

Sygn. akt: KIO 1973/11

Sygn. akt: KIO 1994/11

WYROK

z dnia 26 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 14 września 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zbigniewa Gierańczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk ZPChr, "Gierańczyk" Sp. z o.o., 93 -267 Łódź, ul. Deotymy 3/15**
- B. w dniu 16 września 2011 r. przez wykonawcę **DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., 59 – 220 Legnica, ul. N.M. Panny 5e**

w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki Dział Zamówień Publicznych, 31 – 155 Kraków, ul. Warszawska 24**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Hemag H. Guziak Sp.j., 31 – 216 Kraków, ul. Konecznego 8**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1973/11 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **EVER GRUPA Sp. z o.o., 01 – 934 Warszawa, ul. Arkuszowa 39**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1973/11 po stronie zamawiającego
- C. wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o.o., 51 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1973/11 oraz 1994/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołania i nakazuje:
 - a. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach nr: 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18 i 20,
 - b. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zbigniewa Gierańczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk ZPChr, "Gierańczyk" Sp. z o.o., 93 -267 Łódź, ul. Deotymy 3/15** w zadaniach nr: 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 18 i 20,
 - c. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy **DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., 59 – 220 Legnica, ul. N.M. Panny 5e** w zadaniu nr 15,
 - d. powtórzenie czynności oceny ofert ;

2. kosztami postępowania obciąża **Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki, 31 – 155 Kraków, ul. Warszawska 24** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zbigniewa Gierańczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk ZPChr, "Gierańczyk" Sp. z o.o., 93 -267 Łódź, ul. Deotymy 3/15** oraz wykonawcę **DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., 59 – 220 Legnica, ul. N.M. Panny 5e** tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od **Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki, 31 – 155 Kraków, ul. Warszawska 24** kwotę 37 200 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) w tym:
 - A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zbigniewa Gierańczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk ZPChr, "Gierańczyk" Sp. z o.o., 93 -267 Łódź, ul. Deotymy 3/15**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., 59 – 220 Legnica, ul. N.M. Panny 5e**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1973/11

Sygn. akt: KIO 1994/11

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest "kompleksowe sprzątnięcie pomieszczeń w budynkach Politechniki Krakowskiej przy ul. Warszawskiej 24, Kamiennej 17, Kanoniczej 1, Podchorążych 1, Skarżyńskiego i Al. Jana Pawła II 37."

Sygn. akt: KIO 1973/11

W niniejszym postępowaniu wykonawcy: Zbigniew Gierańczyk, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zielenców Zbigniew Gierańczyk Zakład Pracy Chronionej oraz Gierańczyk sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „Odwołujący”), wnieśli odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego - w zakresie zadań nr 7, 8,10, 11,12,13,14,18,20 oraz odrzucenia ich oferty we wskazanych zadaniach, kwestionując jednocześnie czynność wyboru ofert najkorzystniejszych w przedmiotowych zadaniach. W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 20 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz.759 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” :

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne wykluczenie Odwołującego;
2. art. 26 ust. 3 i art. 26 ust.4 - poprzez nieuprawnione zastosowanie tych przepisów jako podstawy żądania przedstawienia przez Odwołującego dodatkowych (poza wymienionymi w SIWZ) dokumentów, wyjaśnień i oświadczeń Odwołującego oraz jego pracowników,
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego;
4. art. 91 ust. 1 poprzez nie wybranie ofert Odwołującego jako najkorzystniejszych w zakresie zadań częściowych, oznaczonych numerami: 7,8,10,11,12,13,14,18,20 na podstawie kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podnosi, iż treść SIWZ stanowi odniesienie do badania i oceny ofert pod względem spełniania przez wykonawców warunków udziału, wymaganych przez Zamawiającego. Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków winny przedstawiać stan faktyczny i prawny na dzień składania ofert, tj. na dzień 27.06.2011 r.

Odwołujący przedstawił stosowny wykaz osób, według załącznika nr 6, uwzględniający wszystkie wymagania zawarte w pkt. 6.2.4 SIWZ. Tym samym Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, gdyż: a) wykazał, iż dysponuje osobami do

nadzorowania i koordynowania prac o co najmniej 3-letnim doświadczeniu w wymaganym zakresie, b) wykazał, iż dysponuje osobami, z których każda posiada wynikający z jednego kontraktu minimum 6-miesięczny staż pracy, polegający na sprzątaniu w obiektach o zbliżonym charakterze co do obiektu Zamawiającego, c) wskazał podstawę dysponowania tymi zasobami. Dodatkowo, na str. 58a oferty, Odwołujący oświadczył, że zapewni ilość osób niezbędną do należytego wykonania zamówienia. Potwierdził to dodatkowo w wyjaśnieniu z dnia 01.09.2011 r.

Odwołujący podkreślił, iż w pkt 6 formularza ofertowego Odwołujący oświadczył, że prace objęte zamówieniem zamierza wykonać samodzielnie. Znaczy to tyle, iż przy wykonywaniu powierzonych do wykonania usług nie będzie się posilkował zasobami podmiotów trzecich (innych przedsiębiorców).

Odwołujący wyjaśnia, iż załączył do oferty wykaz osób, podając wszelkie informacje wymagane przez Zamawiającego, m.in. podstawę dysponowania oraz okres obowiązywania umów (na podstawie których osoby wykonują pracę na rzecz Odwołującego). Zważywszy na fakt, iż wszystkie osoby przedstawione w wykazie są pracownikami Odwołującego - mamy do czynienia z tzw. dysponowaniem bezpośrednim. Okres zatrudnienia został przedstawiony zgodnie ze stanem faktycznym i prawnym, na dzień składania ofert. Osoby wymienione w formularzu nr 6 zatrudnione są u Odwołującego od pewnego już (różnego) czasu, poprzedzającego czas postępowania w niniejszej sprawie, na podstawie umów na czas określony. Okres zatrudnienia tych osób nie jest tożsamy z okresem realizacji przedmiotowego zamówienia (tj. 36 miesięcy od 01.10.2011 r.), ani żadnego innego konkretnego zamówienia.

Zamawiający w SIWZ nie zawarł wymogu przedstawienia dokumentu potwierdzającego dysponowanie osobami zatrudnionymi na okres minimum 36 miesięcy, licząc od dnia 01.10.2011 r. — czyli okres realizacji zamówienia. Warunki, jakimi powinien wykazać się Wykonawca, co do osób zdolnych do wykonania zamówienia zostały określone w pkt. 6.2.4 SIWZ, a ocena tych warunków winna być dokonana według tego właśnie punktu, z uwzględnieniem stanu na dzień składania ofert.

W zakresie naruszenia przepisów art.26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp Odwołujący podaje, iż nie był zobligowany - w myśl przepisów ustawy Pzp i treści SIWZ (która tego nie przewidywała), do składania oświadczeń swoich pracowników w zakresie zobowiązania do kontynuowania zatrudnienia. Zaś, prawo pracy nie zezwala pracodawcy na uzyskiwanie od pracowników tego rodzaju oświadczeń, obligujących ich do nawiązywania kolejnych umów o pracę, po rozwiązaniu aktualnie obowiązującej.

Zamawiający wezwał Odwołującego w sposób nieuprawniony do uzupełnienia oferty o pisemne zobowiązanie osób wskazanych w wykazie, potwierdzające, że będą uczestniczyć w realizacji przedmiotowego zamówienia. Do wezwania załączony został wzór

oświadczenia wraz z powołaniem się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Już sam tytuł przedmiotowego „oświadczenia” wskazuje na to, iż Zamawiający bezpodstawnie próbował zastosować przepis art.26 ust. 2b ustawy Pzp.

Dokument tego rodzaju nie jest także wymieniony w treści art. 25 ustawy Pzp, ani w rozporządzeniu. Tym samym, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, nie był on uprawniony do wzywania Odwołującego do składania oświadczeń w przedmiotowym zakresie.

Imienne zobowiązanie pracownika Odwołującego potwierdzające, że w okresie od dnia 01.10.2011 - do dnia 31.09.2014 będzie „sprzątał” konkretne obiekty, nie może potwierdzić spełniania warunku dysponowania osobami przez Wykonawcę. To wykonawca musi w chwili składania oferty dysponować odpowiednią liczbą osób o odpowiednich kwalifikacjach i gwarantujących prawidłowe wykonanie zamówienia (w znaczeniu potencjału ludzkiego, a nie konkretnych wymienionych z imienia i nazwiska osób). Imienne i indywidualne zobowiązanie konkretnego pracownika Odwołującego, nie jest w świetle przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący składając ofertę oświadczył, że zamówienie zrealizuje samodzielnie i nie złożył żadnego pisemnego zobowiązania „innego podmiotu”, dotyczącego oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów, na okres realizacji zamówienia (osób zdolnych do wykonania zamówienia). W związku z tym, Odwołujący nie jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu faktu dysponowania zasobami innych podmiotów trzecich (jak to przewiduje art. 26 ust 2b ustawy Pzp).

Zamawiający dokonując bezprawnego wykluczenia Odwołującego, odrzucił ofertę Odwołującego, powołując się na przepis art. 89 ust. 1 pkt

5 ustawy Pzp. Wobec wykazanego, zdaniem Odwołującego, naruszenia przepisów ustawy Pzp o podstawach wykluczenia wykonawcy, tą samą wadą dotknięte jest oparte na nim rozstrzygnięcie o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający dokonując naruszeń przepisów ustawy Pzp, a także dyspozycji SIWZ w niniejszej sprawie, wypaczył ostateczny wynik postępowania. Wbrew treści art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie wybrał najkorzystniejszych ofert w zakresie zadań oznaczonych numerami: 7,8,10,11,12,13,14,18,20, złożonych przez Odwołującego, lecz dokonał wyboru ofert gorszych cenowo - pochodzących od wykonawców, którzy zaproponowali wyższe ceny za wykonanie tych zadań.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale 6 pkt 6.2 ppkt 4 SIWZ Zamawiający postanowił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące

dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca ubiegający się o zamówienie wykaze, że do realizacji zamówienia:

1. dysponuje lub będzie dysponował osobą do nadzorowania i koordynowania prac o co najmniej 3 letnim doświadczeniu w koordynowaniu i nadzorowaniu prac porządkowych w obiektach użyteczności publicznej dla każdego z zdań częściowych osobno.
2. dysponuje lub będzie dysponował osobami z których każda posiada wynikający z jednego kontraktu minimum 6 miesięczny staż pracy polegający na sprzątanii w obiektach o zbliżonym charakterze co obiekty Zamawiającego, nabyte w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Wymagane jest aby Wykonawca dysponował co najmniej jedną osobą do sprzątanii powierzchni 600-700 m².

Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia na podstawie załączonego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich doświadczenia niezbędnego do należytego wykonania zamówienia oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami.”

W celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy zobowiązani zostali do przedłożenia m.in.: wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – sporządzony wg załącznika nr 6 do SIWZ (rozdział 7 pkt 7.1 ppkt 4 SIWZ).

Odwołujący do oferty załączył Wykazy osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, z podziałem na poszczególne zadania. We wszystkich Wykazach podał, iż zaproponowane osoby są u niego zatrudnione na podstawie umowy o pracę, wskazując na okresy zatrudnienia poszczególnych osób, gdzie termin rozwiązania przypada na różne okresy, najwcześniej 31.07.2011 r., zaś najpóźniej 31.12.2015 r.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2011 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty o pisemne zobowiązanie osób, wskazanych przez Odwołującego w Wykazie, że będą uczestniczyć przy realizacji zamówienia. „Z treści oferty wynika, że Wykonawca ewentualnie będzie dysponował tymi osobami w czasie trwania zamówienia. W takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż faktycznie będzie dysponował osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu ich pisemne

zobowiązanie, że będą uczestniczyć przy wykonywaniu zamówienia w przypadku wyboru oferty Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu."

W odpowiedzi (pismo z dnia 22.08. 2011 r.) Odwołujący wskazał, iż dokumentacja, jaką Zamawiający może żądać w przedmiotowym postępowaniu jest ściśle określona w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Rozporządzenie zawiera zamknięty katalog dokumentów oraz ich form, z § 1 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia jednoznacznie wynika możliwość żądania wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2011 r., w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z zapytaniem, czy daty wskazane w kolumnie „*okres zatrudnienia do*” Zamawiający ma rozumieć w ten sposób, że są to daty, w których umowy się kończą.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał (pismo z dnia 01.09.2011 r.), że zgodnie z treścią art. 25 i 26 ustawy Pzp Wykonawca przedstawia w ofercie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te powinny wykazywać spełnianie warunków - nie później niż na dzień składania ofert. Mając na uwadze powyższe, Wykonawca w załączniku nr 6 wykazał informacje zgodne ze stanem faktycznym i prawnym na dzień składania ofert, czyli na dzień 26.06.2011 r. Daty wskazane w kolumnie „*okres zatrudnienia*” załącznika nr 6 oznaczają czas trwania stosunku zatrudnienia konkretnych osób - jest to stan prawny i faktyczny na dzień 26.06.2011 r. - tylko takie dokumenty podlegają ocenie przez Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału.

Zamawiający nie wymagał w SIWZ wykazu osób, które będą w dniu składania ofert zatrudnione u Wykonawcy na cały okres realizacji usługi objętej przedmiotowym postępowaniem - wymogiem był 6-miesięczny staż pracy.

Wykonawca spełnia warunek dotyczący osób zdolnych do wykonania zamówienia. Umowy o prace na czas określony są w tej chwili powszechnie stosowane przez pracodawców, ponadto taką umowę zawsze można przedłużyć na czas niezbędny do realizacji usługi. Przepisy Kodeksu pracy są przepisami bezwzględnie obowiązującymi, w ramach uregulowań k.p.każdy z Wykonawców może prowadzić własną, dostosowaną do konkretnych potrzeb (czy przetargu) politykę kadrową. Jednocześnie Odwołujący zapewnił, że dysponuje liczbą osób zdolnych do wykonania zamówienia, która gwarantuje wykonanie usługi w sposób profesjonalny i zgodny z SIWZ.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, iż „Wykonawca załączył wprawdzie do oferty wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ, jednakże wskazując osoby przewidywane do realizacji poszczególnych zadań sam określił, że okres ich zatrudnienia a więc bezpośredniego dysponowania, kończy się przed terminem rozpoczęcia realizacji zamówienia a więc nie wykazał, że będzie nimi dysponował w okresie realizacji zamówienia. Powyższe potwierdził Wykonawca w piśmie z dnia 1 września 2011 r., wskazując iż daty określone w kolumnie „okres zatrudnienia” załącznika nr 6 oznaczają czas trwania stosunku zatrudnienia konkretnych osób.

W związku z powyższym pismem z dnia 18 sierpnia 2011 r- Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty o zobowiązanie tych osób, że faktycznie oddają się do dyspozycji i będą uczestniczyć przy wykonywaniu zamówienia w przypadku wyboru oferty Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. W piśmie z dnia 18 sierpnia stanowiącym odpowiedź na wezwanie Wykonawca nie uzupełnił wymaganych oświadczeń, kwestionując podstawę prawną określoną w załączniku do wezwania.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2011 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Wykonawcy o złożenie ww. wyjaśnień, na które ten pismem z dnia 1.09.2011 r. odpowiedział swoim własnym oświadczeniem o dysponowaniu odpowiednią liczbą osób zdolnych do wykonania zamówienia, odmawiając tym samym zastosowania się do treści wezwania Zamawiającego, który żądał przedstawienia oświadczeń osób zamierzających uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego żądanie ww. oświadczeń było w pełni uprawnione. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej akcentuje się, iż dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne, nie może być przedmiotem domysłów zamawiającego. Zobowiązanie winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia, a także inne istotne okoliczności, w tym wynikające ze specyfiki tego zasobu. Należy zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r. (KIO/UZP/1333/10), w którym orzeczono, iż w sytuacji gdy brak w ogóle informacji o zaangażowaniu podmiotu w realizację zamówienia, zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednimi zasobami.

Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od wykonawcy na potwierdzenie jego zdolności do realizacji zamówienia, określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w

sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r., Nr 226, poz. 1817). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1026/10), stwierdza, iż wprawdzie faktycznie katalog dokumentów podmiotowych (na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) określony przepisami tego rozporządzenia jest zamknięty. Według KIO nie można jednak pominąć w tym zakresie przepisu szczególnego Ustawy, który samodzielnie stanowi podstawę do określenia możliwości złożenia przez wykonawcę takiego właśnie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Brak przywołania w przepisach rangi rozporządzenia tego właśnie dokumentu, który został samodzielnie wskazany w przepisach Ustawy nie może prowadzić do odmówienia właściwości dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków podmiotowych w postępowaniu temu dokumentowi wskazanemu w przepisach samej Ustawy. Powyższe de facto oznacza, że zamawiający nie musi żądać w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), czy ogłoszenia o zamówieniu przedłożenia takiego dokumentu od wykonawców, a wykonawcy mogą taki dokument przedkładać na mocy samego przepisu Ustawy. Reasumując, mimo braku jednoznacznego uregulowania tej kwestii w ww. rozporządzeniu, zasadny wydaje się wniosek, iż dokument stanowiący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pisemne zobowiązanie osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia może podlegać procedurze przewidzianej w art. 26 ust. 3 Ustawy, tj. uzupełnieniu lub procedurze przewidzianej w art. 26 ust. 4 Ustawy, tj. wyjaśnieniu, w przypadku uzasadnionych wątpliwości zamawiającego co do jego treści.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Na mocy przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający uprawniony jest do ustanowienia warunków udziału w postępowaniu, w obszarze określonym we wskazanym przepisie. Spełnienie określonych przez zamawiającego warunków wykonawca zobowiązany jest wykazać w sposób określony przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp). Jednocześnie ustawodawca postanowił, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykonawca jest zobowiązany wykazać na dzień składania ofert (art. 26 ust. 2a, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Oznacza to, że zamawiający biorąc pod uwagę treść postawionego warunku, dokonuje oceny jego spełnienia, na podstawie wymaganych oświadczeń lub dokumentów, dołączonych do oferty, jak i uzupełnionych na wezwanie zamawiającego, na moment, który został ustalony przez zamawiającego jako dzień składania ofert. Z żadnego przepisu ustawy Pzp, ani z aktów wykonawczych nie wynika, iż badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczyć ma okresu realizacji zamówienia, brak również jakiegokolwiek regulacji, która nakazywałaby wykazywać spełnienie

wymaganych warunków w odniesieniu do terminu, na jaki ma być udzielone zamówienie publiczne. Pogląd ten, zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie jest już utrwalony.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego postawił określone wymogi, odnoszące się do doświadczenia zawodowego osób przewidzianych do realizacji zamówienia, wskazując na konieczność posiadania doświadczenia w zakresie wykonywania określonych czynności, w wymaganym przez Zamawiającego przedziale czasowym. Z powyższymi wymaganiami korespondował załącznik nr 6 do SIWZ, który każdy z wykonawców miał obowiązek złożyć, w celu wykazania spełniania przedmiotowych warunków. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż rzeczony załącznik odpowiadał w swej treści zakresowi informacji, których można żądać w ramach wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 powoływanego rozporządzenia.

Ze wzoru załącznika nr 6 do SIWZ, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, jednoznacznie wynika, iż Zamawiający wymagał podania informacji na temat okresu zatrudnienia, który odnosi się nie do realizacji zamówienia, ale do doświadczenia zawodowego w aspekcie czynności, których wykonywaniem w przeszłości miała wykazać się każda z osób wskazanych w wykazie. Gdyby przyjąć tak jak chce tego Zamawiający, iż w kolumnie „okres zatrudnienia” należało wskazać okres dysponowania, odpowiadający przynajmniej okresowi realizacji zamówienia, to po pierwsze, przedmiotowa kolumna nie powinna być elementem wiersza, odnoszącego się do doświadczenia zawodowego, po drugie, gdyby w istocie tak miało być, to Zamawiający nie miałby możliwości zweryfikowania wymaganego doświadczenia, a sam załącznik, który został wskazany przez Zamawiającego, jako dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu, byłby bezużyteczny na dla stwierdzenia tej okoliczności. Nadto, załącznik pozostawałby niespójny względem postawionych warunków udziału w postępowaniu i przy jego wykorzystaniu dochodziłoby do pozyskania i oceny informacji, które w istocie treścią warunku objęte nie były.

Z wyżej wskazanych przyczyn nie można więc przyznać racji Zamawiającemu, iż okres realizacji zamówienia determinuje treść warunku udziału w postępowaniu. Warunek jest taki, jaki został określony przez Zamawiającego, w niniejszej sprawie jest jasny i zrozumiały, w konsekwencji znajduje więc odzwierciedlenie w projekcie dokumentu (układ, zakres wymaganych informacji), który służył potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stąd, budzi zdziwienie stanowisko Zamawiającego, który próbuje rozszerzyć jego zakres, biorąc pod uwagę termin realizacji zamówienia. Nie ma bowiem możliwości interpretacji spornego warunku przez ten pryzmat. Jeśli wolą Zamawiającego było powiązanie przedmiotowego warunku z terminem realizacji zamówienia, mógł dać temu

wyraz. Zaniechanie w tym zakresie, nie może być sanowane na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, biorąc pod uwagę treść warunku postawionego przez Zamawiającego, co do dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia oraz zakres informacji, których żądał Zamawiający, w oparciu o załącznik nr 6 do SIWZ, nie budzi wątpliwości, iż informacje, dotyczące okresu zatrudnienia, podane we wspomnianym załączniku, Zamawiający zobowiązany był oceniać pod kątem wymaganego doświadczenia, a nie terminu realizacji zamówienia. Jednocześnie Izba nie rozstrzyga, czy zakres podanych przez Odwołującego informacji odpowiada temu wymaganemu przez Zamawiającego, bowiem przedmiotem odwołania była czynność wykluczenia Odwołującego, z tej przyczyny, iż nie wykazał, że osoby przewidziane do realizacji zamówienia, będą pozostawać w dyspozycji Zamawiającego przez cały okres realizacji zamówienia. Izba stoi na stanowisku, iż wykluczenie Odwołującego ze wskazanych powodów nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, biorąc pod uwagę treść postawionego warunku. Z tej przyczyny zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp okazał się słuszny.

Potwierdzenie znalazł również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż ziszczenie się przesłanki skutkującej obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) powoduje, iż jego ofertę *ex lege* uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Zatem, podejmowanie przez Zamawiającego odrębnej czynności w postaci odrzucenia oferty danego Wykonawcy, w niniejszym stanie faktycznym nie mieści się w hipotezie normy wyrażonej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzuty naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie podlegały rozpoznaniu, z uwagi na upływ terminów do ich zgłoszenia (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Stwierdzenie powyższego pozostaje jednak bez wpływu na dokonaną przez Izbę ocenę wadliwości podjętej przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, bowiem jej podstawą nie było niezłożenie zobowiązania podmiotu trzeciego, ale niewykazanie dysponowania osobami przewidzianymi do realizacji zamówienia przez ten okres. Powyższe potwierdza również stanowisko Zamawiającego, zaprezentowane na rozprawie, iż wezwanie do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego było nieuzasadnione. Zaś, skoro jednocześnie na podstawie wykazu Zamawiający miał możliwość, w sposób jednoznaczny potwierdzić, że wskazane osoby, na dzień składania ofert, stanowią potencjał wykonawcy, a nie podmiotu trzeciego, to brak podstaw do przyjęcia, iż Odwołujący nie spełnia spornego warunku.

Jednocześnie Izba nie podziela poglądu Odwołującego, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, iż hipotezą normy zawartej we wskazanym przepisie są objęte okoliczności, w

których wybór oferty najkorzystniejszej następuje na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, przekroczenie więc wskazanej normy będzie miało miejsce w sytuacji, w której wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi w oparciu o kryteria, które w SIWZ ujawnione nie były.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Sygn. akt: KIO 1994/11

Wykonawca DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł w niniejszym postępowaniu odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 poprzez nieprawidłowe dokonanie wykluczenia Wykonawcy
2. poprzez uznanie, iż Odwołujący nie wykazał, że będzie dysponował w okresie realizacji zamówienia wszystkimi osobami przedstawionymi w wykazie
3. art. 91 ust. 1 poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w części postępowania nr 15 z naruszeniem przepisów ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia analizy ofert i dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego w części 15 zamówienia.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, iż uzupełnił wykaz zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą, a ponieważ wskazał, iż dysponuje osobami w ramach zatrudnienia - umowa o pracę, a więc w oczywisty sposób nie był obowiązany do przedłożenia pisemnego zobowiązania, iż wskazane osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający określając warunek użył sformułowania „dysponuje lub będzie dysponował” co oznacza, iż dopuszczalne jest zarówno dysponowanie określonymi osobami na dzień składania ofert, jak i w przyszłości, w momencie realizacji zamówienia. Użycie alternatywy poprzez zastosowanie spójnika „lub” powoduje, iż zarówno dysponowanie w chwili obecnej, jak i w przyszłości, jest dopuszczalne, przy czym nie musi zachodzić sytuacja koniunkcji, kiedy to Wykonawca musi dysponować danymi osobami zarówno w chwili obecnej, jak i w momencie realizacji zamówienia. Zamawiający interpretując określony przez siebie warunek dokonał błędnej interpretacji logicznej, poprzez błędne

rozumienie spójnika „lub” jako koniunkcji a nie alternatywy. Fakt, iż Wykonawca dysponuje określonymi osobami w dniu otwarcia ofert wyklucza żądanie, aby Wykonawca wykazywał, iż będzie dysponował tymi osobami w okresie realizacji zamówienia.

Moment w którym należy uznać, iż Wykonawca dysponuje danymi osobami, a więc korzysta ze spełnienia warunku w czasie teraźniejszym, to dzień otwarcia ofert. Powyższe wynika z treści art. 26 ust. 2a i ust 3 ustawy Pzp. Przytoczone przepisy jednoznacznie wskazują, iż warunek udziału w postępowaniu uznaje się za spełniony, gdy następuje to w dacie otwarcia ofert. Ustawa Pzp nigdzie nie definiuje jako momentu uznania warunku za spełniony dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia, jak wynika z wyводу dokonanego przez Zamawiającego. W przedmiotowej kwestii Izba wypowiedziała się m. in. w wyroku o sygn. KIO 2369/10 z dnia 10 listopada 2010 r., gdzie również akcentuje się moment składania oferty jako wiążący, a nie chwilę rozpoczęcia realizacji.

W tym stanie rzeczy Odwołujący podnosi, iż nie można uznać, że warunek nie został spełniony przez Odwołującego, gdyż niektóre z umów o pracę kończą się przed rozpoczęciem realizacji zamówienia. Każdy racjonalny przedsiębiorca zarządzając zasobami ludzkimi ustala okresy zatrudnienia oraz liczbę zatrudnionych osób w oparciu o ilość kontraktów, którą wykonuje lub będzie wykonywał (musi być to wiedza pewna - wynikająca z zawartych umów, a nie domniemana), dlatego też ustawa racjonalizując przepisy do sytuacji na rynku stworzyła możliwość, aby Wykonawcy nie tylko wykazywali, że dysponują odpowiednim personelem, ale w sytuacji, gdy dopiero pozyskają kontrakt - będą dysponować wymaganą przez Zamawiającego kadrą.

Ustosunkowując się natomiast do drugiego zarzutu, którego co prawda Zamawiający nie podał jako bezpośredniej podstawy wykluczenia, lecz który jego zdaniem i tak za tym wykluczeniem przemawiałby tj. zarzut, że Wykonawca nie zastosował się do przedstawienia żądanego pisemnego zobowiązania, iż wskazane osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, Odwołujący podaje, iż w sytuacji, gdy jako podstawę dysponowania wskazał umowy o pracę, brak podstaw do żądania zobowiązań osób trzecich. W doktrynie jednak osoby zatrudnione w ramach umowy o pracę nie są uważane za inne podmioty, stanowią zasób wykonawcy, a nie osoby trzeciej. Sam fakt istnienia umowy o pracę, czyli umowy o szczególnym charakterze, dającej pracodawcy nieograniczone możliwości dysponowania pracownikiem, wyłącza potrzebę składania jakichkolwiek zobowiązań. Dysponowanie umową o pracę, co przecież Odwołujący wskazał w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w kolumnie „Informacja o podstawie do dysponowania tymi osobami (należy wskazać formy współpracy np. umowa o pracę, umowa zlecenia, zobowiązanie podmiotu trzeciego) jest wystarczające dla stwierdzenia, że dana osoba pozostaje do dyspozycji Wykonawcy na dzień otwarcia ofert, co zresztą Zamawiający

pośrednio sam stwierdził w tabeli, podając przykładowe wyliczenie form współpracy (wyrok KIO, sygn. akt KIO 71/2011).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale 6 pkt 6.2 ppkt 4 SIWZ Zamawiający postanowił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Treść przedmiotowego warunku została przywołana wyżej.

Odwołujący załączył do oferty Wykazy osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ. W Wykazie, dotyczącym zadania nr 15, w kolumnie „okres zatrudnienia” jako termin rozpoczęcia zatrudnienia dla poszczególnych osób wskazano w przeważającej większości datę 01.10.2010 r., zaś zakończenia zatrudnienia, w istotnej części – 30.09.2011 r. Jako podstawę dysponowania osobami wskazanymi w wykazanie podano umowę o pracę.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2011 r., Zamawiający działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazał, iż *„z treści oferty wynika, że Wykonawca ewentualnie będzie dysponował tymi osobami w czasie trwania zamówienia. W takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż faktycznie będzie dysponował osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu ich pisemne zobowiązanie, że będą uczestniczyć przy wykonywaniu zamówienia w przypadku wyboru oferty Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu.”*

W odpowiedzi Odwołujący m.in. podniósł, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony wezwał wykonawcę do uzupełnienia pisemnych zobowiązań osób wymienionych w Wykazanie, dotyczącym zadania nr 15. Odwołujący podniósł, iż *„zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp nie później niż na dzień składania ofert. Wykonawca zatrudnił ww. osoby na dzień składania ofert (27.06.2011 r.) – co wynika z informacji zawartej w wykazanie i tym samym potwierdził spełnienie warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Należy również zaznaczyć iż zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp założone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty również powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert”* (pismo z dnia 22.08.2011 r.).

Niezależnie od powyższego Odwołujący ponownie złożył załącznik nr 6 do SIWZ, dotyczący zadania nr 15, uzupełniając informację w kolumnie „miejsce zatrudnienia” w ten sposób, że wskazał firmę Odwołującego i w sposób precyzyjny określił miejsce wykonywania zadań, stanowiących o wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniu.

W tym stanie faktycznym Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego

stanowiska wskazał, iż „Wykonawca załączył wprawdzie do oferty wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ, jednakże okres zatrudnienia niektórych osób przewidywanych do realizacji poszczególnych zadań wskazany w tych wykazach kończy się przed terminem rozpoczęcia realizacji zamówienia a więc należy stwierdzić, iż Wykonawca nie wykazał, że będzie dysponował w okresie realizacji zamówienia wszystkimi osobami przedstawionymi w wykazie w zakresie zadań częściowych nr: 1-3, 5-7, 14-15, 17-20.

Z uwagi na powyższe Zamawiający pismem z dnia 18 sierpnia 2011 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia braków oferty tj. m.in. o pisemne zobowiązanie osób mających uczestniczyć w realizacji zadań częściowych nr: 1-3, 5-7, 14-15, 17-20 zamówienia, iż będą uczestniczyć w jego realizacji.

W piśmie z dnia 22 sierpnia stanowiącym odpowiedź na wezwanie Wykonawca przedstawił wykaz osób stanowiący załącznik nr 6 do siwz rozszerzający zatrudnienie poszczególnych osób na okres realizacji zamówienia, jednakże nie spełniający tego wymogu w zakresie zadań nr: 2, 5, 6, 7, 14, 15 i 17. Ponadto Wykonawca nie zastosował się do przedstawienia żądanego pisemnego zobowiązania iż wskazane osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.” W dalszej części Zamawiający przedstawił uzasadnienie analogiczne, jak w odniesieniu do wskazywanego wyżej wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Aktualność zachowują rozważania Izby przedstawione wyżej (sygn.. akt: KIO 1973/11), w zakresie dotyczącym zarzutów podniesionych również w niniejszym odwołaniu.

W uzupełnieniu należy dodać, iż trafnie podnosi Odwołujący, że formułując warunek udziału w postępowaniu Zamawiający posłużył się tzw. alternatywą łączną, co oznacza, iż wykonawca może wykazać, że dysponuje, ewentualnie będzie dysponował, ale też że dysponuje i będzie dysponował osobami o wymaganym doświadczeniu. Jednoznacznie należy jednakże podkreślić, iż fakt dysponowania lub możliwości dysponowania należy potwierdzić na dzień składania ofert. Skoro więc wskazanej okoliczności Zamawiający nie zakwestionował i podane osoby stanowią potencjał wykonawcy, bowiem są jego pracownikami, to brak podstaw do kwestionowania przez Zamawiającego przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony.

Zaś, za nietrafny Izba uznała zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, z przyczyn, o których była mowa w rozważaniach zaprezentowanych wyżej (sygn.. akt: KIO 1973/11).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: