

Sygn. akt KIO/KD 14/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 1 marca 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gmina Ścinawa

ul. Rynek 17

59-330 Ścinawa

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak **KND/27/2017/DKUE**

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

przebudowa drogi powiatowej w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach operacji pn.:

„Przebudowa dróg G103015D i G103016D relacji Tymowa - Chełmek Wołowski”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Paweł Trojan

Anna Chudzik

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli znak KND/27/2017/DKUE

UZASADNIENIE

do uchwały z 1 marca 2019 r. sygn. akt KIO/KD 14/19

Zamawiający – Gmina Ścinawa w Ścinawie, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z procedurą odwróconą na przebudowę drogi powiatowej w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach operacji pn.: „Przebudowa dróg G103015D i G103016D relacji Tymowa - Chelmek Wołowski”.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 stycznia 2019r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes Urzędu lub kontrolujący) stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986 – dalej ustawa Pzp)

- 1) art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) 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” przez zaniechanie wskazania w protokole postępowania powodów braku podziału zamówienia na części;
- 2) § 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 w sprawie rodzajów dokumentów”, przez nieuprawnione żądanie przez zamawiającego od wykonawców wykazania się doświadczeniem z okresu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia;
- 3) naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp przez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisów od początku niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez następczego ich sprostowania lub zmiany oraz naruszenie art. 41 pkt 7a ustawy Pzp poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkich warunków udziału w postępowaniu, jakie winni spełnić wykonawcy;
- 4) naruszenie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c ustawy Pzp przez zaniechanie określenia przez zamawiającego 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 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks Pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 917), dalej jako: „Kodeks pracy”.

W zakresie zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych przez kontrolującego w pkt. 3 i 4 informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu podniósł, że :

W rozdziale IV siwz zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą, że.

1) w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres działalności jest krótszy to w tym okresie, zrealizowali co najmniej 1 zadanie w zakresie przebudowy lub budowy drogi, placu, parkingu o wartości co najmniej 1 000 000,00zł.

2) dysponują osobą/osobami posiadającymi:

a) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

b) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych zamieszczonym na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego, zamawiający nie wskazał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego wykonawcy.

Zgodnie z dyspozycją art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 (tj. ogłoszenie zamieszczane przez zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej), zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu. Tym samym, zamawiający, który określił warunki udziału w postępowaniu zobowiązany był do ich wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu. Jednocześnie Prezes Urzędu podkreślił, iż w ogłoszeniu o zamówieniu nie znajduje się odesłanie do treści siwz, w której przedstawiony został wyczerpujący opis warunków udziału w postępowaniu.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania według Prezesa Urzędu wynika, iż zamawiający w trakcie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie zmieniał ogłoszenia o zamówieniu jak również nie modyfikował siwz w tym zakresie, a ww. niezgodność istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania, aż do jego zakończenia. Stosownie natomiast do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp

Prezes Urzędu stwierdził, że skoro ww. przepis w przypadku zmian w siwz wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści w zakresie ww. warunku udziału w postępowaniu od początku, wymaga zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu.

Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią siwz, bez następczego ich sprostowania lub zmiany, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp oraz poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkich warunków udziału w postępowaniu, jakie winni spełnić wykonawcy, naruszył art. 41 pkt 7 ustawy Pzp. To naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Na podstawie 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 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.).

W toku prowadzonej kontroli, w piśmie z dnia 21 lutego 2018 r. zamawiający wyjaśnił m.in., cyt.: „W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wskazał żadnych czynności, uznając że roboty wykonywane w celu realizacji zamówienia mogą być wykonywane zarówno na podstawie umowy o pracę jak i umów cywilnoprawnych, a w związku z tym nie wskazał konieczności zatrudniania na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę bądź podwykonawcę. Jedyne czynności jakie wskazał zamawiający w dokumentacji przetargowej (rozdział IV, pkt 3 siwz) to kierowanie robotami budowlanymi w specjalności drogowej i kierowanie robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. W związku z tym, iż wyżej wymienione czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy, zamawiający nie wskazał żadnych czynności. ”

Prezes Urzędu zauważył, 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 przebudowa drogi powiatowej w formule zaprojektuj i wybuduj. Z analizy dokumentacji technicznej przedmiotowego postępowania wynika, że jego zakres obejmuje m.in.: rozbiórkę istniejącej nawierzchni, rozbiórkę krawężników betonowych i obrzeży betonowych, wykonanie nowej nawierzchni jezdni wraz ze zjazdami i wodościekami, udrożnienie rowów przydrożnych poprzez ich oczyszczenie i odmulenie, a także przegłębienie, budowę oświetlenia drogowego oraz przebudowę skrzyżowania drogi powiatowej z drogą gminną.

Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu prowadzi do wniosku, iż przynajmniej część z przykładowo wymienionych powyżej czynności stanowi wykonywanie pracy w sposób określony 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.

Wobec powyższego kontrolujący uznał, że zamawiający nie zastosował się do dyspozycji art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, a 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. To naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

W dniu 6 lutego 2019r. zamawiający Gmina Ścinawa wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli w zakresie opisanych wyżej naruszeń stwierdzonych przez Prezesa Urzędu w pkt. 3 i 4 informacji o wyniku kontroli i podniósł, co następuje:

W zakresie naruszenia przepisu art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp:

Zamawiający nie mógł zgodzić się z zarzutem naruszenia tego przepisu, jako że norma w nim zawarta ustanawia obowiązek zamieszczania w odpowiednim publikatorze informacji o zmianie treści siwz. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie dokonywał zmian siwz, a podana w protokole pokontrolnym podstawa prawna nie jest adekwatna do opisanego stanu faktycznego. W ocenie zamawiającego, aby postawić zarzut odwołując się do przepisu art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, koniecznym jest uprzednie stwierdzenie, że zamawiający dokonał zmiany treści siwz, co nie miało miejsca. Tym samym zawarty w protokole pokontrolnym zarzut odwołujący się do naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp nie może się zdaniem zamawiającego ostać, a interpretacja tego przepisu zawarta w protokole pokontrolnym oraz sposób jego zastosowania w przez kontrolującego są sprzeczne zarówno z jego literalnym brzmieniem jak i jego wykładni systemowej i funkcjonalnej.

zamawiający podał, że przystępując do wypełniania formularza ogłoszenia o zamówieniu dostępnego na platformie UZP — Biuletynie Zamówień Publicznych skopiował wszystkie warunki udziału w postępowaniu ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Podczas podglądu ogłoszenia, przed zatwierdzeniem i wysłaniem go na przedmiotową platformą, wszystkie warunki były widoczne. zamawiający zatwierdził więc formularz i ogłoszenie zostało opublikowane. Następnie, zamawiający będący pewnym poprawności wypełnienia formularza, wysłał go do służb informatycznych celem zamieszczenia ogłoszenia razem z siwz i pozostałymi załącznikami w BIP Gminy Ścinawa, nie sprawdzając po raz kolejny wszystkich wprowadzonych informacji do formularza generowanego przez BZP (nigdy przed nowelizacją ustawy Pzp, a co za tym idzie samych formularzy, zamawiający nie miał problemów technicznych żeby wydruk próbny różnił się od wydruku zatwierdzonego). Zamawiający podkreślił, iż złożona oferta w odpowiedzi na przedmiotowe postępowania wypełniała obowiązek, który przy zatwierdzaniu ogłoszenia, został pominięty. zamawiający nie musiał wzywać Wykonawcy do udowodnienia spełnienia powyższego warunku, co tylko utwierdziło go w przekonaniu, że wszystkie warunki zostały podane w sposób nie budzący zastrzeżeń. Ponadto zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że w ogłoszeniu o zamówieniu nie było odesłania do treści siwz. Zgodnie z formularzem narzuconym przez BZP, odesłanie takie jest w pkt 1.4 Komunikacja , w którym zamawiający podał adres strony

internetowej, na której znajduje się siwz. Ponadto zamawiający zauważył, że art. 41 pkt. 7 ustawy Pzp wymaga aby w ogłoszeniu znalazły się warunki udziału w postępowaniu, ale nie określa czy mają to być wszystkie warunki określone w siwz.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust 3a ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit.c ustawy Pzp zamawiający podniósł, że:

Zamawiający nie wskazał żadnych czynności, a w związku z tym nie wskazał konieczności zatrudniania na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę bądź podwykonawcę.

Jedynie czynności jakie wskazał zamawiający w dokumentacji przetargowej (rozdział IV, pkt 3 siwz) to kierowanie robotami budowlanymi w specjalności drogowej i kierowanie robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. W związku z tym, iż wyżej wymienione czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy, zamawiający nie wskazał żadnych czynności.

W dniu 19 lutego 2019r. Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko odnośnie naruszeń wskazanych w pkt 3 i 4 informacji o wyniku kontroli stwierdzając, że stanowisko prezentowane przez zamawiającego w odniesieniu do tych naruszeń nie zasługują na uwzględnienie.

Prezes Urzędu ponownie podkreślił, że w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamieszczonym na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego, zamawiający nie wskazał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego wykonawcy. Z dokumentacji postępowania wynika ponadto, że zamawiający nie modyfikował ogłoszenia o zamówieniu, a zmiana treści siwz nie dotyczyła warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie należy podkreślić, że ww. niezgodność istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania, aż do jego zakończenia. Powyżej ustalony stan faktyczny został potwierdzony przez zamawiającego w zastrzeżeniach do wyniku kontroli. Treść ogłoszenia o zamówieniu nie zawierała informacji dotyczących sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy, a które to informacje znajdowały się w siwz.

Zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Z kolei w art. 41 pkt 7 ustawy Pzp zostało wskazane, że ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 (tj. ogłoszenie zamieszczane przez zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej), zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu.

Stosownie do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odnosząc nakreślone wyżej elementy stanu faktycznego i prawnego do zarzutów zamawiającego kontrolujący podkreślił, że zarysowany przez zamawiającego w zastrzeżeniach kontekst sytuacyjny wskazujący na usprawiedliwiający charakter okoliczności faktycznych skutkujących opublikowaniem ogłoszenia, którego treść była niepełna i różniła się od treści siwz, nie zwalniał zamawiającego z obowiązku doprowadzenia do zgodności treści ogłoszenia o zamówieniu z treścią siwz. W przedstawionym przez zamawiającego stanie faktycznym, bez wątpienia zamawiający powinien taką nieścisłość w pierwszej kolejności stwierdzić, aby następnie doprowadzić do jej wyeliminowania.

Inną kwestią jest także kwestionowana przez zamawiającego kwalifikacja takiego naruszenia. Zamawiający podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu, cyt.. „nie dokonywał zmian treści siwz” oraz, że „podana w protokole pokontrolnym podstawa prawna nie jest adekwatna do opisanego stanu faktycznego”. W konkluzji zamawiający stwierdził, aby postawić zarzut zamawiającemu odwołując się do przepisu art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, koniecznym jest uprzednie stwierdzenie, że zamawiający dokonał zmiany treści siwz”.

Prezes Urzędu wskazał na dyspozycję art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, który to przepis z całą pewnością nie ogranicza obowiązku zamieszczania ogłoszenia o zmianie ogłoszenia tylko i wyłącznie do przypadku, gdy dochodzi do zmiany treści siwz i w jej następstwie jest wymagana zmiana treści ogłoszenia. Przywołany przepis powinien znajdować szersze zastosowanie, zwłaszcza w sytuacji, gdy niezgodność treści ogłoszenia i siwz istnieje od samego początku. Wskazuje na to zwłaszcza wykładnia systemowa i funkcjonalna. Na gruncie omawianego przypadku mają zastosowanie przepisy art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp z dyspozycją art. 41 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W rezultacie, ww. przepisy statuują normę postępowania, która nakazuje zamawiającemu jednolite opisywanie warunków udziału w postępowaniu zarówno w siwz jak i w ogłoszeniu, a tym samym, likwidowanie potencjalnych nieścisłości, które mogą się pojawić w toku prowadzonego postępowania. Dotyczy to sytuacji związanych ze zmianą treści siwz, ale także stwierdzonej na gruncie danego postępowania, niezgodności „pierwotnej” ww. dokumentów.

W związku z powyższym, zamawiający który określił warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany był do ich wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu. Bez wątpienia, choć nie jest to wyartykułowane w ustawie Pzp wprost, intencją ustawodawcy było, aby opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu był kompletny (z zastrzeżeniem ograniczenia związanego z liczbą dostępnych znaków w formularzu). Mając na uwadze, z jednej strony, rangę i rolę ogłoszenia o zamówieniu w procedurze udzielania

zamówień publicznych, a w szczególności jego informacyjny charakter i co za tym idzie, zasadnicze znaczenie dla potencjalnych wykonawców jako podstawowe źródło wiedzy o zamówieniu, a z drugiej strony doniosłość informacji o opisie sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu dla wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, należy uznać, że teza przeciwna nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Tym samym Prezes Urzędu ponownie podkreślił, że skoro ww. przepis w przypadku zmian w siwz wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści w zakresie ww. warunku udziału w postępowaniu od początku, wymaga zmiany lub sprostowania ogłoszenia o zamówieniu.

Prezes Urzędu zwrócił uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu odesłaniem do treści siwz, w której przedstawiony został wyczerpujący opis warunków udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, za takie odesłanie nie można uznać umieszczenie w formularzu ogłoszenia adresu strony internetowej, na której znajduje się siwz. Zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu odesłania do treści siwz powinno być uznane za wyjątek od zasady publikacji informacji określonej w art. 41 ustawy Pzp i dopuszczone tylko w zakresie, w jakim zamawiający, w szczególności z uwagi na ograniczenia techniczne, a także charakter zamówienia, jego przedmiot lub wymagania organizacyjne lub funkcjonalne, nie są w stanie zamieścić wszystkich informacji wymaganych przepisami ustawy Pzp w formularzu ogłoszenia, w tym również w sekcjach dedykowanych informacjom dodatkowym.

Reasumując kontrolujący podkreślił, że możliwość zapoznania się przez potencjalnego wykonawcę z wyczerpującą i ostateczną treścią warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentu obwieszczającego wolę zamawiającego do udzielenia zamówienia publicznego na określonych warunkach, jakim niewątpliwie jest ogłoszenie o zamówieniu, była w znacznym stopniu ograniczona lub wręcz niemożliwa

Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią siwz, bez następczego ich sprostowania lub zmiany, naruszył treść art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp oraz poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkich warunków udziału w postępowaniu, jakie winni spełnić wykonawcy, naruszył art. 41 pkt 7 ustawy Pzp. W konsekwencji Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko odnośnie naruszenia przez zamawiającego ww. artykułów ustawy Pzp.

W zakresie drugiego z zastrzeżeń Prezes Urzędu wskazał, że obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest 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. Kontrolujący zauważył, 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 po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Wskazany przepis określa konstytutywne cechy stosunku pracy:

- a) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy,
- b) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy,
- c) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę
- d) i w czasie przez niego wyznaczonym,
- e) zobowiązanie pracodawcy do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, to zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Określając czynności mające taki charakter, zamawiający jest zobowiązany do wyspecyfikowania wszystkich tych czynności.

Zamawiający w zastrzeżeniach przyznał, że w przedmiotowym postępowaniu, cyt.: „nie wskazał żadnych czynności, a w związku z tym nie wskazał konieczności zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę bądź podwykonawcę”. Jednocześnie zamawiający wskazał, że „w związku z tym, iż wyżej wymienione czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie (...), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy, zamawiający nie wskazał żadnych czynności. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego kontrolujący potwierdził, że czynności wykonywane przez kierowników budowy i kierowników robót, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy i tym samym zamawiający nie był zobligowany do wymagania ich zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę. Jednakże taki obowiązek będzie spoczywał na wykonawcy w odniesieniu do pozostałych osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia (przy założeniu, że polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy).

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest przebudowa drogi powiatowej. Z analizy dokumentacji technicznej przedmiotowego postępowania wynika, że jego zakres obejmuje m.in.: rozbiórkę istniejącej nawierzchni, rozbiórkę krawężników betonowych i obrzeży

betonowych, wykonanie nowej nawierzchni jezdni wraz ze zjazdami i wodościekami, udroźnienie rowów przydrożnych poprzez ich oczyszczenie i odmulenie, a także przegłębienie, budowę oświetlenia drogowego oraz przebudowę skrzyżowania drogi powiatowej z drogą gminną.

Powyższe prowadzi kontrolującego do wniosku, iż przynajmniej część z przykładowo wymienionych powyżej czynności stanowi wykonywanie pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Są to zatem czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

W związku z powyższym, zamawiający nie realizując nałożonego przez ustawę Pzp obowiązku, w ocenie Prezesa Urzędu naruszył treść art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c) ustawy Pzp i Prezes podtrzymał stanowisko odnośnie naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp.

Reasumując, przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w pkt 2.3. i 2.4. Informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Izba zważyła, co następuje:

Spór pomiędzy kontrolującym i Gminą Ścinawa nie dotyczy ustalonego w toku kontroli stanu faktycznego. Zamawiający nie kwestionuje, ani faktu, że w ogłoszeniu o zamówieniu nie znalazł się warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego wykonawcy, który był postawiony w SIWZ, ani tego, że zamawiający nie wskazał czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 par. 1 KP. Sporne jest natomiast, to czy taki stan faktyczny stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie z następujących względów:

1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Izba w całości podziela stanowisko Prezesa Urzędu, ponad argumentację podniesioną w informacji o wyniku kontroli oraz w piśmie Prezesa Urzędu z dnia 19 lutego 2019r., Izba wskazuje na następujące okoliczności:

- przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi o zasadzie prawnej równego traktowania wykonawców i przez pryzmat tej zasady muszą być oceniane czynności zamawiającego. Dla realizacji tej zasady konieczne jest jednakowe traktowanie wykonawców niezależnie od tego, z jakiego źródła czerpią oni informacje pozwalające im ocenić własne zdolności do ubiegania się o dane zamówienie. Tym samym nie stanowi realizacji zasady równego traktowania sytuacja, w której wykonawca podejmujący decyzję o udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia na

podstawie ogłoszenia nie dysponuje takim samym zakresem informacji jak wykonawca podejmujący tę decyzję na podstawie siwz.

- nadto zarówno w art. 41 pkt 7 ustawy Pzp jest mowa o tym, że ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego zawiera, co najmniej, warunki udziału w postępowaniu, jak i w art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ustawodawca wskazuje, że zamawiający w siwz zawiera, co najmniej, warunki udziału w postępowaniu. W obu przypadkach tak w ogłoszeniu jak i w siwz ustawodawca określił, że zamawiający ma zamieścić warunki udziału w postępowaniu i w żaden sposób nie wskazał, że w tym zakresie ogłoszenie może zawierać skróconą wersję tych warunków, lub tylko niektóre z nich. Porównując te przepisy choć z przepisami dotyczącymi przedmiotu zamówienia wyraźnie widać, że w sytuacji, gdy ustawodawca wyraża wolę różnicowania zakresu informacji pomiędzy ogłoszeniem, a siwz zaznacza tę różnicę w wyraźny sposób. Przykładowo w art. 41 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje określić przedmiot zamówienia oraz wielkość i zakres zamówienia z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych, natomiast art. 36 ust. 1 pkt 3 nakazuje podać opis przedmiotu zamówienia. Tym samym stosując zasadę racjonalnego ustawodawcy pojęciom tożsamym należy nadać tożsame znaczenie. W konsekwencji nie jest trafna argumentacja zamawiającego, że przepis art. 41 pkt. 7 ustawy Pzp zezwala na wymienienie jedynie niektórych warunków udziału w postępowaniu. Takie rozumowanie nie znajduje także oparcia w art. 12a ust. 2 który określa definicję istotnej zmiany ogłoszenia i za taką uważa m. in zmianę dotyczącą warunków udziału w postępowaniu. Taka zmiana z mocy art. 11 c wymaga zamieszczenia sprostowania lub ogłoszenia zmian, a z mocy art. 12a ust. 2 wymusza obligatoryjne przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach. Analogicznie art. 38 ust. 4a pkt.2 ustawy Pzp, jeżeli zmiana siwz prowadzi do zmiany w treści ogłoszenia, to zamieszcza się ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w BZP. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na tzw. triadę zamówień publicznych tj. zgodność treści ogłoszenia i siwz z treścią oferty i treścią umowy o zamówienie publiczne. W myśl tej zasady niedopuszczalna jest sytuacja rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu publicznych, a treścią siwz, która mogłaby prowadzić do złożenia ofert zgodnych z jednym z tych dokumentów, a niezgodnym z drugim. Zwłaszcza w świetle warunków udziału w postępowaniu rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami mogłyby doprowadzić do złożenia ofert, na podstawie których wykonawca podlegałby wykluczeniu z mocy siwz (lub co najmniej wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) i ten sam wykonawca spełniałby warunki udziału w postępowaniu z mocy ogłoszenia o zamówieniu.

- biorąc także pod uwagę art. 37 ust. 2 ustawy, to brzmienie siwz i jej publikacja jest czynnością następującą po czynności zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, gdyż siwz udostępnia zamawiający na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia. Tym samym, jeśli zamieszczenie siwz na stronie internetowej powoduje istotną zmianę treści

ogłoszenia, to zastosowanie ma przepis art. 12a ust. 2 w związku z art. 11c ustawy Pzp, niezależnie od tego czy miała miejsce zmiana siwz, czy też wyniknęła rozbieżność pomiędzy zamieszczonym ogłoszeniem, a udostępnioną w jego następstwie siwz.

Niezależnie od powodów tej rozbieżności, dla równego traktowania wykonawców konieczne jest jej usunięcie przed upływem terminu składania ofert, gdyż po upływie tego terminu rozbieżność taka jest nieusuwalna i przeradza się w wadę zamówienia.

Zamawiający, jako gospodarz postępowania, musi stać na straży realizacji zasad Prawa zamówień publicznych i nie stanowi dla niego usprawiedliwienia fakt, że wstępny wydruk ogłoszenia o zamówieniu obejmował wszystkie warunki udziału w postępowaniu, które określała siwz. Zamawiający na każdym etapie postępowania musi dbać o zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że powinien analizować publikowane dokumenty i usuwać występujące między nimi rozbieżności, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której brak takiej zmiany mógł (choćby potencjalnie) wpłynąć na krąg kandydatów zainteresowanych ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie. Nie jest zatem także skuteczna obrona zamawiającego polegająca na wskazaniu, że żadnego z wykonawców nie musiał wzywać do złożenia wykazu doświadczenia zawodowego. Dla popełnienia uchybienia zarzucanego przez kontrolującego, w ocenie Izby, wystarczająca jest potencjalna możliwość zmiany kręgu kandydatów. Mając to na uwadze Izba nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego w zakresie pkt. 3 informacji o wyniku postępowania.

1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, Izba w całości podziela stanowisko Prezesa Urzędu, ponad argumentację podniesioną w informacji o wyniku kontroli oraz w piśmie Prezesa Urzędu z dnia 19 lutego 2019r., Izba wskazuje na następujące okoliczności:

- przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w całości dotyczy elementów, które składają się na opis przedmiotu zamówienia, natomiast przepis ten nie odnosi się, ani do zamówień zastrzeżonych dla osób marginalizowanych – art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, ani do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp. Przepis ten bowiem wprost wskazuje, że to zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane określa czynności, które nadają się do wykonania w ramach stosunku pracy i dla takich czynności zamawiający ma obowiązek ustawowy wymagać zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, a w konsekwencji zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt. 8a określić sposób dokumentowania tego zatrudnienia i rodzaj czynności, które powinny być realizowane przez pracowników wykonawcy lub jeśli zatrudnia on podwykonawców do wykonania tych czynności, także pracowników tych podwykonawców. Nie chodzi zatem w przepisie art. 29 ust. 3a ustawy o funkcje czy stanowiska, które powinny być utworzone dla realizacji zamówienia, ale o dany zakres czynności, jakie składają się na wykonanie zamówienia, których wykonanie odbywa się na rzecz tego wykonawcy lub podwykonawcy, pod jego

kierownictwem, w miejscu i czasie wskazanym przez wykonawcę lub podwykonawcę i za wynagrodzeniem umówionym z wykonawcą lub podwykonawcą. Tym samym rację ma Prezes Urzędu, że nie chodzi tu o osoby, które mają doświadczenie w pełnieniu samodzielnych funkcji w budownictwie, ani stanowiska menedżerskie czy inne stanowiska, choć tworzone w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, ale do których standardowo nie stosuje się przepisów Kodeksu pracy, ale umowy cywilnoprawne – zlecenie, dzieło, umowy o prawa autorskie. Osoby te oczywiście mogą być w kręgu zainteresowania zamawiającego i ocena ich zdolności czy doświadczenia może być podstawą badania w ramach warunku udziału w postępowaniu, jednak nie o tych osobach jest mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Przepis ten stanowi realizację polityki socjalnej państwa, której celem jest ograniczenie zatrudnienia pracowników na podstawie umów cywilnoprawnych, w sytuacji, gdy charakter prawnego danego świadczenia odpowiada cechom stosunku pracy w rozumieniu art. 22 par. 1 KP i ma przeciwdziałać obchodzeniu przez wykonawców i podwykonawców przepisu art. 22 par. 1² KP. W konsekwencji nie sposób odmówić Prezesowi Urzędu racji, że czynności niezastrzeżone dla osób wykonujących samodzielne funkcje w budownictwie, czy menedżerów, które będą realizowane w ramach wykonania przebudowa drogi powiatowej w formule zaprojektuj i wybuduj, mogą być świadczeniami realizowanymi standardowo w ramach stosunku pracy, jak np. wykonanie wykopów, zasypek, podsypek itp., czy wylewanie asfaltu, lub kładzenie instalacji wskazane w informacji o wyniku kontroli czy piśmie z dnia 19 lutego 2019r. przez Prezesa UZP. Mając to na uwadze Izba uznała, że zastrzeżenia Gminy Ścinawa nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, które Krajowa Izba Odwoławcza uznała za w pełni uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....