

Warszawa, dnia 07.01.2019 r.

KD/9/17/DKUE

### Informacja o wyniku kontroli doraźnej

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

<b>Zamawiający:</b>	Miasto i Gmina Pilawa Aleja Wyzwolenia 158 08-440 Pilawa
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia :</b>	modernizacja dróg w gminie Pilawa – Przebudowa ul. Granicznej w Trąbkach
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Data wszczęcia postępowania:</b>	16.08.2016 r.
<b>Numer ogłoszenia o zamówieniu:</b>	301256–2016
<b>Wartość zamówienia:</b>	679.163,40 zł (tj. 162.677,76 euro)
<b>Środki UE:</b>	Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014-2020
<b>Rodzaj procedury:</b>	zamówienia 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, stwierdza:

- 1) naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, podczas gdy we wspomnianej treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku były niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 2) naruszenie art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a-c ustawy Pzp, poprzez brak określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, czego konsekwencją było również zaniechanie zastosowania art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a-c ustawy Pzp, do której był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp.
- 3) naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz Budimex S.A., w celu ustalenia czy złożone przez nich oferty zawierają rażąco niską cenę.

### **UZASADNIENIE**

1. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, w rozdziale III 2.2) ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zapisał, że nie przewiduje wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, natomiast w rozdziale 5 pkt 5.1.a siwz, zamawiający zapisał, że wykluczy wykonawców zgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp.

W toku prowadzonej kontroli, w piśmie z dnia 17.12.2018 r. zamawiający wyjaśnił, cyt.: *„Przez niedopatrzenie w rozdziale 5 pkt 5.1.a siwz zapisano „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wykluczy wykonawców zgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp”, zamiast „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie wykluczy wykonawców zgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp”. W trakcie postępowania żaden z wykonawców nie zwracał się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz w tym zakresie”.*

Opisana powyżej niezgodność w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania pomiędzy zapisami w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania, aż do jego zakończenia. Stosownie do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, bądź przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że skoro w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przepis art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej istniejąca od początku niezgodność w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania wymagała zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie dokonując zmiany ogłoszenia o zamówieniu, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w rozdziale 2 siwz wskazał, że postępowanie przeprowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) zwaną w dalszej części specyfikacji „ustawą”. W momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, zaczął obowiązywać przepis 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.). Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 16.08.2016 r., tym samym, zamawiający winien był je przeprowadzić w myśl przepisów objętych nowelizacją.

W toku prowadzonej kontroli, zamawiający w piśmie z dnia 17.12.2018 r. wyjaśnił, że „w związku z licznymi zmianami wprowadzonymi do ustawy *Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020)* przez niedopatrzenie nie wprowadzono zapisów wynikających ze zmian art. 29 ust. 3a.” Jednocześnie zamawiający nie odniósł się do treści art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a-c ustawy Pzp.

Interpretacja art. 29 ust. 3a ustawy Pzp stanowiącego, iż zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp, wymaga wykładni celowościowej. Jak wynika z uzasadnienia Rządowego projektu zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366) wolą ustawodawcy było uregulowanie statusu pracownika w zamówieniach publicznych z uwzględnieniem aspektów społecznych poprzez m.in. stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane w sytuacji, gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 Kp. Powyższy obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest zatem wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy lub podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kp. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu ww. art. 22 § 1 Kp, zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek 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. Przedmiotem niniejszego postępowania były roboty budowlane, czyli m.in. roboty rozbiórkowe (nawierzchnie, elementy drogowe), regulacja pionowa studzienek urządzeń podziemnych, roboty ziemne (wykopy, nasypy), wykonanie warstw podbudowy nawierzchni drogowych, wykonanie nawierzchni i elementów drogowych. Analiza zakresu ww. robót niewątpliwie wskazuje, że polegają one na pracy osób wykonujących czynności budowlane. Powyższe 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. Zamawiający pominął również w opisie przedmiotu zamówienia ściśle korelujący z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, art. 36 ust. 2 pkt 8 lit. a-c 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 8a) lit. a-c ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań oraz 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 przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zamawiający dokonał naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez brak określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, czego konsekwencją było również zaniechanie zastosowania art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a-c ustawy Pzp, do której był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

3. Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 679.163,40 zł (netto), co brutto stanowi

kwotę 835.370,98 zł. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 10.08.2016 r. na podstawie kosztorysów inwestorskich.

Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu zastosował kryteria oceny ofert: cena – waga 90% oraz gwarancja - waga 10%.

W postępowaniu oferty niepodlegające odrzuceniu złożyli nw. wykonawcy z całkowitymi cenami brutto:

1. wykonawca XX z ceną 550.809,85 zł brutto;
2. wykonawca YY z ceną 705.786,27 zł brutto;
3. wykonawca ZZ z ceną 569.944,75 zł brutto;
4. wykonawca ŻŻ z ceną 684.610,15 zł brutto.

Próg ceny oferty niższej o 30%:

- od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego brutto (tj. 835.370,98 zł) wynosi: 584.759,69 zł;

- od średniej arytmetycznej cen brutto wszystkich złożonych ofert (tj. 627.787,75 zł) wynosi: 439.451,43 zł.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie zwrócił się do żadnego z wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

*W toku prowadzonej kontroli, zamawiający w piśmie z dnia 17.12.2018 r. wyjaśnił, że „w toku badania i oceny ofert dokonano wyliczenia średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Żadna z cen przedstawionych przez wykonawców nie była niższa niż 30% średniej arytmetycznej. Nie zwracano się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanych cen niższych niż 30% wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ponieważ wartość zamówienia mogła być przeszacowana (kosztorysant nie znał specyfiki rynku lokalnego)”.*

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na

podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny należy wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu ceny ofert złożonych przez wykonawców: wykonawca XX oraz wykonawca ZZ były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a zatem zachodziła przesłanka określona w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zobowiązująca zamawiającego do zwrócenia się do ww. wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez nich ceny. Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie nie może być usprawiedliwione wystąpieniem rozbieżności pomiędzy ceną oferty, a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, wynikających z okoliczności takich jak możliwość przeszacowania wartości zamówienia, gdyż kosztorysant nie znał specyfiki rynku lokalnego.

Ustawa Pzp nakłada na zamawiających obowiązek przestrzegania przy udzielaniu zamówień publicznych zasady zachowania uczciwej konkurencji. W przypadku podejrzenia złożenia przez wykonawców ofert zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, ustawa Pzp przewiduje rozwiązania umożliwiające zamawiającemu ustalenie, czy badana oferta taką cenę zawiera, a w przypadku stwierdzenia takiego faktu, zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż na zamawiającym spoczywał obowiązek wezwania wykonawców: wykonawca XX oraz wykonawca ZZ, w celu ustalenia czy złożone przez nich oferty zawierają rażąco niską cenę. Tym samym, zaniechanie przez zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Nie można jednoznacznie stwierdzić, iż ww. naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

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.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.