

KU/43/18/DKZP

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

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.
w Jarocinie
Cielcza, ul. Gajówka 1
63-200 Jarocin

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: modernizacja gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków w Cielczy k/Jarocina – zaprojektowanie, wykonanie i utrzymanie

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

Data wszczęcia postępowania: 26.08.2017 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2017/S 163 – 335417

Wartość zamówienia: 81.976.440,00 zł (19.635.545,76 euro); całkowita wartość zamówienia – powyżej 20.000.000,00 euro

Środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2014 – 2020

Rodzaj procedury: zamówienie sektorowe

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku 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, zarzuca zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania czynności, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp oraz narzucenie wykonawcom (podwykonawcom) obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę co najmniej 20 osób;
- 2) naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 419), poprzez zaniechanie ujawnienia informacji, które nie zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 3) naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. nie były dokumentami potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie określonych przesłanek fakultatywnych wykluczenia;
- 4) naruszenie art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986, poprzez sporządzenie ogłoszenia o zamówieniu na wzorze załącznika II do ww. Rozporządzenia, podczas gdy udzielane zamówienie należy do zamówień sektorowych i obowiązuje do jego ogłoszenia wzór załącznik V do ww. Rozporządzenia;
- 5) naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie zawartego w nim wyłączenia w zakresie przesłanek wykluczenia.

UZASADNIENIE

1. Naruszenie art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c ustawy Pzp

Zgodnie z pkt IV.4.27 siwz zamawiający wskazał, iż „Stosownie do treści art. 29 ust 3a ustawy Pzp zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę minimum 20 pracowników przy realizacji przedmiotu zamówienia, a realizacja tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r., poz.1666 ze zm.). Wymagania w tym zakresie zostały określone w Części II Wzór umowy (Umowa)”.

W pkt 22.1 Wzoru Umowy wskazano natomiast, iż cyt.: „Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących prace i roboty będące przedmiotem niniejszej umowy w trakcie realizacji zamówienia”.

W toku kontroli przedmiotowego postępowania pismem z dnia 11.05.2018 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie, gdzie w dokumentacji postępowania zamawiający wskazał rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

W piśmie z dnia 14.05.2018 r. zamawiający wyjaśnił, iż „Zgodnie z poglądem doktryny brak jest pełnej jasności, czy wymóg zatrudniania osób na podstawie umów o pracę dotyczy wszelkich osób wykonujących jakiegokolwiek czynności o pracowniczym charakterze, czy też zamawiający spośród czynności o tym charakterze obowiązkowo wskazuje przynajmniej niektóre, co do których żąda stosowania przepisów Kodeksu pracy przy zatrudnianiu osób te czynności wykonujących (W. Dzierżanowski, „Wymóg zatrudnienia pracowniczego przy realizacji zamówienia publicznego”, „Prawo zamówień Publicznych” 2017, Nr 1). Zamawiający z uwagi na bardzo szeroki zakres zamówienia zastosował szerszą wykładnię przepisu art. 29 ust. 3a Pzp i ograniczył przedmiotowy wymóg do min. 20 osób wykonujących pracę i roboty w ramach niniejszego zamówienia. Czynności niezbędne do wykonania zamówienia zostały przez zamawiającego określone w pkt. 4.4 - 4.8 siwz.

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 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. modernizacja komory rozdziału, modernizacja zbiornika retencyjnego, budowa zbiornika mieszania osadów i recepcji osadów dowiezionych, budowa stacji końcowego odwadniania osadów. Z analizy dokumentacji technicznej uszczegółwiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że jego zakres obejmuje m.in. roboty ziemne, deskowania, roboty betonowe oraz roboty zbrojarskie. Analiza zakresu ww. robót wskazuje, że część z nich polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane. Przykładowo, do takich robót należy zaliczyć: demontaż istniejących budowli i instalacji, wykonanie i demontaż dróg montażowych, wykonanie i demontaż rusztowań, roboty malarskie itd.

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 min. 20 osób wykonujących prace i roboty będące przedmiotem umowy w trakcie realizacji zamówienia 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 20 osób. 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.

2. Naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca. CONTROL PROCESS EPC Environmental Protection 3 Sp. z o.o. złożył ofertę, w której zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. formularz cenowy. Wraz z ofertą wykonawca przedstawił oświadczenie, w którym przedstawił uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. formularza cenowego. Wykonawca w przedmiotowym uzasadnieniu wskazał m.in., że „Informacje zawarte w formularzu cenowym wykonawcy jest informacją o charakterze poufnym wykonawcy. Bardzo szczegółowy i w dużym stopniu złożony formularz cenowy wskazuje szczegółowy sposób kalkulacji ceny

oferty poprzez odniesienie się do kosztów realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. W szczególności zastrzeżone informacje wskazują warunki, na jakich będą współpracować potencjalni podwykonawcy, w szczególności warunki finansowe planowanej współpracy. Powyższe informacje mają istotną wartość gospodarczą, gdyż stanowią informację o stosowanych rabatach, upustach oraz promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych wykonawcy przez osoby i firmy, z którymi współpracuje. Tym samym w oparciu o powyższe informacje konkurencja byłaby w stanie oszacować jaki może być poziom oferowanych przez nas cen na podobne usługi zamawiane przez innych zamawiających w innych postępowaniach. Uzyskane ceny są wynikiem długotrwałych negocjacji, uzgodnień, jak również mają na nie wpływ liczne czynniki zewnętrzne, a ich ujawnienie z pewnością wpłynęłoby negatywnie na relacje z kontrahentami, gdyż poprzez ujawnienie tych informacji inni kontrahenci podmiotów z którymi współpracujemy mogliby wywierać na nich presję cenową. Co więcej, pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować, że firmy konkurencyjne pozyskają dotychczas współpracujące z nami osoby i firmy do współpracy w innych postępowaniach i w ten sposób uniemożliwią nam korzystanie z ich usług (...). Tak szczegółowy formularz cenowy jest bezcennym źródłem informacji wywiadu gospodarczego, pozwala bowiem odkryć know-how przedsiębiorcy w zakresie takiego prowadzenia projektu i takich metod biznesowych, które pozwalają uzyskać zysk, utrzymując konkurencyjną cenę na wysoce konkurencyjnym rynku.”

W toku przedmiotowej kontroli uprzedniej zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie zamawiający uznał zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa formularza cenowego dołączonego do oferty wykonawcy CONTROL PROCESS EPC Environmental Protection 3 Sp. z o.o.

W odpowiedzi z dnia 14.05.2018 r. zamawiający zacytował ww. argumentację wykonawcy oraz wskazał, że „uznał na podstawie przedmiotowych wyjaśnień, że wykonawca skutecznie wykazał, że zastrzeżone informacje dotyczące formularza cenowego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (Dz. U. z 2018 r., poz. 419), dalej: „ustawa znk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje

techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż zarówno zastrzeżenie poufności, jak i wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą nastąpić w tej samej chwili, tj. nie później niż w terminie składania ofert w przetargu nieograniczonym, jak również, iż dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednoczesne wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

Ponadto zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych (zawartym na stronie internetowej pod adresem: www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczące-ustawy-pzp/inne/tajemnica-przedsiębiorstwa) za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności dokumenty (informacje) takie jak: kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

Z uwagi na powyższe analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa formularza cenowego prowadzi do wniosku, że nie przysługuje w tym zakresie status tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności nie można się zgodzić ze stanowiskiem wykonawcy CONTROL PROCESS EPC Environmental Protection 3 Sp. z o.o., iż „tak szczegółowy formularz cenowy jest bezcennym źródłem informacji wywiadu gospodarczego, pozwala bowiem odkryć know-how przedsiębiorcy w zakresie takiego prowadzenia projektu i takich metod biznesowych, które pozwalają uzyskać zysk, utrzymując konkurencyjną cenę na wysoce konkurencyjnym rynku”, bowiem treść formularza cenowego została sporządzona przez zamawiającego na potrzeby tego konkretnego postępowania i była ona udostępniona na równych zasadach wszystkim wykonawcom zainteresowanym przedmiotowym zamówieniem. Jednocześnie, nie można się zgodzić ze stwierdzeniem, że: „zastrzeżone informacje wskazują warunki, na jakich będą współpracować potencjalni podwykonawcy, bowiem samo wstawienie przez wykonawcę cen w przygotowanym przez zamawiającego formularzu cenowym nie wskazuje na warunki współpracy z podwykonawcami. Należy podkreślić, że w formularzu cenowym nie miały być ujawniane ceny jednostkowe, czy ilości materiałów, urządzeń, stawki roboczogodziny ani sprzętu. Wykonawcy zobowiązani byli przedstawiać jedynie ceny ryczałtowe, odnoszące się do poszczególnych grup czynności, jak np. zapewnienie utrzymania pracy oczyszczalni i zagospodarowania osadów ściekowych

w okresie zapewniania utrzymania pracy oczyszczalni. Ponadto, w dokumencie tym nie ujawniano żadnych danych co do nazw podwykonawców.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone również w wyroku KIO przywołanym przez wykonawcę.

Tym samym, nie można uznać, że informacje dotyczące cen wskazanych przez wykonawcę CONTROL PROCESS EPC Environmental Protection 3 Sp. z o.o. w formularzu cenowym zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny one zostać ujawnione przez zamawiającego.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy znk.

Wykazane naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

3) Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp

Jak wynika z treści siwz [Rozdział XIII pkt 13.1 ppkt 7, 8 i 14] oraz ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2, 3 i 9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 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 jako „rozporządzenie”, tj.:

- zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie

na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

- oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. *o podatkach i opłatach lokalnych* (Dz. U. z 2016 r. poz. 716).

Jednocześnie zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Rozdziale XII pkt 12.1 siwz wskazał, iż wykonawca jest zobowiązany do wskazania, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 – 2 i 4 – 7 ustawy Pzp. Zamawiający nie przewidział natomiast fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Pismem z dnia 9.02.2018 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia m.in. ww. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2, 3 i 9 rozporządzenia.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Należy zauważyć, że zaświadczeń o których mowa z w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia oraz oświadczenia, o którym mowa w § 5 pkt 9 rozporządzenia, zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, iż żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.

11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, iż wymagane przez zamawiającego zaświadczenia Urzędu Skarbowego, właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS oraz oświadczenie wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych nie są dokumentami potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 – 2 i 4 – 7 ustawy Pzp, postawiony przez zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Żądanie złożenia ich przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona stanowi jednocześnie naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

4. Naruszenie art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 24.08.2017 r. zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na druku stanowiącym załącznik nr II („Ogłoszenie o zamówieniu”) do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015). Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.08.2017 r. pod numerem 2017/S 163 – 335417.

Zgodnie z art. 11 ust. 7 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

Ponadto w trakcie prowadzonej kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu pismem z dnia 30.03.2018 r. poprosił zamawiającego m.in. o wyjaśnienie, który przepis art. 3 ust. 1 ustawy Pzp miał zastosowanie w przedmiotowej sprawie oraz o wskazanie, czy wartość dofinansowania przedmiotowego zamówienia ze środków UE przekracza 50%.

Pismem z dnia 04.04.2018 r. zamawiający wyjaśnił, iż wartość dofinansowania przedmiotowego zamówienia ze środków Unii Europejskiej przekracza 50% oraz, że jako podstawę prawną przedmiotowego zamówienia zastosował art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją powyższego przepisu, do stosowania przepisów ustawy Pzp zobowiązane są inne niż określony w pkt 1-3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1-3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji,
- d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego.

Należy także zauważyć, że przedmiotem kontrolowanego postępowania jest modernizacja gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków, co wskazuje, że zamówienie jest związane z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków (art. 132 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Reasumując stwierdzić należy, że zamawiający - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Jarocinie jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia jest zobowiązany stosować przepisy Rozdziału 5 (Zamówienia Sektorowe) Działu III (Przepisy szczególne) ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zauważyć, iż aktem wykonawczym ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, było ww. Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r., które weszło w życie w dniu 18.04.2016 r. W związku z powyższym, zamawiający publikując w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenie o zamówieniu na wzorze formularza stanowiącego załącznik nr II do ww. Rozporządzenia wykonawczego zamiast na obowiązującym go wzorze formularza stanowiącego załącznik nr V do przedmiotowego Rozporządzenia wykonawczego, naruszył art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie zawartego w nim wyłączenia w zakresie przesłanek wykluczenia.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XII pkt 12.1 siwz oraz sekcji ogłoszenia o zamówieniu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1-2 i 4-7 Pzp. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał m.in. dokumentów, o których 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 w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ww. rozporządzenia.

Jak już zostało wskazane w ww. pkt 4, do udzielenia 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, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d), oraz 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). Wobec powyższego, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zastosował w stosunku do wykonawców szersze podstawy wykluczenia z postępowania, niż przewidziane przez ustawodawcę w przypadku zamówień sektorowych, co tym samym 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.