

UZP/DKUE/KD/24/2017

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

Zamawiający:	Gmina Wąchock ul. Wielkowiejska 1 27-215 Wąchock
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	„Przebudowa drogi gminnej ulicy Błonie w Wąchocku” oraz „Przebudowa sieci gazowej w związku z przebudową ulicy Błonie w Wąchocku”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	12.08.2016 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	300941-2016
Wartość zamówienia:	413.801,99 zł (tj. 99.116,62 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, zarzuca zamawiającemu:

1) naruszenie:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy TRASBUD BUDOWNICTWO xxxxx, yyyyy Sp. jawna do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. w szczególności brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie zasobów w wystarczającym do należytego wykonania zamówienia zakresie i w wystarczający sposób;

- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu;

- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp;

2) naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania poprzez zaniechanie wpisania w pkt 2.2 protokołu postępowania powodów braku podziału zamówienia na części;

3) naruszenie art. 29 ust. 3a oraz art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a-c ustawy Pzp poprzez brak określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp;

4) naruszenie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp poprzez brak zamieszczenia informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej;

5) naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez żądanie dokumentu, pomimo braku dokonania opisu warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykonawców;

6) naruszenie:

- treści § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2016 r. poprzez przywołanie w siwz zapisów treści § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r.;

- art. 41 pkt 7a) ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2016 r. poprzez zaniechanie wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji dotyczących dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych.

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 6.1.2 siwz zamawiający określił warunek dotyczący zdolności zawodowej poprzez wymóg wykazania m.in. co najmniej jednego zadania w zakresie budowy, rozbudowy, przebudowy lub remontu sieci gazowej o wartości nie mniejszej niż 90.000,00 zł brutto.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był przedłożyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego, i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego, roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty, tj. dokument, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 1 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”.

Ponadto zamawiający w pkt 6.3 siwz wskazał, iż „wykonawca, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy, może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Wykonawca z takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów – przedłożone w oryginale do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ww. zapisem, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba, że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy”.

Wykonawca TRASBUD BUDOWNICTWO xxxxx, yyyy Sp. jawna w pkt 9 formularza

złożonej oferty wskazał, iż cyt.: „zamówienie zrealizujemy sami”. Jednocześnie, wykonawca wraz z ofertą przekazał zamawiającemu wszystkie dokumenty wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. wykaz robót budowlanych, w pkt 3 którego na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej wskazał inwestycję pn.: „Budowa gazociągu i przyłączy gazowych ś/c do budynków mieszkalnych w m. Jędrzejów ul. Pińczowska” realizowaną przez firmę HYDROBUD qqqqq, na kwotę 201.026,61 zł brutto. Na potwierdzenie należytego wykonania wskazanej inwestycji wykonawca załączył stosowne referencje.

Wykonawca do oferty dołączył także zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego (HYDROBUD qqqqq) o treści cyt.: „Ja niżej podpisany qqqqq będąc upoważnionym do reprezentowania HYDROBUD qqqqq(...) niniejszym oświadczam, że wyżej wymieniony podmiot, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, odda wykonawcy TRASBUD BUDOWNICTWO xxxxx, yyyyy Sp. jawna (...) do dyspozycji niezbędne zasoby:

- wiedzy i doświadczenia;

- osób zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia, tj. qqqqq (...) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn.: „Przebudowa drogi gminnej ulicy Błonie w Wąchocku” oraz „Przebudowa sieci gazowej w związku z przebudową ulicy Błonie w Wąchocku”,

przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania,

sposób wykorzystania ww. zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia to:

Kierownik robót branży instalacyjnej – gazociąg,

charakter stosunku jaki będzie łączył nas z wykonawcą:

Umowa o współpracy”.

Wskazując na powyższe należy podnieść, że stosownie do art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, 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. Ponadto, z § 9 ust. 1 rozporządzenia wynika, że w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;

- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- d) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zatem nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania podmiotu trzeciego o przekazaniu potencjału, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. 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.

Jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym przez ww. wykonawcę jest oświadczenie podmiotu trzeciego na temat zamiaru udostępnienia niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osoby na stanowisko Kierownika robót branży instalacyjnej – gazociąg bez wskazania rodzaju i formy udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia oraz zakresu dostępnych wykonawcy zasobów tego podmiotu. Zobowiązanie o takiej treści nie precyzuje przede wszystkim w jaki sposób zasoby wiedzy i doświadczenia zostaną udostępnione wykonawcy, a zwłaszcza czy ich udostępnienie będzie realne. Tym samym treść powyższego dokumentu nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawca ma rzeczywisty dostęp do wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego tego rodzaju zasób i czy jest to dostęp w zakresie wystarczającym do należytej realizacji zamówienia.

Zgodnie z dyspozycją 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.

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy TRASBUD BUDOWNICTWO xxxxx, yyyyy Sp. jawna do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie powyżej opisanego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tj. w szczególności nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzającego udostępnienie zasobów w wystarczającym do należytego wykonania zamówienia zakresie i w wystarczający sposób. Zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, że zasoby wiedzy i doświadczenia zostały mu udostępnione przez podmiot trzeci w sposób realny i że wykonawca spełnia w ten sposób opisany warunek wiedzy i doświadczenia, należy wskazać na mające także zastosowanie w sprawie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z pierwszym z ww. przepisów z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis ma na celu zobowiązanie zamawiającego do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez przedłożenie wymaganych przez zamawiającego i wystarczających dla udowodnienia spełniania konkretnego warunku, dokumentów. Należy przy tym podkreślić, że spełnianie ww. warunków służy potwierdzeniu, że wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, zaś a contrario stwierdzić należy, że wykonawca nie spełniający warunków, takiej zdolności nie posiada i zamówienie nie może zostać mu udzielone. Przy czym w świetle dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Tym samym niedopuszczalne jest, aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków i nie został pod tym kątem zweryfikowany przez zamawiającego. Zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, co do którego nie zachodzą wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu spełnia.

Brak weryfikacji wykonawcy w sposób przewidziany w przepisach ustawy Pzp pod kątem spełniania warunków jest także sprzeczny z dyspozycją drugiego z wymienionych przepisów, tj. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odsyła zatem do innych przepisów ustawy Pzp, jednocześnie wyraźnie wskazując, że niezgodność procedury udzielenia zamówienia z jakimkolwiek przepisem dotyczącym procesu wyboru wykonawcy, skutkuje zakazem udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Dowodzi tego zwłaszcza użycie w przepisie słowa „wyłącznie”, które zawęża możliwość wyboru

wykonawcy jedynie do takiego, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, tym samym wyłączając możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z jakimkolwiek przepisem ustawy mającym wpływ na wybór oferty.

Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykazał, że w wystarczającym zakresie i w wystarczający sposób dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wymaganej zdolności zawodowej (doświadczenia). Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie w toku kontroli zostało stwierdzone, że zamawiający nie podjął czynności weryfikacji doświadczenia tegoż wykonawcy w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. opisany warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego. Tym samym zamawiający zaniechał dokonania weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, a co więcej – następnie udzielił mu zamówienia.

Powyższe oznacza, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. wybrał ofertę wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający naruszył nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Nakaz ten bowiem sformułowany został w dziale I rozdziale 2 ustawy Pzp, który zawiera zasady udzielania zamówień, tj. podstawowe i zasadnicze reguły, które stanowią wytyczne co do interpretacji pozostałych przepisów ustawy Pzp i muszą być przestrzegane w procesie udzielenia zamówienia. Naruszenie ww. nakazu świadczy o niedopuszczalności wyboru oferty wykonawcy TRASBUD BUDOWNICTWO T. xxxxx. yyyyy Sp. jawna i stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2. Przedmiotem kontrolowanego zamówienia pn. „Przebudowa drogi gminnej ulicy Błonie w Wąchocku” oraz „Przebudowa sieci gazowej w związku z przebudową ulicy Błonie w Wąchocku”, zgodnie z zapisami Rozdziału I pkt 1 siwz, jest wykonanie przebudowy drogi gminnej ulicy Błonie w Wąchocku na odcinku o długości 567,56 m i o szerokości 3 m z poszerzeniami odpowiednio do 4,5 m, 3,5 m, 5,1 m obejmujące swym zakresem:

- wymianę nawierzchni na nawierzchnię z kostki brukowej betonowej wraz z podbudową;
- budowę obustronnych poboczy o szerokości 50 cm;

- budowę zjazdów indywidualnych;
 - oznakowanie pionowe i poziome wg projektu stałej organizacji ruchu;
 - wykonanie przebudowy sieci gazowej średniego ciśnienia DN 65 stalowej na długości 7,3 m, sieci gazowej średniego ciśnienia DN 32 stalowej na długości 319 m, przebudowę 5 przyłączy średniego ciśnienia DN 20 stal od przebudowywanej sieci do granicy działki/ogrodzenia terenu znajdującego się w pasie drogowym ulicy Błonie na rury PE.
- Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych, jak też nie udzielał zamówienia w częściach. Jednocześnie, jak wynika z pkt 2.2 protokołu postępowania (druk ZP-PN), nie podał powodów niedokonania podziału zamówienia na części.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, którego wzór jest określony w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie protokołu postępowania”. Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania, wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia. W pkt 2.2 załącznika nr 1 wskazano, że w przypadku odpowiedzi „nie” na pytanie „czy zamówienie zostało podzielone na części” zamawiający powinien wypełnić stosowną rubrykę podając „powody niedokonania podziału zamówienia na części (możliwość składania ofert częściowych/udzielanie zamówienia w częściach)”.

Jednocześnie z treści art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp wynika, iż sporządzany w trakcie prowadzenia protokół powinien zawierać co najmniej powody niedokonania podziału zamówienia na części.

W związku z powyższym, brak wpisania w pkt 2.2 protokołu postępowania powodów braku podziału zamówienia na części stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Z przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania nie wynika, aby zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia 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.

W toku prowadzonej kontroli, w piśmie z dnia 26 stycznia 2018 r. zamawiający wyjaśnił, iż „zapisy dotyczące wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na

podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności (art. 29 ust. 3a, art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp) nie zostały zamieszczone w dokumentacji przetargowej”.

Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, 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. Jak 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 zatrudnić 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 obejmował swym zakresem:

- wymianę nawierzchni na nawierzchnię z kostki brukowej betonowej wraz z podbudową;

- budowę obustronnych poboczy o szerokości 50 cm;
- budowę zjazdów indywidualnych;
- oznakowanie pionowe i poziome wg projektu stałej organizacji ruchu;
- wykonanie przebudowy sieci gazowej oraz przyłączy średniego ciśnienia.

Z analizy dokumentacji technicznej opisującej przedmiot zamówienia wynika, że jego zakres obejmuje m.in. roboty w zakresie następujących branż:

- branża drogowa – gdzie roboty budowlane polegały m.in. na demontażu i układaniu kostki betonowej, wykonaniu podbudowy, wykonaniu oznakowania pionowego i poziomego, oraz
- branża instalacyjna – gdzie roboty budowlane polegały m.in. na wykonaniu wykopów a następnie ich zasypaniu, łączeniu rur PE oraz zgrzewaniu rur i kształtek.

Analiza zakresu ww. robót wskazuje, iż polegają one na pracy osób wykonujących czynności budowlane, które to czynności w ramach poszczególnych branż 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.

Ściśle z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp koreluje również 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 jest zobowiązany do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

- a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a,
- b) uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,
- c) 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 rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a oraz art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a- c ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

4. W toku prowadzonej kontroli ustalono, iż zamawiający nie zamieścił na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert.

W piśmie z dnia 26 stycznia 2018 r. zamawiający wyjaśnił, iż „Zamawiający nie zamieścił na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert (art. 86 ust. 5 ustawy Pzp). Zamawiający

zamieścić na stronie: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 sierpnia 2016 r.”.

Stosownie do treści art. 86 ust. 5 ustawy Pzp niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

W związku z powyższym, brak zamieszczenia informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej, stanowi naruszenie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

Powyzsze naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

5. Zamawiający w sekcji III.1.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale I pkt 6.1.1 siwz wymagał przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, tj. dokumentu wskazanego w § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia. Jednocześnie, z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej wykonawców, którego spełnianie mieliby oni potwierdzać ww. dokumentem.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp mają charakter ogólny i abstrakcyjny. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Tym samym, zamawiający zobowiązany jest doprecyzować warunek udziału w postępowaniu poprzez jego opisanie w taki sposób, aby z jednej strony wykluczyć z postępowania wykonawców nie będących w stanie zrealizować zamówienia, a z drugiej strony umożliwić wzięcie w nim udziału wszystkim tym, którzy obiektywnie są zdolni wykonać przedmiot zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do dokonania opisu warunków udziału w postępowaniu, które są niezbędne do zweryfikowania wykonawców pod kątem prawidłowego wykonania przez nich udzielanego zamówienia. W sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał w ogłoszeniu

o zamówieniu oraz w siwz opisu danego warunku, nie może żądać dokumentów na jego potwierdzenie.

Powyższe znajduje również potwierdzenie w treści przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Stosownie do cytowanego przepisu, zamawiający nie musi żądać wszystkich dokumentów wyszczególnionych w rozporządzeniu, ale wyłącznie tych, które są niezbędne do jego przeprowadzenia. Jak wynika z treści § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać wskazanych w pkt 1 - 4 ww. przepisu dokumentów.

W związku z powyższym w sytuacji, kiedy zamawiający nie dokonał opisu warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykonawców, należy uznać, iż żądanie dokumentów wskazanych w § 2 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia było zbędne. Tym samym, działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

6. W pkt 7.3 siwz zamawiający poinformował wykonawców, że *„jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:*

a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości – wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

b) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie – wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

c) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne lub uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zamawiający odnośnie do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wskazał dokumenty określone w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U.

z 2013 r., poz. 231). Zwrócić należy uwagę, iż w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. w dniu 12 sierpnia 2016 r., obowiązującym rozporządzeniem było Rozporządzenie 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), które weszło w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Zgodnie z zapisami § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z 2016 r., jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2-4 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że 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,
- b) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Tym samym, zamawiający przywołując w siwz zapisy § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia z 2013 r., naruszył treść § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z 2016 r.

Ponadto, analiza treści ogłoszenia o kontrolowanym zamówieniu wykazała, że zamawiający nie zamieścił w nim informacji dotyczących dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych.

Jak wynika z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją art. 41 pkt 7a ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp zawiera wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu ww. wykaz.

Zaniechanie wskazania powyższych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu stanowi naruszenie art. 41 pkt 7a ustawy Pzp.

Ww. naruszenia art. 41 pkt 7a ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2016 r. nie miały wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej 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.