

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 sierpnia 2020 roku

w przedmiocie zastrzeżeń z dnia 24 lipca 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest LOTOS Petrobaltic Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r. (znak: DKZP.WKZ3.442.6.2020.JB) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia na *zapewnienie na każdorazowe zlecenie Zamawiającego serwisu prac podwodnych związanego z wykonywaniem przeglądów i remontów instalacji podwodnych na złożach węglowodorów zlokalizowanych na Morzu Bałtyckim (w szczególności złóż ropy naftowej B3 i B8)*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Członkowie: Piotr Kozłowski

Jolanta Markowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 24 lipca 2020 r. od Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 lipca 2020 r. nie zasługują na uwzględnienie z przyczyn formalnych.

Uzasadnienie

I. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) przeprowadził, na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej: „ustawa Pzp”, kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia *na zapewnienie na każdorazowe zlecenie Zamawiającego serwisu prac podwodnych związanego z wykonywaniem przeglądów i remontów instalacji podwodnych na złożach węglowodorów zlokalizowanych na Morzu Bałtyckim (w szczególności złóż ropy naftowej B3 i B8)*, przeprowadzonego przez zamawiającego – LOTOS Petrobaltic Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”). W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r. Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

- art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 41 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zróżnicowanie warunków udziału w postępowaniu pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 1, art. 84 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AQUA WORKS Usługi Remontowo-Podwodne S. S., który w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokonał zmiany treści pierwotnej oferty, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy AQUA WORKS Usługi Remontowo-Podwodne S. S. do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- art. 43 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 pkt 5 lit. a) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

- (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) poprzez określenie krótszego aniżeli minimalny terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
 - art. 45 ust. 4 oraz ust. 5 ustawy Pzp poprzez nieokreślenie wysokości wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia dla każdej z części zamówienia, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
 - art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia dodatkowych informacji lub sprostowania w związku ze zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
 - art. 7 ust. 1 w związku z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców na skutek przekazania określonym wykonawcom treści wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed ich zamieszczeniem na stronie internetowej Zamawiającego;
 - art. 96 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia protokołu postępowania, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadą przejrzystości oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadą pisemności;
 - art. 95 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w ustawowym terminie;

- art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp przez członków komisji przetargowej wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

II. W dniu 24 lipca 2019 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Urzędu, na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, pismo z tego samego dnia (znak: FK/W/40/2020) zawierające umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu co do stwierdzonego naruszenia: 1) art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz 2) art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia dodatkowych informacji lub sprostowania w związku ze zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do stwierdzonych naruszeń: 1) art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 41 pkt 7 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zróżnicowanie warunków udziału w postępowaniu pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; 2) art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy AQUA WORKS Usługi Remontowo-Podwodne S. S. do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy

Pzp; 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 1, art. 84 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AQUA WORKS Usługi Remontowo-Podwodne S.S., który w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokonał zmiany treści pierwotnej oferty, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp – Zamawiający stwierdził, że naruszenia te nie miały wpływu albo istotnego wpływu na wynik postępowania.

III. Pismem z dnia 3 sierpnia 2020 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnia zastrzeżeń przedstawionych w piśmie wniesionym w dniu 24 lipca 2020 r. z uwagi na zgłoszenie ich z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu wskazał, iż Informacja o wyniku kontroli z dnia 9 lipca 2020 r. została doręczona Zamawiającemu listem poleconym w dniu 16 lipca 2020 r. Powyższe wynika z daty na stemplu Zamawiającego znajdującym się na potwierdzeniu odbioru, jak również z informacji zawartych na stronie internetowej Poczty Polskiej dla przesyłki zawierającej Informację o wyniku kontroli z dnia 9 lipca 2020 r. (<https://emonitoring.poczta-polska.pl/?numer=00659007734920713506>). Zamawiający mógł wnieść umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w nieprzekraczalnym terminie upływającym w dniu 23 lipca 2020 r. Tymczasem zastrzeżenia zostały przekazane przez Zamawiającego drogą elektroniczną w dniu 24 lipca 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 24 lipca 2020 r.), jak również nadane drogą pocztową (przesyłka kurierska) w dniu 24 lipca 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 27 lipca 2020 r.). Oznacza to, że zastrzeżenia zostały wniesione po terminie, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązujące przepisy ustawy Pzp przewidują jako warunek skuteczności zastrzeżeń wniesienie ich w ustawowym terminie. Brak zachowania przez Zamawiającego wskazanego wymogu skutkuje brakiem możliwości merytorycznego rozpoznania zarzutów przez Prezesa Urzędu. W konsekwencji zaś, w ocenie Prezesa Urzędu, dopuszczalne jest w tym zakresie rozstrzygnięcie zgłoszonych zastrzeżeń jedynie w sposób formalny i poddanie tego rozstrzygnięcia pod ocenę właściwego organu, tj. Krajowej Izby Odwoławczej. Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził, iż z przyczyn formalnych nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego z dnia 24 lipca 2020 r. od wyniku kontroli z dnia 9 lipca 2020 r., ponieważ wniesione zostały po terminie.

IV. Pismem z dnia 5 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował, iż nie zgadza się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu co do uchybienia przez niego terminowi do zgłoszenia

zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r. Zamawiający wskazał, iż przesyłka zawierająca informację o wyniku kontroli została w dniu 16 lipca 2020 r. odebrana przez osobę, która następnie fizycznie doręczyła ją do siedziby Zamawiającego w dniu 17 lipca 2020 r. Na potwierdzenie powyższej okoliczności Zamawiający powołał się na kopię pisma z pieczęcią Zamawiającego i numerem przyjęcia korespondencji na dzienniku podawczym Spółki (załączniki do ww. pisma z dnia 5 sierpnia 2020 r.). W ocenie Zamawiającego do zasad doręczania pism w toku kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu mają zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego („KPA”), w tym przepis art. 45 KPA. Zamawiający powołał się na stanowisko przedstawione w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego - Ośrodek zamiejscowy w Warszawie z dnia 24 czerwca 1999 r. (I SA/Po 2644/98) odnoszące się do ww. regulacji art. 45 KPA. Zgodnie z ww. stanowiskiem doręczenie dokonane poza lokalem siedziby jest, co do zasady, prawnie bezskuteczne i to nawet w sytuacji, gdy osobą odbierającą pismo jest osoba uprawniona do odbioru pism. Mając na uwadze powyższe zamawiający stwierdził, iż złożenie zastrzeżeń do przesłanej Informacji o wyniku kontroli w dniu 24 lipca 2020 r. należy uznać za dokonane w sposób skuteczny w terminie ustawowo zakreślonym.

V. Pismem z dnia 6 sierpnia 2020 r. Prezes Urzędu, odnosząc się do treści pisma Zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2020 r., poinformował, że podtrzymuje uprzednio przedstawione stanowisko w sprawie. Prezes Urzędu wskazał w szczególności, iż kontrola doraźna Prezesa Urzędu, stanowiąca element kompetencji kontrolnych Prezesa Urzędu, jest postępowaniem autonomicznym, regulowanym wyłącznie przepisami ustawy Pzp. Ustawa ta nie zawiera w powyższym zakresie odesłania do stosowania przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego wprost lub odpowiednio, jak słusznie natomiast zauważył sam Zamawiający, przepis art. 1 pkt 1 KPA odnosi się do postępowań przed organami administracji publicznej w należących do właściwości tych organów sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych (...), zaś informacja o wyniku kontroli nie przyjmuje formy decyzji administracyjnej. Prezes Urzędu wskazał, iż niemożność uznania kontroli doraźnej za postępowanie administracyjne w rozumieniu KPA została potwierdzona m.in. w postanowieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2010 r. (sygn. V SA/Wa 2015/09). Prezes Urzędu stwierdził, iż z obiektywnie weryfikowalnych źródeł, tj. z treści stempla Zamawiającego na potwierdzeniu odbioru oraz z informacji zawartych na stronie Poczty Polskiej wynika, iż Informacja o wyniku kontroli z dnia 9 lipca 2020 r. została doręczona Zamawiającemu w dniu 16 lipca 2020 r., co oznacza, iż Zamawiający przekazując umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli

doraźnej do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 24 lipca 2020 r. uchybił terminowi, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone w dniu 24 lipca 2020 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu z dnia 9 lipca 2020 r. nie zasługują na uwzględnienie z przyczyn formalnych.

Zgodnie z przepisem art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej przysługuje zamawiającemu prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. O ww. prawie Zamawiający został poinformowany w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r. Skuteczne wniesienie zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej wymaga zachowania terminu wskazanego przez ustawodawcę w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z akt kontroli doręczenie Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r. miało miejsce w dniu 16 lipca 2020 r., a zatem termin zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń upłynął w dniu 23 lipca 2020 r. Pismo zawierające umotywowane zastrzeżenia wpłynęło do Prezesa Urzędu w dniu 24 lipca 2020 r., tj. z uchybieniem terminu wskazanego w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zatem podzielić stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu, iż nie doszło do skutecznego zgłoszenia przez Zamawiającego umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r. W konsekwencji powyższego Prezes Urzędu nie był uprawniony do merytorycznego rozpatrzenia tych zastrzeżeń.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego dodatkowo przedstawione w piśmie z dnia 5 sierpnia 2020 r. Jak słusznie wskazał Prezes Urzędu w piśmie z dnia 6 sierpnia 2020 r., powołując się przykładowo na postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 lutego 2010 r. V SA/Wa 2015/09, postępowanie kontrolne prowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie jest postępowaniem administracyjnym. Jak wskazał Sąd w ww. postanowieniu informacja o wyniku kontroli doraźnej nie ma formy decyzji administracyjnej ani postanowienia. Takie samo stanowisko wyrażane było przez Krajową Izbę Odwoławczą. Przykładowo w uchwale z dnia 3 grudnia 2010 r. (KIO/KD 92/10) Izba stwierdziła, że postępowanie kontrolne

prorowadzone przez Prezesa Urzędu nie jest postępowaniem administracyjnym, zaś informacja o wyniku kontroli doraźnej nie ma formy decyzji administracyjnej ani postanowienia. Dlatego przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego znajdują zastosowanie jedynie do uprawnień Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych określonych w dziale VII ustawy Pzp dotyczącym odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy, gdyż jedynie w art. 202 tej ustawy dla tej czynności Prezesa Urzędu przewidziana jest forma decyzji administracyjnej. Mając na uwadze powyższe argumentację Zamawiającego odnoszącą się do regulacji art. 45 KPA należy uznać jako niemającą znaczenia dla niniejszej sprawy. Jak wynika z akt kontroli na dokumencie potwierdzenia odbioru przesyłki zawierającej Informację o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r. widnieje oprócz podpisu osoby odbierającej przesyłkę stempel Zamawiającego z datą odbioru (16 lipca 2020 r.). Okoliczność ta świadczy o tym, iż odbioru przesyłki dokonała osoba upoważniona do odbioru pism w imieniu Zamawiającego. Przeciwnie twierdzenia nie zostały przez Zamawiającego przedstawione w ww. piśmie z dnia 5 sierpnia 2020 r. W świetle powyższych okoliczności należało zatem uznać, iż skuteczne doręczenie Zamawiającemu przesyłki zawierającej Informację o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r. miało miejsce w dniu 16 lipca 2020 r., a nie jak twierdzi Zamawiający dopiero 17 lipca 2020 r., kiedy to nastąpiło jedynie fizyczne doręczenie przesyłki do siedziby Zamawiającego przez osobę, która uprzednio dokonała odbioru tej przesyłki.

W związku z tym, iż jak wynika z okoliczności faktycznych, w niniejszej sprawie nie doszło do skutecznego zgłoszenia przez Zamawiającego umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r., Krajowa Izba Odwoławcza nie była uprawniona do ich merytorycznego rozpatrzenia. Należy wskazać, iż zgodnie z przepisem art. 167 ust. 3 ustawy Pzp zajęcie przez Izbę stanowiska wobec zastrzeżeń zamawiającego następuje poprzez wyrażenie opinii w formie uchwały. Izba wyraża opinię w przedmiocie tego, czy zgłoszone zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują innej formy ustosunkowania się przez Izbę do treści pisma zamawiającego zawierającego zastrzeżenia. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż wyrażając opinię odnośnie zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 lipca 2020 r. należało je uznać jako niezasługujące na uwzględnienie z przyczyn formalnych, tj. wobec uchybienia terminowi do ich zgłoszenia wskazanego w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....