

Warszawa, dnia 25.04.2017 r.

UZP/DKUE/KU/34/17

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

- Zamawiający:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
ul. Targowa 74
03-734 Warszawa
- Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane
- Przedmiot zamówienia:** Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 odcinek granica województwa – Malbork” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego
- Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony
- Data wszczęcia postępowania:** 05.08.2016 r.
- Numer ogłoszenia o zamówieniu:** 2016/S 152-275588
- Wartość zamówienia:** 212 755 123,87 zł (50 960 531,72 euro), w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp – 1 470 000,00 zł (352 104,24 euro)

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. W kontrolowanym postępowaniu zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności w zakresie realizacji zamówienia, stanowiące

wykonywanie pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502 ze zm.). Zgodnie z art. 36 ust. 8a lit. c) ustawy Pzp, zamawiający wymienił rodzaje czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w Tomie III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy Część I pkt 2.3.1 „Obowiązki i odpowiedzialność Wykonawcy”. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie zawiera natomiast postanowień odpowiadających obligatoryjnym elementom SIWZ określonym w art. 36 ust. 8a lit a) oraz b) ustawy Pzp, tj.: opisu sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a oraz opisu uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Pismem z dnia 30.03.2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą m. in. o wyjaśnienie, czy zamawiający uwzględnił w SIWZ obligatoryjne elementy, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp. W odpowiedzi, pismem z dnia 11.04.2017 r., zamawiający poinformował, że SIWZ nie zawiera elementów, o których mowa w powyższym przepisie. W ramach uzasadnienia zamawiający podniósł, że *„(...) przedmiotowe postępowanie wszczęte zostało po 8 dniach od wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (...). Wobec braku jakichkolwiek wytycznych, opinii, jak również pomimo przeprowadzonego szkolenia dedykowanego wspomnianej noweli – Zamawiający w tamtym czasie - był w stanie zrealizować jedynie wymóg wynikający z postanowień art. 29 ust. 3a. Dopiero w późniejszym terminie stanowisko zajął Generalny Inspektor Ochrony Danych osobowych w sprawie niezanonimizowanych kopii umów o pracę z pracownikami wykonawcy, jako sposobu udokumentowania ich zatrudnienia oraz zaprezentowana została pomocna opinia na stronie Urzędu Zamówień Publicznych”*.

Odnosząc się do powyższej kwestii należy zwrócić uwagę, że art. 36 ust. 8a ustawy Pzp wyznacza minimalną zawartość SIWZ w sytuacji zidentyfikowania czynności polegających na wykonywaniu pracy w zamówieniu publicznym. Z uwagi na wagę informacji zawartych w przesłankach a) – c) art. 36 ust. 8a nie można ocenić, że są to informacje fakultatywne, a zamawiający może pominąć część z nich. Pozytywna ocena zamawiającego, skutkująca stwierdzeniem, że określone czynności w ramach realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, rodzi zatem po jego stronie w pierwszej kolejności obowiązek wskazania rodzaju tych czynności w SIWZ (lit. c). Jednocześnie, co wymaga podkreślenia, zamawiający w celu sprawowania kontroli nad realizacją wymagania, zawartego w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, powinien również zamieścić w SIWZ odpowiednie zapisy w tym przedmiocie, uwzględniające także odpowiednie dokumentowanie zatrudnienia i stosowne sankcje. W przeciwnym wypadku (tj. braku kontroli na etapie wykonania umowy), wykonawcy mogliby uzyskać zamówienie, deklarując fikcyjne zobowiązania dotyczące zatrudnienia na podstawie umów o pracę.

W niniejszej sprawie zamawiający zwraca uwagę, że w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania nie ukazały się żadne wytyczne, czy też opinie na temat stosowania przepisu art. 36 ust. 8a ustawy Pzp, wprowadzonego w ramach ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28.07.2016 r. Należy jednak zauważyć, że zamawiający nie podjął żadnej samodzielnej próby zastosowania powyższego przepisu w zakresie zawartym w literach a) oraz b) i nie przewidział w SIWZ postanowień chociażby częściowo odpowiadających wymaganiom wprowadzonym w przepisach art. 36 ust. 8a lit. a) i b) ustawy Pzp. Brak jakiejkolwiek próby dostosowania SIWZ do nowych obowiązków ustawowych nie może być uzasadniony niewykształceniem się praktyki stosowania nowego przepisu, ani też brakiem wydania opinii, czy też wytycznych organów administracji publicznej.

W konsekwencji, wobec braku zawarcia w SIWZ w kontrolowanym postępowaniu postanowień dotyczących sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a oraz uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, należy stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 36 ust. 8a lit. a) oraz b) ustawy Pzp. Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Jak wynika z treści części 9.1.4 pkt 4 SIWZ, zamawiający na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia m.in. dokumentu wskazanego w § 5 pkt 4 (tj. odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp) 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: „rozporządzenie”).

Jednocześnie zamawiający w sekcji III.1.1 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania z przyczyn określonych w ustawie z 29.1.2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz.U. 2015 poz. 2164, z późn. zm.), zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 13 – 23 z wyłączeniem przesłanek określonych w ust. 1 pkt 13 lit. d i pkt 14 w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit. d (przesłanki wykluczenia obligatoryjne) oraz w ust. 5 pkt 5 ÷ 6 (przesłanki wykluczenia fakultatywne).

Zamawiający nie przewidział zatem fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust.

1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. poz. 978, z późn. zm.) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 233, z późn. zm.).

Pismem z dnia 10.01.2017 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, tj. konsorcjum: NDI S.A. (lider), Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., do złożenia aktualnych na dzień złożenia m.in. ww. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 4 rozporządzenia.

Należy wskazać, iż 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.

Z treści powyższego przepisu wynika, że ustawodawca dopuścił możliwość żądania dokumentów od wykonawców tylko w sytuacji, gdy są to dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz gdy służą wykazaniu m. in. braku podstaw do wykluczenia. Brak określenia w postępowaniu danej fakultatywnej przesłanki wykluczenia czyni zatem niezasadnym żądanie dokumentu dotyczącego tej przesłanki wykluczenia.

Należy zauważyć, że odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, o którym mowa w § 5 pkt 4 rozporządzenia, zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, iż żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie przywołanego przepisu w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. W kontrolowanym postępowaniu powyższa fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy nie została przewidziana.

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.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż żądanie przez zamawiającego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej stanowi

nieuzasadniony wymóg w kontekście zakresu przyjętych w postępowaniu przesłanek wykluczenia wykonawców. Powyższy dokument nie odnosił się do żadnej z określonych w sekcji III.1.1 ogłoszenia o zamówieniu przesłanek wykluczenia z postępowania. Wobec tego żądanie odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej nie było niezbędne do przeprowadzenia kontrolowanego postępowania.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że żądanie w treści SIWZ dokumentu określonego § 5 pkt 4 rozporządzenia, który w niniejszym postępowaniu nie służył wykazaniu braku podstaw do wykluczenia nie znajduje uzasadnienia w treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i stanowi naruszenie tego przepisu. Żądanie złożenia tego dokumentu przez konsorcjum: NDI S.A. (lider), Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., którego oferta została w kontrolowanym postępowaniu najwyżej oceniona stanowi jednocześnie naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

3. Zgodnie z rozdz. 9 pkt 9.1.4.13 SIWZ IDW, dodanym w wyniku zmiany SIWZ z dnia 14.09.2016 r., *„jeżeli wykonawca będzie polegał na zdolnościach innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia; podmioty te przedstawią dokumenty wymienione w pkt. 9.1.4 ppkt 1, 2, 3, 4, 6 i 7, a jeżeli udostępnienie dotyczy sytuacji finansowej również dokumenty wymienione w pkt 9.1.4 ppkt 8 i 9 (...)”*.

Z powyższego postanowienia SIWZ wynika, że w stosunku do podmiotów trzecich zamawiający nie żądał przedstawienia dokumentu, o którym mowa w pkt 9.1.4 ppkt 5 SIWZ, tzn. oświadczenia o braku orzeczenia wobec podmiotu trzeciego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Dokument ten żądany był w SIWZ od wykonawcy. W pozostałej części, zakres dokumentów żądanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy i podmiotów trzecich był taki sam.

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.

Z kolei zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach

określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający wymagał w SIWZ (pkt 9.1.4. ppkt 5) złożenia przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, tj. dokumentu określonego w § 5 pkt 6 rozporządzenia, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp (obligatoryjna przesłanka wykluczenia). W treści SIWZ zamawiający nie wymienił tego oświadczenia w wykazie dokumentów żądanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego, na zasobach którego będzie polegał wykonawca, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Obligatoryjna przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp odnosi się również do podmiotów trzecich. W związku z tym, zamawiający obowiązany był do określenia w SIWZ wymogu złożenia przez wykonawcę powyższego oświadczenia odnoszącego się również do podmiotów trzecich. Wykazanie przez wykonawcę braku zaistnienia wspomnianej wyżej podstawy wykluczenia wobec podmiotu trzeciego jest niezbędnym dla dopuszczalności powołania się na zasoby takiego podmiotu. W związku z tym, powyższe oświadczenie odnoszące się do podmiotów trzecich było dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia kontrolowanego postępowania i konieczność jego złożenia powinna być wprost wskazana w SIWZ.

W związku z powyższym zaniechanie żądania w treści SIWZ oświadczenia o braku orzeczenia wobec podmiotu trzeciego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Stwierdzone 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.