

KU/109/17/DKZP

### Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

<b>Zamawiający:</b>	„Wodociągi” Sp. z o.o. ul. Reymonta 12 48-340 Głucholazy
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Stary Las i Nowy Las
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
<b>Data wszczęcia postępowania:</b>	14.07.2017 r.
<b>Numer ogłoszenia o zamówieniu:</b>	2017/S 136-278342
<b>Wartość zamówienia:</b>	całkowita wartość zamówienia: 135.337.142,66 zł (tj. 32.416.858,52 euro); wartość kontrolowanego zamówienia: 3.032.334,57 zł (tj. 726.325,08 euro)

**Środki UE:** Europejski Fundusz Rolny dla operacji typu „Gospodarka wodno-ściekowa” w ramach działania „Podstawowe usługi i odnowa wsi na obszarach wiejskich”, PROW 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 naruszenie:

- 1) 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;
- 2) art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” xxxxx do uzupełnienia oświadczenia, które wykonawca przedłożył samodzielnie, zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp;
- 3) art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986, poprzez sporządzenie ogłoszenia o zamówieniu na wzorze załącznika nr II do ww. Rozporządzenia, podczas gdy udzielane zamówienie należy do zamówień sektorowych i obowiązuje do jego ogłoszenia wzór załącznik nr V do ww. Rozporządzenia;
- 4) art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie zawartego w nim wyłączenia w zakresie przesłanek wykluczenia.

### **UZASADNIENIE**

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

- przekazane w formie elektronicznej Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 14 lipca 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2017/S 136 - 278342 z dnia 19 lipca 2017 r.; potwierdzenie otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej datowano na 14 lipca 2017 r. godz. 14:22;

- zamieszczone na stronie internetowej [www.wodgluch.pl](http://www.wodgluch.pl) i w siedzibie zamawiającego od dnia 14 lipca 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. 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.

**2.** W pkt 7.6 Części I siwz – Instrukcja dla wykonawców zamawiający zapisał, iż „zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp wykonawca, w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego (...) informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Przedmiotowe oświadczenie wskazano także w § 5 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.7.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126)”, dalej jako: „rozporządzenie”.

Informację z otwarcia ofert na podstawie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp zamieszczono na stronie internetowej zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2017 r.

Wszyscy wykonawcy przekazali zamawiającemu oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, oświadczenie wykonawcy Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” xxxxx wpłynęło do siedziby zamawiającego w dniu 28 sierpnia 2017 r.

Pismem z dnia 5 września 2017 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” xxxxx o przedłożenie w terminie do dnia 15 września 2017 r. m.in. dokumentu wskazanego w § 5 pkt 10 rozporządzenia.

Wykonawca złożył (ponownie) przedmiotowe oświadczenie w wymaganym przez zamawiającego terminie.

Wskazując na powyższe należy zauważyć, że 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.

Zamawiający powinien niewątpliwie dokonać weryfikacji braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wykonawców ubiegających się o to samo zamówienie, która to przynależność mogłaby prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Jest to jedna z obligatoryjnych przesłanek oceny podmiotowej wykonawców w postępowaniu, odnosząca się do braku podstaw do wykluczenia z postępowania, opisana w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Niemniej, w świetle art. 24 ust. 11 ustawy Pzp wykonawca ma obowiązek przekazać zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej (o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23) w terminie 3 dni odpowiednio od dnia przekazania informacji, o której mowa w art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1 lub art. 60d ust. 1, albo od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższy przepis stosuje się w połączeniu z normą wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, który to przepis nakazuje wykluczenie wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dopiero zatem w przypadku braku złożenia samodzielnie przez wykonawcę takiego oświadczenia, o którym stanowi art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia wyznaczając wykonawcy odpowiedni termin na dokonanie takiej czynności.

W związku z powyższym, zamawiający wzywając ww. wykonawcę do uzupełnienia oświadczenia, które wykonawca przedłożył samodzielnie, zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, uchybił dyspozycji art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

**3.** Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 14 lipca 2017 r. zamawiający przekazał ogłoszenie o kontrolowanym zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na druku stanowiącym załącznik nr II („Ogłoszenie o zamówieniu”) do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015). Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2017 r. pod numerem 2017/S 136-278342.

Zgodnie z art. 11 ust. 7 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

W toku kontroli przedmiotowego postępowania ustalono, iż zamawiający – „Wodociągi” Sp. z o.o. w Głuchołazach jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp do udzielania zamówień publicznych jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. inna, niż określone w pkt 1, osoba prawna, utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

- o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.

Powyższą kwalifikację potwierdził sam zamawiający w piśmie z dnia 4 października 2017 r. Należy także zauważyć, że przedmiotem kontrolowanego postępowania jest budowa kanalizacji sanitarnej, co wskazuje, że zamówienie jest związane z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków (art. 132 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

W świetle powyższego stwierdzić należy, że zamawiający „Wodociągi” Sp. z o.o. w Głuchołazach jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 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.

Na marginesie należy zauważyć, że zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne niż określone w pkt 1-4 podmioty, jeżeli zachodzą następujące okoliczności:

- a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3a,
- b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
- c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Z dyspozycji ww. przepisu wynika, iż adresatem normy zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp są podmioty inne niż określone w pkt 1-4 (a nie jak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, tj. przed 28.07.2016 r. - w pkt 1 i 2). W obecnym stanie prawnym, obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, usunięto zatem wątpliwości zamawiających dotyczące podstawy prawnej ciężącego na nich obowiązku stosowania ustawy Pzp i wyeliminowano sytuacje, w których jeden i ten sam podmiot zobowiązany był do stosowania ustawy Pzp w oparciu o różne przepisy ustawy.

W tym miejscu należy zauważyć, iż aktem wykonawczym ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, było ww. Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r., które weszło w życie w dniu 18.04.2016 r. W związku z powyższym, zamawiający publikując w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenie o zamówieniu na wzorze formularza stanowiącego załącznik nr II do ww. Rozporządzenia wykonawczego zamiast na obowiązującym go wzorze formularza stanowiącego załącznik nr V do przedmiotowego Rozporządzenia wykonawczego, naruszył art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Zgodnie z postanowieniami siwz i ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 7.10.2)a) części I SIWZ – Instrukcja dla wykonawców 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, 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 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy Pzp.

Jak wskazano w ww. pkt 3, do udzielenia kontrolowanego zamówienia zamawiający był zobowiązany stosować przepisy szczególne ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp.

Treść powyższych wymogów nie została przez zamawiającego, będącego zamawiającym sektorem, ograniczona 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) ustawy Pzp, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) ustawy Pzp. Wobec powyższego 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.

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.