

Warszawa, dnia 27.10.2017 r.

KU/74/17/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 inwestycji pn. „Budowa gazociągu DN 1000 Zdieszowice – Wrocław, odcinek Zdieszowice – Brzeg”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	06.04.2017 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2017/S 068 - 129013
Wartość zamówienia:	352 939 975,00 zł (tj. 84 538 545,83 euro), w tym: - wartość robót budowlanych: 196 609 500,00 zł (tj. 47 093 223,79 euro), - wartość zamówień podobnych: 9 830 475,00 zł (tj. 2 354 661,19 euro),

- wartość dostaw inwestorskich: 146 500 000,00
zł (tj. 35 090 660,85 euro)

Środki UE: Program Operacyjny 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 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).

UZASADNIENIE

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

Zgodnie z postanowieniami pkt IX.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 27 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 19.10.2017 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) ustawy Pzp.

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 pkt XXIV.1 i 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 podwykonawców”.

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

W piśmie z dnia 19.05.2017 r. w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców: „Pytanie nr 12: (...). Prosimy o korektę zapisu poprzez dopuszczenie możliwości wskazania przez wykonawcę w ofercie jedynie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, bez podania nazw firm, jeżeli firmy podwykonawcze nie będą wykonawcy znane na tym etapie.” zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Odpowiedź nr 12: Zamawiający 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.”

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. 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.

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.