

KU/14/17/DKZP

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

Zamawiający:	Miasto Zielona Góra ul. Podgórna 22 65-424 Zielona Góra
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	budowa mostu przez rzekę Odrę wraz z budową nowego przebiegu drogi wojewódzkiej nr 282 – Etap I Rozbudowa skrzyżowania dróg wojewódzkich nr 282 i 279 w Zielonej Górze, ul. Racula – Głogowska (DW 282 od km 10+590 do km 10+870)
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	03.02.2017 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2017/S 027-047029
Wartość zamówienia:	9.325.527,00 zł (tj. 2.233.712,66 euro) – wartość kontrolowanego postępowania, 98.756.422,00 zł (tj. 23.654.799,40 euro) – całkowita wartość zamówienia
Środki UE:	TAK / Regionalny Program Operacyjny - Lubuskie 2020

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

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

- przekazane w formie elektronicznej Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 3 lutego 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2017/S 027 - 047029 z dnia 8 lutego 2017 r.,
- zamieszczone na stronie internetowej www.bip.zielona-gora.pl od dnia 3 lutego 2017 r.,
- zamieszczone w siedzibie zamawiającego od dnia 3 lutego 2017 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.

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.

2. Zamawiający w pkt 32.3 siwz zapisał, iż *„wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie krótszym niż 5 dni, zobowiązany jest do złożenia aktualnych na dzień ich złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 7.3 siwz [tj. Dokumenty i oświadczenia wymagane od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona – dop. wł.]”*.

Jak wynika z protokołu postępowania, szacunkowa wartość niniejszego zamówienia wynosi 9.325.527,00 zł, tj. 2.233.712,66 euro. Przedmiotowe zamówienie stanowi jednocześnie część większego zamówienia, którego szacunkowa wartość wynosi łącznie 98.756.422,00 zł, tj. 23.654.799,40 euro.

Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Tym samym należy uznać, że wartość kontrolowanego zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5.225.000 euro (wskazaną dla robót budowlanych

w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Dz.U. z 2015 r., poz. 2263 ze zm.).

Wobec powyższego do udzielenia przedmiotowego zamówienia powinny znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Termin „nie krótszy niż 5 dni” dotyczy zamówień o wartości mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (art. 26 ust. 2 ustawy Pzp).

Minimalną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawiera art. 36 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Oprócz informacji wskazanych w tych przepisach siwz może zawierać także inne, np. dotyczące terminu złożenia dokumentów. Siwz jest podstawowym dokumentem, niezbędnym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a informacje w niej zawarte nie mogą być sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższym, zamawiający określając w siwz kontrolowanego postępowania „nie krótszy niż 5 dni” termin złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, naruszył art. 36 ust. 1 i 2 w zw. z 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania zwłaszcza wobec faktu, iż jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, zamawiający wyznaczył ponad 10-dniowy termin złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp

3. Zamawiający w pkt 35.2) siwz zapisał, iż „zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie liczonym od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, nie krótszym niż:

a) 5 dni – jeżeli zawiadomienie przesłano w sposób, o którym mowa w pkt 37.2) siwz [tj. drogą elektroniczną – dop. wł.];

b) 10 dni – jeżeli zawiadomienie zostało przesłane w inny sposób”.

Zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie nie krótszym niż 10 dni od

dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z kolei w art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazano, że w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp ww. terminy wynoszą odpowiednio – 5 i 10 dni.

Jak już zostało wskazane w ww. naruszeniu nr 2, do udzielenia przedmiotowego zamówienia powinny znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, zamawiający określając w siwz termin zawarcia umowy w powyższy sposób, naruszył art. 36 ust. 1 i 2 w zw. z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 22 maja 2017 r., a umowa nadal nie została zawarta.

4. Zamawiający w pkt 41.1.7) siwz wskazał, że *„odwołanie wobec czynności innych niż określone w pkt 41.1.5) i 6) siwz wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”*.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia;

2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jak już zostało wskazane w ww. naruszeniu nr 2, do udzielenia przedmiotowego zamówienia powinny znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, zamawiający określając w pkt 41.1.7) siwz termin na wniesienie odwołania w powyższy sposób, naruszył art. 36 ust. 1 i 2 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania zwłaszcza wobec faktu, iż jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, w postępowaniu nie wnoszono odwołań.

5. Zamawiający zapisał w Sekcji III.1.2.3 ppkt 4 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 7.3.4) siwz – „*Dokumenty i oświadczenia wymagane od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona*”, iż wezwie wykonawcę najwyżej ocenionego o „*pisemne zobowiązanie lub inne dokumenty, o których mowa w pkt 6.3. siwz, o ile wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp wraz z pełnomocnictwem lub innym dokumentem określającym zakres umocowania do reprezentowania podmiotu zobowiązanego*”. W pkt 7.4 siwz wskazano, że „dokumenty i oświadczenia wymienione w (...) pkt 7.3 siwz – składa wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona w terminie wyznaczonym w wezwaniu, o którym mowa w pkt 32.2 siwz – dokumenty i oświadczenia muszą być aktualne na dzień ich złożenia”.

W toku postępowania, pismem z dnia 5 maja 2017 r. zamawiający wezwał wykonawcę ZPB XXXXX Budownictwo Sp. z o.o. o złożenie ww. dokumentu odnośnie podmiotu trzeciego, na którego wiedzy i doświadczeniu wykonawca polegał.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących do z nim stosunków prawnych. Z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wynika, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej

przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument.

Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym, zamawiający wskazując w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz, iż będzie wymagał przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego – w sytuacji kiedy wykonawca będzie się powoływał na jego zasoby – na etapie wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a nie wraz ze składaną ofertą, stanowi naruszenie art. 22a ust. 1 w zw. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, wykonawca BUDIMEX S.A. zwrócił się do zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp z pytaniem dotyczącym treści zapisów siwz, cyt.: „wg zapisów siwz pkt 13.2. *„zamawiający zgodnie z art. 36b ustawy Pzp żąda podania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania ich nazw (firm)”* oraz wg formularza oferty pkt 6, wynika, że w formularzu oferty jednoznacznie należy wskazać czy inwestycja zostanie zrealizowana samodzielnie czy przy udziale podwykonawców wraz z powoływaniem się na konkretne firmy podwykonawcze, natomiast w JEDZ część II sekcja D, pozwala się wstępnie wskazać, że zadanie zostanie wykonane przez podwykonawców i o ile jest to wiadomo należy podać nazwy tych podmiotów. Na etapie przetargu często nie można określić podwykonawców, zbierane są oferty od różnych firm na określone zakresy i dopiero po rozstrzygnięciu dochodzi do ostatecznego ustalenia z jakimi podwykonawcami zostaną podpisane umowy. Prosimy o wyjaśnienie:

A) Czy w takim przypadku zamawiający dopuści wpisanie w formularzu oferty pkt (6) *„na etapie przetargu nazwa podwykonawcy nie jest znana”*?

B) Czy jeżeli na etapie przetargu nie zostaną wskazani podwykonawcy- samodzielne wykonanie w pkt 6) Formularza Oferty, to czy po wybraniu oferty wykonawca będzie mógł powierzyć część zamówienia wybranym podwykonawcom?"

W odpowiedzi na powyższe pytanie, w piśmie z dnia 15 lutego 2017 r. zamawiający udzielił następującej odpowiedzi, cyt.: „ofertę należy sporządzić zgodnie z wymaganiami siwz – zamawiający zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Ponadto zgodnie z art. 25a ust. 5 wykonawcy, którzy zamierzają powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu składają JEDZ dotyczące tych podwykonawców – wymóg ten został zawarty w pkt 7.6.a) siwz. Natomiast zgodnie z pkt III - IV instrukcji wypełnienia JEDZ opracowaną przez Urząd Zamówień Publicznych (złączoną wraz z siwz na stronie www.bip.zielona-gora.pl) wraz z ofertą przedstawia się formularze JEDZ dotyczące podwykonawców wskazanych przez wykonawcę, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia. Również w opisie części II sekcji D ww. instrukcji UZP wskazuje m.in. „(...) wykonawca może zlecić wykonanie zamówienia bądź jego wyodrębnionej części podwykonawcy chyba, że zamawiający dokonał stosownego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy lub ma zastosowanie art. 36a ust. 2a. W sytuacji, gdy wskazane zastrzeżenie nie zostało dokonane przez zamawiającego a wykonawca zamierza zlecić wykonanie całości bądź części zamówienia podwykonawcom, zakreśla on w formularzu odpowiedź „Tak”, wskazując jednocześnie wykaz proponowanych przez siebie podwykonawców i identyfikując ich.

Informacje o podwykonawcach zawarte w tym miejscu formularza JEDZ służą podmiotowej weryfikacji wykonawców (poprzez sprawdzenie podwykonawców). Zgodnie z art. 25a ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może żądać, by wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, złożył jednolite dokumenty w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania dotyczące podwykonawców (stwierdzenie istnienia podstawy do wykluczenia dotyczącej podwykonawcy nie skutkuje jednak wykluczeniem wykonawcy z postępowania, tylko brakiem możliwości dopuszczenia do realizacji zamówienia negatywnie zweryfikowanego podwykonawcy). W takim wypadku wykonawca składa osobny formularz JEDZ dla każdego ze wskazanych podwykonawców, wypełniony przez podwykonawcę w zakresie podstaw wykluczenia (część III) i przez niego (podwykonawcę) podpisany (...).”

Ad. A) W związku z powyższym, jeżeli wykonawca zamierza zlecić wykonanie całości bądź części zamówienia podwykonawcom:

- wskazuje w pkt 6 formularza oferty wymagane informacje na temat podwykonawców oraz

- określa w części II sekcji D formularza JEDZ odpowiedź „Tak”, wskazując jednocześnie wykaz proponowanych przez siebie podwykonawców i identyfikując ich, a także składa osobny formularz JEDZ dla każdego ze wskazanych podwykonawców, wypełniony przez podwykonawcę w zakresie podstaw wykluczenia (część III) i przez niego (podwykonawcę) podpisany.

Ad. B) Zgodnie z art. 36ba ustawy Pzp i informacją zawartą w pkt 13.8 siwz jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia dokumenty i oświadczenia, o których mowa w pkt 7.3.5) – 7.3.10) siwz dotyczące tego podwykonawcy, z zastrzeżeniem pkt 7.4. i 8 - 9 siwz”.

Wskazując na powyższe należy zauważyć, że zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

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.