

Warszawa, dnia 20.07.2018 r.

KND/3/17/DKZP

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

Zamawiający: „Uzdrowisko Horyniec” Sp. z o.o.
ul. Sanatoryjna 3
37 – 620 Horyniec – Zdrój

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Przedmiot zamówienia: „Modernizacja oraz rozbudowa obiektu sanatoryjnego Jawor przeznaczonego dla celów zamieszkiwania czasowego oraz termomodernizacja budynku administracji, oraz obiektów: Modrzew i Jawor w ramach projektu pn. Zwiększenie efektywności energetycznej Uzdrowiska Horyniec w ramach programu PL04 Oszczędzanie energii i promowanie odnawialnych źródeł energii realizowanego przez NFOŚiGW - etap trzeci.”

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: 3 911 782,30 zł (co stanowiło równowartość kwoty 936 976,28 euro)

Data wszczęcia postępowania: 17.05.2016 r.

Numer ogłoszenia

o zamówieniu:	nr 55041 – 2016
Wszczęcie kontroli:	na wniosek
Środki UE:	Dofinansowanie ze środków Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego 2009 – 2014
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ustawy Pzp, (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, obowiązującej w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, stwierdzono naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy XX do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego w zakresie uprawnień budowlanych posiadanych przez Kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych oraz wybór oferty wykonawcy XX, niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w ww. zakresie;
- 2) art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: „*SIWZ*” informacji o wymaganym dokumencie na potwierdzenie braku istnienia przesłanek wykluczenia, który wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć, wskazanym w § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), dalej: „*rozporządzenie*”;
- 3) art. 29 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w opisie przedmiotu zamówienia czynności, które polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 1502 ze zm.), obowiązującej w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, dalej: „*Kp*”

w związku z zawarciem wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę co najmniej 15 osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;

- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy XX do uzupełnienia wykazu osób w zakresie informacji dotyczących potwierdzenia co najmniej 3 letniego doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót sanitarnych przez wskazanych kierowników.**

UZASADNIENIE

1) Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazał, iż wykonawca musiał dysponować m.in. następującą osobą zdolną do wykonania niniejszego zamówienia, tj. min. jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych - wskazana osoba ma posiadać, co najmniej następujące kwalifikacje:

- łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót ogólnobudowlanych, z czego co najmniej jedno na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót ogólnobudowlanych na inwestycji, której przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa z wyłączeniem nadbudowy budynku zamieszkania zbiorowego w rozumieniu § 3 pkt 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1422) o wartości brutto minimum 1 000 000, 00 zł.,
- posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń przez okres nie krótszy niż 5 lat,
- przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego potwierdzoną stosownym zaświadczeniem wydanym przez tę jednostkę.

W celu wykazania spełniania powyższego warunku zamawiający żądał przedłożenia dokumentu określonego w § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), dalej: „*rozporządzenie*”. Ponadto, zamawiający w rozdziale 2 pkt 1 ppk 3 SIWZ zawarł następujący zapis: „*1. Uprawnienia, o których mowa powyżej powinny być zgodne z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 290) oraz rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278) lub ważne*

odpowiadające im kwalifikacje, nadane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów upoważniające odpowiednio do kierowania robotami budowlanymi w zakresie objętym niniejszym zamówieniem. (...) 4. Wybrany wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zamawiającemu przed podpisaniem umowy: a) kopie dokumentów potwierdzających uprawnienia osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, b) kopię dokumentów potwierdzających przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. (...)”.

Wykonawca XX w wykazie osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ w ofercie wskazał następującą osobę wraz z opisem posiadanych uprawnień, tj.: Pan XA - kierownik budowy/kierownika robót ogólnobudowlanych posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności bez ograniczeń o numerze (...), który przynależy do (...) z 34 letnim stażem zawodowym. Jednocześnie, wykonawca XX załączył do oferty oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, że wskazane osoby mające realizować przedmiot zamówienia, wymienione w załączniku nr 6 SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia zawodowe określone w rozdz. 2 pkt 1.2 SIWZ, kwalifikacje i doświadczenia oraz należą do właściwej izby samorządu zawodowego. Ponadto, wykonawca załączył decyzje o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia (...), w której wskazano, iż p. XA posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej w zakresie budownictwa ogólnego. W ww. decyzji zawarto zakres upoważnienia, tj. kierowania, nadzorowania, kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów, stacji kolejowych, dróg, lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych. W ww. decyzji wskazano, iż p. XA na dzień wydania przedmiotowej decyzji posiadał tytuł zawodowy: technik budowlany.

Wykonawca XX przedstawił na stanowisko kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych p. XA posiadającego uprawnienia budowlane wydane (...) uprawniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej w zakresie budownictwa ogólnego. Ww. uprawnienia upoważniają do kierowania, nadzorowania, kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów, stacji kolejowych, dróg,

lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodnomelioracyjnych.

Z powyższego wynika wprost, iż zakres ww. uprawnień jest ograniczony do powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.

Powyższe ograniczenie znajduje swoje uzasadnienie także w treści rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46 ze zm.), na podstawie którego ww. osoba uzyskała uprawnienia budowlane. Zgodnie z § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia, osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne (...), wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, co oznacza, że osoby te posiadają uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Dodatkowo, zgodnie z art. 104 ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity Dz.U. z 2016 poz. 290 ze zm.) osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

Obowiązujące w dniu 13.01.1982 r. rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.) w § 5 ust. 2 stanowi, że osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną. Choć przepisy powyższego rozporządzenia nie posługują się pojęciem „*uprawnienia bez ograniczeń*”, wprowadzonym wraz z wejściem w życie rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1995 r. Nr 8, poz. 38), nie ulega wątpliwości, iż tego rodzaju pojęcie funkcjonowało w nomenklaturze branżowej. Tego rodzaju rozróżnienie funkcjonowało już w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 lutego 1928 r. o prawie budowlanym i zabudowaniu osiedli (Dz. U. z 1928 r. Nr 23, poz. 202), które wprowadzało ograniczenia w pełnieniu technicznych funkcji w zakresie budownictwa dla osób posiadających wykształcenie średnie techniczne. Użycie, zarówno w decyzji potwierdzającej uzyskanie uprawnień budowlanych, jak również w treści przepisów, które zostały przywołane w powyższej decyzji zwrotu „*o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych*” powoduje, iż niezależnie od użytej w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych

w budownictwie, wskazuje, że na gruncie analizowanej sprawy mamy do czynienia z uprawnieniami budowlanymi w ograniczonym zakresie.

Zatem nie można uznać, że p. XA, posiadający średnie wykształcenie techniczne oraz uprawnienia, w których zostały wpisane ograniczenia do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych, dysponuje uprawnieniami budowlanymi o charakterze nieograniczonym, równoznacznym nadawanym w obecnym stanie prawnym uprawnieniom bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej w zakresie budownictwa ogólnego, wymaganym przez zamawiającego.

W toku kontroli doraźnej pismem z dnia 21.02.2018 r. wezwano zamawiającego do uzupełnienia dokumentów oraz udzielenia wyjaśnień w następującym zakresie, tj. wyjaśnienie:

a) w jaki sposób zamawiający oceniał spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, określonymi w rozdziale 2 pkt 1.3 ppkt 1 SIWZ, przez osobę wskazaną przez wykonawcę XX do pełnienia stanowiska Kierownika budowy i Kierownika robót ogólnobudowlanych,

b) na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż uprawnienia budowlane posiadane przez osobę ww. wskazaną do pełnienia stanowiska Kierownika budowy i Kierownika robót ogólnobudowlanych dawały gwarancję należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający przy piśmie z dnia 23.02.2018 r. uzupełnił dokumenty oraz udzielił następujących wyjaśnień, tj. *„(..) informujemy, że stosownie do treści załącznika nr 4 „Wykaz specjalizacji techniczno-budowlanych wyodrębnionych w specjalnościach budowlanych” obowiązującego w okresie ogłoszenia i rozstrzygnięcia (a także obecnie) postępowania o udzielenie zamówienia o nazwie j.w. do rozporządzenia z dnia 11 września 2014 r. Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2014 r. poz. 1278) w „specjalności uprawnień budowlanych konstrukcyjno- budowlanych” jedną ze „specjalizacji techniczno-budowlanej do kierowania robotami budowlanymi” są „obiekty budowlane budownictwa ogólnego”. Zamawiający w treści warunku wymagał posiadania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, nie wymagał specjalizacji powyżej określonej jakim jest zakres budownictwa ogólnego. Stosownie do § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie znowelizowanego rozporządzeniem z dnia 18 lipca 1991 r. Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy*

i robót jest wymagane ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie. Stosownie natomiast do treści oświadczenia zawartego w przedłożonym przez wykonawcę wykazie osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia kierownik robót ogólnobudowlanych/kierownik budowy posiada 34 letni staż zawodowy na ww. stanowisku. Wykonawca tj. XX (...), którego oferta została wybrana ofertą najkorzystniejszą dołączył do oferty wymagane przez zamawiającego dokumenty tzn. samodzielnie uzupełniony załącznik nr 6 do SIWZ tj. wykaz osób oraz sygnowany załącznik nr 7 do SIWZ tj. oświadczenie wykonawcy. Warte podkreślenia, w tym miejscu, jest treść załącznika nr 7 do SIWZ cyt.: „Oświadczam, że wskazane osoby mające realizować przedmiot zamówienia, wymienione w załączniku nr 6 SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia zawodowe określone w rozdz. 2 pkt 1.3. SIWZ, kwalifikacje i doświadczenie oraz należą do właściwej izby samorządu zawodowego.”. Ustawodawca przewidział, że w sprawach nie uregulowanych ustawą Pzp stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posilkować się K.c. W art. 60 § 1 K.c. zawarta jest definicja oświadczenia woli. Wskazany przepis jednoznacznie określa, że wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej. Z przytoczonego powyżej przepisu jednoznacznie wynika, że oświadczenie woli mówiąc wprost, to zewnętrzny objaw decyzji podmiotu prawnego. (...) Natomiast zgodnie z przepisem art. 65 § 1 i 2 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. akt. I ACa 315/14). Przenosząc treść wskazanych powyżej przepisów oraz orzeczenia sądowego na grunt złożonego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana ofertą najkorzystniejszą, oświadczenia (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz samodzielnie uzupełnionego wykazu osób (załącznik nr 6 do SIWZ) bezsprzecznym jest, że wykonawca dokonał ujawnienia w sposób dostateczny czynności prawnej. (...) Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający nie ma możliwości żądania od wykonawcy innych dokumentów poza przewidzianymi w przepisie § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 ówczesnie obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Innymi słowy przedmiotowe rozporządzenie zawiera zamknięty katalog dokumentów w omawianej kwestii. (...) Stosownie natomiast do art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 z późn. zm.) w brzmieniu obowiązującym także w okresie postępowania o udzielenie zamówienia o nazwie j.w. osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Wskazany podział

uprawnień budowlanych na uprawnienia „bez ograniczeń”, w „ograniczonym zakresie” został wprowadzony przepisami obowiązującej ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo Budowlane (Dz.U. z 2006 r. nr 156. Poz. 1118 z późn. zm.), które weszły w życie 1 stycznia 1995 r. Powyższe oznacza, że w okresie od 1928 do 1995 r. ustawodawca nie przewidywał uprawnień budowlanych, których zakres byłby ograniczony przedmiotowo lub podmiotowo. Sposób ograniczenia polegał na określeniu w jakim zakresie osoba posiadająca uprawnienia budowlane może wykonać samodzielnie funkcje techniczne w budownictwie, a w jakim podlega wyłączeniu. Reasumując w omawianym okresie nie występowały uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie w ujęciu formalnym lecz w ujęciu materialnym, o fakcie ograniczenia uprawnień decydowała zatem każdorazowo treść decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych, a nie jej nazwa. Wyjaśniając zakres uprawnień, że osoba posiadająca uprawnienia budowlane nie zawierających żadnych ograniczeń, może wykonywać funkcję z nich wynikającą w zakresie całej specjalności, czyli posiadania uprawnień odpowiadającym uprawnieniom bez ograniczeń. Czym innym są natomiast wyłączenia. Wyłączenia linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i melioracji wodnych nie stanowią o ograniczeniu uprawnień w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, lecz zawierają wykaz obiektów, które mieściły się wówczas w ramach innych specjalności. Powyższe wynika z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z 1975 r., zgodnie z którym specjalność konstrukcyjno-budowlana obejmowała budynki i budowle niewymienione w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej oraz wodno-melioracyjnej. Sięgając do § 13 ust. 1 pkt 3, który określa zakresy specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej, czytamy, że są to właśnie linie, węzły i stacje kolejowe, drogi i nawierzchnie lotniskowe, mosty i budowle hydrotechniczne. Z kolei melioracje wodne obejmujące również ujęcia wód były wówczas oddzielną specjalnością uprawnień budowlanych. A zatem wyłączenia stosowane w uprawnieniach budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nie ograniczają zakresu uprawnień, lecz określają zakres, który nie jest objęty tą specjalnością, ponieważ był on objęty zakresem dwóch innych specjalności uprawnień budowlanych. Powyższe potwierdza część sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2382/120, cyt.: „Oceniając zakres uprawnień wydanych na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 8, poz. 46 ze zm.) należy mieć na uwadze postanowienie art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), zgodnie z którym osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Ustawodawca z zachowaniem zasady praw nabytych, wykluczył rozszerzającą interpretację

co do zakresu uprawnień nabytych przed dniem wejścia w życie ustawy. (...)". Reasumując zamawiający dokonał oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na podstawie dołączonego do złożonej oferty załącznika nr 6 do SIWZ tj. wykazu osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia, załącznika nr 7 tj. oświadczenia wykonawcy, że wskazane osoby mające realizować przedmiot zamówienia, wymienione w załączniku nr 6 SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia zawodowe oraz obowiązujących przepisów prawa. (...)"

W niniejszej sytuacji biorąc pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, jak również fakt, iż wykonawca, mimo braku takiego żądania ze strony zamawiającego i obowiązku, przedstawił kopię uprawnień budowlanych posiadanych przez p. XA, z których wynika wprost, jak wskazano wyżej, że nie odpowiadają wymaganym uprawnieniom bez ograniczeń, nie można uznać, że wykonawca jednoznacznie wykazał, że dysponuje osobą na stanowisko kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.09.2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278), obowiązującego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy XX do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego

uprawnień kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc ponadto pod uwagę fakt niewykazania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. XX, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, należy wskazać na mające także zastosowanie w sprawie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z pierwszym z ww. przepisów z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis ma na celu zobowiązanie zamawiającego do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez przedłożenie wymaganych przez zamawiającego i wystarczających dla udowodnienia spełniania konkretnego warunku, dokumentów. Należy przy tym podkreślić, że spełnianie ww. warunków służy potwierdzeniu, że wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, zaś a contrario stwierdzić należy, że wykonawca nie spełniający warunków, takiej zdolności nie posiada i zamówienie nie może zostać mu udzielone. Przy czym w świetle dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zauważyć należy, że ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Tym samym niedopuszczalne jest, aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków i nie został pod tym kątem zweryfikowany przez zamawiającego. Zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, co do którego nie zachodzą wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu spełnia.

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

Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie wykonawca XX nie wykazał, że dysponuje osobą spełniającą wymogi opisane w ww. warunku. Tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jednocześnie w toku kontroli zostało

stwierdzone, że zamawiający nie podjął czynności weryfikacji dokumentów złożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia, że spełnia on ww. warunek, tj. nie podjął czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia osoby pełniącej funkcję kierownika budowy i kierownika robót ogólnobudowlanych posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Tym samym zamawiający zaniechał dokonania obowiązku weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunku, w żaden sposób nie usunąwszy wadliwości złożonej przez niego oferty, a następnie udzielił mu zamówienia.

Powyższe oznacza, że dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. wybrał ofertę wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający naruszył nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Nakaz ten bowiem sformułowany został w dziale I rozdziale 2 ustawy Pzp, który zawiera zasady udzielania zamówień, tj. podstawowe i zasadnicze reguły, które stanowią wytyczne co do interpretacji pozostałych przepisów ustawy Pzp i muszą być przestrzegane w procesie udzielenia zamówienia. Naruszenie ww. nakazu świadczy o niedopuszczalności wyboru oferty wykonawcy XX i stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

2) Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli doraźnej, wykonawcy na potwierdzenie braku istnienia przesłanek ich wykluczenia, zobowiązani byli przedłożyć m.in. dokumenty o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 – 4, § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 1 - 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), dalej: „rozporządzenie”, jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu, natomiast w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: „SIWZ”, zamawiający wskazał § 3 ust. 1 pkt 2 – 4, § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 1 - 2 rozporządzenia.

Opisana powyżej niezgodność opisu sposobu spełniania warunku dotyczącego ww. dokumentów pomiędzy zapisami SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania, aż do jego zakończenia.

W toku kontroli doraźnej, pismem z dnia 30.03.2018 r., poproszono zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w zakresie ww. rozbieżności, tj. wskazanie zakresu dokumentów, które

były obowiązujące (określone w ogłoszeniu o zamówieniu, czy w SIWZ) oraz wyjaśnienie, czy zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia w tym zakresie w celu ujednoczenia zapisów.

Zamawiający przy piśmie z dnia 09.04.2018 r. udzielił następujących wyjaśnień, tj. *„Wykonawcy postanowieniami rozdz. III pkt 2 ppkt 1 - 4 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) oraz pkt III.4.2) Ogłoszenia o zamówieniu (...) biorący udział w postępowaniu na potwierdzenie braku istnienia przesłanek ich wykluczenia zobowiązani byli przedłożyć m.in. dokumenty, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 - 4 ówczesnie obowiązującego rozporządzenia (...) Postanowieniami rozdz. III pkt 2 ppkt 7 SIWZ w przypadku, jeżeli wykonawcy mieli siedzibę lub miejsca zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów o których mowa w pkt 2 ppkt 2 - 4 SIWZ zobowiązani byli przedłożyć dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające odpowiednio, że: „1) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, 2) nie zalega z uiszczaniem podatków; opłat składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności tub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu”, czyli wymienione w § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 1 - 2 rozporządzenia, natomiast treścią pkt III.4.3.1) ogłoszenia oprócz ww. dokumentów wymagał dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego, że „nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”. Literalna treść § 4 ust. 1 pkt 1) ppkt a) rozporządzenia zobowiązuje wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do złożenia dokumentów wymienionych w tirecie 1 - 3. Przepis § 4 ust. 1 pkt 1) ppkt a) rozporządzenia brzmi: „Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 - 4 i 6 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (...)”. Przedmiotową wykładnię językową potwierdza użycie przez ustawodawcę w treści powyższego przepisu rozporządzenia słowa „składa”, który wprost zobowiązuje ewentualnych wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i biorącym udział w postępowaniu do złożenia dokumentów wymienionych w § 4 ust 1 pkt 1) ppkt a) rozporządzenia. W tym miejscu wskazać należy za treścią wyroku KIO z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1127/15, iż „SIWZ, która stanowi element obligacyjnego porozumienia przetargowego zawiązywanego między zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, nie może kształtować wymagań kierowanych do wykonawców sprzecznie z przepisami Prawa zamówień publicznych i z obowiązującymi przepisami właściwymi ze względu na dany przedmiot zamówienia. Pogląd przeciwny sankcjonowałby naruszenie prawa przez zamawiającego i w dalszej perspektywie mógłby negatywnie oddziaływać na uczciwe konkurowanie*

wykonawców o zamówienie (...). Nadto w treści tego samego wyroku KIO jednoznacznie stwierdziła, że: „SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności (art. 58 § 1 in initio k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.)“. Wynika z powyższego, że postanowienia SIWZ sprzeczne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, są nieważne. W konsekwencji czego wykonawca nie może brać ich pod uwagę przy sporządzaniu swojej oferty. Wobec powyższej jednoznacznej treści ówczesnie obowiązującego przepisu § 4 ust. 1 pkt 1) ppkt a) rozporządzenia w korelacji z jednolitym orzecznictwem KIO obowiązującym zakresem dokumentów w przypadku podmiotów zagranicznych na potwierdzenie braku istnienia przesłanek ich wykluczenia był zakres dokumentów enumeratywnie wymieniony przez ustawodawcę w ówczesnie obowiązującym akcie wykonawczym do ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. (...).”

Jak wynika z dokumentacji zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, iż wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć dokumenty określone w § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 1 - 3 rozporządzenia, natomiast w SIWZ zamawiający wskazał tylko § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 1 - 2 rozporządzenia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz ww. wyjaśnienia zamawiającego należy stwierdzić, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zobligowany był do zachowania spójności pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu, w zakresie wymaganych dokumentów na potwierdzenie braku istnienia przesłanek wykluczenia, poprzez zamieszczenie także w treści SIWZ pełnego zakresu żądanych dokumentów, w tym również dokumentu wskazanego w § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 3 rozporządzenia.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Brak wskazania ww. dokumentu w SIWZ, przy jednoczesnym wskazaniu w ogłoszeniu o zamówieniu, stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji, zaniechanie zamieszczenia w treści SIWZ informacji o wymaganym dokumencie na potwierdzenie braku istnienia przesłanek wykluczenia, który wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wskazanym w § 4 ust. 1 pkt 1a tiret 3 rozporządzenia, stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

3) Zamawiający w rozdziale 1 pkt 1 ppkt 1.4 SIWZ oraz w pkt 1.4. ogłoszenia o zamówieniu zawarł zapis, tj. *"Wymóg dotyczący zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy. Na podstawie art. 29 ust. 4 oraz w związku z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d ustawy Pzp, zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1502 z późn. zm.) przez wykonawcę, co najmniej 15 osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Wymagania w zakresie zatrudnienia nie dotyczą faktu zatrudnienia określonych grup pracowników w ogóle, ale zatrudnienia ich do realizacji zamówienia. Nie może stanowić spełnienie warunku określonego w rozdz. 2 pkt 1.3. SIWZ samo tylko zatrudnienie pracowników, które następnie nie będą uczestniczyli w wykonywaniu zamówienia. Na żądanie zamawiającego wykonawca przedłoży dowody zatrudnienia osób na umowy o pracę wskazanych w załączniku do umowy (stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ) oraz czynności, które będą wykonywane przez te osoby w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. W sytuacji, gdy dana osoba w okresie realizacji zamówienia rozwiąże umowę lub gdy uczyni to wykonawca, zobowiązany jest on to zatrudnienia w miejsce tej osoby, innej osoby. Z tytułu niespełnienia wymagań w zakresie zatrudnienia pracowników na umowę o pracę wykonawca zapłaci kary umowne, o których mowa w projekcie umowy (załącznik nr 10 do SIWZ)."*

W treści załącznika nr 11 do SIWZ, tj. *"Wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę"*, zamawiający zawarł zapis *"Oświadczamy, że niżej wymienione osoby są zatrudnione na podstawie umowy o pracę (...) oraz będą wykonywał niżej określone czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane, o których mowa w rozdz. 1 SIWZ oraz w projekcie umowy (załącznik nr 10 do SIWZ)"*. Ponadto w tabeli w ww. załączniku nr 11, wykonawca był zobowiązany do wskazania *"zakresu czynności wykonywanych przez daną osobę"*. Jak wynika z przekazanej dokumentacji, rozdział 1 SIWZ zawiera ogólny opis przedmiotu zamówienia, natomiast w projekcie umowy zamawiający nie określił rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

W toku postępowania, pismem z dnia 07.06.2016 r. zamawiający wezwał wykonawcę XY m.in. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dot. wykazu osób zatrudnionych na podstawie umowę o pracę – wykonawca wskazał 14 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zamiast wymaganych 15. Przy piśmie z dnia 10.06.2017 r. ww. wykonawca wyjaśnił, iż *"(...) liczba pracowników nie stanowi o tym, że pracownicy w liczbie 15 są efektywniejsi w swojej pracy niż 14 pracowników, którzy posiadają"*

doświadczenie oraz wysokie kwalifikacje (...). W SIWZ nie jest określona liczba wymaganych pracowników, a jedynie na zestawieniu w formie załącznika jest 15 pozycji, mogących jedynie sugerować, iż wymagane jest wymienienie 15 pracowników. Skoro tego wymogu nie podają zapisy SIWZ (...) jest chybionym wskazanie jakichkolwiek uchybień w tym zakresie.”

Pismem z dnia 20.06.2016 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę XX. Ponadto zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy XY na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż wykonawca mimo wezwań na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie spełnił warunku wiedzy i doświadczenia (spełnianie warunku nie wynikało z uzupełnionego wykazu ani referencji) oraz zmienił treść złożonej oferty (w złączniku nr 11) na skutek wezwania z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W toku kontroli doraźnej, pismem z dnia 30.03.2018 r., poproszono zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, tj. dlaczego zamawiający wskazał, iż 15 osób miało być zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę, w tym poproszono o wskazanie, z czego wyżej wymieniony wymóg wynika oraz czy było to uzasadnione charakterem zamówienia. Ponadto, poproszono o wskazanie, w których zapisach SIWZ zamawiający określił wymagania z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d ustawy Pzp, oraz które prace niezbędne do realizacji zamówienia dotyczyły wymagania zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę, w tym poproszono o wskazanie ww. zapisów w dokumentacji.

Przy piśmie z dnia 09.04.2018 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień, tj. *„Zawarta w ówczesnym brzmieniu art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp, możliwość dopuszczała stawiania przez zamawiających wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawców i podwykonawców osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności (por. wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 685/15). Wymóg zamawiającego postawiony treścią rozdz. I pkt 1 ppkt 1.4. SIWZ oraz pkt 1.4 ogłoszenia dotyczący zatrudnienia, „co najmniej 15 osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia” (zapis z treści ppkt 1.4.) wynikał z zakresu przedmiotu oraz terminu realizacji zamówienia. Nadto postanowieniem § 6 ust. 13 załącznika nr 10 do SIWZ, tj. projektu umowy wykonawca zobowiązany był przez cały okres realizacji zakresu rzeczowego umowy zatrudniania na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 ustawy Kodeks co najmniej 15 osób wykonujących czynności w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Ponadto w treści załącznika nr 11 do SIWZ, który postanowieniami rozdz. III pkt 4 ppkt 6 SIWZ oraz pkt III.6 ogłoszenia, wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani byli (...) dołączyć do oferty oświadczenie, że wymienieni przez nich pracownicy „są zatrudnieni na podstawie*

umowy o pracę (w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 Kodeksu pracy – t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.) oraz będą wykonywali niżej określone czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane, o których mowa w rozdz. 1 SIWZ oraz w projekcie umowy (załącznik nr 10 do SIWZ)”. Podkreślenia także wymaga, że szczegółowa interpretacja na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (link: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp>) dotycząca stosowania (wytyczne w zakresie opisu) i zakresu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy (ówczesny t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1502z późn. zm.) pojawiła się po wprowadzeniu uchwalonej w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).”.

Zgodnie z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp obowiązującej w dniu wszczęcia przedmiotowego zamówienia, zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności.

Ściśle z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp koreluje brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp, zgodnie z którym, gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez zamawiającego, wówczas zamawiający jest zobowiązany w świetle art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Z analizy dokumentacji nie wynika, żeby zamawiający określił rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Ponadto, zamawiający nie udzielił wyjaśnień, poproszony o wskazanie, w których zapisach SIWZ określił wymagania z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp, oraz które prace niezbędne do realizacji zamówienia dotyczyły wymagania zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę.

W niniejszym postępowaniu, zamawiający ograniczając się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę co najmniej 15 osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, bez określenia w SIWZ rodzaju czynności, których

wykonywanie w trakcie realizacji umowy musi być powierzone osobom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę stanowi naruszenie art. 29 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d) ustawy Pzp obowiązującej w dniu wszczęcia postępowania.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

4) Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazał, iż wykonawca musiał dysponować m.in. następującymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. min.

1) jedną osobą pełniącą funkcję kierownika robót elektrycznych - wskazana osoba miała posiadać, co najmniej następujące kwalifikacje:

- łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót elektrycznych,
- uprawnienia budowlane specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń przez okres nie krótszy niż 5 lata,
- przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego potwierdzoną stosownym zaświadczeniem wydanym przez tę jednostkę.

2) jedną osobą pełniącą funkcję kierownika robót sanitarnych - wskazana osoba miała posiadać, co najmniej następujące kwalifikacje:

- łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót sanitarnych,
- uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń przez okres nie krótszy niż 5 lat,
- przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego potwierdzoną stosownym zaświadczeniem wydanym przez tę jednostkę.

W celu wykazania spełniania powyższego warunku zamawiający żądał przedłożenia dokumentu określonego w § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), dalej: „rozporządzenie”.

Na potwierdzenie powyższego warunku XX załączył do oferty wykaz osób, w którym na stanowisko kierownika robót elektrycznych wskazał p. XB, natomiast na stanowisko kierownika robót sanitarnych wskazał p. XC. Jak wynika z załącznika nr 6 do SIWZ stanowiącego wykaz osób, wykonawca był zobowiązany uzupełnienia rubryki w kolumnie nr 4 wiersz nr 2 „staż zawodowy na stanowisku robót elektrycznych.....” oraz wiersz nr 3 „staż zawodowy na stanowisku robót sanitarnych....”. Wykonawca XX w załączonym do oferty wykazie osób nie wskazał powyższych informacji, podając wyłącznie numer uprawnień oraz nazwę izby samorządu zawodowego ww. kierowników. Ponadto, wykonawca XX załączył do

oferty oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, że wskazane osoby mające realizować przedmiot zamówienia, wymienione w załączniku nr 6 SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia zawodowe określone w rozdz. 2 pkt 1.2 SIWZ, kwalifikacje i doświadczenia oraz należą do właściwej izby samorządu zawodowego.

Pismem z dnia 30.03.2018 r., w toku kontroli doraźnej, poproszono o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż osoba wskazana przez wykonawcę XX, do pełnienia funkcji:

- kierownika robót elektrycznych - posiada łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót elektrycznych,
- kierownika robót sanitarnych – posiada łącznie, co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót sanitarnych.

Przy piśmie z dnia 09.04.2018 r. zamawiający uzupełnił dokumentację oraz udzielił następujących wyjaśnień, tj. *„Treścią rozdz. 2 pkt 1.3. tiret 2) i 3) SIWZ Zamawiający oraz pkt III.3.4) ogłoszenia wymagał od wykonawców biorących udział w postępowaniu dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierowników robót elektrycznych i sanitarnych, posiadających m.in. co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót odpowiednio elektrycznych i sanitarnych. W tym miejscu wspomnieć należy, że ówczesnie obowiązujące rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w celu oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 Pzp przewidywał zamknięty katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający, w celu udowodnienia dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, innymi słowy przepis § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 wskazanego rozporządzenia jednoznacznie określał, jakich dokumentów może żądać Zamawiający od Wykonawcy, w celu oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do zrealizowania zamówienia określonego przez zamawiającego postanowieniami rozdz. 2 pkt 1 ppkt 1.3. tiret 2) i 3) SIWZ oraz pkt III.3.4) ogłoszenia. Na potwierdzenie spełnienia powyżej przytoczonego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty uzupełniony wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami - załącznik nr 6 do SIWZ (rozdz. 3 pkt 1 ppkt 3 SIWZ), a także podpisane oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w rozdz. 2 pkt 1 3. SIWZ - załącznik nr 7 do SIWZ, wymagane dołączenia do oferty postanowieniami rozdz. 3 pkt*

1 ppkt 4 SIWZ oraz III.4.1 ogłoszenia. Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający nie wymagał załączenia przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu kopii dokumentów potwierdzających uprawnienia osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, oraz kopii dokumentów potwierdzających przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający wymagał przedłożenia wskazanych powyżej dokumentów jedynie przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza (rozdz. 1 pkt 1.8 ppkt b i c SIWZ oraz pkt II.1.4) ogłoszenia). Ponadto zamawiający nie wymagał uzupełnienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, aby wykazywali w treści załączników nr 6 i 7 do SIWZ wszystkich wymogów postawionych zapisami warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, o których mowa w rozdz. 2 pkt 1.3. tiret 2) i 3) SIWZ Zamawiający oraz pkt III.3.4) ogłoszenia. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 15 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1588/13 cyt.: „Nie wszystkie aspekty warunku udziału w postępowaniu muszą znaleźć odbicie w opisie sposobu spełnienia tego warunku i dokumentach (bądź oświadczeniach), jakie należy złożyć na jego potwierdzenie; jeżeli Zamawiający nabierze jakichkolwiek wątpliwości, ma prawo sprawdzić (m.in. za pomocą procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp), czy Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu we wszelkich jego aspektach.”. Wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego ofertą najkorzystniejszą, tj. XX (...), dołączył do oferty wymagane przez Zamawiającego dokumenty tzn. samodzielnie uzupełniony załącznik nr 6 do SIWZ tj. wykaz osób oraz sygnowany załącznik nr 7 do SIWZ tj. oświadczenie Wykonawcy. Warta podkreślenia, w tym miejscu, jest treść załącznika nr 7 do SIWZ, cyt.: „Oświadczam, że wskazane osoby mające realizować przedmiot zamówienia, wymienione w załączniku nr 6 SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia zawodowe określone w rozdz. 2 pkt 1.3. SIWZ, kwalifikacje i doświadczenie oraz należą do właściwej izby samorządu zawodowego”. Ustawodawca przewidział, że w sprawach nie uregulowanych Pzp stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posłkować się Kodeksem cywilnym W art. 60 § 1 Kodeksu cywilnego zawarta jest definicja oświadczenia woli. Wskazany przepis jednoznacznie określa, że wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej. Z przytoczonego powyżej przepisu jednoznacznie wynika, że oświadczenie woli wprost mówiąc to zewnętrzny objaw decyzji podmiotu prawnego. (...) Innymi słowy Wykonawca dołączając do złożonej oferty załącznik nr 7 do SIWZ - oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, które indywidualnie wskazał w wykazie osób, załączniku nr 6 do SIWZ, posiadają wymagane uprawnienia na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w rozdz. 2 pkt 1.3 SIWZ - jednoznacznie potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w celu wywołania

czynności prawnej, w postaci zawarcia umowy z zamawiającym na realizację przedmiotowego zamówienia. (...)”.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zaniechanie przez zamawiającego polegające na braku wezwania XX do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wymaganego doświadczenia, tj. informacji dotyczących potwierdzenia co najmniej 3 letniego doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót sanitarnych przez wskazanych kierowników, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń 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.