

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 22 lipca 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń **zamawiającego Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa z 12.07.2019 r.** wniesionych do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z **24.06.2018 r.** (znak **KU/56/19/DKZP**) zgłoszonych do **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** przez **zamawiającego Veolia Energia Warszawa S.A.** zawartych w piśmie z **28.06.2019 r.** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego (**art. 24aa ust. 1 Pzp**) pod nazwą **»Budowa węzłów ciepłowniczych – Zadanie II: Etap II, Etap III, Etap IV i Etap V«**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Daniel Konicz

Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego w zakresie pierwszego stwierdzenia naruszenia art. 10a ust. 4 Pzp zostają uwzględnione, a zastrzeżenia zamawiającego w zakresie drugiego stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp nie zostają uwzględnione.

Uzasadnienie

Zamawiający Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pod nazwą »Budowa węzłów ciepłowniczych – Zadanie II: Etap II, Etap III, Etap IV i Etap V«. Zamawiający wszczął postępowanie 2.01.2019 r. Zamawiający był obowiązany prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) – dalej w skrócie „Pzp”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonał od 17.04.2019 r. do 24.06.2019 r. kontroli uprzedniej na podstawie cyt. »art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [...]«.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdził cyt.:

»1) Naruszenie art. 10a ust. 4 Pzp przez brak wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu niezbędnych informacji dotyczących formatu, parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu elektronicznego;

2) Naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie wykonawcy ZAKŁAD USŁUG TECHNICZNYCH ENERGETYKI CIEPLNEJ ZUTEC sp. z o.o. do uzupełnienia formularza cenowego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, pomimo że ww. dokument nie stanowi żadnego z dokumentów, o których mowa w powyższym przepisie«.

Kontrolujący po uzasadnieniu obu stwierdzeń naruszeń oświadczył, że naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Prezes UZP powiadomił o tym zamawiającego 24.06.2019 r. w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak KU/56/19/DKZP).

W odpowiedzi na to pismo 28.06.2019 r. zamawiający, zgodnie z art. 171a Pzp, wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 5.07.2019 r. nie uwzględnił tych zastrzeżeń oraz przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą w trybie art. 167 ust. 2 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego są zasadne i zasługują na uwzględnienie. Izba zaznacza, że przypiski i skrócenia cytatów znajdujące się w tekście uzasadnienia w nawiasach kwadratowych pochodzą od Izby.

Izba stwierdza, że stan faktyczny został prawidłowo ustalony przez kontrolującego, co ogólnie nie budziło również wątpliwości zamawiającego, dlatego Izba może przytoczyć opis stanu faktycznego kwestionowanych elementów kontrolowanego postępowania w podstawowym zakresie za kontrolującym:

»Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej 28.12.2018 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2.01.2019 r. pod nrem 2019/S 001-000028; zamieszczone w siedzibie zamawiającego na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej www.energiadlawarszawy.pl od 2.01.2019 r. do 4.03.2019 r.; zamieszczone w bazie konkurencyjności od 2.01.2019 r. pod adresem: <https://bazakonkurencyjnosci.gov.pl>«.

»SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej od 2.01.2019 r. do 4.03.2019 r., tj. zgodnie z art. 42 ust. 1 Pzp«.

»Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji: II.2.12 (dotyczy części III), II.2.12 (dotyczy części IV) przedmiotowego zamówienia zapisał, że oferty należy składać w postaci katalogów elektronicznych lub muszą zawierać katalog elektroniczny«.

»Pismem z 8.03.2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawcę ZAKŁAD USŁUG TECHNICZNYCH ENERGETYKI CIEPLNEJ ZUTEC Sp. z o.o. do poprawienia i złożenia w terminie do 15.03.2019 r. oświadczeń i dokumentów, tj.: [...] formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 4 do wzoru umowy, [...].

Zamawiający wskazał, że: „Do złożonej oferty dołączono ww. oświadczenia nieopatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym”«.

Ad stwierdzenia naruszenia 1

Przepis art. 10a ust. 4 Pzp brzmi »Zamawiający wskazuje w dokumentach, o których mowa w ust. 3, niezbędne informacje dotyczące formatu, parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu elektronicznego«. Wprowadzenie do wyliczenia przepisu art. 10a ust. 3 Pzp brzmi »Zamawiający wskazuje na wymóg albo możliwość, o których mowa w ust. 2, w«. Izba musi zauważyć, że przepis art. 10a ust. 4 Pzp został sformułowany z pominięciem § 157 „Zasad techniki prawodawczej” stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r. poz. 283). Uregulowanie to brzmi »Nie odsyła się do przepisów, które już zawierają odesłania«

i znajduje się w dziale VIII „Typowe środki techniki prawodawczej”. Zasada ta nie obowiązuje ustawodawcy, czyli Sejmu RP, tym nie mniej pominięcie w formułowaniu art. 10a ust. 4 Pzp typowego środka techniki prawodawczej może powodować utrudnienie w odczytaniu i zinterpretowaniu przepisu art. 10a ust. 4 Pzp. Stąd odwołanie się zamawiającego do brzmienia art. 36 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych musi być wzięte pod uwagę. W mającym znaczenie w rozpoznawanej sprawie fragment przepisu art. 36 ust. 3 dyrektywy brzmi:

»W przypadku gdy przedstawienie ofert w formie katalogów elektronicznych jest akceptowane lub wymagane, instytucje zamawiające:

- a) stwierdzają to w ogłoszeniu o zamówieniu [...];
- b) wskazują w dokumentach zamówienia wszelkie niezbędne informacje zgodnie z art. 22 ust. 6, dotyczące formatu, wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu«.

Tym bardziej odniesienie się zamawiającego do przytoczonej dyrektywy może być zrozumiałe, gdy weźmie się pod uwagę fizyczny brak miejsca w formularzu ogłoszenia aby wskazać »niezbędne informacje dotyczące formatu, parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu elektronicznego«. Skoro w oficjalnych dokumentach są takie ograniczenia (nawet w pozycji wskazanej przez kontrolującego w formularzu ogłoszenia jest miejsce na kilkaset znaków pisarskich i zalecenie w tym miejscu wpisania uwarunkowań dotyczących wadium, a wskazanie niezbędnych informacji dotyczących katalogu elektronicznego zajęło zamawiającemu około 11 000 znaków), to działanie zamawiającego polegające na wskazaniu pełnych informacji w innych dokumentach postępowania, a konkretnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) nie może być potraktowane jako naruszenie przepisu art. 10a ust. 4 Pzp. Pogląd wyrażany przez Izbę jest tym bardziej uprawniony, jeżeli weźmie się pod uwagę, że ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ są zgodnie z przepisami ustawy Pzp udostępniane wykonawcom w tym samym czasie od wszczęcia postępowania do upływu terminu składania ofert. Także ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ są dokumentami ściśle ze sobą powiązanymi, że wprost nie sposób zapoznać się z jednym z nich bez znajomości drugiego.

Ponadto w swojej praktyce członkowie Izby nie zetknęli się z próbą złożenia oferty przez wykonawcę, który składałby ofertę tylko na podstawie zapoznania się z ogłoszeniem bez zapoznania się z informacjami znajdującymi się w SIWZ.

Zgodnie z kierunkiem prounijnej interpretacji przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych Izba przeanalizowała zbliżone funkcjonalnie przepisy art. 35 ust. 4 i art. 36 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65).

Przepisy te brzmią:

art. 35 ust. 4 dyrektywy »Instytucje zamawiające, które postanawiają przeprowadzić aukcję elektroniczną, podają tę informację w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Dokumenty zamówienia zawierają co najmniej informacje określone w załączniku VI«;

art. 35 ust. 4 dyrektywy »W przypadku gdy przedstawienie ofert w formie katalogów elektronicznych jest akceptowane lub wymagane, instytucje zamawiające: a) stwierdzają to w ogłoszeniu o zamówieniu lub, w przypadku gdy wstępne ogłoszenie informacyjne jest stosowane jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania; b) wskazują w dokumentach zamówienia wszelkie niezbędne informacje zgodnie z art. 22 ust. 6, dotyczące formatu, wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu«.

Oba przepisy stanowią, że dokumenty zamówienia zawierają odpowiednie informacje dotyczące odpowiednio aukcji elektronicznych (art. 35 dyrektywy) oraz katalogów elektronicznych (art. 36 dyrektywy). Izba podkreśla, że w zasadzie w dyrektywie brak jest konkretnego wskazania, że szczegółowe informacje o aukcji lub katalogu mają znaleźć się w ogłoszeniu, a wskazują na dokumenty zamówienia, pod którymi należy rozumieć oprócz ogłoszenia o zamówieniu m.in. także przede wszystkim SIWZ, ale i również wszystkie inne enuncjacje wyartykułowane przez zamawiającego w trakcie postępowania zamówieniowego. Dlatego zróżnicowanie w przepisach dotyczących miejsc zawarcia informacji o katalogu i aukcji w art. 10a i 91a Pzp może powodować dysonans poznawczy. we wprowadzeniu do wyliczenia art. 91a ust. 2a Pzp ustawodawca stanowi o równoprawności zamieszczania informacji o aukcji w ogłoszeniu lub SIWZ. Z niewiadomych powodów ustawodawca inaczej potraktował implementację norm dyrektywy do przepisu art. 10a Pzp odnośnie katalogów elektronicznych. W przypadku art. 10a Pzp ustawodawca w zakresie miejsc zamieszczania informacji o katalogach odmiennie uregulował to zagadnienie. Jednak w przypadku braku miejsca w ogłoszeniu na zamieszczenie minimalnych wymaganych informacji o katalogach elektronicznych wydaje się zasadne, aby w drodze analogii zamawiający zamieścił postanowienia dotyczące informacji o katalogach w SIWZ.

Dodatkowo należy podkreślić, że zamawiający wypełnił podstawowy i możliwy do spełnienia obowiązek wskazania w ogłoszeniu wymogu dotyczącego katalogu elektronicznego albo możliwości dotyczących tego katalogu. Obowiązek ten został ustanowiony w art. 10a ust. 3 pkt 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający wskazuje na wymóg albo możliwość, o których mowa w ust. 2 [dotyczącego katalogu elektronicznego – przyp. Izby], w [...] ogłoszeniu o zamówieniu [...]«.

Należy również zwrócić uwagę na semantykę użytego w przepisie wyrazu »wskazać« (»wskazywać«), którego znaczenie zostało pokazane w internetowym „Wielkim słowniku języka polskiego PWN ze słownikiem wyrazów bliskoznacznych”: «pokazać, gdzie się ktoś lub coś znajduje», «zwrócić uwagę na coś», «dać wskazówki, poinformować o czymś». Ze względu na dyspozycję § 8 ust. 1 przytaczanych Zasad techniki prawodawczej należy stwierdzić, że ustawodawca używając wyrażenia »wskazać« opowiedział się za »zwróceniem uwagi na coś«, a nie »wyczerpującym wyjaśnieniem jakiegoś zagadnienia«. § 8 ust. 1 Zasad techniki prawodawczej brzmi »W ustawie należy posługiwać się poprawnymi wyrażeniami językowymi (określeniami) w ich podstawowym i powszechnie przyjętym znaczeniu«. Izba podkreśla, że zamawiający spełnił więc wskazania ustawodawcy informując o stosowaniu katalogu elektronicznego.

Nie bez znaczenia jest również, że informacje, których brak w ogłoszeniu kontrolujący zarzucił zamawiającemu, należą – w ocenie Izby – do kategorii normowanej w art. 36 ust. 1 pkt 10 Pzp, a przepis art. 36 ust. 1 pkt 10 Pzp brzmi »Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej [...] opis sposobu przygotowywania ofert« – katalog elektroniczny to jedynie sposób prezentacji informacji, które zawarto w ofercie, co należy wywieść z wiodącego w tym zakresie art. 10a ust. 2 Pzp. I tak też zamawiający postąpił zamieszczając pełną informację o wymaganych katalogach elektronicznych w specyfikacji i poprzestając na zawarciu wskazania o katalogach w ogłoszeniu.

Po przeanalizowaniu wszystkich powyższych przesłanek prawnych i faktycznych oraz działań zamawiającego Izba nie może stwierdzić naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Ad stwierdzenia naruszenia 2

Izba podziela stanowisko kontrolującego, że kwestionowany dokument nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Izba także podziela zdanie kontrolującego, że nie miało to wpływu na wynik postępowania szczególnie, że nic nie sygnalizowało, że dla wezwanego wykonawcy złożenie uzupełnienia stanowiło jakąkolwiek niedogodność.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp.

Przewodniczący

Członkowie

.....