



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ5.440.86.2023.MM

dot. KU/86/23/DKZP

Warszawa, dnia 25.04.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Siedlcach ul. Zbrojna 39 08-110 Siedlce
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe
Przedmiot zamówienia:	zabudowa zdalnego sterowania na nastawni w Siedlcach (sterowanie stacjami Platerów, Niemojki oraz Sokołów Podlaski)
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Data wszczęcia postępowania:	28.04.2023 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2023/S 086-264027
Wartość zamówienia:	99.000.000,00 zł, co stanowi równowartość 22.229.207,83 euro

Środki UE: Krajowy Plan Odbudowy w obszarze działania pn.: „Digitalizacja infrastruktury kolejowej poprzez zabudowę nowoczesnych urządzeń i systemów – etap IV”.

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp informuje o stwierdzeniu naruszenia:

- 1) art. 81 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprzekazanie Prezesowi Urzędu informacji o złożonych w postępowaniu ofertach;
- 2) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób pełniących funkcję Kierowników robót, bądź Kierownika budowy;
- 3) art. 462 ust. 1 i art. 121 ustawy Pzp poprzez ograniczenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia;
- 4) art. 119 w zw. z art. 124 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w treści SWZ żądanych dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), zwanym dalej „*rozporządzeniem*”, w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby.

UZASADNIENIE

1. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, otwarcie ofert odbyło się w dniu 07.07.2023 r. o godz. 11:45.

Zgodnie z treścią art. 81 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu informacje o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertach, nie później niż w terminie 7 dni od dnia otwarcia odpowiednio ofert lub ofert dodatkowych albo ofert wstępnych lub ofert ostatecznych albo unieważnieniu postępowania.

W toku prowadzonej kontroli, zamawiający pismem z dnia 16.01.2024 r. został poproszony m.in. o uzupełnienie informacji, o której mowa w art. 81 ust. 1 ustawy Pzp, tj. informacji o złożonych ofertach, którą zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 22.01.2024 r. zamawiający wyjaśnił, że „Informacja o złożonych ofertach, o której mowa powyżej przez przeoczenie nie została przekazana Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.”

Tym samym, w związku z upływem terminu otwarcia ofert w dniu 07.07.2023 r. zamawiający zobowiązany był do przekazania ww. informacji w terminie do dnia 14.07.2023 r. Brak przekazania Prezesowi Urzędu informacji o złożonych w postępowaniu ofertach, stanowi naruszenie art. 81 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. W art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy 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 2022 r. poz. 1510, 1700 i 2140 oraz z 2023 r. poz. 240 i 641).

Jak wynika z treści § 3 projektu umowy w sprawie udzielnie zamówienia, zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, osób oddelegowanych do realizacji Zamówienia, które będą wykonywały czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w § 22 ust. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U.2022.1510 t.j. z dnia 19.07.2022r.). Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia ww. osób na podstawie umów o pracę przez cały okres realizacji zamówienia. Zamawiający określa następujące czynności jako polegające na świadczeniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy:

1. Kierownik budowy i kierownicy robót,
2. Prace montażowe, budowlane i rozbiórkowe,
3. Prace instalacyjne,
4. Prace na obiektach

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 18.03.2024 r. zwrócono się do zamawiającego o wskazanie na jakiej podstawie zostały sporządzone postanowienia projektu umowy w zakresie zatrudnienia na umowę o pracę osób, które będą pełniły funkcje Kierownika budowy i Kierownika robót. Jednocześnie poproszono o wyjaśnienie, czy zamawiający dokonywał zmian wskazanego zapisu projektu umowy, jeżeli zmiany zostały wprowadzone

zwrócono się z prośbą o przekazanie stosownej dokumentacji dotyczącej modyfikacji postanowienia.

W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia 25.03.2024 r. zamawiający wyjaśnił, że „Zamawiający kierował się zapisami do umowy, które pozwolą na wykonanie zamierzonego zadania w określonym terminie. Przy braku takich zapisów mogłoby się okazać, że dotrzymanie terminu zakończenia umowy obciążone jest dużym ryzykiem. Realizacja poszczególnych faz wykonania zamówienia opiera się na sporządzeniu Regulaminu technicznego prowadzenia ruchu pociągów podczas wykonywani robót. W tym przypadku Inwestor nie może sobie pozwolić na braki kadrowe i zasoby ludzkie po stronie Wykonawcy. Zamawiający założył takie kryteria, które eliminują braki w zasobach ludzkich z uwagi na czas realizacji zamówienia. Zamawiający nie dokonywał modyfikacji i zmian.”

W tym miejscu należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/ podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy 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, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, to zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Należy stanowczo podkreślić, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający będzie określał wymagania dotyczące zatrudniania na umowę o pracę.

W drugiej kolejności podnieść należy, że w zamówieniach na usługi i roboty budowlane, do których wprost odwołuje się art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, taki obowiązek będzie dotyczył tylko tych zamówień publicznych, w których wykonywanie czynności w ramach jego realizacji będzie polegało na wykonywaniu pracy zgodnie z brzmieniem art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Natomiast, w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym będzie spoczywał ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.

W tym miejscu należy przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 lipca 2016 r. sygn. akt III AUa 490/16, w którym zawarto stanowisko o następującej treści: „umowa o pracę jest umową starannego działania; świadcząc umowę o pracę pracownik jest podporządkowany pracodawcy, co do czasu, miejsca i sposobu jej wykonywania.”

Mając na uwadze powyższe, należy jednoznacznie stwierdzić, że czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2023 r. poz. 682), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują.

Zamawiający w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi lub roboty budowlane ma obowiązek dokonania oceny, czy określone czynności w zakresie realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Opierając się na powyższym, zamawiający poprzez wskazanie wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób pełniących funkcję Kierowników robót, bądź Kierownika budowy uchybił normie prawnej art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie, nie miało wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

3. W rozdział IX pkt 3 SWZ zawarto zapis o następującym brzmieniu, „Zamawiający nie wyraża zgody na powierzenie podwykonawcom realizacji zadań o wartości większej niż 50 % wartości Umowy”.

Mając na uwadze powyższe zapisy SWZ dotyczące podwykonawstwa, w toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 18.03.2024 r. zamawiający został poproszony o wskazanie, na jakiej podstawie sporządził ww. postanowienie SWZ. Następnie, poproszono o wyjaśnienie, czy zamawiający dokonywał zmian powyższego postanowienia SWZ, jeżeli zmiany zostały wprowadzone zwrócono się z prośbą o przekazanie stosownej dokumentacji w zakresie modyfikacji wskazanego zapisu.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 25.03.2024 r. zamawiający udzielił wyjaśnień o następującej treści „Zamawiający kierował się charakterystyką wykonywania robót w branży torowej. Zakres robót dotyczy wymiany elementów infrastruktury które stanowią

znaczną część zamówienia - wymiana podkładów i rozjazdów. Potencjalni Wykonawcy powinni posiadać odpowiedni potencjał w sprzęcie zmechanizowanym, w zasobach produkcyjnych i nadzorze technicznym. Z wykładni literalnej art. 462 ust. 1 Pzp wynika, że w zamówieniach publicznych zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom – Wykonawca może powierzyć część zamówienia podwykonawcy. Na podstawie art. 121 Pzp ust. 1, ust. 2 zamawiający może natomiast zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane, które zostały opisane na wstępie. Opisane rodzaje robót zostały wyszczególnione w Rozbiciu ceny ofertowej. Zamawiający nie dokonywał modyfikacji i zmian”.

Dodatkowo, pismem z dnia 05.04.2024 r. zamawiający został poproszony o wyjaśnienie, w której części dokumentacji postępowania określono czynności, które wykonawca jest zobowiązany do osobistego wykonania, tj. bez udziału podwykonawców.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 11.04.2024 r. (wpływ do Urzędu 12.04.2024 r.) zamawiający wskazał, że „W związku ze specyfiką niniejszego postępowania, które swoim zakresem obejmowało zarówno roboty budowlane jak i roboty instalacyjno-projektowe w zakresie urządzeń SRK Zamawiający w rozdziale IX pkt 3 Specyfikacji Warunków Zamówienia zastrzegł maksymalny udział podwykonawstwa przy realizacji zamówienia na nie więcej niż 50%. Wskazanie jakichkolwiek czynności do wykonania siłami własnymi Wykonawcy w jednej z branż wykluczałoby możliwość udziału firm operujących w drugiej branży. Celem Zamawiającego było umożliwienie złożenia oferty jak największej liczbie Wykonawców bez wprowadzania sztywnych ograniczeń w zakresie branży w której działają.”

Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Natomiast z treści art. 121 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

- 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Z powyższego przepisu wynika, że zamawiający na podstawie ww. przepisu może zakazać podwykonawstwa, ale tylko w zakresie tej części zamówienia, która jest kluczowa i tym samym wyłącza możliwość jej realizacji przez podwykonawcę. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wskazał, które roboty mają charakter kluczowy w zamówieniu, natomiast poprzez zapis o ograniczeniu powierzenia podwykonawcom realizacji zadań o wartości większej niż 50 % wartości Umowy, w praktyce możliwość zlecenia prac podwykonawcy ograniczył. Jednocześnie zapis ten nie precyzował, która część nie może zostać powierzona podwykonawcy. Pozostawienie przez zamawiającego wykonawcom swobody w zakresie części, której wykonawca nie powierzy podwykonawcy, świadczy o tym, że żadna część

przedmiotowych robót nie była na tyle kluczowa, żeby zakazać podwykonawstwa. A zatem fakt, że zamawiający nie wskazał żadnej konkretnej części zamówienia, tj. żadnych konkretnych robót, które są kluczowe i nie mogą być wykonane przez podwykonawcę, świadczy o tym, że podwykonawca powinien być dopuszczony do realizacji każdej części zamówienia. Oznacza to, że zamawiający nie miał podstaw do ograniczenia podwykonawstwa w sposób określony w dokumentach zamówienia.

Mając na uwadze zapis określony w rozdziale IX pkt 3 SWZ, gdzie wskazano wymóg ograniczenia powierzenia podwykonawcom realizacji zadań o wartości większej niż 50 % wartości Umowy – należy uznać, że zamawiający faktycznie ograniczył udział podwykonawców w realizacji zamówienia, przez co dopuścił się naruszenia art. 462 ust. 1 i art. 121 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. W rozdziale XI ust. 3 pkt 2 SWZ zamawiający zawarł zapis o treści, „W przypadku, gdy Wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów winien złożyć dokumenty, o których mowa w ust. 3 pkt 2 lit. a i e, dotyczące tych podmiotów, potwierdzające, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania.”

Opierając się na powyższym zapisie, podmioty trzecie były zobowiązane jedynie do przekazania informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie: art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, odnośnie do orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, odnośnie do skazania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu, art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odnośnie do skazania za przestępstwo lub wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu oraz informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art.108 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru. Pomimo, iż zamawiający wymagał od wykonawcy również przedłożenia odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oraz oświadczenia o aktualności wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający w odniesieniu do ww. podmiotów nie żądał dokumentów wymienionych w Rozdziale XI ust. 3 pkt 2 lit. d, tj. dokumentów określonych w § 2 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, przy piśmie z dnia 11.09.2023 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o., tj. wykonawca którego oferta była najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu, przekazał również dokumenty dotyczące podmiotów trzecich, wskazane w § 2 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia, pomimo, że zamawiający nie wymagał ich w dokumentacji postępowania.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 05.04.2024 r. zamawiający został poproszony o wyjaśnienie, dlaczego zamawiający nie wymagał przedłożenia przez wykonawcę dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, tj. odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oraz oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 11.04.2024 r. zamawiający wyjaśnił, „Zamawiający na etapie postępowania przetargowego wymaga od oferenta deklaracji jaką część zamówienia będzie powierzał podwykonawcom. Etap sprawdzania przedstawionych podwykonawców odbywa się na etapie realizacji zamówienia i podlega weryfikacji pod kątem ich wykluczenia.”

Zgodnie z art. 119 ustawy Pzp, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Z powyższego przepisu wynika, że w sytuacji polegania przez wykonawcę na zdolnościach podmiotu trzeciego, zamawiający musi między innymi ocenić, czy sam podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o te same podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Wynika to z faktu, że podmiot trzeci (w danym zakresie) zastępuje wykonawcę, a w związku z tym, bez sprawdzenia kwalifikacji podmiotu trzeciego, kwalifikacja podmiotowa wykonawcy byłaby niepełna.

Jeśli zatem przepisy wymagają, aby zamawiający zweryfikował podmiot trzeci pod kątem wykluczenia w takim samym zakresie, jak samego wykonawcę, to zamawiający ma obowiązek wskazać w treści SWZ podstawy wykluczenia oraz dokumenty jakie należy złożyć w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia odnoszące się również do podmiotu trzeciego, i co równie ważne - muszą być one analogiczne, jak w przypadku wykonawcy. Jeśli zatem zamawiający wskazał podstawy wykluczenia, w oparciu o które będzie badał wykonawców,

na potwierdzenie których wymagał przedstawienia stosownych dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, to te same postawy wykluczenia i dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia powinien określić w odniesieniu do podmiotów trzecich.

Jeśli zatem zamawiający nie wskazał w sposób pełny wszystkich dokumentów wymaganych od podmiotów trzecich, a wymaganych od wykonawcy, jakie należy przedłożyć w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu należy przyjąć, że nie wypełnił prawidłowo wymogu, o którym mowa w art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że poprzez brak wskazania, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w treści SWZ żądanych dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający naruszył treść art. 119 w zw. z art. 124 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Z uwagi na to, iż wykonawca samodzielnie przedłożył dokumenty, których zamawiający nie wymagał w odniesieniu do podmiotu trzeciego, należy uznać, że wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.