

**WYROK**  
**z dnia 22 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2014 r. przez **Odwołującego** – Outworking sp. z o.o. sp. k., ul. Langiewicza 2/10, 61-502 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Sąd Rejonowy dla Warszawy – Żoliborza w Warszawie, ul. A. Kocjana 3, 01-473 Warszawa,

przy udziale **Wykonawcy** - FallWork Sp. z o.o., ul. Zeylanda 6/5, 60-808 Poznań, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu - Sąd Rejonowy dla Warszawy – Żoliborza w Warszawie, ul. A. Kocjana 3, 01-473 Warszawa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego - Outworking sp. z o.o. sp. k., ul. Langiewicza 2/10, 61-502 Poznań oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Sąd Rejonowy dla Warszawy – Żoliborza w Warszawie, ul. A. Kocjana 3, 01-473 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Outworking sp. z o.o. sp. k., ul. Langiewicza 2/10, 61-502 Poznań, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Sąd Rejonowy dla Warszawy – Żoliborza w Warszawie, ul. A. Kocjana 3, 01-473 Warszawa, na rzecz **Odwołującego** – Outworking sp. z o.o. sp. k., ul. Langiewicza 2/10, 61-502 Poznań, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), 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 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Świadczenie usług Agencji Pracy Tymczasowej, polegających na pozyskaniu oraz skierowaniu 55 „Pracowników Tymczasowych” w celu wykonywania pracy na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Żoliborza w Warszawie, na okres 12 miesięcy, który rozpocznie się od dnia podpisania umowy, jednakże nie wcześniej niż 01.01.2015 r.”* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 października 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014-144256-F02-PL.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że jej treść odpowiadała Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych, które powziął Zamawiający, na niekorzyść Wykonawcy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Nadto, Odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego i zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych oraz udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu, w tym kosztów zastępstwa. Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodu „z treści dokumentacji zamówienia, w szczególności dokumentów wymienionych w treści odwołania”.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób wyraźny i niebudzący wątpliwości dopuścił w SIWZ możliwość korzystania z podwykonawstwa w ramach realizacji przedmiotu zamówienia (rozdział XVIII SIWZ). W ocenie Odwołującego, z przedmiotowego postanowienia wynikają następujące wnioski:

1. Zamawiający dopuszcza możliwość korzystania z podwykonawstwa przy realizacji zamówienia.
2. Zamawiający nie zastrzega do osobistego wykonania wykonawcy kluczowych elementów usługi.

3. Zamawiający przewiduje konieczność legitymowania się przez podwykonawcę uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności (certyfikat agencji zatrudnienia).

Rzeczne postanowienie SIWZ znajduje swoją realizację w treści Formularza ofertowego, w którym znajduje się pole przewidziane do umieszczenia informacji o podwykonawstwie.

Zdaniem Odwołującego, ujęcie kwestii podwykonawstwa w SIWZ jest jasne, jednoznaczne i nie budzi wątpliwości. Mimo to do Zamawiającego wpłynęło zapytanie do treści SIWZ o brzmieniu: *„Czy Zamawiający dopuści aby pracownicy tymczasowi w trakcie wykonywania niniejszego zamówienia byli zatrudniani kolejno przez kilka różnych podmiotów? Np. w miesiącu kwietniu 2015 r. byliby zatrudnieni w firmie X, w maju ich pracodawcą byłby podmiot Y a w kolejnych miesiącach jeszcze inne firmy. W SIWZ brak jest wymogu aby przez cały okres wykonywania zamówienia pracownicy byli zatrudnieni w jednej i tej samej agencji pracy tymczasowej.”*

Odwołujący stoi na stanowisku, że trudno uznać, aby pytający powziął rzeczywiste wątpliwości, co do znaczenia zapisów SIWZ. Pytanie to pojawia się bowiem regularnie w podobnych postępowaniach, niezależnie od postanowień danej SIWZ (Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu, znak sprawy: ZTM.EZ.3410- 35-2/14; Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie, znak sprawy: Zp-Pd/A/3/2014; Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie, znak sprawy: ZP/K/2/14; Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, znak sprawy: OG-3501-5/14; Sąd Okręgowy w Warszawie, znak sprawy: SZP-382-57/2014; Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, znak sprawy: p/234/BZK/2014; Muzeum Historii Żydów Polskich, znak sprawy: ADM.271.55.1.2014; Sąd Rejonowy w Wołominie, znak sprawy: RZP ZP/SR/05/14/PN).

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że przepis art. 38 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, gdy wykonawca nie rozumie treści SIWZ i w celu jej zrozumienia (wyjaśnienia) zwraca się do zamawiającego. Zamawiający nie ma bowiem obowiązku udzielać wyjaśnień, gdy wykonawca zwraca się do zamawiającego w innym celu niż wyjaśnienie treści SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że samo pytanie dotyczy sytuacji, gdy pracownicy są zatrudniani w kolejnych miesiącach przez następujące po sobie podmioty. Taka to sytuacja w myśl pytania, a nie żadna inna, jest określana mianem „zatrudnienie przez kilka różnych podmiotów”. Co istotne w pytaniu nie pada, żadne stwierdzenie, które wskazywałoby, że kanwą sytuacji opisanej przez pytającego jest stosunek podwykonawstwa. Wręcz przeciwnie, bardziej prawdopodobne jest, że pytającemu chodziło o rozstrzygnięcie problemu konsorcjum, którego członkowie zatrudniają pracowników tymczasowych. Wskazuje na to pytanie nr 2 (zadane przez tego samego pytającego), które pozostaje w związku funkcjonalnym z pytaniem nr 3. W owym pytaniu nr 2 wyraźnie chodzi o członków

konsorcjum, bowiem tylko wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą bezpośrednio faktuować zamawiającego, zaś w przypadku podwykonawstwa jest to z oczywistych względów niedopuszczalne. W obu pytaniach pytający posługuje się taką samą nomenklaturą (podmioty, firmy), wobec czego nie ulega wątpliwości, że pytanie nr 3 jest rozwinięciem pytania wcześniejszego.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający odpowiedział wąsko na zadane pytanie, odnosząc się wprost i wyłącznie do sytuacji opisanej przez pytającego. Wskazuje na to użycie słów: „Zamawiający nie dopuszcza zaistnienia wyżej opisanej sytuacji.” Dalej Zamawiający rozwija, że w całym okresie trwania umowy, „Pracownicy Tymczasowi” muszą być zatrudnieni przez jeden podmiot. A więc nie może dochodzić do zatrudniania pracowników przez kolejne podmioty w następujących po sobie okresach.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, jak podaje Odwołujący, Zamawiający stwierdza, że udzielił odpowiedzi rozszerzającej, która w sposób jednoznaczny doprecyzowuje SIWZ. Stanowisko to nie wytrzymuje jednak krytyki i jest w oczywisty sposób błędne.

W ocenie Odwołującego, Wyjaśnienie treści SIWZ powinno być jednoznaczne i precyzyjne. Powinno rozwiewać wątpliwości nie zaś je pogłębiać. W razie, gdy wyjaśnienia modyfikują zapisy SIWZ, zakres tej modyfikacji powinien być precyzyjny, zaś w razie wątpliwości, oświadczenie interpretuje się zawężająco, tak żeby sprzeczność z pierwotnymi zapisami SIWZ nie była zbyt rozległa. Potwierdza to utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 580/11, wyrok z dnia 4 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1326/11, wyrok z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 661/12).

Odwołujący stoi na stanowisku, że gdyby uznać, że Zamawiający udzielił odpowiedzi rozszerzającej (co w świetle powyższego jest niedopuszczalne), musiałaby się ona wtedy odnosić do wszelkich podmiotów (firm), a więc: podwykonawców, podmiotów trzecich niebędących wykonawcami, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcja). W ten sposób treść odpowiedzi stanowiłaby niedopuszczalną ingerencję w wewnętrzne sprawy konsorcjum. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 567/10 podział zadań pomiędzy członków konsorcjum i rozliczenie robót jest wewnętrzną sprawą wykonawców tworzących to konsorcjum.

Dalej Odwołujący podaje, że gdyby uznać, że Zamawiający udzielił odpowiedzi rozszerzającej stanowiłaby ona zaprzeczenie, nie zaś doprecyzowanie dotychczasowych postanowień SIWZ, które były w rozdziale XVIII SIWZ sformułowane w sposób niebudzący wątpliwości. Odwołujący powołał się m.in. na wyrok KIO z dnia 6 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 836/11, w którym wskazano, że: *„Wyjaśnienia treści SIWZ, o których mowa w art. 38 ust 2 p.z.p., stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SIWZ w*

*zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniem. Wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust 2 p.z.p.”*

Odwołujący stwierdza, że „wyjaśnienie” Zamawiającego stanowiłoby zmianę warunków zamówienia i wymagało modyfikacji SIWZ. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.03.2011 r., sygn. akt: KIO 545/11: *„Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień”.*

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżenie kluczowej części zamówienia do osobistego wykonania jest na tyle istotnym elementem warunków zamówienia, że powinno zostać dokonane w sposób wyraźny i w odpowiednim rozdziale dotyczącym podwykonawstwa. W wyroku z 12 kwietnia 2011 r. KIO wskazała, że *„art. 38 u.p.z.p. rozróżnia wyjaśnienia do SIWZ od zmiany SIWZ. Skoro zatem zamawiający nie wprowadził zmian do treści SIWZ, a wyłącznie poprzestał na wyjaśnieniach, to nie ma potem prawa obarczać wykonawcy negatywnymi skutkami nieujęcia w kalkulacji ceny ofertowej elementu, którego konieczność wykonania wynikała wyłącznie z treści wyjaśnień”.*

Odwołujący podaje, że w piśmie z dnia 28 listopada 2014 r. Zamawiający stwierdził, że jedynie doprecyzował zapisy SIWZ. Nie mogło więc dojść do ich zmiany poprzez ograniczenie podwykonawstwa. Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp obligatoryjnym elementem SIWZ jest informacja o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. W SIWZ informacji takiej nie ma - definitywnie. Zamawiający uzasadniając zaskarżoną czynność stwierdził, że nie zmienił postanowień SIWZ, a jedynie je doprecyzował. Na tej podstawie odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że zastrzegł część usługi do osobistego wykonania. Zdaniem Odwołującego, trudno o dobitniejszy przykład wzajemnej sprzeczności podejmowanych działań.

W ocenie Odwołującego, gdyby uznać, że Zamawiający udzielił odpowiedzi rozszerzającej oznaczałoby to *de facto* całkowite wyłączenie możliwości korzystania z podwykonawstwa, ponieważ zatrudnienie i skierowania pracowników to zasadniczy element usługi, z którego nie można wyodrębnić innych części. Skoro ustawodawca wskazał na możliwość żądania osobistego świadczenia tylko części przedmiotu zamówienia (kluczowa część), brak jest podstaw, aby przyjąć, iż zamawiający jest uprawniony do wyłączenia podwykonawstwa w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia.

Dalej Odwołujący stwierdza, że gdyby uznać, że Zamawiający udzielił odpowiedzi rozszerzającej zmuszony byłby do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. W pkt 4.11 wskazano, że: *„Jeżeli każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie będzie*

*wykonywać część zamówienia, do których wykonania: odpowiednie przepisy wymagają uprawnień; Zamawiający opisał sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia; to każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musi wykazać, iż posiada uprawnienia do wykonywania części zamówienia, którą będzie wykonywał oraz że posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie dotyczące części zamówienia, przewidzianego do wykonania dla tego Wykonawcy. Spełnienie warunków dotyczących posiadania potencjału, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 PZP, Wykonawcy mogą wykazać wspólnie."* Zgodnie z interpretacją forsowaną obecnie przez Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie mogą realizować części zamówienia, doszłoby bowiem do zatrudnienia pracowników przez więcej niż jeden podmiot.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może wiarygodnie twierdzić, że zakres - jakim jest samo zatrudnienie „Pracowników Tymczasowych” - z uwagi na ustawowy wymóg posiadania uprawnień do prowadzenia tego rodzaju działalności - jest traktowany jako kluczowy i został zastrzeżony do realizacji przez wykonawcę w całym okresie świadczenia usługi. Zamawiający w treści rozdziału XVIII SIWZ zapewnił sobie bowiem, że podwykonawca ma legitymować się stosownymi uprawnieniami do prowadzenia działalności. Potrzeba Zamawiającego w tym względzie była już więc zabezpieczona. Nie zachodziło więc niebezpieczeństwo obejścia przepisów ustawy poprzez zatrudnienie pracowników przez podmiot niebędący agencją pracy tymczasowej.

Reasumując, Odwołujący stwierdza, że uznanie wyjaśnień Zamawiającego za mające charakter generalny prowadzi do niedających się usunąć sprzeczności i uchybień przepisom ustawy, które nie powinny mieć miejsca. Interpretacja pytań, odpowiedzi oraz postępowanie Zamawiającego (m. in. brak modyfikacji SIWZ, brak modyfikacji ogłoszenia, brak wskazania, jaki element zamówienia uznaje za kluczowy) wskazują wobec tego jednoznacznie, że wyjaśnienie treści SIWZ dotyczyło sytuacji opisanej w pytaniu, tj. zatrudnienia pracowników przez kolejne podmioty w następujących po sobie miesiącach.

W opinii Odwołującego, w przedmiotowej sprawie należy podkreślić niezwykle istotny fakt. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 12 listopada 2014 r. i od tego dnia Zamawiający znał i oceniał ich treść. Już w dniu kolejnym Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do uzupełnienia dokumentu - polisy OC. W dniu 14 listopada 2014 r. Zamawiający zwrócił się z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Następnie Zamawiający dokonał przeliczenia oferty Odwołującego. W dniu 18 listopada 2014 r. spółka FallWork sp. z o.o. skierowała do Zamawiającego pismo, w którym wytyka rzekome nieprawidłowości w ofercie Odwołującego. Następnego dnia, tj. 19 listopada 2014 r. Zamawiający podjął czynności będące reakcją na to pismo, a więc dokonał poprawy omyłek pisarskich, zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie

wykonanych usług i w zakresie podwykonawstwa.

Wymienione okoliczności wskazują, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający nie miał pierwotnie zastrzeżeń do oferty Odwołującego w części dotyczącej podwykonawstwa. Uznawał ofertę za zgodną w tym zakresie z SIWZ. Ostateczna interpretacja wyjaśnień do SIWZ nie jest autorską interpretacją Zamawiającego, lecz została mu narzucona przez FallWork sp. z o.o. Dopiero pismo tej spółki z dnia 18 listopada 2014 r. skłoniło Zamawiającego do poszukiwania u Odwołującego wyjaśnień w zakresie podwykonawstwa. Taka rekonstrukcja wydarzeń wynika także z samego uzasadnienia zaskarżonej czynności. W piśmie z dnia 28 listopada 2014 r. Zamawiający wyjaśnia, że zatrudnienie pracowników jako część usługi jest dla niego kluczowe ze względu na ustawowy wymóg posiadania uprawnień, a powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy, który nie posiada stosownych uprawnień prowadziłoby do obchodzenia przepisów ustawy. Jest to ewidentne poszukiwanie motywów czynności już po jej podjęciu. Z pierwotnego brzmienia SIWZ wynika bowiem obowiązek posiadania uprawnień (i okazania się nimi) zarówno przez wykonawcę, jak i podwykonawcę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia do SIWZ, jakich udzielił Zamawiający były pierwotnie przez niego i przez Odwołującego interpretowane w sposób zbieżny. Odmienne interpretował je tylko jeden z oferentów, a stanowisko Zamawiającego zmieniło się pod wpływem pisma Odwołującego z dnia 18 listopada 2014 r.

Odwołujący podniósł również, że ograniczenie możliwości podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, nieuzasadnione naruszenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji. Zasadą jest obowiązek dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na zamawiającym, który zamierza uczynić użytek z tego wyjątku od ogólnej reguły postępowania. Trudno wiarygodnie uznać, że Zamawiający mógł tak istotną kwestię skwitować i rozstrzygnąć sformułowaniem: „*W całym okresie trwania umowy, Pracownicy Tymczasowi muszą być zatrudnieni przez jeden podmiot.*”

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważa, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, niejednoznaczność zapisów w treści SIWZ nie może wywoływać negatywnych skutków w sferze interesów prawnych wykonawców oraz skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią specyfikacji (wyroki KIO: z dnia 8 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1020/08; z dnia 29 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 48/09; z dnia 29 sierpnia 2008 r., sygn. akt:

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W rozdziale XIII SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie: *„Zamawiający dopuszcza możliwość udziału podwykonawców przy realizacji niniejszego zamówienia. Wykonawca ma obowiązek wskazać w ofercie, czy powierzy wykonanie zamówienia podwykonawcom i w jakim zakresie. W przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Zamawiający wymaga, aby wykonawca w momencie zawarcia umowy przedstawił dokumenty potwierdzające, że podwykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, dotyczące określonej części zamówienia oraz umowę z podwykonawcą.”*

Pismem z dnia 7 listopada 2014 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień na zadane przez wykonawców pytania. I tak, na pytanie o treści: *„Czy Zamawiający dopuszcza, aby za usługę objętą przedmiotem zamówienia faktury wystawiło kilka różnych podmiotów, tj. aby w miesiącu kwietniu 2015 r. faktura za usługę była wystawiana przez firmę X, w miesiącu maju 2015 r. przez firmę Y a w kolejnych miesiącach jeszcze przez inne firmy?”*, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający nie dopuszcza zaistnienia wyżej opisanej sytuacji, tj. aby faktury za przedmiot zamówienia były wystawiane przez różne podmioty. Zamawiający wymaga, aby faktury wystawiane były przez Wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.”* Zaś na pytanie: *„Czy Zamawiający dopuści, aby pracownicy tymczasowi w trakcie wykonywania niniejszego zamówienia byli zatrudnieni kolejno przez kilka różnych podmiotów? Np. w miesiącu kwietniu 2015 r. byliby zatrudnieni w firmie X, w maju ich pracodawcą byłby podmiot Y a w kolejnych miesiącach jeszcze inne firmy. W SIWZ brak jest wymogu, aby przez cały okres wykonywania zamówienia pracownicy byli zatrudnieni w jednej i tej samej agencji pracy tymczasowej”*, Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający nie dopuszcza zaistnienia wyżej opisanej sytuacji. W całym okresie trwania umowy „Pracownicy Tymczasowi” muszą być zatrudnieni przez jeden podmiot.”*

W ofercie w pkt 13 Odwołujący złożył oświadczenie: *„wykonanie niniejszego zamówienia powierzymy podwykonawcom w następującym zakresie: zatrudnienie części pracowników tymczasowych.”*

Pismem z dnia 18 listopada 2014 r. Przystępujący poinformował Zamawiającego o nieprawidłowościach w ofercie Odwołującego, wskazując m.in., że *„w odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający zastrzegł, że „W całym okresie trwania umowy „Pracownicy Tymczasowi” muszą być zatrudnieni przez jeden podmiot”. Wyjaśnienia stają się integralną częścią SIWZ i zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wyjaśnieniami skutkuje odrzuceniem oferty. Wykonawca Outworking wskazał w pozycji 13 formularza oferty (str. 3) iż zamierza część pracowników zatrudnić w innym podmiocie, tj. u podwykonawcy/-*

*ów. Oznacza to zamiar wykonania zamówienia niezgodnie z treścią SIWZ. Bezsprzecznie oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”*

Pismem z dnia 19 listopada 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w przedmiocie powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, w świetle udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 3, zadane przez jednego z wykonawców.

W odpowiedzi (pismo z dnia 19 listopad 2014 r.) Odwołujący podał: *„Zamawiający dopuścił możliwość udziału podwykonawców przy realizacji niniejszego zamówienia. Okoliczność ta została określona wprost w rozdziale XVIII SIWZ. Stosowny zapis o możliwości korzystania z podwykonawstwa znajduje się także w formularzu ofertowym. Wobec powyższego nieuzasadnione jest kategoryczne stwierdzenie, że udział podwykonawcy w zakresie zatrudnienia pracowników tymczasowych stanowi niezgodność z treścią SIWZ.*

*Odnosząc się do cytowanego pytania do SIWZ i udzielonej na nie odpowiedzi wskazać należy, iż dotyczą one sytuacji, gdy dany pracownik miałby być w toku realizacji usługi zatrudniany kolejno przez różne podmioty. Zamawiający nie dopuścił takiej możliwości a wykonawca to respektuje.*

*Z zapisów SIWZ, czy też z treści wyjaśnień do SIWZ nie wynika natomiast zakaz zatrudnienia przez podwykonawcę pracowników przez cały okres świadczenia usługi. Nie dojdzie wtedy do zatrudnienia pracowników kolejno przez różne podmioty. W tym miejscu należy również stanowczo stwierdzić, że warunki przetargu nie nakazywały, aby wszyscy pracownicy tymczasowi mogli być zatrudnieni tylko i wyłącznie w jednym (tym samym) podmiocie. Oznaczałoby to bowiem naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym nierówne traktowanie wykonawców, choćby konsorcjów, które mogą podzielić się obowiązkami wedle własnego uznania. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.04.2010 r. KIO/UZP 567/10 podział zadań pomiędzy członków konsorcjum i rozliczenie robót jest wewnętrzną sprawą wykonawców tworzących to konsorcjum.*

*W związku z powyższym wykonawca podtrzymuje oświadczenie o zamiarze powierzenia podwykonawcom wykonania zamówienia w zakresie zatrudnienia części pracowników tymczasowych. W żadnym przypadku nie doprowadzi to do wykonania zamówienia niezgodnie z treścią SIWZ, w szczególności poprzez kolejne zatrudnianie przez różne podmioty.”*

Pismem z dnia 28 listopada 2014 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *„z uwagi że treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt*

3)". W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący wskazał w pkt 13 Formularza oferty, iż zatrudnienie części pracowników powierzy do wykonania podwykonawcy. Zamawiający zaś w rozdziale XIII SIWZ, gdzie dopuszczono możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy/om, sformułował wiążące się z tym wymagania, a „na zadane do SIWZ pytanie określił, jaki zakres przedmiotu zamówienia jest zastrzeżony w całym okresie trwania umowy dla Wykonawcy. (...) Zastrzeżony dla Wykonawcy zakres, to zatrudnienie „Pracowników Tymczasowych”. W odpowiedzi na zadane do SIWZ pytanie, Zamawiający udzielił odpowiedzi, która doprecyzowała SIWZ, w niniejszym przedmiocie. W całym okresie trwania umowy „Pracownicy Tymczasowi” muszą mieć zatrudnienie w jedynym podmiocie. Wyjaśnienie do SIWZ udzielone przez Zamawiającego, zostało zamieszczone na stronie internetowej Sądu i stało się integralną częścią SIWZ oraz na równi z jej pozostałymi postanowieniami wiążące dla wszystkich wykonawców (m.in. wyrok KIO z dnia 7 marca 2012 r. KIO 388/12.”

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, rozstrzygające znaczenie w niniejszej sprawie należy przypisać treści SIWZ. Nie można pominąć, że Zamawiający wprost w rozdziale XVIII SIWZ dopuścił możliwość realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców. Obowiązkiem wykonawcy było zaś poinformowanie Zamawiającego o skorzystaniu z tego uprawnienia i określenie zakresu zamówienia, który zostanie powierzony do wykonania podwykonawcom. Obowiązek informacyjny, według treści SIWZ, wykonawca miał zrealizować poprzez podanie rzeczonych informacji w pkt. 13 oferty. Jednocześnie Zamawiający nie zastrzegł, że części zamówienia, które uznaje za kluczowe, mogą być wykonane jedynie osobiście przez wykonawcę, choć takie uprawnienie przysługiwało Zamawiającemu z mocy przepisu art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Intencje Zamawiającego co do możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom zostały więc wyrażone, w ocenie Izby, w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 7 listopada 2014 r. nie stanowią zmiany treści SIWZ w przedmiotowym zakresie. Analiza rzeczonych wyjaśnień, w przekonaniu Izby, nie pozostawia żadnych wątpliwości, że w szczególności pytanie nr 2 i 3 wraz z odpowiedziami, nie dotyczyły kwestii podwykonawstwa. Nie ma tam jakiegokolwiek mowy o podwykonawcach czy to bezpośrednio czy pośrednio. Treść pytań i odpowiedzi wprost wyklucza, że poruszany aspekt dotyczy udziału podwykonawców. W pytaniu nr 2 podniesiono kwestię fakturowania przedmiotu usługi przez różne podmioty w toku realizacji zamówienia, co wprost wskazuje, że pytanie nie dotyczy podwykonawców, bowiem nie ma możliwości, aby wystawcą faktury

nie był wykonawca. Zaś, pytanie nr 3 stanowi rozwinięcie pytania nr 2 i jest w istocie pytaniem, które dotyka tego samego aspektu, tylko z innego punktu widzenia. Co do zasady w obu pytaniach chodzi o możliwość zatrudnienia pracowników tymczasowych w toku realizacji zamówienia przez różne podmioty. Pytającemu chodziło więc o to, czy pracownicy tymczasowi w czasie realizacji zamówienia mogą mieć różnych pracodawców, a więc czy dopuszczalna jest zmiana pracodawców. Zamawiający udzielił odpowiedzi negatywnej, co oznacza jedynie tyle, że przez okres realizacji zamówienia zmiana pracodawców jest wykluczona. Jednakże kwestia zmiany pracodawcy w czasie realizacji zamówienia a kwestia podwykonawstwa to dwa różne zagadnienia. Tym bardziej, że na gruncie ustawy Pzp zamówienie może być realizowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), co kwestię zmiany pracodawców każe wiązać z tego rodzaju sytuacją, biorąc pod uwagę, że pytający dopytywał się o możliwość wystawiania faktury przez różne podmioty, a to jednoznacznie wskazuje, że nie chodziło o podwykonawców, bowiem ci nie wystawiają faktur zamawiającemu. Nadto, zauważyć należy, że nawet sam Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że powoływane pytania dotyczą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zatem, wszystkie te okoliczności, w ocenie Izby, przesądzają, że twierdzenia Zamawiającego, że skorzystanie z instytucji podwykonawstwa nie było możliwe, a przynajmniej w tym zakresie, są nietrafne.

Podkreślenia wymaga, że zasadą jest możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom (art. 36a ust. 1 ustawy Pzp). Wykonawca może korzystać z tego uprawnienia w sposób dowolny, chyba że zamawiający ograniczy taką możliwość (art. 36a ust. 2 ustawy Pzp). Skoro więc ustawodawca nie ustanawia obowiązku osobistego świadczenia przez wykonawcę, a odstępstwo od tej zasady musi wynikać z podjętych przez zamawiającego decyzji, to w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że intencje zamawiającego w tym przedmiocie muszą być wyrażone w sposób precyzyjny i jednoznaczny.

W ocenie Izby, Zamawiający temu obowiązkowi nie sprostał. Zamawiający dopuszczając w SIWZ możliwość skorzystania z podwykonawców przy realizacji zamówienia i przygotowując formularz oferty, korespondujący z tymi postanowieniami (obowiązek wskazania zakresu zamówienia, który zostanie powierzony do wykonania podwykonawcom), wyraził swoją wolę w sposób oczywisty. Zaś, powoływane wyjaśnienia treści SIWZ materii tej nie dotyczyły. Należy się sprzeciwić takiej interpretacji treści powoływanych wyjaśnień, zaproponowanej przez Zamawiającego, który li tylko z faktu, że mowa tam jest o różnych podmiotach wywodzi o wyłączeniu możliwości skorzystania z podwykonawców. Zdaniem Izby, nie jest to uprawniona wykładnia autentyczna, bowiem nie ma zakotwiczenia ani w treści wyjaśnień ani w treści SIWZ.

Jeśli intencją Zamawiającego było wykluczenie podwykonawstwa w określonym zakresie to taką wolę winien wprost wyrazić. Na obecnym etapie postępowania nie można

twierdzić, że jednoznaczne postanowienia SIWZ, stanowiące o uprawnieniu wykonawcy, zostały zmienione a uprawnienia te odjęte na podstawie wyjaśnień SIWZ, które nie dotyczą tej kwestii i z całą pewnością wykonawca nie mógł wywieść wniosków, powoływanych przez Zamawiającego. Tym bardziej, że w treści wyjaśnień nie użyto terminu „podwykonawca” ani innego, który pozwoliłby zidentyfikować podwykonawcę, utrzymując jednocześnie zapisy w formularzu oferty dotyczące podwykonawcy.

Argumentacja Zamawiającego jest również nieprzekonująca i z tej przyczyny, że Zamawiający stoi na stanowisku (odpowiedź na odwołanie), że brak możliwości skorzystania z podwykonawców dotyczy jedynie kwestii kluczowych, a więc zatrudnienia pracowników. Takiego wniosku w żaden sposób nie sposób wywieść z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego. Raz jeszcze należy podkreślić, że mowa tam jedynie o kwestii zmiany pracodawców w toku realizacji zamówienia.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający już po złożeniu ofert dostrzegł konieczność zatrudniania pracowników osobiście przez wykonawców i podjął próbę uzasadnienia tego obowiązku, jednakże nie negując tych potrzeb Zamawiającego, nie ma podstaw do stwierdzenia, że potrzeba ta została wyartykułowana (ustanowiona) w treści SIWZ czy też w udzielonych wyjaśnieniach. W świetle intencji wyrażonych przez Zamawiającego nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, że realizację zamówienia w zakresie zatrudnienia pracowników Zamawiający zastrzegł do osobistej realizacji przez wykonawcę.

Na tym tle należy wyrazić pogląd, że częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości co do treści zmiany, natomiast nie mogą być wykorzystywane do dowolnej interpretacji SIWZ.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, dopuszczenie do realizacji zamówienia podwykonawców nie spowoduje, że zamówienie będzie wykonywane przez podmioty do tego nieuprawnione, bowiem Zamawiający zabezpieczył swoje interesy w tym zakresie. Natomiast powołując się na brak możliwości weryfikacji podwykonawcy pod kątem doświadczenia Zamawiający zdaje się nie dostrzegać uprawnień i ograniczeń, wynikających z przepisu art. 36b ust. 2 ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, że Zamawiający z przysługującego mu uprawnienia, wynikającego z przepisu art. 36a ust. 2 ustawy Pzp nie skorzystał. W tych okolicznościach czynność odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za bezpodstawną a wybór oferty najkorzystniejszej obarczony błędem, co stanowi o naruszeniu przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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 i § 5 ust. 2 pkt 1 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, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....