

KU/126/19/DKZP

**Informacja o wyniku kontroli uprzedniej**

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

**Zamawiający:** Operator Gazociągów Przesyłowych  
GAZ – SYSTEM S.A.  
ul. Mszczonowska 4  
02 – 337 Warszawa

**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane

**Przedmiot zamówienia:** budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Słowackiej – węzeł rozdzielczo-pomiarowy Strachocina

**Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)

**Data wszczęcia postępowania:** 27.03.2019 r.

**Numer ogłoszenia o zamówieniu:** 2019/S 061-142485

**Wartość zamówienia:** 202.429.850,00 zł (tj. 46.948.934,45 euro), w tym:

- wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp: 60.607.950,00 zł (tj. 14.056.625,00 euro);

- wartość prawa opcji 1: 364.000,00 zł;

- wartość prawa opcji 2: 598.000,00 zł.

**Środki UE:** instrument finansowy Unii Europejskiej „Łącząc Europę” (Connecting Europe Facility - CEF)

**Rodzaj procedury:** zamówienie sektorowe

## **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

Po przeprowadzeniu kontroli przedniej 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:

- 1) Naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Control Process S.A w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich do oddania do jego dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz zaniechanie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp do uzupełnienia pełnomocnictw udzielonych wykonawcy do składania w przedmiotowym postępowaniu formularzy JEDZ dotyczących tych podmiotów;
- 2) Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców JT S.A. oraz Konsorcjum firm: Grupa Azoty Polskie Konsorcjum Chemiczne Sp. z o.o. (lider), Grupa Azoty AUTOMATYKA Sp. z o.o. uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich do oddania każdemu z nich do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia;
- 3) Naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezwrócenie, niezwłocznie po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wadium wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4) Naruszenie art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

## UZASADNIENIE

### 1) Naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający zapisał w siwz w rozdziale XI „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w ust. 8: *„Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych”,* oraz w ust. 9, że *„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. Wykonawca jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu, iż ww. zobowiązanie zostało podpisane przez osobę lub osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu”.*

W pkt 5 formularza oferty wykonawca Control Process S.A., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oświadczył, iż wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp będzie polegać (na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp) na zasobach następujących podmiotów: Energotest Sp. z o.o. i Control Process EPC1 Sp. z o.o. Wraz z ofertą wykonawca Control Process S.A. złożył jednolite europejskie dokumenty zamówienia (formularze JEDZ) podmiotów trzecich Energotest Sp. z o.o. i Control Process EPC1 Sp. z o.o., które zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym jedynie przez pana [REDAKTOWANE] - umocowanego na podstawie załączonego do oferty pełnomocnictwa z dnia 20.05.2019 r. (znak: NM/077/05/2019) do reprezentowania w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy Control Process S.A., w tym w szczególności m.in. do „Składania oświadczeń dotyczących złożonej oferty dostarczonej do Zamawiającego, w tym złożenia i podpisania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) w formie elektronicznej”. Do oferty nie zostały załączone zobowiązania ww. podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z ofertą nie zostały również złożone pełnomocnictwa ww. podmiotów upoważniające pana [REDAKTOWANE] do złożenia i podpisania w ich imieniu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) w formie elektronicznej.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie wezwał wykonawcy Control Process S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania zobowiązań podmiotów

trzech Energotest Sp. z o.o. i Control Process EPC1 Sp. z o.o. Dokumenty każdego z tych podmiotów, zawierające w swojej treści zobowiązania ww. podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, oraz oświadczenia o udzieleniu wykonawcy pełnomocnictwa, z prawem substytucji, do składania w imieniu każdego z nich oświadczeń w ramach niniejszego postępowania, w tym złożenia i podpisywania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) dotyczącego tych podmiotów w wersji elektronicznej, zostały złożone przez wykonawcę Control Process S.A. w odpowiedzi (udzielonej w piśmie z dnia 26.06.2019 r.) na wezwanie wykonawcy do złożenia „oświadczeń i dokumentów, o których mowa w Rozdziale XI ust. 2 siwz” (pismo z dnia 30.05.2019 r.) wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający nie wezwał wykonawcy Control Process S.A. na podstawie art. 26 ust. 3a do uzupełnienia pełnomocnictw dla pana [REDAKTOWANE], ewentualnie dla wykonawcy Control Process S.A. z prawem do udzielania dalszych pełnomocnictw, udzielonych przez ww. podmioty do złożenia i podpisania w ich imieniu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) w formie elektronicznej.

Mając powyższe na uwadze należy zauważyć, że zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Z treści art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wynika, że 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 podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ).

Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie,

a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument.

Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poza formularzami JEDZ dotyczącymi tych podmiotów również zobowiązań tych podmiotów do oddania do dyspozycji zamawiającego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Należy zauważyć, że 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.

Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w sytuacji, gdy wykonawca Control Process S.A. nie złożył wraz z ofertą zobowiązań podmiotów trzecich Energotest Sp. z o.o. oraz Control Process EPC1 Sp. z o.o. do oddania do jego dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, ani pełnomocnictw udzielonych wykonawcy do składania w przedmiotowym postępowaniu formularzy JEDZ dotyczących tych podmiotów, na zamawiającym spoczywał obowiązek wezwania wykonawcy Control Process S.A w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązań ww. podmiotów wraz z wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp do uzupełnienia wymaganych pełnomocnictw.

Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy Pzp.

Powyżej wykazane naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

## 2) Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca JT S.A. w złożonym formularzu ofertowym (pkt 5) oświadczył, iż wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp będzie polegać na zasobach nw. podmiotów trzecich: Energotest Sp. z o.o., Emerson Process Management Sp. z o.o. Wraz z ofertą wykonawca złożył formularze JEDZ dotyczące ww. podmiotów. Do oferty nie zostały załączone zobowiązania ww. podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Kolejny wykonawca Konsorcjum firm: Grupa Azoty Polskie Konsorcjum Chemiczne Sp. z o.o. (lider), Grupa Azoty AUTOMATYKA Sp. z o.o. w złożonym formularzu ofertowym (pkt 5) oświadczył, iż wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp będzie polegać na zasobach nw. podmiotów trzecich: PGNiG TECHNOLOGIE S.A., Energotest Sp. z o.o., ZWRI Sp. z o.o. Sp. k., INFRAK INVEST Sp. z o.o., GASCONTROL Sp. z o.o., ELZAT Sp. z o.o. Wraz z ofertą wykonawca złożył formularze JEDZ dotyczące ww. podmiotów. Do oferty nie zostały załączone zobowiązania ww. podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze argumentację przedstawioną w treści naruszenia nr 1) powyżej należy stwierdzić, iż w przypadku braku złożenia przez wykonawców JT S.A. oraz Konsorcjum firm: Grupa Azoty Polskie Konsorcjum Chemiczne Sp. z o.o. (lider), Grupa Azoty AUTOMATYKA Sp. z o.o. wraz z ofertą zobowiązań podmiotów trzecich do oddania każdemu z nich do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia zamawiający zobowiązany był do wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ww. wykonawców do uzupełnienia zobowiązań tych podmiotów. Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

## 3) Naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający pismem z dnia 26.07.2019 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Control Process S.A.

Zamawiający przy pismach z dnia 19.08.2019 r., dokonał zwrotu wadium pozostałym wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze: JT S.A., Konsorcjum firm: Grupa Azoty Polskie Konsorcjum Chemiczne Sp. z o.o. (lider), Konsorcjum firm:

Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. (lider). tj. po upływie przeszło 3 tygodni od dnia, w którym dokonany został wybór oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż na gruncie ustawy Pzp, brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 ustawy Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził: „użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc” (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (arg. z art. 354 § 1 Kc) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc).

Tym samym, termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1 ustawy Pzp należy interpretować w ten sposób, że po nastąpieniu momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ww. przepisu. Powyższe oznacza, iż dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjęć należy, iż brak zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze, pomimo upływu ponad 3 tygodni od powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

#### 4) Naruszenie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

W art. 5 ust. 14 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do siwz - Wzór Umowy o Kompleksową Realizację Inwestycji) zamawiający zapisał, cyt.: „Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę, Podwykonawcę oraz dalszego Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane poniżej czynności w trakcie realizacji Inwestycji: 1) czynności administracyjno - biurowe związane bezpośrednio z realizacją Umowy.”

Zamawiający zawarł we wzorze umowy pozostałe wymagania, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, tj.:

- a) sposób dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp,
- b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,
- c) rodzaj 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 toku kontroli zwrócono się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie na jakiej podstawie zamawiający dokonał ustalenia, że w zakresie realizacji zamówienia wyłącznie czynności administracyjno-biurowe związane bezpośrednio z realizacją umowy są czynnościami, których wykonywanie wymaga zatrudnienia osób je wykonujących na podstawie umowy o pracę z pominięciem np. pracy osób wykonujących czynności budowlane, stanowiących wykonywanie pracy w sposób, o którym mowa w art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Zamawiający w piśmie z dnia 09.09.2019 r. wyjaśnił, że „wskazując w dokumentacji przetargowej (Załącznik nr 3 do SIWZ - Wzór Umowy o Kompleksową Realizację Inwestycji, Art. 5 ust. 14), iż wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę, Podwykonawcę oraz dalszego Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji Inwestycji czynności administracyjno - biurowych związanych bezpośrednio z realizacją Umowy kierował się istotnością tych czynności dla prawidłowej realizacji Inwestycji. W tym miejscu należy wskazać, że czynności te nie stanowią co prawda bezpośrednich czynności budowlanych, jednakże są niezbędne dla prawidłowej realizacji procesu inwestycyjnego. Czynnościami takimi są w szczególności:

- przygotowanie i aktualizacja harmonogramu realizacji zamówienia (Harmonogram Bazowy, harmonogram Operacyjny),
- przygotowanie i aktualizacja niezbędnych Planów (Planu Kontroli Jakości, Planu Zapewnienia Jakości),
- cykliczne, wymagane Umową raportowanie z postępów w realizacji Inwestycji,



- przygotowywanie i zarządzanie dokumentacją rozliczeniową (np. wnioski o płatność),
- przygotowanie stosownej dokumentacji odbiorowej.

Wedle wiedzy i doświadczenia Zamawiającego czynności te zazwyczaj wykonywane są przez wiele osób (w zależności od przedmiotu i zakresu zamówienia oraz etapu realizacji), zwykle cały zespół dedykowany przez wykonawcę do realizacji danego zadania.

W opinii Zamawiającego, w celu dochowania staranności i zapewnienia ciągłości powyższych czynności w całym okresie realizacji inwestycji właściwe jest, aby osoby je wykonujące stanowiły stały personel wykonawcy, czego potwierdzeniem jest ich zatrudnienie na podstawie umowy o pracę. Zasady wykonywania tych czynności zostały określone w dokumentacji przetargowej (Załącznik nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, Załącznik nr 3 do SIWZ - Wzór Umowy o Kompleksową Realizację Inwestycji), jak też wynikają z ogólnie przyjętych praktyk w zakresie realizacji robót budowlanych dla tego typu inwestycji. Czynności te są w zasadzie wykonywane podobnie dla różnych inwestycji, niezależnie od sposobu organizacji przez wykonawcę wykonania robót budowlanych. Zamawiający wskazuje, iż nie określił wymogu zatrudnienia na podobnych zasadach pracowników realizujących bezpośrednio czynności budowlane, albowiem takie wskazanie mogłoby stanowić ograniczenie konkurencji i wpłynąć na możliwość udziału w postępowaniu lub/i oferowaną cenę. Podkreślić należy bowiem, że to wykonawca, jako podmiot profesjonalnie wykonujący roboty budowlane, musi odpowiednio dobrać zasoby oraz nimi zarządzać, biorąc pod uwagę potencjalną elastyczność harmonogramu, zmienność zakresu robót w czasie, dostępność zasobów na rynku w danym momencie realizacji itp. wynikać z tego może np. konieczność zatrudniania „małych” podwykonawców (np. jednoosobowa działalność gospodarcza, spółka cywilna). Nadmienić należy, że choć w takich przypadkach nie jest koniecznym wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, niemniej jednak Zamawiający przewidział ochronę takich podmiotów w postaci stosownych zapisów umownych odnośnie wymagań dotyczących podwykonawców (w szczególności - rozliczeń finansowych).”

Mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny 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 Kodeksu pracy 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 Kodeksu pracy. 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 Kodeksu pracy. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu ww. art. 22 § 1 Kodeksu pracy 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.: budowę węzła rozdzielczo-pomiarowego, budowę gazociągu DN 700 łączącego zaprojektowany węzeł z istniejącym węzłem Strachocina wraz z infrastrukturą towarzyszącą (w tym połączenie światłowodowe nowego i starego węzła), połączenie nowego węzła z projektowanymi gazociągami wysokiego ciśnienia (z zastrzeżeniem zapisów Rozdziału XVII, punkt 4 siwz), budowę przyłącza wodociągowego, kanalizacyjnego, sieci azotu, przebudowy wodociągu, przebudowy rowu melioracyjnego, ogrodzenia terenu oraz wjazdu (w zakresie przedstawionym w załączniku nr 1 do siwz tj. OPZ). Z analizy dokumentacji technicznej uszczegółwiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że jego zakres obejmuje m.in. roboty w zakresie następujących branż: branża konstrukcyjna, branża gazowa, branża elektryczna, branża teletechniczna, branża sanitarna, branża rozbiórkowa.

Analiza zakresu robót składających się na ww. branże wskazuje, iż część z nich polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż czynności opisane w załączniku nr 1 do siwz - OPZ (Rozdział IV ust. 3), wchodzące w zakres prac budowlanych objętych realizacją umowy

przedmiotowego zamówienia stanowią wykonywanie pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, 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.

W niniejszym postępowaniu, ograniczając się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności „administracyjno-biurowe związane bezpośrednio z realizacją Umowy”, zamawiający dokonał wadliwie oceny czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. 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.

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.

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.