

UZP/DKUE/KD/19/2017

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Świecie ul. Wojska Polskiego 124 86-100 Świecie
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	wykonanie nawierzchni bitumicznej na ulicy Chabrowej w Sulnowie z chodnikiem i oświetleniem
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	21.09.2016 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	311245-2016
Wartość zamówienia:	763.397,45 zł (co stanowi równowartość 182.854,07 euro)
Środki UE:	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014-2020
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdził naruszenie:

1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego;

2) art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez nie wskazanie w protokole postępowania (druk ZP-PN) powodów nie dokonania podziału zamówienia na części;

3) art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c ustawy Pzp poprzez ograniczenie się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę 6 osób (4 osoby przy budowie i 2 osoby przy budowie oświetlenia) do czynności niezbędnych do wykonania zamówienia na podstawie przedmiaru robót, a tym samym, nie wskazał czynności, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp i jednocześnie narzucił wykonawcom (podwykonawcom) obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę co najmniej 6 osób (4 osoby przy budowie i 2 osoby przy budowie oświetlenia).

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w sekcji III punkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie 5.1.1.2 siwz dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże, że dysponuje m.in. kierownikiem robót posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci elektroenergetycznych.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 10 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), zwane dalej „rozporządzeniem”.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz zapisał, iż „wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów,

niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych, po spełnieniu warunków określonych w art. 22a ustawy Pzp, zgodnie z pkt 6.9 siwz”.

Jednocześnie zamawiający zapisał, iż „wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie, o którym mowa w zdaniu poprzednim wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą”.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku dotyczącego potencjału kadrowego, wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przedstawił wykaz osób, w którym na stanowisko kierownika robót w zakresie sieci elektroenergetycznych wskazał p. XXXXX, udostępnionego przez podmiot trzeci. Do wykazu osób, wykonawca załączył zobowiązanie do udostępnienia zasobu kadrowego od podmiotu trzeciego – ELPERIA Sp. z o.o. Sp. komandytowa. W treści zobowiązania ww. podmiot zobowiązał się do „*wykonania niniejszego zamówienia, w branży elektroenergetycznej będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Gminę Świecie (...), zobowiązując się do realizacji części zamówienia w okresie trwania zamówienia*”.

Zgodnie z treścią art. 22a ustawy Pzp, wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosowanych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Z powyższego wynika, że przedłożone przez wykonawcę dokumenty muszą określać, jakie zasoby, w jakim zakresie i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o realizacji części zamówienia, jeżeli ze zobowiązania nie wynika, kto zostaje udostępniony do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci elektroenergetycznych oraz zakres i sposób udostępnienia. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. Innymi słowy, aby zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, tj. w zakresie gwarantującym należyłą realizację

zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać. Jeżeli zakres jest zbyt mały, tj. nie jest udostępniany w zakresie niezbędnym i nie gwarantuje właściwego wykonania zamówienia, zamawiający ma prawo żądać jego uzupełnienia wraz z uzasadnieniem oraz ewentualnie wykluczyć wykonawcę z postępowania, szczególnie, gdy nie wie jakie zasoby podmiotu trzeciego będą wykonawcy dostępne.

W niniejszym postępowaniu zamawiający nie dysponował kluczowymi informacjami co do zakresu i sposobu uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jak też nie podjął czynności pozwalających mu na ich uzyskanie. W szczególności, zamawiający nie występował do wykonawcy z wezwaniem o uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie wskazania kto zostaje udostępniony oraz zakresu i sposobu udziału w wykonywaniu robót.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Mając na uwadze powyższe oraz treść art. 22a ustawy Pzp, należy stwierdzić, iż wobec okoliczności, iż przedstawione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego personelu, zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż udostępnienie zasobów potencjału kadrowego przez podmiot trzeci będzie miało charakter realny w rozumieniu art. 22a ustawy Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, nie można jednoznacznie stwierdzić, iż wykazane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w punkcie 2 ppkt 2 protokołu postępowania (druk PZ-PN) zaznaczył, iż zamówienie nie zostanie podzielone na części, jednocześnie zamawiający nie wskazał powodów niedokonania podziału zamówienia na części.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, który zawiera co najmniej powody niedokonania podziału zamówienia na części.

W związku z powyższym, zamawiający nie wskazując w protokole postępowania powodów nie dokonania podziału zamówienia na części uchybił treści art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

3. Zamawiający w sekcji II.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 3.3 siwz zapisał, iż *„wymaga na czas realizacji zamówienia zatrudnienia przez wykonawcę 6 osób (4 osoby przy budowie drogi i 2 osoby przy budowie oświetlenia) do czynności niezbędnych do wykonania zamówienia na podstawie przedmiaru robót. Wykonawca lub podwykonawca zatrudni ww. osoby na czas realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu zobowiązuje się do niezwłocznego zatrudnienia w to miejsce innej osoby.*

Wykonawca w terminie 7 dni od podpisania umowy na zadanie, które jest przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany będzie do złożenia zamawiającemu oświadczenia, że ww. osoby są zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów kodeksu pracy z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę zgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu. Zamawiający na każdym etapie realizacji zamówienia będzie mógł zażądać od wykonawcy, aby przedłożył on dokumenty potwierdzające zatrudnienie ww. osób, w tym: kopii umów o pracę, dowody odprowadzenia składek ZUS, oświadczenia od zatrudnionych osób o otrzymaniu wynagrodzenia”.

Mając na uwadze powyższy zapis ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz należy zauważyć, iż interpretacja art. 29 ust. 3a ustawy Pzp stanowiącego, iż zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp, wymaga wykładni celowościowej. Jak bowiem wynika z uzasadnienia Rządowego projektu zmiany

ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366) wolą ustawodawcy było uregulowanie statusu pracownika w zamówieniach publicznych z uwzględnieniem aspektów społecznych poprzez m.in. stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane w sytuacji, gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 Kp. Powyższy obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest zatem wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy lub podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kp. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu ww. art. 22 § 1 Kp zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Należy podkreślić, że w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym spoczywa ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.

Przedmiot niniejszego zamówienia stanowi m.in. wykonanie nawierzchni z masy bitumicznej, chodników, oświetlenia poprzez montaż słupów, położenia okablowania oraz wykonania zasilania oświetlenia. Z analizy dokumentacji technicznej uszczegółwiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że jego zakres obejmuje m.in. roboty ziemne. Analiza zakresu robót wskazuje, że część z nich polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane. Przykładowo, do takich robót należy zaliczyć: układanie masy bitumicznej, ręczne układanie kabli wielożyłowych, wykonanie podbudowy betonowej, montaż słupów oświetleniowych, etc.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż wymienione przykładowo powyżej czynności stanowią wykonywanie pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 Kp, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez

pracodawcę. Zatem są to czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Należy także podkreślić, że zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia. Z tego też tytułu zamawiający nie powinien określać, jaka liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę (podwykonawcę) będzie brała udział w realizacji zamówienia. Zamawiający powinien natomiast wprowadzić do umowy zapis, w którym przewidzi zobowiązanie wykonawcy do wykonywania opisanych przez zamawiającego czynności pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.

Ściśle z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp koreluje brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp zgodnie z którym, gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez zamawiającego, wówczas zamawiający jest zobowiązany w świetle art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c) ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

W niniejszym postępowaniu, zamawiający ograniczając się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę 6 osób (4 osoby przy budowie i 2 osoby przy budowie oświetlenia) do czynności niezbędnych do wykonania zamówienia na podstawie przedmiaru robót, de facto nie wskazał czynności, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp i jednocześnie narzucił wykonawcom (podwykonawcom) obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę co najmniej 6 osób (4 osoby przy budowie i 2 osoby przy budowie oświetlenia). W rezultacie należy uznać, że zamawiający dokonał wadliwej oceny, do której był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c) ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma 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.