

Warszawa,

2018 r.

UZP/DKUE/W2/425/23()/17/MM

dot. KD/26/17/DKUE

Pan

Andrzej Mikołajczak

Dyrektor Zarządu Dróg

Powiatowych w Inowrocławiu

ul. Poznańska 384C

88 – 100 Inowrocław

Uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), zwana dalej „ustawa Pzp” przeprowadził z urzędu kontrolę doraźną następczą, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zarząd Dróg Powiatowych w Inowrocławiu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

**„Przebudowa drogi powiatowej w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach operacji pn.:
„Przebudowa drogi powiatowej nr 2557C Krusza Zamkowa - Krusza Duchowna na
odcinku od km 0+000 do km 1+000.””**

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w załączeniu przesyłam informację o wyniku kontroli.

Załącznik: Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej KD/26/17/DKUE

KD/26/17/DKUE

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Zarząd Dróg Powiatowych w Inowrocławiu ul. Poznańska 384c 88 - 100 Inowrocław
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	przebudowa drogi powiatowej w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach operacji pn.: „Przebudowa drogi powiatowej nr 2557C Krusza Zamkowa - Krusza Duchowna na odcinku od km 0+000 do km 1+000”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	04.08.2016 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	300338 - 2016
Wartość zamówienia:	631.287,25 zł, co stanowi równowartość 151.210,15 euro

Środki UE:

Europejski Fundusz Rolny w ramach Programu
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. 29 ust. 3a ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na umowę 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), zwana dalej „Kodeks Pracy”;
- art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia przez zamawiającego w treści siwz: sposobu dokumentowania zatrudnienia 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, czynności, jakie będą wykonywane w ramach stosunku pracy, a także sankcje jakie będzie ponosił wykonawca z tytułu niespełniania opisanych wymagań.

2) naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „INODROG” Sp. z o.o. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa następujących dokumentów: wyjaśnień i wycień cen jednostkowych najważniejszych pozycji kosztorysowych, oferty sprzedaży mieszanek mineralno – bitumicznych oraz oferty na produkowane wyroby niezbędne do wykonania niniejszego zamówienia, a jednocześnie poprzez zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego w toku przeprowadzonego postępowania ww. dokumentów, gdyż nie posiadały statusu tajemnicy przedsiębiorstwa.

UZASADNIENIE

1. Ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) dalej zwana „ustawą zPzp”, ustawodawca wprowadził obowiązek badania przez zamawiającego w postępowaniu na usługi i roboty budowlane warunku zatrudniania przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób, które w ramach realizacji zamówienia publicznego wykonują czynności polegające na świadczeniu pracy. Ponadto, powyższą nowelizacją wprowadzono także art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, zgodnie, z którym zamawiający, wskazując w opisie przedmiotu zamówienia czynności, których wykonywanie polega na świadczeniu pracy, zobowiązany jest również do określenia w treści siwz następujących kwestii: sposób dokumentowania zatrudnienia tych osób, uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełnienia przez wykonawcę wymagań zatrudnienia, nakładanie sankcji na wykonawcę za niespełnienie tych wymagań. Regulacje omawianego przepisu zapewniają realizację zamówienia przez osoby, które są związane stosunkiem pracy z wykonawcą zgodnie z treścią łączącej ich umowy o pracę. Ponadto, wskazany wymóg zatrudniania ma na celu kształtowanie rynku prac, w którym powszechne będzie zatrudnianie pracowników na umowę o pracę oraz wyeliminowanie postępowań z porządku prawnego, które zmierzają do nieprzestrzegania przepisów prawa pracy.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia w pkt 3.7 siwz wskazał, iż cyt.: „3.7. *Wymagania dotyczące 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 wykonaniu 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.). Zamawiający nie stawia wymagań w tym zakresie.*” Z powyższego wynika, iż zamawiający nie nałożył na wykonawcę obowiązku zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób, które wykonują czynności przy realizacji niniejszego zamówienia w charakterze stosunku pracy, pomimo iż był do tego zobowiązany zgodnie z regulacjami ustawy zPzp.

Ponadto, w toku prowadzonej kontroli zamawiający został poproszony o wyjaśnienie, czy opisał sposób dokumentowania zatrudnienia wskazanych osób, czynności, jakie będą wykonywane w ramach stosunku pracy, sankcje jakie będzie ponosił wykonawca z tytułu niespełniania opisanych wymagań. Jeżeli tak, zamawiający był zobowiązany do wskazania, w której części dokumentacji zostały one opisane.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 20 listopada 2018 r. zamawiający wyjaśnił, cyt.: „Zgodnie z pkt 3.7. siwz Zamawiający nie stawiał wymagań w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane

przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonawca tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 – Kodeks Pracy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. Przebudowa drogi powiatowej w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach operacji pn.: „Przebudowa drogi powiatowej nr 2557C Krusza Zamkowa – Krusza Duchowna na odcinku od km 0+000 do km 1+000” z 4 sierpnia 2016 r. zostało ogłoszone kilka dni po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku. Ostateczny projekt nowelizacji ustanowił art. 29 ust. 3a, gdzie: (...).

Zamawiający nie mógł spełnić wymagań wynikających z art. 29 ust. 3a i 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp na dzień ogłoszenia zamówienia, ze względu na brak ogólnie przyjętych zasad postępowania w zakresie określenia tych czynności oraz zasad kontroli spełnienia tych wymagań zważywszy na przepisy innych ustaw, które mają wpływ na określenie warunku w tym zakresie tj. z dziedziny prawa pracy, ochrony danych osobowych czy ubezpieczeń społecznych. Zamawiający nie mógł również dokonać opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp ze względu na fakt, że postępowanie było prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj gdzie zakres wykonywanych czynności miała określać dokumentacja projektowa, którą wykonawca opracowuje w trakcie realizacji udzielonego już zamówienia. W związku z tym Zamawiający na tym etapie nie mógł określić rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, które dotyczyłyby zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Dopiero po wyłonieniu Wykonawcy i podpisaniu z nim umowy na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pojawiła się opinia dotycząca przepisu art. 29 ust. 3a, która została opracowana m.in. w oparciu o stanowisko Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, z którym prowadzona była korespondencja w tym zakresie a sierpniu br. a więc po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający w dniu ogłoszenia zamówienia publicznego nie mógł dokonać opisu przedmiotu zamówienia na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.”

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny należy wskazać, iż zamawiający był zobowiązany do stosowania ustawy zPzp, gdyż niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 4 sierpnia 2016 r., a zatem już po wejściu w życie przepisów zawartych w ustawie zPzp. Po przeanalizowaniu dokumentacji technicznej przedmiotowego postępowania należy stwierdzić, iż część z przewidzianych do wykonania czynności w ramach niniejszego zamówienia, którego przedmiotem jest „Przebudowa drogi powiatowej nr 2557C Krusza Zamkowa - Krusza Duchowna na odcinku od km 0+000 do km 1+000” polega na świadczeniu

pracy przez osoby wykonujące czynności budowlane. W Programie funkcjonalno – użytkowym zamawiający określił przykładowe czynności wchodzące w zakres niniejszego zamówienia: uporządkowanie terenu przyległego tzn. przekopanie, usunięcie zanieczyszczenia oraz pokrycie warstwą humusu, dokonanie napraw istniejących nawierzchni jezdni, peronów czy innych elementów architektonicznych, a także dostarczenie, zainstalowanie i utrzymywanie m.in. ogrodzeń, poręczy, oświetlenia, sygnałów i znaków ostrzegawczych, wykonanie konstrukcji nawierzchni.

Biorąc pod uwagę wymienione powyżej czynności należy wywnioskować, iż pomimo jak wskazuje zamawiający w złożonych wyjaśnieniach, że postępowanie było prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj gdzie zakres wykonywanych czynności miała określać dokumentacja projektowa, którą wykonawca opracowuje w trakcie realizacji udzielonego już zamówienia, to jednak zamawiający na etapie prowadzonego postępowania określił rodzaj czynności jakie są niezbędne do realizacji zamówienia, polegające na wykonywaniu pracy, zgodnie z treścią art. 22 § 1 Kp, gdyż są realizowane 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.

W przedmiotowej sprawie, zamawiający zaniechał nałożenia na wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w procesie realizacji niniejszego zamówienia, których charakter zatrudnienia oraz rodzaj nałożonych na nich obowiązków spełnia wszelkie przesłanki przypisane dla stosunku pracy zgodnie z treścią art. 22 § 1 Kp. Tym samym, w przedstawionym stanie faktycznym doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy Pzp i art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wyniki postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „INODROG” Sp. z o.o. w ramach wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny, pismem z dnia 9 września 2018 r. zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa strony od 8 do 28 tj. wyjaśnienia i wyczenia cen jednostkowych najważniejszych pozycji kosztorysowych, ofertę sprzedaży mieszanek mineralno – bitumicznych oraz oferty na produkowane wyroby niezbędne do wykonania niniejszego zamówienia.

Jedną z kluczowych zasad udzielenia zamówienia jest jawność postępowanie wszczętego w przedmiocie jego udzielenia zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. W toku prowadzonego postępowania ww. wykonawca na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp złożył w ww. piśmie oświadczenie wskazując, iż część przedłożonych dokumentów są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232) ustawodawca wprowadził kolejną przesłankę do treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, która winna być spełniona w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, otóż zgodnie z jej treścią, wykonawca zobowiązany jest do wskazania, iż zastrzeżone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Na podstawie normy omawianego przepisu, wykonawca powinien sporządzić uzasadnienie zastrzeżonych przez siebie dokumentów, które wskazywałoby, iż powyższe dokumenty spełniają przesłanki uznania zawartych w nich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przy uwzględnieniu przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, wykonawca winien w uzasadnieniu wskazać jakie konkretne działania podjął w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji np. wprowadzenie procedur z zakresu polityki bezpieczeństwa informacji.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 13 listopada 2018 r. zamawiający został poproszony o wyjaśnienie, czy wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „INODROG” Sp. z o.o. sporządził uzasadnienie, które w swojej treści wskazywało, iż wskazane dokumenty spełniają przesłanki uznania zawartych w nich informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w piśmie z dnia 20 listopada 2018 r., wyjaśnił, cyt.: *„Wykonawca nie sporządził uzasadnienia, które w swojej treści wskazywałoby, iż powyższe dokumenty spełniają przesłanki uznania zawartych w nich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przy uwzględnieniu przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”*

Mając na uwadze powyższe, wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „INODROG” Sp. z o.o. był zobligowany na mocy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp do sporządzenia uzasadnienia zastrzeżonych przez siebie informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż ten obowiązek wynika wprost z przytoczonego przepisu ustawy. Ponadto, należy podkreślić, iż w myśl wyżej przywołanego przepisu ustawy Pzp, to wykonawca decyduje jakie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny, czy zastrzeżenie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było zgodne z normami zawartymi w ustawie Pzp. W niniejszym postępowaniu zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty złożone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „INODROG” Sp. z o.o., gdyż wykonawca nie sporządził odpowiedniego uzasadnienia ich zastrzeżenia.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający oraz wykonawca nie wykonali wskazanych w ustawie Pzp czynności w celu skutecznego zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji doszło do naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wyniki postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych 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.