

Sygn. akt: KIO/KU 49/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 października 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 września 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Skarb Państwa

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe

Nadleśnictwo Zdroje

ul. Krótka 5

57-330 Szczytna

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 września 2020 r., (znak DKZP.WKZ4.440.28.2020.MT) dot. KU/110/20/DKZP, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie robót budowlanych dla zadań realizowanych w ramach projektu pod nazwą „Kompleksowy projekt adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu – mała retencja oraz przeciwdziałanie erozji wodnej na terenach górskich” współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIS.02.01.00-00-0006/16-00)”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Członkowie: Emil Kawa

Ernest Klauziński

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli KU/110/20/DKZP nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany „Prezesem UZP”, „kontrolującym”) wszczął kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych dla zadań realizowanych w ramach projektu pod nazwą „Kompleksowy projekt adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu – mała retencja oraz przeciwdziałanie erozji wodnej na terenach górskich” współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POIS.02.01.00-00-0006/16-00)” prowadzonego przez Skarb Państwa Nadleśnictwo Zdroje w Szczytnej (zwanego dalej „zamawiającym”).

W dniu 11 września 2020 r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli, stwierdził m.in.:

- 1) naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez żądanie od wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „CAKO” sp. z o.o. kopii uprawnień budowlanych personelu wskazanego przez wykonawcę w „Wykazie osób”;
- 2) naruszenie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp poprzez niezamieszczenie w treści SIWZ sprecyzowanych wymagań odnośnie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób mających wykonywać czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu dotyczącym naruszenia art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Prezes UZP podniósł, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - wymagał, by wykonawcy wykazali, że dysponują bądź będą dysponować co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń upoważniające do prowadzenia funkcji kierownika budowy.

W celu wykazania spełnienia warunku, o którym mowa wyżej, na etapie oceny ofert wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, zobowiązany był do przedłożenia dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia, tj. *„wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”*.

Prezes Urzędu na podstawie treści przekazanej dokumentacji postępowania ustalił, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „CAKO” sp. z o.o. złożył wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z zakresem wykonywanych czynności, informacjami o uprawnieniach oraz informacją o podstawie dysponowania osobami. Zamawiający pismem z dnia 04.05.2020 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp ww. wykonawcę do uzupełnienia dokumentów o potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie uprawnień budowlanych dot. osób wskazanych w „Wykazie osób”.

Prezes UZP stwierdził, iż zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Treść art. 25 ust. 2 ustawy Pzp z kolei stanowi, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy w jakich dokumenty te mogą być składane zostały określone w rozporządzeniu 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”.

Jak wynika z § 2 ust. 4 rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 10), a ponadto oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy (pkt 9). Należy zatem zauważyć, że w ww. rozporządzeniu nie zostały wymienione inne dokumenty potwierdzające np. posiadane uprawnienia, czy przynależność wskazanej osoby do właściwej izby samorządu zawodowego.

Prezes Urzędu uznał, że zamawiający nie był uprawniony do żądania od wykonawców najwyżej ocenionych przedłożenia innych dokumentów, potwierdzających posiadane uprawnienia, bowiem nie zostały one wymienione w ww. rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Tym samym zamawiający poprzez żądanie dokumentu na potwierdzenie uprawnień budowlanych naruszył art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Podsumowując Prezes Urzędu stwierdził, że wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy Pzp Prezes UZP wskazał, że 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 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495).

Ponadto kontrolujący wskazał, że w toku kontroli przedmiotowego postępowania pismem z dnia 26.06.2020 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp m.in. o wyjaśnienie, czy zamawiający zamieścił w SIWZ wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe w piśmie z dnia 02.07.2020 r. zamawiający stwierdził, iż nie zamieścił w siwz wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, gdyż zamawiający dokonał oceny, które wymagane przy realizacji przedmiotu zamówienia czynności określone w dokumentacji projektowej mogą polegać na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 KP, ale nie był w stanie jednoznacznie stwierdzić, że czynności zawarte w tej dokumentacji polegają na wykonywaniu takiej pracy.

Wobec powyższego wyjaśnienia Prezes Urzędu zauważył, iż interpretacja art. 29 ust. 3a ustawy Pzp 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. Ponadto Prezes Urzędu 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 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.

Kontrolujący ustalił, że przedmiot niniejszego zamówienia stanowi wykonanie robót budowlanych dla zadań realizowanych w ramach projektu pod nazwą "Kompleksowy projekt adaptacji lasów i leśnictwa do zmian klimatu - mała retencja oraz przeciwdziałanie erozji wodnej na terenach górskich". Z analizy dokumentacji technicznej uszczegółwiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że zakres prac obejmuje m.in.:

1. W części I: Odtworzenie zbiornika w leśnictwie Wolany. Część robót polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane, m.in. do takich robót można zaliczyć:
 - karczowanie pni drzew i krzewów,
 - odmulanie zbiorników (wykonanie wykopu) z rozplantowaniem odkładu,
 - plantowanie powierzchni skarp i dna zbiorników,
 - formowanie projektowanego kształtu skarp,
 - umocnienie skarpy grobli siatką przeciw zwierzętom ryjącym,
 - umocnienie skarpy grobli narzutem kamiennym,
 - umocnienie siatką i geokratą,
 - umocnienie powierzchni przelewu kamieniem,
 - umocnienie palisadą drewnianą,

- dostawę i montaż bali drewnianych,
 - dostawa i montaż elementów na balustrady,
 - impregnacja konstrukcji drewnianej,
 - wykonanie fundamentu.
2. W części II: Odtworzenie suchego zbiornika w leśnictwie Polanica. Część robót polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane, m.in. do takich robót można zaliczyć:
- założenie sytuacyjnej i wysokościowej osnowy realizacyjnej również w oparciu o osnowę geodezyjną,
 - wyznaczenie sytuacyjne i wysokościowe urządzeń wodnych oraz innych obiektów towarzyszących objętych tym zadaniem/opracowaniem,
 - przeniesienie punktów istniejącej osnowy geodezyjnej poziomej i wysokościowej poza granicę robót ziemnych (jeżeli występują),
 - formowanie projektowanego kształtu skarp,
 - profilowanie i wyrównywanie nawierzchni drogi do odpowiednich rzędnych,
 - wykonanie podbudowy,
 - ułożenie rury,
 - uszczelnienie geowłókniną,
 - wykonanie zasypki,
 - wykonanie skrzyni piętrzącej.
3. W części III: Budowa dwóch zbiorników przy cieku w leśnictwie Zdrój. Część robót polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane, m.in. do takich robót można zaliczyć:
- karczowanie pni drzew i krzewów,
 - uszczelnienie skarpy grobli bentonitową matą hydroizolacyjną,
 - umocnienie skarpy grobli siatką przeciw zwierzętom ryjącym,
 - umocnienie skarpy grobli narzutem kamiennym,
 - wytyczenie przebiegu rowów,
 - wykonanie rowu,
 - stabilizacja skarp.
4. W części IV: Odbudowa bocznego zbiornika w leśnictwie Piekiełko. Część robót polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane, m.in. do takich robót można zaliczyć:
- odmulanie zbiornika (wykonanie wykopu) z rozplantowaniem odkładu,
 - plantowanie powierzchni skarp i dna zbiornika,
 - prace pomiarowe i przygotowawcze,

- konserwacja rowów i skarp,
 - roboty wykończeniowe,
 - pomiar inwentaryzacji geodezyjnej,
 - impregnacja konstrukcji drewnianej.
5. W części V: Odbudowa zbiorników bocznych w Księżym Potoku. Część robót polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane, m.in. do takich robót można zaliczyć:
- karczowanie pni drzew i krzewów,
 - czasowe odwodnienie,
 - odmulanie zbiorników (wykonanie wykopu) z rozplantowaniem odkładu,
 - rozbiórkę grobli w miejscu projektowanych urządzeń,
 - plantowanie powierzchni skarp i dna zbiorników,
 - formowanie grobli,
 - uszczelnienie skarpy grobli bentonitową matą hydroizolacyjną,
 - umocnienie skarpy grobli siatką przeciw zwierzętom ryjącym,
 - ułożenie geokraty,
 - ułożenie warstw ochronnych.
6. W części VI: Poprawa stosunków wodnych w rejonie Torfowiska pod Zieleńcem. Część robót polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane, m.in. do takich robót można zaliczyć:
- budowę drewnianych zastawek,
 - wykonanie podbudowy,
 - ułożenie rury,
 - uszczelnienie geowłókniną,
 - wykonanie zasypki,
 - wykonanie piętrzenia.
7. W części VII: P Techniczno-przyrodnicze zabezpieczenie brzegów w leśnictwie Piekiełko. Część robót polega na pracy osób wykonujących czynności budowlane, m.in. do takich robót można zaliczyć:
- prace pomiarowe i przygotowawcze,
 - oznakowanie robót,
 - sprawdzenie i ewentualną naprawę podłoża,
 - ułożenie i wykonanie konstrukcji kaszyc z bali,
 - zasypanie przestrzeni pomiędzy balami materiałem zasypowym,

- roboty wykończeniowe i uporządkowanie terenu,
- przeprowadzenie pomiarów końcowych.

Powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu 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.

Wobec powyższego kontrolujący uznał, że zamawiający, nie zamieszczając w treści SIWZ sprecyzowanych wymagań odnośnie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności w zakresie realizacji zamówienia naruszył regulację art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

Naruszenie to, w ocenie Prezesa Urzędu nie miało wpływu na wynik postępowania.

II.

W piśmie z dnia 17 września 2020 (wpływ do UZP 18 września 2020 r.) zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli w zakresie ww. zarzutów.

Nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP zamawiający podniósł, że w jego opinii nie został naruszony art. 25 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „CAKO” sp. z o.o. kopii uprawnień budowlanych personelu wskazanego przez wykonawcę w „Wykazie osób”. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a nie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca w dniu 04.05.2020 r. złożył wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z zakresem wykonywanych czynności, informacjami o uprawnieniach oraz informacją o podstawie dysponowania osobami. Ze złożonego wykazu nie wynikał jednoznacznie fakt, że wykonawca spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego o treści: „Zamawiający wymaga, by Wykonawcy wykazali, że dysponują bądź będą dysponować co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń upoważniające do prowadzenia funkcji kierownika budowy.” (pkt 6.2 ust. 3 SIWZ).

W złożonym wykazie osób wykonawca wymienił posiadane uprawnienia dwóch osób: P. M. K. (Uprawnienia Budowlane w Specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń) oraz P. T. P. (Wykształcenie wyższe techniczne – mgr inż. Kierunek Budownictwo w specjalności Inżynieria Mostowa). Uprawnienia te nie potwierdzają jednoznacznie spełnienia warunku

postawionego przez zamawiającego, czyli posiadania uprawnień budowlanych w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń.

W takiej sytuacji niezbędne było, zdaniem zamawiającego, potwierdzenie posiadanych uprawnień poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w postaci kopii uprawnień budowlanych personelu wskazanego przez wykonawcę. W zależności od zakresu uprawnień, jak i okresu wydawania uprawnień budowlanych, które przedstawił wykonawca w wykazie osób, istniała zarówno możliwość, że wykonawca spełnia postawiony przez zamawiającego warunek, jak i sytuacja odwrotna.

Zamawiający podniósł, iż jeśliby zaniechał wezwania istniałaby możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy niespełniającego postawionego warunku, który powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Konsekwencje błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty w taki sposób mogłyby spowodować wadliwe podpisanie umowy, konieczność unieważnienia postępowania, narażenie na korekty finansowe itp.

W opinii zamawiającego nie został także naruszony art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Zamawiający podtrzymał stanowisko z pisma z dn. 02.07.2020 r. tj.: „Zamawiający nie zamieścił w SIWZ wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy PZP. Dokonaliśmy oceny, które wymagane przy realizacji przedmiotu zamówienia czynności określone w dokumentacji projektowej mogą podlegać na wykonywaniu pracy zgodnie z przepisem art. 22 § 1 KP, ale nie byliśmy w stanie jednoznacznie stwierdzić, że czynności zawarte w tej dokumentacji polegają na wykonywaniu takiej pracy. Z powodu braku tej jednoznaczności nie zamieściliśmy w SIWZ tych wymagań z obawy przed możliwym ograniczeniem konkurencyjności i równości wykonawców”.

Zamawiający wskazał, iż celem art. 29 ust. 3a ustawy Pzp jest zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, które czynności wymagane przy realizacji mogą polegać na wykonywaniu pracy. Podkreślamy, że jako zamawiający dokonaliśmy takiej oceny.

Czynności wymienione w informacji o wyniku kontroli są, w opinii zamawiającego, czynnościami niejednoznacznymi w kwestii określenia, czy polegają one na wykonywaniu pracy zgodnie z przepisem art. 22 § 1 KP. Są tam wymienione m.in.:

- a) dostawy wchodzące w zakres robót budowlanych, które naszym zdaniem w ogóle nie podlegają obowiązkowi zatrudnienia na umowę o pracę,
- b) specjalistyczne prace geodezyjne, które z dużym prawdopodobieństwem mogą zostać wykonane przez osobę nie będącą zatrudnioną na umowę o pracę lub przez podwykonawcę z uwagi na jednorazowy charakter tej pracy, brak powtarzalności wykonywanych czynności, brak możliwości zaplanowania „z góry” wymiaru czasu pracy (w jednym okresie konieczność codziennej obecności, w innym np. 1 dzień w

tygodniu/miesiącu). Postawienie takiego wymogu niesłusznie promowałoby w postępowaniu największe firmy, które mogą pozwolić sobie na zatrudnienie na umowę o pracę wysokiej klasy specjalistów, podczas gdy mniejsze podmioty zwykle korzystają z usług tego typu osób w ramach innych stosunków i jest to sytuacja jak najbardziej zgodna ze zwyczajami rynkowymi,

c) pozostałe wymienione czynności w opinii zamawiającego nie mają również charakteru pracy zgodnie z art. 22 § 1 KP, tzn. nie mają jednoznacznie powtarzalnego charakteru (lecz jednorazowy), brak możliwości zaplanowania „z góry” wymiaru czasu pracy (w jednym okresie konieczność codziennej obecności, w innym np. 1 dzień w tygodniu/miesiącu, lub jeszcze w innych proporcjach).

Zamawiający stwierdził, że w sposób staranny podszedł do oceny, które czynności wymagane przy realizacji mogą polegać na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 KP. W sytuacji braku jednoznaczności uzasadniony jest brak postawienia obowiązku zatrudnienia w wymienionych w informacji o wyniku kontroli czynnościach. Gdyby taki wymóg został postawiony zamawiający naraziłby się na zarzut ograniczenia konkurencji i dyskryminacji w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw, które w wykonywaniu takich czynności posilają się często zatrudnianiem takich osób w ramach innych stosunków pracy lub podwykonawstwa i jest to sytuacja jak najbardziej „rynkowa” i powszechnie występująca. Stopień skomplikowania wykonywania prac budowlanych w ramach udzielanego zamówienia publicznego nie jest na tyle złożony, żeby konieczne było postawienie ostro określonego warunku zatrudnienia na podstawie art. 22 § 1 KP, co de facto zakłóciłoby konkurencję i promowało tylko duże podmioty, które byłyby w stanie spełnić ten wymóg, a roboty te mogą być wykonane na tym samym poziomie jakościowym przez mniejsze podmioty, które nie mogłyby wziąć udziału w postępowaniu przy tak sformułowanym warunku - byłoby to niesłuszne, ponieważ jak podkreśla zamawiający, zatrudnianie osób w ramach innych stosunków pracy lub podwykonawstwa do czynności wymienionych w dokumentacji technicznej jest częste, powszechne i „rynkowe”.

Zamawiający podkreślił również, że brak całkowitej jednoznaczności w ocenie czy dana czynność polega na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 KP musi skutkować odstąpieniem od zastosowania takiego obowiązku na podstawie art. 29 ust. 3a. Jakakolwiek wątpliwość podczas procesu oceny jego zdaniem musi skutkować niezastosowaniem takiego wymogu (a takie wątpliwości, jak wykazaliśmy, występowały). W innym wypadku takie postępowanie zakłóciłoby konkurencję, promowało niesłusznie dużych wykonawców kosztem mniejszych i istnieje duże prawdopodobieństwo, że złożone oferty byłyby wyższe niż „rynkowe”, co naraziłoby zamawiającego na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

III.

W dniu 30 września 2020 r. Prezes UZP, podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli i nie uwzględnił zastrzeżeń.

Prezes Urzędu na wstępie przytoczył stwierdzone naruszenia oraz zgłoszone przez zamawiającego zastrzeżenia.

W odpowiedzi na przedstawioną przez zamawiającego w treści wniesionych zastrzeżeń argumentację odnoszącą się do poprawności żądania od wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „CAKO” sp. z o.o. kopii uprawnień budowlanych personelu wskazanego przez wykonawcę w „Wykazie osób”, w pierwszej kolejności Prezes Uzp zauważył, iż mimo że zamawiający przytoczył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jako podstawę wezwania, w rzeczywistości wezwanie dotyczyło uzupełnienia dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W treści pisma z dnia 04.05.2020 r. zamawiający w akapicie trzecim wzywa wykonawcę, cyt.: „Proszę o uzupełnienie dokumentów, które Państwo złożyli w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27.04.2020 r. o kopie uprawnień budowlanych dot. osób wskazanych w „Wykazie osób”, potwierdzone za zgodność z oryginałem (np. skan podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym).”. Z treści tego pisma nie wynika, że jest to wskazanie sposobu udzielenia wyjaśnień (przykładowo prośba o podanie numeru ewidencyjnego, bądź zakresu uprawnień), a sformułowane żądanie przedłożenia konkretnego dokumentu.

W tym miejscu kontrolujący podkreślił, że 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. Z naruszeniem tego przepisu mamy zatem do czynienia w sytuacji, w której zamawiający żąda od wykonawców oświadczeń lub dokumentów w zakresie przekraczającym granice określone przez ustawodawcę w treści przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. gdy żądane oświadczenia lub dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Wprowadzone na podstawie art. 25 ust.2 ustawy Pzp przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), zawierają zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Dokument w postaci kopii uprawnień budowlanych nie mieści się w ramach dokumentów przewidzianych ww. rozporządzeniem. Zamawiający weryfikując spełnianie ww. warunku winien ograniczyć się do uzupełnienia stosownych informacji wskazanych w pierwotnie

żądanym przez siebie dokumencie wskazanym w § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia, tj. wykazie osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe, Prezes UZP stwierdził, że wystosowane przez zamawiającego żądanie złożenia powyżej opisanego dokumentu przez wykonawcę „CAKO” sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które to naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Odnosnie drugiego uchybia, Prezes Urzędu w pierwszej kolejności ponownie przywołał treść art. 29 ust 3a ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.). 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.

Przedmiot niniejszego zamówienia stanowiło wykonanie robót budowlanych z podziałem na zadania:

- 1) Odtworzenie zbiornika w leśnictwie Wolany,
- 2) Odtworzenie suchego zbiornika w leśnictwie Polanica,
- 3) Budowa dwóch zbiorników przy cieku w leśnictwie Zdrój,
- 4) Odbudowa bocznego zbiornika w leśnictwie Piekiełko,
- 5) Odbudowa zbiorników bocznych na "Księżym Potoku",
- 6) Poprawa stosunków wodnych w rejonie "Torfowiska pod Zieleńcem",
- 7) Techniczno-przyrodnicze zabezpieczenie brzegów w leśnictwie Piekiełko.

Prezes ustalił, że z analizy dokumentacji technicznej przedmiotowego postępowania wynikało, że zakres ww. zadań obejmuje m.in.: budowę zbiornika (prace polegające na budowie grobli wraz z jej odwodnieniem, odmuleniu i ukształtowaniu czaszy zbiornika, budowie: mnicha piętrzącego, przelewu powierzchniowego, ujęcia w postaci przelewu powierzchniowego z kratownicą na wlocie do zbiornika, rampy dojazdowej do ujęcia, koryta bocznego na bystrze wraz z umocnieniem brzegu oraz zabezpieczenia istniejącego koryta cieku przed rozmywaniem), odtworzenie suchego

zbiornika (prace polegające na przebudowie zniszczonego przepustu, budowie piętrzenia i umocnieniu grobli), budowę piętrzeń oraz przepustów, przebudowę drogi, wykonanie ochrony brzegów cieków i skarp dróg przed erozją w postaci kaszyc drewniano - kamiennych. Pomijając dostawy wchodzące w zakres robót budowlanych, Prezes UZP stwierdził, że przynajmniej część wymienionych powyżej, a także w informacji o wyniku kontroli prac, 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.

Na potwierdzenie powyższej argumentacji przywołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2019 r. (Sygn. akt KIO/KD 14/19), cyt.: „...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....”.

Reasumując Prezes UZP stwierdził, że zamawiający nie realizując nałożonego przez ustawę Pzp obowiązku, naruszył treść art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

IV.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

V.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Zdaniem Izby Prezes Urzędu słusznie uznał, iż zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

Ustalenia faktyczne poczynione w informacji o wyniku kontroli okazały się niesporne. Zamawiający nie kwestionuje, że zażądał od wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „CAKO” sp. z o.o. kopii uprawnień budowlanych personelu wskazanego przez wykonawcę w „Wykazie osób”, ani tego, że nie zamieścił w SIWZ sprecyzowanych wymagań odnośnie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób mających wykonywać czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. We wniesionych zastrzeżeniach zamawiający nie podważa ustaleń faktycznych przedstawionych przez organ kontrolny w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, a jedynie nie zgadza się z interpretacją przepisów dokonaną przez Prezesa Urzędu oraz wskazuje, iż inaczej interpretuje poszczególne fakty przypisując inne skutki prawne okolicznościom faktycznym zaistniałym w toku postępowania.

Argumentację faktyczną i prawną przedstawioną przez Prezesa Urzędu w informacji o wyniku kontroli uprzedniej i odpowiedzi na zastrzeżenia do informacji Izba podziela i uznaje za własną.

Stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zawiera delegację ustawową, do wydania przez ministra właściwego do spraw gospodarki rozporządzenia, w którym określi rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem, informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wyciąg z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, lub, w przypadku jego braku, równoważny dokument wykazujący brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także mając na uwadze aktualność tych dokumentów oraz potrzebę zapewnienia ochrony informacji niejawnych, w przypadku zamówień wymagających tych informacji, związanych z nimi lub je zawierających, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy w jakich dokumenty te mogą być składane zostały określone w rozporządzeniu 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). Zgodnie z § 2 ust. 4 ww. rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu osób,

skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 10), a ponadto oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy (pkt 9). Katalog dokumentów określonych w ust. 4 par. 2 rozporządzenia jest katalogiem zamkniętym i jako taki nie może podlegać samodzielnemu rozszerzeniu decyzją zamawiającego. Pośród wymienionych w dokumencie brak jest dokumentów potwierdzających np. posiadane uprawnienia, czy przynależność wskazanej osoby do właściwej izby samorządu zawodowego. Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach do wyniku kontroli wskazał, że w związku z wątpliwościami co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, uznał za niezbędne potwierdzenie posiadanych uprawnień poprzez wezwanie do wyjaśnień w postaci kopii uprawnień budowlanych personelu wskazanego przez wykonawcę. Nie można zgodzić się z tezą zamawiającego, że wezwanie z dn. 4 maja 2020 r. stanowiło wezwanie do wyjaśnień. Zamawiający semantycznie rozróżnia podjęte czynności nazywając je wezwaniem do wyjaśnień, gdy z treści tego wezwania jednoznacznie wynika konieczność złożenia dokumentów cyt. „proszę o uzupełnienie dokumentów (...) o kopie uprawnień budowlanych (...)”. Zabieg taki nie może przynieść oczekiwanych skutków w postaci stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. O ile zamawiający faktycznie chciał wyjaśnić wątpliwości co do zakresu posiadanych uprawnień przez personel wskazany przez wykonawcę, winien był, zawrócić się do wykonawcy z pytaniami które by te wątpliwości artykułowały i zażądać przedstawienia informacji, które by je rozwiewały np. odnośnie zakresu uprawnień czy też terminu ich wydania. Działanie zamawiającego wykracza poza dyspozycję art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i jako takie nie stanowi de facto wezwania do wyjaśnień, a wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Bezzasadna jest w tym zakresie również argumentacja zamawiającego, który wywodzi, że zaniechanie wystosowania wezwania mogłoby prowadzić do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, wskazując na konsekwencje błędnego wyboru w postaci wadliwego podpisania umowy, konieczności unieważnienia postępowania czy też narażenia na kary finansowe. Jak już powyżej wskazano ustawa Pzp daje zamawiającemu narzędzia do wyjaśnienia wątpliwości wobec złożonych przez wykonawców dokumentów, jednakże ich zastosowanie musi być właściwe. Wyjaśnienia zamawiającego prowadzą do wniosku, że taka metodologia postępowania zamawiającego jest uzasadniona celem prawidłowego wyboru oferty i uzyskuje priorytet nad innymi technikami oceny wykonawców pod kątem spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby takie podejście skutkuje przede wszystkim

przesunięciem na dalszy plan literalnego brzmienia przepisów, a wyeksponowaniem podejścia celowościowego, co nie znajduje uzasadnienia w przepisach UZP. W tym miejscu wskazać należy na treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Podkreślić, trzeba, że zapewnienie stałości i niezmienności zasad oceny ofert w toku postępowania jest emanacją zasady wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp. Tym samym, postępowanie zamawiającego należy ocenić jako zmierzające do celu (jakim jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia), ale będące wadliwe z uwagi na środki, które zamawiający do realizacji tego celu zastosował.

Mając powyższe na uwadze Izba nie uwzględniała zastrzeżeń zamawiającego w zakresie pkt 1 informacji o wyniku postępowania.

Zdaniem Izby Prezes Urzędu słusznie również uznał, iż zamawiający naruszył art. 29 ust. 3a ustawy Pzp przez zaniechanie określenia 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 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495).

W odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającego Prezes Urzędu stwierdził, że z analizy dokumentacji technicznej przedmiotowego postępowania wynika, że zakres ww. zadań obejmuje m.in.: budowę zbiornika (prace polegające na budowie grobli wraz z jej odwodnieniem, odmuleniu i ukształtowaniu czaszy zbiornika, budowie: mnicha piętrzącego, przelewu powierzchniowego, ujęcia w postaci przelewu powierzchniowego z kratownicą na wlocie do zbiornika, rampy dojazdowej do ujęcia, koryta bocznego na bystrze wraz z umocnieniem brzegu oraz zabezpieczenia istniejącego koryta cieków przed rozmywaniem), odtworzenie suchego zbiornika (prace polegające na przebudowie zniszczonego przepustu, budowie piętrzenia i umocnieniu grobli), budowę piętrzeń oraz przepustów, przebudowę drogi, wykonanie ochrony brzegów cieków i skarp dróg przed erozją w postaci kaszyc drewniano - kamiennych. Jednocześnie kontrolujący wskazał, że pomijając dostawy wchodzące w zakres robót budowlanych, przynajmniej część wymienionych powyżej, a także w informacji o wyniku kontroli prac, 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. Prezes Urzędu przywołał również uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2019 r. (Sygn. akt KIO/KD 14/19).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy Pzp Izba w całości podziela stanowisko Prezesa Urzędu oraz argumentację wyrażoną w uchwale KIO/KD 14/19, ponadto odnosząc się do argumentacji zamawiającego wskazuje.

Zgodzić się należy z zamawiającym, że dostawy wchodzące w zakres robót budowlanych w ogóle nie wchodzą w zakres dyspozycji art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Podobnie rzecz może się mieć ze specjalistycznymi pracami geodezyjnymi, które wykonywane są przez wyspecjalizowany personel, a czynności przez nich wykonywane nie zawsze odpowiadają czynnościom charakterystycznym dla stosunku pracy. Odmiennie jednak, należy ocenić pozostałe czynności, wskazując za Prezesem UZP, np. na budowę zbiornika i elementy składające się na tę czynność lub odtworzenie suchego zbiornika, budowę piętren i przepustów itp. Jak już podkreślano zgodnie z art. 22 par. 1 KP przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. W ocenie Izby, fakt, że pewne czynności u zamawiającego wykonywane mogą być w niepełnym wymiarze czasu pracy nie przesądza o tym, że nie mają charakteru pracy. Zamawiający określając wymagania z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp powinien brać pod uwagę, przez jaki okres czasu osoby wykonujące określone czynności będą niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia i ustanawiać wymogi dotyczące ich zatrudnienia w sposób proporcjonalny, a nie rezygnować w ogóle z postawienia stosownych wymagań.

Izba stwierdza, że zgłoszone zastrzeżenia w znacznej treści, powielają argumentację zamawiającego przedstawioną w toku postępowania kontrolnego. Zamawiający składając zastrzeżenia od wyników kontroli podtrzymał wcześniejszą argumentację, która sprowadzała się do konstatacji, że w toku przygotowywania postępowania weryfikował, możliwość zastosowania art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, jednakże z powodu braku niemożności jednoznacznego stwierdzenia, że czynności zawarte w dokumentacji postępowania polegają na wykonywaniu pracy, zaniechał zamieszczenia w SIWZ wymagania określonego ww. przepisem. Zamawiający podkreślił również, że obawiał się, w wyniku określenia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności, ograniczenia konkurencyjności i równości wykonawców. W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający idzie nawet krok dalej i wskazuje, że gdyby postawił wymóg wykonywania określonych czynności przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o

pracę naraziłby się na zarzut ograniczenia konkurencji i dyskryminacji w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw, które w wykonywaniu takich czynności posiłkują się często zatrudnianiem takich osób w ramach innych stosunków pracy lub podwykonawstwa i jest to sytuacja jak najbardziej „rynkowa” i powszechnie występująca. Zamawiający podkreśla, że stopień skomplikowania wykonywania prac budowlanych w ramach zamówienia publicznego nie jest na tyle złożony, żeby konieczne było postawienie ostro określonego warunku zatrudnienia na podstawie art. 22 § 1 KP, co de facto zakłóciłoby konkurencję i promowało tylko duże podmioty, które byłyby w stanie spełnić ten wymóg, a roboty te mogą być wykonane na tym samym poziomie jakościowym przez mniejsze podmioty, które nie mogłyby wziąć udziału w postępowaniu przy tak sformułowanym warunku - byłoby to niesłuszne, zatrudnianie osób w ramach innych stosunków pracy lub podwykonawstwa do czynności wymienionych w dokumentacji technicznej jest częste, powszechne i „rynkowe”. Ponadto złożone oferty byłyby wyższe, niż „rynkowe”, co naraziłoby zamawiającego na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zdaniem Izby przedstawiona argumentacja jest niewłaściwa. Izba wskazuje, że przepis ten jest emanacją polityki socjalnej państwa i ma na celu przeciwdziałanie nadużywaniu umów cywilnoprawnych w obszarze stosunków zatrudnienia, w szczególności zastępowania umów o pracę umowami cywilnoprawnymi, tam gdzie charakter stosunku łączącego strony odpowiada cechom stosunku pracy określonym w art. 22 § 1 KP. O tej właśnie praktyce napisał zamawiający powołując się na powszechnie występującą rynkową praktykę „zatrudniania takich osób w ramach innych stosunków pracy”. Uszło uwadze zamawiającego, że art. 29 ust. 3a ustawy Pzp ma właśnie przeciwdziałać takim niewłaściwym praktykom rynkowym, mającym na celu maksymalizację zysku poprzez ograniczanie kosztów zatrudnienia często osób nisko wykwalifikowanych. Jednocześnie Izba nie zgadza się z twierdzeniem zamawiającego, że postawienie wymagań z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp uniemożliwiłoby wykonanie robót mniejszym podmiotom. Oczywiście jest, że w przypadku np. osób prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą i osobiście wykonujących określone czynności wymóg ten nie znalazłby zastosowania, gdyż nie dopuszczalna jest ich dyskryminacja ze względu na formę prowadzenia działalności gospodarczej. W ocenie Izby określenie wymagań zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp buduje rzetelną konkurencję pomiędzy podmiotami które prowadzą działalność gospodarczą w sposób społecznie odpowiedzialny.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171 a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....