dokumentacji postępowania ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 05.02.2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 08.02.2018 r. pod numerem 2019/S 028-061405. Ponadto, z protokołu postępowania (druk ZP-PN) wynika, że zostało ono również

zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym, czyli w siedzibie zamawiającego. Natomiast z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego w piśmie z dnia 29.05.2019 r. i 16.07.2019 r. wynika, że ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone na stronie internetowej.

Zamawiający, stosownie do treści art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Przepis ten zatem wskazuje, iż wszczęcie postępowania następuje zasadniczo w dniu zamieszczenia przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie i na stronie internetowej. Niezależnie od powyższego, przy założeniu, iż ogłoszenie o zamówieniu publicznym stanowi oświadczenie woli, przy rozstrzygnięciu w sprawie terminu wszczęcia postępowania posiłkować można się również przepisami kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 61 § 1 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Biorąc pod uwagę, iż adresatem ogłoszenia są wykonawcy, należy uznać, iż oświadczenie woli zamawiającego o wszczęciu postępowania jest skutecznie złożone z chwilą, z którą mogą się oni zapoznać z jego treścią, a więc w momencie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje w dniu uzewnętrznienia woli zamawiającego, czyli opublikowania ogłoszenia o zamówieniu (nie dotyczy trybów bez ogłoszenia). Dniem wszczęcia postępowania będzie więc co do zasady data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej, albo data opublikowania ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej – jeśli ogłoszenie w tych publikatorach zostało opublikowane wcześniej niż na stronie internetowej lub w siedzibie. Wszczęcie postępowania następuje zatem z chwilą ziszczenia się tych zdarzeń.

Tym samym, niezamieszczenie przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej stanowi naruszenie art. 40 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykazane 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.