



Warszawa, dnia 2023 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KU/27/23/DKZP

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
Przedmiot zamówienia:	realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku Tychy – podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E65 na odcinku Tychy – Most Wisła” wraz ze świadczeniem Usług gwarancyjnych oraz pogwarancyjnych stanowiących Zakres opcjonalny zamówienia
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	12.01.2022 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2022/S 011-025033

Wartość zamówienia:	całkowita wartość zamówienia: 1.118.964.812,02 zł, (tj. 251.249.508,72 euro), w tym: wartość zamówienia podstawowego: 938.339.000,00 zł, (tj. 210.692.248,97 euro), - wartość opcji 1: 18.420.300,00 zł, (tj. 4.136.047,24 euro), - wartość opcji 2: 3.510.512,02 zł, (tj. 788.241,43 euro), - wartość zamówień, o których mowa w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp – 158.695.000,00 zł, (tj. 35.632.971,08 euro)
Środki UE:	zamówienie ubiega się o dofinansowanie przez Unię Europejską z Instrumentu „Łącząc Europę”
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 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 stwierdza naruszenie:

- 1) art. 137 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, pomimo że wprowadzone zmiany treści swz z dnia 02.02.2022 r. oraz z dnia 11.02.2022 r. były istotne dla sporządzenia oferty;
- 2) art. 95 ustawy Pzp poprzez ograniczenie się do zamieszczenia w SWZ wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wyłącznie monterów nawierzchni torowej oraz nie zamieszczając w treści SWZ sprecyzowanych wymagań odnośnie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności w zakresie realizacji zamówienia.

UZASADNIENIE

1) Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 12.01.2022 r. poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej o nr 2022/S 011-025033. Pierwotnie termin składania i otwarcia ofert wyznaczony został na dzień 04.03.2022 r., tj. 50 dni od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zamawiający ogłoszeniem z dnia 02.02.2022 r. opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 023-058880 dokonał zmian w zakresie kryterium oceny ofert, okresu realizacji zamówienia oraz warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert, pomimo, że zmiany treści swz były istotne dla sporządzenia oferty. W tym samym dniu zamawiający opublikował zmianę SWZ na stronie prowadzonego postępowania.

Ponadto, zamawiający ogłoszeniem z dnia 11.02.2022 r. opublikowanym pod nr 2022/S 030-077715 dokonał zmiany w zakresie wykazu i opisu kryteriów kwalifikacji warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, poprzez rozszerzenie możliwości wykazania się określonym doświadczeniem z okresu 5 lat na okres ostatnich 8 lat. W tym samym dniu zamawiający opublikował zmianę SWZ na stronie prowadzonego postępowania.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 05.06.2023 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie zamawiający odstąpił od przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą swz oraz przygotowanie oferty.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia z dnia 09.06.2023 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„W dniu 12 stycznia 2022 r. (publikacja ogłoszenia w dniu 17 stycznia 2022 r.) Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z terminem składania ofert na dzień 04.03.2022 r.

Zamawiający ogłoszeniem:

- opublikowanym w dniu 02.02.2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 023-058880 dokonał zmian w zakresie kryterium oceny ofert, okresu realizacji zamówienia oraz warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

oraz

- opublikowanym w dniu 11.02.2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 030-077715 dokonał zmiany w zakresie Wykazu i opisu kryteriów kwalifikacji warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, poprzez rozszerzenie możliwości wykazania się określonym doświadczeniem z okresu 5 lat na okres ostatnich 8 lat.

Z przepisu art. 271 ust. 2 ustawy Pzp wynika, Zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach albo ofertach, jeżeli jest to konieczne.

Podkreślić należy fakt, iż czas między publikacją Zmiany ogłoszenia w dniu 02.02.2022 r. a planowanym terminem otwarcia ofert w dniu 04.03.2022 r. wynosił 30 dni natomiast czas między

publikacją Zmiany ogłoszenia w dniu 11.02.2022 r. a planowanym terminem otwarcia ofert w dniu 04.03.2022 r. wynosił 21 dni. Zamawiający zapewnił zatem, pomimo wprowadzonych zmian w SWZ, niezbędny i wystarczający czas na przygotowanie oferty i wprowadzenie w niej stosownych zmian.

Sama wykładnia gramatyczna przepisu art. 271 ust 3 ustawy Pzp wskazuje na przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie. W analizowanych wypadkach jednak taka niezbędność nie zachodziła, a zatem pozostanie przy aż 30 i 21 dniowym terminie na dokonanie zmiany w ofertach było zasadne i adekwatne do zaistniałych okoliczności faktycznych, gdyż w zaistniałej sytuacji Wykonawcy nie potrzebowali dodatkowego czasu – ani na zapoznanie ze wprowadzonymi zmianami ani na odpowiednią reakcję, która mogłaby wpłynąć na sporządzenie oferty.

Wprowadzone zmiany polegały m.in. na rezygnacji kryterium oceny oferty (doświadczenie personelu Wykonawcy) oraz zmiany w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez rozszerzenie możliwości wykazania się określonym doświadczeniem.

Wyżej wskazane zmiany nie miały wpływu na ograniczenie konkurencyjności ani nie wiązały się z koniecznością spełnienia dodatkowych wymogów przez Wykonawców, wręcz przeciwnie stanowiły ułatwienie dla Wykonawców.

Powyższe zmiany wprowadzone przez Zamawiającego nie ograniczyły dostępu do uzyskania i realizacji zamówienia przez potencjalnych wykonawców, będących w stanie prawidłowo wykonać zamówienie. Za powyższym przemawia również fakt, że wpłynęło 7 ofert, co niewątpliwie potwierdza, że Wykonawcy zainteresowani zamówieniem byli w stanie zapoznać się ze zmianami wprowadzanymi w postępowaniu, i jednocześnie złożyć oferty w wyznaczonym terminie.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż w dniu 27 stycznia 2022 r. (przed publikacją ogłoszeń: z dnia 02.02.2022 r. nr 2022/S 023-058880 i 11.02.2022 r. nr 2022/S 030-077715) wpłynęły odwołania wniesione przez: Thales Polska Sp. z o.o., BUDIMEX S.A. oraz STRABAG Sp. z o.o. W związku z powyższym, mając na uwadze złożoność zarzutów, czas potrzebny zapoznanie się z argumentacją odwołujących oraz konieczność modyfikacji zapisów SWZ w związku z wniesionymi odwołaniami Zamawiający był świadomy konieczności dokonania w terminie późniejszym zmiany terminu składania ofert. Zamawiający czynności tych dokonał:

- ogłoszeniem opublikowanym w dniu 01.03.2022 r. pod nr 2022/S 042-109983 (Pytania i Odpowiedzi – Część III oraz Zmiana treści SWZ nr 4 z dnia 24 lutego 2022 r.)
- ogłoszeniem opublikowanym w dniu 25.03.2022 r. pod nr 2022/S 060-158596 (Pytania i Odpowiedzi – Część VI oraz Zmiana treści SWZ nr 7 z dnia 21 marca 2022 r.)
- ogłoszeniem opublikowanym w dniu 11.04.2022 r. pod nr 2022/S 071-190607 (Zmiana treści SWZ nr 13 z dnia 06 kwietnia 2022 r.)
- ogłoszeniem opublikowanym w dniu 27.04.2022 r. pod nr 2022/S 082-222382 (Zmiana treści SWZ nr 20 z dnia 22 kwietnia 2022 r.)

- ogłoszeniem opublikowanym w dniu 06.05.2022 r. pod nr 2022/S 089-245436 (Zmiana treści SWZ nr 26 z dnia 02 maja 2022 r.)

Ostatecznie termin otwarcia oferty upłynął w dniu 17.05.2022 r., zatem Zamawiający przedłużył termin składania i otwarcia ofert o ok. 2,5 miesiąca w stosunku do terminu pierwotnie wyznaczonego, oraz zapewnił ok. 3 miesięczny termin na złożenie oferty od dokonanych zmian ogłoszenia będących przedmiotem wyjaśnień”.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 137 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty.

Brzmienie art. 137 ust. 6 ustawy Pzp implikuje więc obowiązek przedłużenia terminu składania ofert w sytuacji gdy zamawiający dokonuje istotnej zmiany treści SWZ.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że za zmiany istotne należy uznać zmiany dotyczące przede wszystkim: określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania.

Tym samym, należy uznać, że dokonując zmiany SWZ i jednocześnie treści opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu w zakresie kryterium oceny ofert, okresu realizacji, warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zdolności technicznej lub zawodowej, sytuacji ekonomicznej i finansowej, zamawiający dokonał zmiany treści SWZ i ogłoszenia, która niewątpliwie miała charakter zmiany istotnej. Należy zatem przyjąć, iż zamawiający dokonując istotnej zmiany SWZ, zobligowany był do przedłużenia terminu składania ofert w postępowaniu.

W okolicznościach wskazanych w ww. przepisie, zamawiający zobowiązany jest przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty. Użycie w tym przepisie sformułowanie „zamawiający przedłuża” wskazuje na obowiązek zamawiającego do dokonania zmiany terminu składania ofert. Art. 137 ust. 6 ustawy Pzp nie wskazuje minimalnego ani maksymalnego terminu przedłużenia, dlatego też nowo wyznaczony termin ustala zamawiający samodzielnie, oceniając zakres i wagę zmian w specyfikacji oraz ich wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo, należy wskazać iż zmiana SWZ dokonana w powyższym zakresie przez zamawiającego doprowadziła do konieczności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający uczynił zadość obowiązkowi publikacji zmian ogłoszenia i przekazał ogłoszenie o sprostowaniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Jednocześnie należy wskazać, iż zamawiający uprawniony jest do dokonywania zmian SWZ w uzasadnionych przypadkach, co oznacza, że może dokonywać zmian zawsze wtedy, kiedy wymaga tego należyta staranność w przeprowadzeniu postępowania. Zmiana treści SWZ może być zatem

skutkiem działań podjętych przez zamawiającego z własnej inicjatywy, jak również wynikiem udzielanych odpowiedzi na pytania wykonawców do specyfikacji. Za modyfikację SWZ można tym samym uznać zmianę tych wymagań, które nie odpowiadają w pełni zamierzeniom zamawiającego (nie oddają jego woli w sposób dostatecznie zrozumiały) zarówno, co do przedmiotu zamówienia, jak i warunków jego realizacji.

Mając na uwadze fakt, że dokonana przez zamawiającego w dniu 02.02.2022 r. oraz 11.02.2022 r. zmiana treści SWZ miała charakter istotny, stwierdzić należy, że na zamawiającym ciążył obowiązek przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmienioną treścią SWZ i przygotowanie oferty. Zaniechanie powyższego, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, stanowi naruszenie art. 137 ust. 6 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy wskazać, że wprawdzie, jak wynika z dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień złożonych przez zamawiającego, zamawiający przedłużył termin składania ofert w dniach 01.03.2022 r., 25.03.2022 r., 11.04.2022 r., 27.04.2022 r. 06.05.2022 r., co wynikało z tego, „iż w dniu 27 stycznia 2022 r. wpłynęły odwołania wniesione przez: Thales Polska Sp. z o.o., BUDIMEX S.A. oraz STRABAG Sp. z o.o. W związku z powyższym, mając na uwadze złożoność zarzutów, czas potrzebny na zapoznanie się z argumentacją odwołujących oraz konieczność modyfikacji zapisów SWZ w związku z wniesionymi odwołaniami Zamawiający był świadomy konieczności dokonania w terminie późniejszym zmiany terminu składania ofert”.

Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, czynność przedłużenia terminu składania ofert była konsekwencją złożonych przez powyższych wykonawców odwołań oraz potrzebnego czasu na zapoznanie się z argumentacją odwołujących oraz konieczności modyfikacji zapisów SWZ. Z dokumentacji postępowania, jak również z wyjaśnień zamawiającego nie wynika, że dokonana w dniu 01.03.2022 r. zmiana terminu składania ofert była konsekwencją dokonanej w dniu 02.02.2022 r. oraz 11.02.2022 r. istotnej zmiany treści SWZ w zakresie kryterium oceny ofert, okresu realizacji zamówienia oraz warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej.

Tym samym należy stwierdzić, że zamawiający poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą swz i przygotowanie oferty, pomimo że wprowadzone zmiany treści swz z dnia 02.02.2022 r. oraz 11.02.2022 r. były istotne dla sporządzenia oferty, naruszył art. 137 ust. 6 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) Przedmiotem zamówienia jest realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku Tychy – podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E65 na odcinku Tychy – Most Wisła” wraz ze świadczeniem Usług gwarancyjnych - stanowiące łącznie Zakres podstawowy zamówienia oraz opcjonalne świadczenie Usług pogwarancyjnych określonych w Rozdziale 6 PFU (TOM IIIA i TOM IIIB) – Prawo Opcji 1 (Część C), jak też opcjonalna realizacja świadczeń określonych w Rozdziale 7 PFU (TOM IIIA) „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów” – Prawo Opcji 2, stanowiące łącznie Zakres opcjonalny zamówienia.

Zakres podstawowy zamówienia:

➤ Część A „Buduj”:

- 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, CSDIP, SMW;
- ekranów akustycznych;
- obiektów drogowych i przejazdów;
- sieci trakcyjnej;
- sieci elektroenergetycznych;
- sieci sanitarnej;
- pozostałych obiektów budowlanych,

których realizacja nastąpi zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji projektowej.

- zapewnienie Gwarancji Jakości (Warunków Gwarancji) – dla zakresu Robót Części A „Buduj”.

➤ Część B „Projektuj i buduj”:

- zaprojektowanie i wykonanie robót srk i telekomunikacji obejmujące:

- wykonanie projektu wykonawczego i zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym w warstwie podstawowej (przytorowej) dla LOT B Tychy – Most Wisła przygotowanie tzw. specyfikacji interfejsów zgodnie z wymaganiami określonymi w PFU pkt 7, umożliwiające połączenie z LOT C Czechowice Dziedzice;
- wykonanie projektu wykonawczego i zabudowę urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych (sieci kablowych światłowodowych, miedzianych wraz z osprzętem do transmisji danych oraz

łączności radiowej) na długości całego modernizowanego odcinka, której realizacja nastąpi zgodnie z zakresem Zamówienia na podstawie opracowanej przez wykonawcę robót i zatwierdzonej przez zamawiającego dokumentacji projektowej.

Uwaga: W zakresie urządzeń srk i telekomunikacji oraz elektroenergetyki przewiduje się dodatkowo realizację robót na zgłoszenie: linia 148 odcinek Pszczyna Żory oraz połączenie ze stanem istniejącym i sąsiednim posterunkiem ruchu Tychy, polegających na zaprojektowaniu, budowie i przebudowie infrastruktury kolejowej w branżach: urządzenia sterowania ruchem kolejowym (srk), urządzenia i systemy telekomunikacyjne.

z uwzględnieniem:

- Usunięcia kolizji w zakresie energetyki, teletechniki, wodno-kanalizacyjnym i gazowym w oparciu o zawarte i zawierane porozumienia i umowy przyłączeniowe;
- Robót polegających na budowie obiektów służących ochronie środowiska;
- Dokumentacji powykonawczej, w tym:
 - opracowanie regulaminów technicznych, we współpracy z zamawiającym, na podstawie Instrukcji Ir-3, po zakończeniu robót budowlanych, w zakresie wszystkich branż;
 - opracowanie geodezyjnej dokumentacji powykonawczej:
 - pikietażu linii i profilu podłużnego linii kolejowej,
 - protokołów zdawczo-odbiorczych znaków regulacji osi toru,
 - numerycznej mapy sytuacyjno-wysokościowej z geodezyjną inwentaryzacją powykonawczą,
 - opracowanie dokumentacji z założenia oraz pomiaru Kolejowej podstawowej osnowy geodezyjnej oraz Kolejowej osnowy specjalnej,
 - opracowanie nowych schematów posterunków ruchu.

Uwaga: W zakresie urządzeń srk i telekomunikacji oraz elektroenergetyki przewiduje się dodatkowo realizację robót na zgłoszenie: linia 148 odcinek Pszczyna Żory oraz połączenie ze stanem istniejącym i sąsiednim posterunkiem ruchu Tychy, polegających na zaprojektowaniu, budowie i przebudowie infrastruktury kolejowej w branżach: urządzenia sterowania ruchem kolejowym (srk), urządzenia i systemy telekomunikacyjne.

- Zapewnienie Gwarancji Jakości poprzez Świadczenie usług gwarancyjnych dla wszystkich dostarczonych w ramach niniejszego Zamówienia Systemów obejmujących urządzenia srk i telekomunikacji – na zasadach określonych w OPZ TOM IIIA PFU i TOM IIIB PFU oraz w RCO TOM IVA i RCO TOM IVB, mających na celu zapewnienie przez cały okres świadczenia Usług dostępu do zamówionych wymagań funkcjonalnych, które realizować będą dostarczone przez wykonawcę Systemy oraz bezpieczne i prawidłowe działanie tych Systemów, w szczególności przez wykonanie wszystkich niezbędnych czynności utrzymaniowych.

- Zapewnienie Warunków Gwarancji – dla pozostałego zakresu Robót nie objętego Usługami gwarancyjnymi.

Zakres opcjonalny zamówienia:

- Część C - Prawo Opcji 1 - świadczenie Usług pogwarancyjnych dla wszystkich dostarczonych w ramach niniejszego Zamówienia Systemów obejmujących urządzenia srk i telekomunikacji – na zasadach określonych w Rozdziale 6 PFU (TOM IIIA i TOM IIIB), mających na celu zapewnienie przez cały okres świadczenia Usług dostępu do zamówionych wymagań funkcjonalnych, które realizować będą dostarczone przez Wykonawcę Systemy oraz bezpieczne i prawidłowe działanie tych Systemów, w szczególności przez wykonanie wszystkich niezbędnych czynności utrzymaniowych.
- Prawo Opcji 2 - realizacja świadczeń określonych w PFU IIIA w Rozdziale nr 7 „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów”.

W Subklauzuli 4.1 pkt 11. Warunków Szczególnych Umowy wskazano: „Wykonawca oraz jego Podwykonawca jest zobowiązany do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w trakcie realizacji Umowy:

monter nawierzchni torowej - zgodnie z zakresem opisanym w dokumentacji wykonawczej dla robót torowych w Projekcie Wykonawczym w TOM „T1 Tory” Opis Techniczny”.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 22.06.2023 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, mając na uwadze treść art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, 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 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 ze zm.), na jakiej podstawie zamawiający dokonał ustalenia, że w zakresie realizacji zamówienia wyłącznie czynności wykonywane przez osobę zatrudnioną na stanowisku monter nawierzchni torowej są czynnościami, których wykonywanie wymaga zatrudnienia osoby na podstawie umowy o pracę.

Przy piśmie z dnia 28.06.2023 r. (data wpływu do Urzędu 29.06.2023 r.) zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „Zamawiający informuje, że czynności wykonywane przez osobę zatrudnioną na stanowisku Monter nawierzchni torowej uznał 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 40% całego zadania”.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż interpretacja art. 95 ustawy Pzp wymaga wykładni celowościowej. Jak bowiem wynika z uzasadnienia Rządowego projektu zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366), wprowadzającego ww. regulację do ustawy (wcześniej jako art. 29 ust. 3a ustawy Pzp), 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 Kodeksu pracy.

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.

Tym samym, ustawodawca regulując brzmienie art. 95 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.

Podstawę 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.

Z analizy dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje m.in. roboty budowlane, polegające na pracy osób wykonujących czynności budowlane, m.in. do takich robót można zaliczyć:

- roboty budowlane obejmujące: budowę, przebudowę, rozbudowę (modernizację) i rozbórki infrastruktury kolejowej i towarzyszącej, w zakresie:

- układu torowego wraz z odwodnieniem;
 - obiektów inżynierskich;
 - budynków, małej architektury i peronów, CSDIP, SMW;
 - ekranów akustycznych;
 - obiektów drogowych i przejazdów;
 - sieci trakcyjnej;
 - sieci elektroenergetycznych;
 - sieci sanitarnej;
 - pozostałych obiektów budowlanych,
- zabudowy urządzeń sterowania ruchem,
 - zabudowy urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych (sieci kablowych światłowodowych, miedzianych wraz z osprzętem do transmisji danych oraz łączności radiowej),
 - usunięcia kolizji w zakresie energetyki, teletechniki, wodno-kanalizacyjnym i gazowym w oparciu o zawarte i zawierane porozumienia i umowy przyłączeniowe,
 - roboty polegające na budowie obiektów służących ochronie środowiska.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż wymienione przykładowo powyżej czynności będą stanowić 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.

W związku z powyższym, zamawiający ograniczając się do zamieszczenia w SWZ wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę monterów nawierzchni torowej oraz nie zamieszczając w treści SWZ sprecyzowanych wymagań odnośnie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności w zakresie realizacji zamówienia naruszył treść art. 95 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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

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.