

UZP/DKUE/KD/4/2017

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Czarny Bór ul. XXX-Lecia PRL 18 58-379 Czarny Bór
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia:	przebudowa ul. XXX-Lecia PRL i ul. Wesołej w Czarnym Borze (droga powiatowa nr 3367D na odcinku od skrzyżowania z drogą powiatową 3366D do skrzyżowania z drogą wojewódzką 367 oraz drogą gminną – dz. nr 406 do skrzyżowania z drogą powiatową 3367D. Zadanie realizowane będzie w systemie „zaprojektuj i wybuduj”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	08.11.2016 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	339038-2016
Wartość zamówienia:	3.321.505,69 zł (tj. 795.589,28 euro)

Środki UE:

Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014-2020

Rodzaj procedury:

zamówienie klasyczne

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 166 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a-c ustawy Pzp poprzez wskazanie przez zamawiającego minimalnej ilości osób, które mają być zatrudnione na podstawie umowy o pracę przy jednoczesnym zaniechaniu określenia sposobu dokumentowania zatrudnienia ww. osób oraz uprawnień w zakresie kontroli spełniania określonych wymagań;
- 2) naruszenie art. 36 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez brak wskazania w siwz dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, a tym samym wskazanie węższego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 3) naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie wypełnienie ciążącego na zamawiającym obowiązku udzielenia odpowiedzi na pytanie wykonawcy;
- 4) naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu, w związku z dokonaną modyfikacją zapisów siwz w zakresie warunku dotyczącego wymaganego personelu;
- 5) naruszenie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione żądanie złożenia przez wykonawców zobowiązań podmiotów trzecich na wezwanie zamawiającego, a nie wskazanie konieczności ich przedłożenia wraz ze składaną ofertą;
- 6) naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania poprzez wpisanie w pkt 2.4 protokołu postępowania jako wartości zamówienia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. zaniechanie podania prawidłowej wartości szacunkowej zamówienia.

1. Zamawiający w pkt III.1.1 ogłoszenia o kontrolowanym zamówieniu oraz w pkt 6.1.e) siwz wskazał: „Informacje dodatkowe zgodnie z treścią art. 29 pkt. 3a Ustawy Pzp: Zamawiający wymaga, aby wykonawca zatrudnił na podstawie umowy o pracę (na pełny etat) co najmniej 5 osób zatrudnionych przy wykonywaniu robót bitumicznych oraz 5 osób zatrudnionych przy wykonywaniu robót brukarskich - wykonawca składa oświadczenie.” Przedmiotowe oświadczenie stanowi treść załącznika nr 5 do siwz, który wykonawcy składali wraz z ofertą. Ponadto, zgodnie z treścią § 12 pkt 5 lit. h załącznika nr 8 do siwz (wzór umowy) zamawiający przewidział kary umowne za niedopełnienie obowiązku wynikającego z ww. pkt 6.1.e) siwz. W pkt 6.5 siwz zapisano z kolei, że „dokumentowanie zatrudnienia osób wykonujących czynności wskazane w pkt 6.1 ppkt d [powinno być ppkt e – dop. wł.] będzie polegało na etapie ofertowania złożeniu oświadczenia, o spełnieniu wymogu zawartego w pkt 6.1 ppkt d) [e – j.w.]. Oświadczenie składane będzie pod rygorem odpowiedzialności karnej”.

Z dokumentacji postępowania nie wynika, by zamawiający określił sposób dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp oraz swoje uprawnienia w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w ww. przepisie.

Mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny należy zauważyć, iż 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 bowiem 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.

Przedmiot niniejszego zamówienia stanowi zaprojektowanie oraz:

1) przebudowa:

- ul. XXX-Lecia PRL w Czarnym Borze na odcinku od drogi wojewódzkiej 367 do skrzyżowania z drogą powiatową 3366D ul. Wałbrzyska w Czarnym Borze – odcinek o długości ok. 1518 mb wraz z przebudową zatok autobusowych i dobudową chodnika;
- ul. Wesolej w Czarnym Borze na odcinku od drogi powiatowej 3367D (ul. XXX-Lecia PRL) do mostu na rzece Lesk o długości ok. 148 mb;

2) budowa kanalizacji deszczowej odwadniającej ul. XXX-Lecia PRL oraz Wesolej;

3) likwidacja kolizji sieciowych oraz uzyskanie wszelkich wymaganych prawem decyzji oraz uzgodnień, a także uzyskanie w razie ustalenia takiego obowiązku ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie zgodnie z wymaganiami Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU).

Z analizy dokumentacji technicznej uszczegółwiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że jego zakres obejmuje m.in. roboty w zakresie następujących branż: branża drogowa, branża instalacyjna, branża elektryczna. Określone czynności w ramach poszczególnych branż 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.

Należy także podkreślić, że zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia. Z tego też tytułu zamawiający nie powinien określać, jaka

liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę będzie brała udział w realizacji zamówienia.

Ściśle z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp koreluje również brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 8a) 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 jest zobowiązany do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

- a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a,
- b) uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań,
- c) 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 niniejszym postępowaniu, zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania wymogu zatrudnienia przez wykonawcę (przy czym pominął zatrudnienie przez podwykonawcę) *co najmniej 5 osób zatrudnionych przy wykonywaniu robót bitumicznych oraz 5 osób zatrudnionych przy wykonywaniu robót brukarskich* na podstawie umowy o pracę oraz określił sankcje z tytułu niespełnienia ww. wymogu. Nie określił natomiast sposobu dokumentowania zatrudnienia ww. osób (sposób dokumentowania należy do etapu realizacji zamówienia, zatem za niewystarczający należy uznać zapis ww. pkt 6.5 siwz) oraz swoich uprawnień w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę ww. wymagań. Zatem, poprzez wskazanie minimalnej ilości osób, które mają być zatrudnione na podstawie umowy o pracę, zamawiający dokonał wadliwej oceny zakresu zobowiązań wynikających z przepisów ustawy Pzp. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a- c ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

2. O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz pkt 8.5.c) siwz, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej: „rozporządzenie”.

W pkt 8.11.a) siwz („Wykonawcy zagraniczni”) zamawiający wpisał, że „wykonawca, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 8.5.b) [powinno być: 8.5.c) – dop. wł.] pierwsze trzy punkty siwz [tj. dokumenty wskazane w § 5 pkt 2,3 i 4 rozporządzenia – dop. wł.] składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (...);
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, albo uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenia lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu (...).”

W dokumentacji postępowania odnośnie dokumentów składanych przez wykonawców zagranicznych nie wskazano dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, tj. dokumentów odpowiadających wskazanej w § 5 pkt 1 rozporządzenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który to dokument był żądany od wykonawców krajowych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 8.5.c) tiret szóste siwz.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, siwz zawiera co najmniej wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających brak podstaw wykluczenia.

Ponadto, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. równe traktowanie wykonawców. Zatem zamawiający został zobowiązany do zapewnienia, aby wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także podmioty, które mają miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej miały możliwość ubiegania się o zamówienie na takich samych zasadach.

W konsekwencji brak wskazania w siwz dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, a tym samym wskazanie węższego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. W pkt 8.6 siwz wskazano, że wykonawca w odniesieniu do podmiotów, na których potencjale polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp ma przedstawić dokumenty i oświadczenia wskazane w rozdziale 8 siwz – *Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu* (w tym dokumenty i oświadczenia z § 5 pkt 1-10, § 2 ust. 2 pkt 3) i 5), § 2 ust. 4 pkt 1) i 10) rozporządzenia.

W toku postępowania, w dniu 15 listopada 2015 r. jeden z wykonawców zadał zamawiającemu pytanie: „(...) w pkt 8.6 jest wymóg złożenia przez podmioty, na których zasobach polega wykonawca oświadczeń i dokumentów wymienionych w rozdziale 8 siwz. Czyli wszystkie dokumenty i oświadczenia z rozdziału 8 siwz? (m.in. Wykaz wykonanych robót, oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu?).” W odpowiedzi, w piśmie z dnia 16 listopada 2016 r. zamawiający wskazał: „w przypadku, gdy wykonawca dokumentuje posiadanie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego lub kadrowego zasobami podwykonawcy, a nie swoimi – wykonawca winien wypełnić oświadczenia dokumentujące posiadanie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego lub kadrowego wraz z dołączeniem oświadczenia podwykonawcy o udostępnieniu tych zasobów”.

Powyższe nie stanowi odpowiedzi na zadane przez wykonawcę pytanie.

Siwz została zamieszczona na stronie internetowej bip.czarny-bor.pl w dniu 8 listopada 2016 r., a termin składania ofert wyznaczono na dzień 23 listopada 2016 r., tj. 15 dni od dnia wszczęcia kontrolowanego postępowania. Połowa wyznaczonego terminu składania ofert upływała zatem w dniu 16 listopada 2016 r.

Wskazując na ustalony powyżej stan faktyczny należy zauważyć, co następuje.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

Tym samym, nie wypełniając ciążącego na nim obowiązku udzielenia odpowiedzi na ww. pytanie zamawiający dopuścił się naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Zgodnie z pkt III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 6 f siwz, jednym z warunków udziału w kontrolowanym postępowaniu było dysponowanie osobami niezbędnymi do

realizacji zamówienia, w tym „Kierownikiem robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci gazowych, wodociągowych, kanalizacyjnych, elektrycznych i sanitarnych:

- liczba osób: 1;
- posiadającym ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sanitarnej, obejmujące swym zakresem zakres prac objęty zamówieniem, wydanymi zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane oraz zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 poz.1278) lub im odpowiadające uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;
- minimalne doświadczenie: minimum 3 lata od uzyskania uprawnień;
- będącym członkiem właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa (posiadającym aktualne zaświadczenie o przynależności do OIIB)”.

W toku postępowania, w piśmie z dnia 18 listopada 2016 r. w odpowiedzi na pytanie: „... prosimy o potwierdzenie, że zamawiający wymaga wykazania się dwiema osobami, tj.:

- *kierownikiem robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci gazowych, wodociągowych, kanalizacyjnych i sanitarnych;*
- *kierownikiem robót instalacyjnych w zakresie sieci elektrycznych.”,*

zamawiający wyjaśnił: „wykonawca może przedstawić osobnego kierownika dla robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci gazowych, wodociągowych, kanalizacyjnych i sanitarnych oraz osobnego kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci elektrycznych. Zamawiający dopuści też, by była to jedna osoba, pod warunkiem, że posiada uprawnienia budowlane obejmujące obie te specjalności”.

Mając na uwadze ww. odpowiedź z dnia 18 listopada 2016 r. należy uznać, iż zamawiający dokonał zmiany zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się przez wykonawców, nie 1 osobą posiadającą „ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sanitarnej, obejmujące swym zakresem zakres prac objęty zamówieniem” - jak pierwotnie brzmiał zapis w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz - ale również 2 osobami, posiadającymi odpowiednio uprawnienia:

- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci gazowych, wodociągowych, kanalizacyjnych i sanitarnych;
- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci elektrycznych.

Zamawiający nie zmodyfikował w powyższym zakresie treści ogłoszenia o zamówieniu.

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.

W związku z powyższym, zamawiający dokonując modyfikacji zapisów siwz w wyżej opisanym zakresie i jednocześnie nie dokonując zmiany ogłoszenia o zamówieniu, naruszył treść art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

5. Zamawiający zapisał w pkt 8.5 siwz – „*Wykaz dokumentów, które wykonawca składa na wezwanie zamawiającego (odnośnie wykonawcy, podmiotów na zasoby których wykonawca się powołuje na podstawie art. 22c ustawy Pzp oraz podwykonawców)*”, iż wymaga złożenia m.in. pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W toku postępowania, pismem z dnia 28 listopada 2016 r. zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcę Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. do złożenia ww. zobowiązań podmiotów trzecich, na których zasobach polegał.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wynika, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców.

Dla dokonania wstępnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnienie warunków samodzielnie,

a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument.

Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym, zamawiający wskazując w siwz, iż wymaga przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego – w sytuacji, kiedy wykonawca będzie się powoływał na jego zasoby – na etapie wezwania na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, a nie wraz ze składaną ofertą, stanowi naruszenie art. 22a ust. 1-2 w zw. art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Przedmiotowe naruszenie wynika z nieprawidłowego zastosowania art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Z treści tego przepisu wynika bowiem, iż zamawiający przed udzieleniem zamówienia może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw do wykluczenia.

Przepis ten zatem nie wskazuje na możliwość żądania przez zamawiającego zobowiązań podmiotów trzecich, na których potencjale polega wykonawca. W związku z tym nieuprawnionym było żądanie tych dokumentów przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, a nie wskazanie konieczności ich przedłożenia wraz ze składaną ofertą. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

6. Zgodnie z pkt 2.4 druku ZP-PN, wartość szacunkowa kontrolowanego zamówienia została ustalona na kwotę 4.085.452,00 zł (tj. 978.574,82 euro). Jednakże z datowanego na dzień 1 września 2016 r. dokumentu „*Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia publicznego z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty*” wynika, że „szacunkowa wartość zamówienia [została] ustalona dnia

13 czerwca 2016 r. Wartość robót netto: 3.321.505,00 zł". Należy zauważyć, że odczytana przed otwarciem ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 4.085.452,00 zł i jest wartością tożsamą z wartością wskazaną w druku ZP-PN jako wartość szacunkowa. Ponadto, wartość szacunkową zamówienia określoną na kwotę „3.321.505,69 zł netto” zamawiający wskazał w piśmie z dnia 25 stycznia 2017 r. (znak: GKR.271.2.6.2016).

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać na treść art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Tym samym, dla określenia wartości zamówienia istotne znaczenie ma oszacowane z należytą starannością wynagrodzenie wykonawcy bez podatku VAT.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, którego wzór jest określony w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w *sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie protokołu postępowania”. Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania, wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia.

Prawidłowo ustaloną wartość szacunkową zamówienia zamawiający winien wpisać w pkt 2.4 protokołu postępowania (druk ZP-PN).

W związku z powyższym, wpisanie w pkt 2.4 protokołu postępowania jako wartości zamówienia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. zaniechanie podania prawidłowej wartości szacunkowej zamówienia stanowi naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania.

Wskazane naruszenie nie miało wpływu 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.