

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 20 października 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Emil Kawa**

**Ewa Kisiel**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 20 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2015 r. przez InPost S.A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dąbrowa Górnicza - Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych w Dąbrowie Górniczej

przy udziale Poczty Polskiej S.A. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 15. 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania na rzecz InPost S.A. w Krakowie.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:.....**

.....

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Górnicza - Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych w Dąbrowie Górniczej - wszczął w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej jako „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług pocztowych na rzecz Miejskiego Zarządu Budynków Mieszkalnych w Dąbrowie Górniczej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 października 2015 pod pozycją 264328. Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

9 października 2015 r. InPost S.A. w Krakowie wniosła odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołująca zarzuciła zamawiającemu wadliwy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując w uzasadnieniu odwołania, że: „Zamawiający w treści punktu III.3.4 ogłoszenia p.t. „Osoby zdolne do wykonania zamówienia - Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku” zawarł następujące postanowienie: „ Wykonawca musi spełnić klauzulę społeczną: a. przyjmowanie przesyłek pocztowych nadanych przez Zamawiającego winno odbywać się przez osoby zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę, dlatego wszystkie osoby zajmujące się przyjmowaniem przesyłek w realizacji zamówienia winny posiadać zatrudnienie na podstawie umowy o pracę; b. przemieszczanie i doręczanie przesyłek pocztowych nadanych przez Zamawiającego winno odbywać się przez osoby, które w co najmniej 90% są zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę, dlatego umownie procentowy udział osób zajmujących się przemieszczaniem i doręczeniem przesyłek pocztowych w przeliczeniu na pełne etaty zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w stosunku do wszystkich osób zajmujących się przemieszczaniem i doręczeniem przesyłek pocztowych winien wynosić co najmniej 90%. Spełnienie warunku nastąpi poprzez złożenie zobowiązania Wykonawcy w formie oświadczenia. ” Zamawiający nie zażądał przedłożenia przez wykonawcę tzw. wykazu osób. Powyższe postanowienie zostało powielone w treści s.i.w.z.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać na dwie okoliczności. Katalog dokumentów zawartych w §1 ust. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane ma charakter zamknięty. Zatem Zamawiający nie może żądać w opisie sposobu spełniania tzw. podmiotowego warunku udziału w postępowaniu innych

dokumentów, niż wskazane w rozporządzeniu. (...).

Reasumując, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest niezgodny z prawem zamówień publicznych. Zamawiający żąda innego dokumentu, niż wskazany w przepisach prawa.

Po drugie niezgodność treści s.i.w.z. oraz ogłoszenia z Pzp przejawia się nie tylko w odniesieniu do samego opisu żądanego dokumentu, ale także do treści opisu warunku. Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie prawo żądania dokumentów istnieje jedynie wówczas, gdy mają one potwierdzać jednoznacznie postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Jednocześnie możliwość konkretyzowania warunku w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku jest ograniczona rodzajem dokumentów, których może żądać zamawiający. Występuje zatem wzajemna korelacja pomiędzy warunkami udziału (opisem sposobu dokonania oceny spełnienia warunku) a dokumentami żądanymi na ich potwierdzenie.

Zgodnie z treścią §1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Zamawiający może żądać: „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, 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 ”.

Nie sposób przyjąć, iż którakolwiek ze wskazanych powyżej okoliczności odnosi się do możliwości badania sposobu zatrudnienia personelu, który będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia. Jak wprost podkreśla się w orzecznictwie „Wymaganie aby wykonawca np. dysponował wyłącznie sprzętem własnym czy zatrudniał pracowników tylko na umowę o pracę pozostawałoby sprzeczne wprost z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z przepisem art. 26 2b ustawy Pzp. ” Warto także przytoczyć obszerną opinię Izby cytowaną w Biuletynie Informacyjnym Urzędu Zamówień publicznych Nr 10/2010, str. 45: „W szczególności postawiony warunek Izba uznała za sprzeczny z treścią art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, który ustanawia granice warunku udziału w postępowaniu. Ustawodawca wyraźnie zezwolił w tym przepisie wykonawcom, aby wykazywali zdolność do realizacji zamówienia w zakresie potencjału kadrowego za pomocą nie tylko swoich pracowników (osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę), ale także tych osób, którymi wykonawca dysponuje na podstawie innych umów. Wobec takiego określenia ustawowych wymogów dla warunku potencjału kadrowego niedopuszczalne było wprowadzenie przez zamawiającego zawężenia udziału wykonawców tylko do tych podmiotów, które dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wyłącznie na podstawie umów o pracę. Przyjęcie przeciwnego stanowiska powodowałoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zakaz ograniczania dostępu wykonawcom dysponującym osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na podstawie innych stosunków prawnych niż umowa o pracę wynika wprost z art. 26 ust. 2b ustawy, gdzie

również w zakresie potencjału kadrowego wykonawca może posłużyć się zasobami podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji (prawnie dopuszczalnej) wykonawca nie byłby pracodawcą dla osób zdolnych do wykonania zamówienia, a więc nie spełniałby wymogu z pkt. 8.1.2 siwz. Niedopuszczalność takiego ograniczenia potwierdza również liczne orzecznictwo Izby np. wyrok z 20.03.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 277/09 oraz sądów powszechnych np. wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 9.10.2008r. sygn. akt VII Ga 24/08. ” Podobnie także w wyroku KIO z dnia 24 września 2010 r. sygn. akt: KIO 1947/10: „Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że wprowadzony do ogłoszenia i SIWZ zapis niniejszej treści wskazujący, iż wykonawcy powinni wykazać się kadrą pracowniczą zatrudnioną u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło narusza dyspozycję art. 22 ust 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz przepisy Rozporządzenia 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. Nr 226, poz. 1817). Zdaniem Izby nie ma znaczenia podstawa dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co oznacza iż Zamawiający w świetle przepisów ustawy i rozporządzenia nie ma podstawy do zawężania i ograniczania form dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia. ”

Należy także podkreślić, iż celem zamieszczenia w s.i.w.z. opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest wykazanie przez wykonawcę, iż w dacie składania ofert dysponuje personelem posiadającym określone kwalifikacje. Trudno uznać za zgodny z ustawą Pzp taki opis warunku, na podstawie którego wykonawca nie tyle wskazuje na posiadanie personelu o określonych kwalifikacjach, co zobowiązuje się do realizowania ewentualnego zamówienia w przyszłości w oparciu o personel zatrudniony na podstawie umów o pracę (vide: treść załącznika nr 9 do s.i.w.z.). Warunek taki jest niezgodny z treścią przywołanych przez nas przepisów ustawy.

Reasumując, w naszej ocenie zarówno żądany przez Zamawiającego dokument (oświadczenie) na potwierdzenie spełniania warunku, jak i sam sposób zredagowania opisu warunku zawartego w treści punktu III.3.4 ogłoszenia stoją w sprzeczności z prawem zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o nakazanie wykreślenia przedmiotowego warunku z treści ogłoszenia oraz s.i.w.z. lub też alternatywnie o modyfikację warunku w sposób usuwający wskazane powyżej niezgodności z prawem zamówień publicznych. Przy czym podkreślamy, iż nie jest rolą wykonawcy jak i Izby proponowanie treści poszczególnych postanowień s.i.w.z. zastępujących postanowienia przyjęte przez Zamawiającego”.

Poczta Polska S.A. w Warszawie przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby pismem z 16 października 2015 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący wezwany w dniu 16 października 2015 r. do zgłoszenia sprzeciwu nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego.

**Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesienie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W sprawie zaistniały wszystkie przesłanki wskazane w powołanym przepisie, zatem Izba na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 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).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....