

UZP/DKZP/KU/2/18

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o. ul. Wandy 6 40-322 Katowice
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	„Modernizacja kanalizacji ogólnospławnej w dzielnicy Murcki”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	14.07.2017 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2017/S 136 - 279662
Wartość zamówienia:	25.110.000,00 zł (6.014.515,32 euro) 227.643.750,00 zł (54.526.755,13 euro) – całkowita wartość zamówienia
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 zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu:

- 1) naruszenie 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) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum firm Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD XXXXX Sp.j. (lider), INSTBUD Sp. z o.o., który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

UZASADNIENIE

1) Naruszenie art. 11 ust. 7d ustawy Pzp,

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania ogłoszenie o zamówieniu zostało:

- przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 14.07.2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19.07.2017 r. pod numerem 2017/S 136 – 279662, potwierdzenie otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej datowano na 14.07.2017 r. godz. 15.30;
- zamieszczone na stronie internetowej www.kiwk.katowice.pl od dnia 14.07.2017 r.;
- zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego od dnia 14.07.2017 r. do dnia 13.09.2017 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 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 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) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, 90 dniowy termin związania ofertą upływał w dniu 22.11.2017 r.

W dniu 20.11.2017 r. wykonawca TKS Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „Ergopol” Sp. z o.o., co miało miejsce w dniu 8.11.2017 r. Tego samego dnia zamawiający zwrócił wadzia wykonawcom, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze, tj. TKS Sp. z o.o. oraz Konsorcjum firm Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD XXXXX Sp.j. (lider), INSTBUD Sp. z o.o.

Pismami z dnia 20.11.2017 r. zamawiający poinformował wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą do czasu ogłoszenia orzeczenia przez KIO.

Ponadto, pismami z tego samego dnia zamawiający zwrócił się do wykonawców na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, przy czym poinformował, że obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Wykonawcy TKS Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „Ergopol” Sp. z o.o. wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca Konsorcjum firm Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD XXXXX Sp.j. (lider), INSTBUD Sp. z o.o. pozostał beczynny wobec ww. wezwania.

Ponadto, wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „Ergopol” Sp. z o.o. w dniu 23.11.2017 r. przedłożył aneks do gwarancji wadialnej, przedłużający ważność wniesionego wadium do dnia 25.01.2018 r.

Pismem z dnia 4.12.2017 r. zamawiający poinformował wykonawców, że od dnia 1.12.2017 r. uległ odwieszeniu bieg terminu związania ofertą.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie może być dorozumiana, chociażby ze względu na zasadę pisemności postępowania (art. 9 ust. 1 Prawa zamówień publicznych)” (zob. wyrok KIO z dnia 6.02.2017 r., sygn. KIO 151/17). Izba uznała, że „skoro wykonawca nie przedłużył na wezwanie zamawiającego terminu związania ofertą na warunkach wskazanych przez zamawiającego, to oznacza to, że nie wyraził takiej zgody”. Tym samym należy stwierdzić, że zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy Konsorcjum firm Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD XXXXX Sp.j. (lider), INSTBUD Sp. z o.o., który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Nie dopełniając tego obowiązku, zamawiający naruszył treść art. 89 ust. 1 pkt 7a 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.