



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

DKZP.WKZ5.440.68.2023.KMA
dot. KU/68/23/DKZP

Warszawa, dnia 15.02.2024 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe
Przedmiot zamówienia:	realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Zabrzeg – Zebrzydowice – granica państwa w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, Etap I: linia E 65 na odcinku Zabrzeg – Zebrzydowice (granica państwa)”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	27.12.2022 r.

Numer ogłoszenia

o zamówieniu: 2022/S 252-734499

Wartość zamówienia:

2.249.600.297,17 zł (tj. 505.119.520,65 euro) - całkowita wartość zamówienia, w tym:
- 1.904.190.000,00 zł (tj. 427.561.972,34 euro) - wartość zamówienia podstawowego,
- 19.691.429,55 zł (tj. 4.421.463,43 euro) - wartość opcji nr 1,
- 9.978.867,62 zł (tj. 2.240.629,52 euro) - wartość opcji nr 2,
- 315.740.000,00 zł (tj. 70.895.455,36 euro) - wartość zamówień, o których mowa w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp

Środki UE:

CEF

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”, w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informuje o stwierdzonych naruszeniach:

1) art. 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

- a) brak dokonania zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie odnoszącym się do możliwości badania podstaw wykluczenia wobec dalszych podwykonawców,
- b) brak dokonania zmiany treści punktów 9.6.1. oraz 9.6.3. tomu I specyfikacji warunków zamówienia w zakresie odnoszącym się do pierwotnie określonego ośmioletniego okresu referencyjnego,
- c) brak dokonania modyfikacji punktu 1.1.6. (Wymagania dotyczące wykonania Robót) załącznika nr 2 (WWiORB SRK - Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych) do tomu III specyfikacji warunków zamówienia CZĘŚĆ B - PROGRAM FUNKCJONALNO UŻYTKOWY (PFUIIIA), w zakresie zapisów, które pozostawały w kolizji z innymi postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia;

2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak dokonania przez zamawiającego zmiany zapisów sekcji III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu dotyczących wykazu wykonanych robót

budowlanych oraz wykazu wykonanych usług, w zakresie odnoszącym się do pierwotnie określonego ośmioletniego okresu referencyjnego;

- 3) art. 133 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zapewnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do części tomu II specyfikacji warunków zamówienia, tj. Warunków Ogólnych umowy obowiązujących dla części A i B;
- 4) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak określenia przez zamawiającego, w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, wymagań, o których mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, związanych z realizacją części A, w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących niektóre czynności budowlane w branżach objętych przedmiotem zamówienia, takich jak: budowa obiektów inżynierskich, peronów, ekranów akustycznych, przejazdów kolejowych i pozostałych obiektów budowlanych.

UZASADNIENIE

1.

a) Jak wynika z punktu 24.5. tomu I specyfikacji warunków zamówienia, cyt.: „Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w pkt 8.4 IDW, Wykonawca obowiązany jest zastąpić tego Podwykonawcę innym Podwykonawcą lub zrezygnować z powierzania wykonania części Zamówienia danemu Podwykonawcy pod rygorem niedopuszczenia Podwykonawcy do realizacji części Zamówienia”. Jednocześnie, na podstawie punktu 24.6. tomu I specyfikacji warunków zamówienia, zapisy punktu 24.5 tomu I specyfikacji warunków zamówienia mają zastosowanie do dalszych podwykonawców. Ponadto, zgodnie z subklauzulami 4.4. ust. 9 tomu II specyfikacji warunków zamówienia dla części A i B, cyt.: „W przypadku powierzenia Podwykonawcy wykonania części zamówienia, wchodzących w zakres przedmiotu Umowy, w trakcie realizacji Umowy, Wykonawca zobowiązany jest przedstawić oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 u.p.z.p. lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego Podwykonawcy. Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że wobec danego Podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, Wykonawca obowiązany jest zastąpić tego Podwykonawcę lub zrezygnować z powierzania wykonania części zamówienia Podwykonawcy. Regulację niniejszą stosuje się wobec dalszych Podwykonawców”.

W związku z powyższym, pismem z dnia 28.11.2023 r., poproszono o wyjaśnienie, na jakiej podstawie zamawiający zamierzał badać podstawy wykluczenia wobec dalszych podwykonawców.

Zamawiający, w piśmie z dnia 06.12.2023 r. poinformował, cyt.: „Zamawiający wyjaśnia, że dyspozycja wskazana w pkt 24.6 SWZ - IDW, w której wskazano, że „Zapisy pkt 24.4 oraz 24.5 IDW mają zastosowanie do dalszych Podwykonawców” znalazła się w IDW omyłkowo i nie ma zastosowania na etapie prowadzenia procedury przetargowej na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), jak również na etapie realizacji przedmiotowej umowy”.

b) Zamawiający, w toku przedmiotowego postępowania, dokonał zmian treści specyfikacji warunków zamówienia, w tym, w piśmie z dnia 04.04.2023 r., poinformował o dokonaniu modyfikacji warunków udziału w postępowaniu w zakresie punktu 8.6.1. tomu I specyfikacji warunków zamówienia, cyt.: „1. TOM I IDW pkt 8.6.1 akapit pierwszy, otrzymuje brzmienie: W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:

(...) Dalsza część warunku udziału w postępowaniu pozostaje bez zmian”.

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych zamawiający żądał, m.in. wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, (wzór wykazu stanowi załącznik nr 7 do tomu I specyfikacji warunków zamówienia) [pkt 9.6.1. tomu I specyfikacji warunków zamówienia] oraz wykazu usług, wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (wzór wykazu stanowi załącznik nr 12 do tomu I specyfikacji warunków zamówienia) [pkt 9.6.1. tomu I specyfikacji warunków zamówienia]. Ponadto, jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający, pismem z dnia 20.07.2023 r., wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym, cyt.: „2.6. wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (wzór wykazu stanowi Załącznik Nr 7 do IDW);

(...);

2.8. wykaz usług, wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (wzór wykazu stanowi Załącznik Nr 12 do IDW)”.

W związku z powyższym, pismem z dnia 11.01.2024 r., poproszono zamawiającego o wyjaśnienie, czy w toku przedmiotowego postępowania dokonał zmiany treści punktów 9.6.1. oraz 9.6.3. tomu I specyfikacji warunków zamówienia w zakresie odnoszącym się do pierwotnie określonego ośmioletniego okresu referencyjnego.

W piśmie z dnia 16.01.2023 r zamawiający wyjaśnił, cyt.: *„Zamawiający informuje, iż w toku przedmiotowego postępowania omyłkowo nie dokonał zmiany w nazwach wymaganych wykazów robót budowlanych i usług w treści punktów 9.6.1. oraz 9.6.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia w ślad za wydłużeniem przez Zamawiającego okresu referencyjnego zmianą treści SWZ nr 17 z dn. 04.04.2023 r.”.*

c) Zamawiający, w punkcie 1.1.6. (Wymagania dotyczące wykonania Robót) załącznika nr 2 (WWiORB SRK – Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych) do tomu III specyfikacji warunków zamówienia CZĘŚĆ B – PROGRAM FUNKCJONALNO UŻYTKOWY (PFUIIIA), zapisał, cyt.: *„Wykonawca musi zagwarantować dostępność wszystkich części cały okres eksploatacji tego systemu i 20 lat po zakończeniu jego produkcji. W związku z tym do oferty musi być dołączona wiążąca deklaracja dostępności części zamiennych na wymagany okres oraz wyceniona lista podstawowych części zamiennych, które są nieodzowne do zapewnienia sprawnego działania oferowanych urządzeń”.* Ponadto, jak wynika m.in. z pisma zamawiającego z dnia 29.12.2023 r., stanowiącego odpowiedź na wniesioną, pismem z dnia 11.12.2023 r. przez wykonawcę konsorcjum firm: Track Tec Construction Sp. z o.o. (lider), „INTOP Warszawa” Sp. z o.o., ZUE S.A., skargę na wydany w połączonych sprawach, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.11.2023 r. (sygn. akt: KIO 3130/23, KIO 3164/23), cyt.: *„Zapis pkt.1.1.6 - Wymagania dotyczące wykonania robót, pozostaje w kolizji z pkt. 6.2.4.1 ppkt. 6 PFU. Wymaganie wskazane w pkt. 1.1.6 jest nadmiarowe, a tym samym niewymagane przez Zamawiającego”.*

Mając na uwadze powyższe ustalenia, należy zauważyć, iż zgodnie z 137 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Tym samym, przepisy ustawy Pzp dają zamawiającemu możliwość zmiany treści SWZ. Jednocześnie, w oparciu o ww. regulację oraz przepisy ustawy Pzp, w szczególności dotyczące przejrzystości postępowania, w uzasadnionych przypadkach, wskazana w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp możliwość zmiany treści SWZ, może nabrać obligatoryjnego charakteru. Konieczność dokonania zmian treści SWZ może przykładowo wynikać z błędów, niejasności w treści SWZ, etc., które powinny zostać usunięte w celu umożliwienia wykonawcom np. złożenia ofert lub dokonywania innych czynności, zgodnych

z rzeczywistymi wymaganiami zamawiającego. Warto podnieść, iż przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych powinny być interpretowane w sposób zapewniający zachowanie podstawowych zasad systemu zamówień, w tym przejrzystości postępowania.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający:

- w punkcie 24.6. tomu I specyfikacji warunków zamówienia oraz subklauzulach 4.4. ust. 9 tomu II specyfikacji warunków zamówienia dla części A i B poinformował, iż będzie badał istnienie podstaw wykluczenia wobec dalszych podwykonawców, mimo braku istnienia ww. zamiaru,
- nie dokonał zmiany treści punktów 9.6.1. oraz 9.6.3. tomu I specyfikacji warunków zamówienia w zakresie odnoszącym się do pierwotnie określonego ośmioletniego okresu referencyjnego,
- nie zmodyfikował lub nie usunął wskazanych powyżej zapisów punktu 1.1.6. (Wymagania dotyczące wykonania Robót) załącznika nr 2 (WWiORB SRK – Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych) do tomu III specyfikacji warunków zamówienia CZĘŚĆ B – PROGRAM FUNKCJONALNO UŻYTKOWY (PFUIIIA), pomimo iż pozostawały w kolizji z innymi zapisami SWZ.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż:

- a) brak dokonania zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie odnoszącym się do możliwości badania podstaw wykluczenia wobec dalszych podwykonawców,
 - b) brak dokonania zmiany treści punktów 9.6.1. oraz 9.6.3. tomu I specyfikacji warunków zamówienia w zakresie odnoszącym się do pierwotnie określonego ośmioletniego okresu referencyjnego,
 - c) brak dokonania modyfikacji punktu 1.1.6. (Wymagania dotyczące wykonania Robót) załącznika nr 2 (WWiORB SRK – Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych) do tomu III specyfikacji warunków zamówienia CZĘŚĆ B – PROGRAM FUNKCJONALNO UŻYTKOWY (PFUIIIA), w zakresie zapisów, które pozostawały w kolizji z innymi postanowieniami SWZ,
- stanowi naruszenie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. W toku przedmiotowego postępowania zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu (ogłoszenie o zamianie ogłoszenia opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 07.04.2023 r. pod nr 2023/S 070-205793) w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, tj., cyt.: „Numer sekcji: III.1.3

Miejsce, w którym znajduje się tekst do modyfikacji: Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe

Zamiast:

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

1. W zakresie warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał: (...)

(...).

Powinno być:

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

1. W zakresie warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał: (...)."

W ślad za ww. zmianą ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający nie zmienił zapisów ogłoszenia o zamówieniu odnoszących się do dokumentów lub oświadczeń wymaganych od wykonawców na potwierdzenie spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dotyczącym pierwotnie określonego ośmioletniego okresu referencyjnego. Tym samym, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żądał, cyt.: „1. wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (...);

(...);

3. wykaz usług, wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (...)" (sekcja III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu).

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Tym samym, przepisy ustawy Pzp dają zamawiającemu możliwość zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie, w oparciu o ww. regulację oraz przepisy ustawy Pzp, w szczególności dotyczące przejrzystości postępowania, w uzasadnionych przypadkach, wskazana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp możliwość zmiany ogłoszenia, może nabrać obligatoryjnego charakteru. Konieczność dokonania zmian ogłoszenia o zamówieniu może przykładowo wynikać z błędów, niejasności w treści ogłoszenia, etc., które powinny zostać usunięte w celu umożliwienia wykonawcom np. złożenia ofert lub dokonywania innych czynności, zgodnych z rzeczywistymi wymaganiami zamawiającego. Warto podnieść, iż przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych powinny być interpretowane

w sposób zapewniający zachowanie podstawowych zasad systemu zamówień, w tym przejrzystości postępowania.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż brak dokonania przez zamawiającego zmiany zapisów sekcji III.1.3. ogłoszenia o zamówieniu dotyczących wykazu wykonanych robót budowlanych oraz wykazu wykonanych usług, w zakresie odnoszącym się do pierwotnie określonego ośmioletniego okresu referencyjnego, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 28.11.2023 r., zamawiający został poproszony o przedłożenie Warunków Ogólnych umowy obowiązujących dla części A i B oraz wyjaśnienie, czy zamawiający udostępnił ww. dokumenty wykonawcom, w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia (odpowiedź na pytanie nr 105). W razie odpowiedzi twierdzącej, poproszono o przedłożenie potwierdzenia udostępnienia ww. dokumentów wykonawcom w taki sposób, aby możliwe było określenie daty oraz czasu dokonania ww. czynności przez zamawiającego. Ponadto, zwrócono się o wskazanie, czy zamawiający zapewnił, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do ww. dokumentów.

Zamawiający, w piśmie z dnia 06.12.2023 r. poinformował, cyt.: „Zamawiający, przekazuje Warunki Ogólne umowy obowiązujące dla części A i B. Dodatkowo informuje, że w odpowiedzi na pytanie nr 105 w piśmie o sygn. IRZR3.292.3.2022.IRE-01076-I.JJ.03 z dn. 20 stycznia 2023 r. poinformował, że „... na prośbę Wykonawców, którzy nie uczestniczyli w realizacji kontraktów na rzecz Zamawiającego w oparciu o ww. wzór umowy, i nie dysponują ww. dokumentem, udostępni wiążące tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999.”.

Z uwagi na brak wniosków Wykonawców, Warunki Ogólne umowy obowiązujące dla części A i B nie zostały udostępnione. Jednocześnie Zamawiający informuje, że ww. dokumenty nie stanowiły części SWZ udostępnianej w przedmiotowym postępowaniu na stronie internetowej Zamawiającego”.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, SWZ zawiera co najmniej projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto, na podstawie art. 133 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia od dnia

publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia.

Jak wynika z przedłożonej dokumentacji oraz wyjaśnień udzielonych w piśmie z dnia 06.12.2023 r., zamawiający nie zapewnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do części tomu II specyfikacji warunków zamówienia, tj. Warunków Ogólnych umowy obowiązujących dla części A i B. Tym samym, brak dokonania powyższej czynności przez zamawiającego stanowi naruszenie art. 133 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Zamawiający, m.in. w punkcie 2.2. tomu I specyfikacji warunków zamówienia, określił zakres podstawowy zamówienia dla części A, na który składają się roboty budowlane obejmujące budowę, przebudowę, rozbudowę (modernizację) i rozbiórki infrastruktury kolejowej i towarzyszącej, w zakresie: układu torowego wraz z odwodnieniem, obiektów inżynierskich, budynków, małej architektury i peronów, ekranów akustycznych, obiektów drogowych i przejazdów, sieci trakcyjnej, sieci elektroenergetycznych, sieci sanitarnej, pozostałych obiektów budowlanych. Ponadto, zamawiający określił w dokumentach zamówienia 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 dla części A: cyt.: *„Wykonawca oraz jego Podwykonawca jest zobowiązany do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w trakcie realizacji Umowy:*

a) monter nawierzchni torowej - zgodnie z zakresem opisanym w dokumentacji wykonawczej dla robót torowych w Projekcie Wykonawczym w TOM „T1 Tory” Opis Techniczny” [subklauzula 4.1.11. tomu II specyfikacji warunków zamówienia (Warunki umowy dla części A)].

Mając na uwadze powyższe, pismem z dnia 11.01.2024 r., poproszono zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, poprzez wskazanie, w odniesieniu do określonego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, które czynności związane z realizacją zamówienia w zakresie części A, poza wskazanymi w subklauzuli 4.1.11. tomu II specyfikacji warunków zamówienia (Warunki umowy dla części A), będą polegały 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), dalej jako: „Kp”.

W piśmie z dnia 16.01.2024 r. zamawiający wyjaśnił, cyt.: „(...) wykonywanie pracy w sposób określony w art. 22 par. 1 Kodeksu pracy może dotyczyć osób wykonujących czynności budowlane również w pozostałych branżach objętych przedmiotem zamówienia, takich jak budowa obiektów inżynierskich, peronów, ekranów akustycznych, przejazdów kolejowych i pozostałych obiektów budowlanych, niemniej jednak Zamawiający uznał czynności wykonywane przez osobę zatrudnioną na stanowisku monter nawierzchni torowej za czynności, których wykonywanie wymaga zatrudnienia wyżej wskazanej osoby na podstawie umowy o pracę, z uwagi na fakt, iż branża torowa jest branżą wiodącą na przedmiotowym kontrakcie, a jej wartość stanowi ok 50% całego zadania.

Na podstawie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa 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 Kp. Art. 95 ustawy Pzp nakłada na zamawiających szczególne obowiązki związane z formułowaniem wymagań związanych z realizacją zamówienia. Przepis stanowi implementację art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej oraz art. 36 ust. 2 dyrektywy sektorowej, które zobowiązują państwa członkowskie do zapewnienia w prawie krajowym, aby przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków, m.in. w dziedzinie prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa pracy wymienionych we właściwych załącznikach do dyrektyw klasycznej i sektorowej. Art. 95 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wymagania od wykonawców oraz podwykonawców, aby osoby wykonujące wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia były zatrudnione na podstawie stosunku pracy, jeżeli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp. Zgodnie z dyspozycją art. 95 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek zatrudnienia przez wykonawcę i jego podwykonawców na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia ma zastosowanie do czynności wskazanych przez zamawiającego, jeśli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp. Rodzi to po stronie zamawiającego obowiązek przeanalizowania, czy czynności, które będą wykonywane w ramach zamówienia, będą miały charakter stosunku pracy, oraz obowiązek wyspecyfikowania czynności, które spełniają ten warunek. Obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia jest zatem, przede wszystkim, wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania

przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy charakter stosunku prawnego łączącego te osoby z wykonawcą lub podwykonawcą spełnia przesłanki uznania go za stosunek pracy. Mając na uwadze powyższe 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 cechy, wówczas na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane czynności. Należy podkreślić, że w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym spoczywa ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia. Tym samym, skoro, w zakresie realizacji części A, wykonywanie niektórych czynności budowlanych w branżach objętych przedmiotem zamówienia, takich jak: budowa obiektów inżynierskich, peronów, ekranów akustycznych, przejazdów kolejowych i pozostałych obiektów budowlanych, posiada cechy stosunku pracy, zamawiający zobowiązany był do określenia, w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, wymagań, o których mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących ww. czynności w zakresie realizacji zamówienia. Jednocześnie, brak określenia przez zamawiającego, w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, ww. wymagań, związanych z realizacją części A, stanowi naruszenia art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe 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.