

Warszawa, dnia

2019 r.

KU/16/19/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Wiszni Małej ul. Lipowa 15, Strzeszów 55-114 Wisznia Mała
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	budowa sieci kanalizacji wraz z przepowianiami ścieków w miejscowościach Krzyżanowice i Szymanów, gmina Wisznia Mała – Etap II i Etap III wraz z usunięciem kolizji z linią energetyczną nn 0,4kV oraz układem odwodnienia drogi w ul. Lotniczej w Szymanowie <u>(dotyczy części nr 2 zamówienia)</u>
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	27.09.2018 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2018/S 186-421085
Wartość zamówienia:	27.622.357,47 zł (tj. 6.697.907,38 euro) –

całkowita wartość zamówienia;
10.626.155,48 zł (tj. 2.572.919,00 euro) – wartość dla części nr 1 zamówienia;
17.036.201,99 zł (tj. 4.124.988,27 euro) – wartość dla części nr 2 zamówienia;
3.073.595,27 zł (tj. 712.849,98 euro) – wartość zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp oszacowano na kwotę:
1.180.683,94 zł (tj. 273.832,58 euro) dla części nr 1 zamówienia;
1.892.911,33 zł (tj. 439.017,40 euro) dla części nr 2 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 postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. 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, stwierdza naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wskazanie w dokumentacji postępowania szerszych podstaw wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych.

UZASADNIENIE

Zgodnie z zapisami w pkt 10.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz sekcji III.1.1 ogłoszenia o zamówieniu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12–23 ustawy Pzp (obligatoryjne podstawy wykluczenia), a także na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp (fakultatywne podstawy wykluczenia). W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał m.in. dokumentu, o którym 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”,

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 i pkt 2 lit b, ust. 3 oraz § 8 rozporządzenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy Pzp.

W toku prowadzonej kontroli dotyczącej części nr 2 zamówienia, pismem z dnia 27 lutego 2019 r., Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o złożenie wyjaśnień, w której części dokumentacji zamawiający zawarł wyłączenie odnoszące się do podstaw wykluczenia w zamówieniach sektorowych zgodnie z treścią art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający, pismem z dnia 5 marca 2019 r. złożył wyjaśnienia w odniesieniu do braku wskazania w treści ogłoszenia oraz siwz wyłączenia wskazanego w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, które odnosi się do podstaw wykluczenia przy zamówieniach sektorowych. Zamawiający wskazał, iż cyt.: *„W opinii Zamawiającego redakcja art. 133 ust. 4 ustawy Pzp zbliżona jest w formie i wydźwięku do redakcji art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, który wyraźnie wskazuje, iż mimo istnienia obligatoryjnych podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w pewnych sytuacjach Wykonawca nie będzie podlegać wykluczeniu. Podobnie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp opisuje specyficzną sytuację, kiedy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania pomimo tego, że w jego przypadku istnieje obligatoryjna podstawa wykluczenia, na co wyraźnie wskazuje użyte w tym przepisie sformułowanie „(...)wykonawca nie podlega wykluczeniu 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”. (...) Aktualnie Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. nie wprowadza szczególnego rozróżnienia zakresu treści informacji z KRK żądanych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, prowadzonym przez tzw. zamawiającego sektorowego, bowiem w treści tego aktu trudno odnaleźć przepis stanowiący odpowiednik cytowanego §3 ust. 1 pkt 7) Rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) z dnia 23 lutego 2013 roku, wymagającego informacji z KRK, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, była ograniczona do informacji o karalności, w sposób wskazany w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego w aktualnym stanie prawnym Zamawiający nie tyle nie powinien, co wręcz nie może dokonać rozróżnienia zakresu informacji z KRK żądanych od podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem na takie postępowanie nie pozwala treść przepisów wykonawczych regulujących kwestie rodzaju i zakresu informacji zawartych w dokumentach jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro działający ustawodawca nie dokonuje*

swoistego rozróżnienia zakresu informacji o karalności wskazujących na podstawy wykluczenia wykonawcy lub osoby fizycznej w zależności od przypadku, z tytułu przesłanek wykluczenia wskazanych w ustawie, żądanych w postępowaniach o udzielenie zamówień sektorowych, trudno wymagać aby takiego rozróżnienia miał dokonywać sam podmiot zamawiający. (...) W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż ani z treści art. 24 ustawy Pzp ani z treści art. 133 ustawy Pzp nie wynika, aby przesłanki wykluczenia tam wskazane lub szczególne zawężenie ich stosowania, dla swojej skuteczności wymagały wykazania w treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...) W stosunku do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia zastrzeżenia takiego ustawodawca nie czyni, co oznacza, iż są one skuteczne i obowiązujące już z samej mocy i rangi przepisu ustawowego. Skoro ustawodawca nie wymaga literalnego wskazania w treści specyfikacji obligatoryjnych podstaw wykluczenia to brak jest również obowiązku powielania innych zapisów powszechnie obowiązującej regulacji ustawy Pzp powiązanych z tymi podstawami. (...) Wskazana korelacja przepisów ustawowych oraz przepisów powołanego aktu wykonawczego skłania do następujących wniosków: - dokonanie modyfikacji opisu obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu sektorowym, w treści ogłoszenia lub specyfikacji, z wyłączeniem stosowania podstaw wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit d), jest niezgodne z treścią art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie wskazuje na wyłączenie stosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d) ustawy Pzp w zamówieniach sektorowych, a jedynie wskazuje szczególną okoliczność kiedy pomimo zaistnienia obligatoryjnej podstawy wykluczenia, tak jak wskazuje art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, do faktycznego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu dojść nie może. (...) – treść art. 133 ust. 4 ustawy Pzp jest dyrektywą dla Zamawiającego, który nie może samodzielnie modyfikować obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu sektorowym, podobnie nie jest władny żądać ograniczonych w swej treści informacji o karalności, jednak w toku weryfikacji braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu zobowiązany jest zaniechać czynności wykluczenia w stosunku do wykonawcy, wobec którego ziszczają się przesłanki wskazane w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, a zaniechanie takie jest wymagane nie tyle z tytułu wskazania w ogłoszeniu lub specyfikacji treści art. 133 ust. 4 ustawy, ale z mocy obowiązywania przepisów rangi ustawowej. (...) Treść art. 133 ust. 4 ustawy, odmiennie od zmienionego na mocy nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku przepisu art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, nie wyłącza wprost stosowania przepisów ustawy do zamówień sektorowych, a jedynie wskazuje, iż w przypadku ziszczenia się sytuacji opisanych hipotezą normy prawnej, określony skutek nastąpić nie może. Brak zacytowania w dokumentach zamówienia treści tej normy nie może stanowić o jej naruszeniu, bowiem tylko zaniechanie działania tą normą opisanego może stanowić przyczynę takie stwierdzenia. (...) Brak wyartykułowania w zapisach specyfikacji treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp nie może stanowić samoistnie stwierdzenia błędnego opisan

podstaw wykluczenia, bowiem obecnie z treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika zakaz stosowania określonych przepisów ustawy Pzp wyraźnie tym przepisem wskazanych, a jedynie nakaz zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy, wobec którego istnieją obligatoryjnie podstawy wykluczenia, wynikający nie tyle z treści specyfikacji czy ogłoszenia, co z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.”

Należy zauważyć, iż przy udzieleniu 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 sektorowym, 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 określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d), oraz w przypadku, wskazanym 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).

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zamawiający zobowiązany jest do stosowania właściwych dla danego postępowania przepisów ustawy Pzp od początku postępowania, tj. przygotowując dokumentację postępowania. Dokumenty, takie jak ogłoszenie o zamówieniu oraz siwz, odzwierciedlają oczekiwania zamawiającego i określają wymagania odnośnie wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Co za tym idzie, przy sporządzaniu treści specyfikacji zamawiający powinien wziąć pod uwagę ustawowe uregulowania dotyczące zamówień sektorowych, w tym art. 133 ust. 4 ustawy Pzp mający wpływ na krąg wykonawców podlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, zatem zamawiający zobowiązany był do jego stosowania.

Wobec powyższego, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował w stosunku do wykonawców 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.

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.