

WYROK

z dnia 7 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 7 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego

29 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. z siedzibą w Dęblinie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Usługa - naprawa główna transportera pływającego PTS-M (nr postępowania 18/2020)

prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - 1. Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego kar umownych, który został uwzględniony przez Zamawiającego.
2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu.
3. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu określenie w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób bezpośrednio wykonujących czynności konieczne dla wykonania naprawy głównej transportera pływającego PTS-M.
4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) - stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Koszalinie.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Skarb Państwa - 1. Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu prowadzi

(na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na usługi pn. Usługa - naprawa główna transportera pływającego PTS-M

(nr postępowania 18/2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 2 marca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_43 pod poz. 102696.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

20 kwietnia 2020 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zaproszenie do złożenia oferty oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „SIWZ”, „s.i.w.z.” lub „specyfikacja”}.

29 kwietnia 2020 r. Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. z siedzibą w Dęblinie {dalej również: „WZI” lub „Odwołujący”} wniosły w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności i zaniechań Zamawiającego sprecyzowanych w poniższych zarzutach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 pzp oraz art. 22 ust. 1a - przez niezawarcie w SIWZ żadnych postanowień mówiących o warunkach udziału wykonawców w postępowaniu, a co za tym idzie, także naruszenie obowiązku określenia warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.
2. Art. 29 ust. 3a pzp w zw. z art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy - przez niesformułowanie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób bezpośrednio wykonujących remont transportera pływającego PTS-M, pomimo czasowej powtarzalności czynności realizowanych przez te osoby, konieczności realizacji tych czynności pod kierownictwem pracodawcy, w określonym miejscu i czasie, a także z uwagi na szereg wymagań, jakie osoby zatrudnione bezpośrednio przy produkcji oraz obrocie materiałami wybuchowymi, broni, amunicji oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym muszą spełniać, zgodnie z powszechnie obowiązującym prawem.
3. Art. 14 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego {„kc”} oraz art. 484 § 2 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc - przez umieszczenie w § 13 ust. 1 lit. b) projektu umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) obowiązku uiszczenia kary umownej za opóźnienie, mogące powstać także z przyczyn niezależnych od wykonawcy, w wysokości rażąco wygórowanej, nieadekwatnej do naruszeń i prowadzącej do bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego oraz oderwanej od możliwości poniesienia uszczerbku majątkowego w razie zaistnienia opóźnienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Wprowadzenia do treści SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych lub zawodowych wykonawców w następującym brzmieniu:

W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy - w tym okresie - należycie usługi w zakresie naprawy wojskowych pojazdów gąsienicowych posiadających zdolność pływania, których suma odpowiada co najmniej

wartości 3 916 900,00 zł.

2. Wprowadzenia w rozdziale VI pkt 4 SIWZ postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający na zasadzie art. 29 ust. 3a pzp wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób, które będą bezpośrednio dopuszczane do pracy przy dokonywaniu czynności naprawy wojskowych pojazdów gąsienicowych PTS-M oraz odpowiednio wprowadzenia również w treści SIWZ

informacji, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 8a pzp tj.: dotyczących sposobu dokumentowania zatrudnienia ww. osób, oraz uprawnień Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

3. Dokonania zmiany § 13 ust. 1 lit. b) załącznika nr 2 do SIWZ - wzoru umowy, polegającej na zastąpieniu słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka” oraz obniżeniu przewidzianej w tym postanowieniu kary umownej do 1% za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, tj. nadania mu następującego brzmienia: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1% wartości wykonanej usługi z wadami za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w dostarczeniu zamówionych towarów wolnych od wad w miejsce wadliwych towarów. Wartość usługi wykonanej z opóźnieniem określa Zamawiający stosując ceny rynkowe.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie w szczególności następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1.listy zarzutów}

Odwołujący zaznaczył, że co prawda mamy do czynienia z przetargiem ograniczonym, zaś warunki udziału w postępowaniu zostały określone w ogłoszeniu o zamówieniu, jednak późniejsza ich zmiana 9.03.2020 r. oraz negatywne stanowisko

Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych w Bydgoszczy (będącego jednostką nadrzędną nad

Zamawiającym) w odniesieniu do tej zmiany powoduje, że powstaje istotna wątpliwość co do jej prawidłowości. Tym bardziej, że Zamawiający w SIWZ ostatecznie w ogóle tych warunków nie określił.

Ponadto Odwołujący szczegółowo zrelacjonował historię wprowadzenia i zmiany warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, z uwzględnieniem pism, które kierował w tej sprawie do Zamawiającego oraz do Inspektoratu Wsparcia oraz informacji,

które uzyskał od nich w trybie dostępu do informacji publicznej {które zostały załączone jako dowody do odwołania.

Odwołujący zarzucił, że ostateczna treść tego warunku - dopuszczająca wykazanie się doświadczeniem w należyтым wykonaniu naprawy wojskowych pojazdów pływających gąsienicowych lub kołowych - narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 zasadę uczciwej konkurencji

oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto złagodzenie pierwotnego warunku nie przystaje do przedmiotu zamówienia i powoduje, że opis sposobu dokonania oceny warunku jest sprzeczny z dyspozycją art. 22 ust. 1a pzp.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący powołał się na to, że jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, celem art. 29 ust. 3a pzp było nałożenie na zamawiającego obowiązku oceny, czy czynności, które będą

na jego rzecz wykonywane w ramach realizacji zamówienia publicznego, powinny być wykonywane w ramach stosunku zatrudnienia na umowę o pracę, a które takiego charakteru nie mają i z ich specyfiki wynika, że będą świadczone w oparciu o umowy cywilnoprawne. Jeśli zaś na zamówienie publiczne składają się czynności, których realizacja odpowiada stosunkowi pracy, wówczas zamawiający ma obowiązek wskazać je w opisie przedmiotu zamówienia oraz wyegzekwować od wykonawcy, aby w ramach ich świadczenia zatrudniał on pracowników w rozumieniu Kodeksu pracy (wyrok z 26 marca 2018 r. sygn. akt KIO 411/18) .

Zdaniem Odwołującego istotna w tym zakresie jest każdorazowo specyfika danego zamówienia, w tym przypadku jest to remont główny pojazdów PTS-M. Aby móc w ogóle realizować tego rodzaju zamówienie, wykonawca powinien posiadać odpowiednią koncesję, uprawniającą do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podał, że Zamawiający dopuścił posiadanie przez wykonawców koncesji wydanej jeszcze na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu

materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2037 ze zm.), jak i koncesji wydanej na podstawie obecnie obowiązującej ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz. U. poz. 1214 ze zm.).

Odwołujący wskazał, że zarówno w obecnych, jak i uprzednio obowiązujących przepisach przewidziano szereg restrykcyjnych obowiązków, jakie należy wykonywać względem pracowników zatrudnionych przy produkcji oraz obrocie materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (odpowiednio art. 22 poprzedniej ustawy oraz art. 28 ustawy obecnie obowiązującej). Pracownicy ci muszą także spełniać wiele rygorystycznych wymogów, w tym odnośnie stanu zdrowia, których spełnianie pracodawca przy zatrudnianiu oraz w trakcie jego trwania jest obowiązany weryfikować.

Zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy obecnie obowiązującej bezpośrednio do pracy przy wytwarzaniu materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym może być dopuszczona wyłącznie osoba, która m.in. ma pełną zdolność do czynności prawnych, nie wykazuje zaburzeń psychicznych oraz istotnych zaburzeń funkcjonowania psychologicznego, które stanowiłyby przeszkodę do wykonywania lub kierowania działalnością gospodarczą w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym czy nie była skazana prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe (analogiczny wymóg znajdował się w art. 22 ustawy poprzednio obowiązującej). Zgodnie z art. 30 ust. 1 przy zatrudnieniu oraz w trakcie trwania zatrudnienia przedsiębiorca jest obowiązany weryfikować spełnianie przez pracownika wymagań, o których mowa w art. 28 ust. 1.

Zgodnie z definicją ustawową przez wytwarzanie materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym rozumie się działalność wytwórczą dotycząca materiałów wybuchowych, broni, amunicji oraz wyrobów o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, ale także czynności mające na celu przywracanie lub zmianę ich pierwotnych właściwości. Tym samym remont takiego sprzętu jak PTS-M mieści się w pojęciu wytwarzania wyrobu o przeznaczeniu wojskowym.

Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższe ustawy, mówiąc o osobach zatrudnianych przez przedsiębiorców wykonujących działalność gospodarczą w tych szczególnych dziedzinach konsekwentnie posługują się pojęciem pracownika. Według Odwołującego, zważywszy na kontekst wymogów stawianych osobom zatrudnianym oraz wysokie standardy, które muszą spełniać, należy uznać, że celem ustawodawcy było bezpośrednie odniesienie w tych przepisach do pojęcia pracownika w rozumieniu Kodeksu pracy. W konsekwencji Zamawiający oprócz wymagania posiadania koncesji w powyższym zakresie powinien także wymagać zatrudniania przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę wszystkich osób, które bezpośrednio będą dopuszczone do pracy przy dokonywaniu wszelkich czynności dotyczących naprawy i rewitalizacji pojazdów PTS-M. Odwołujący dodał, że abstrahując od wymagań powyższych ustaw, osoby te będą realizować swoje czynności w sposób, o którym mowa w art. 22 § 1 Kp, tj. na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie przez niego wyznaczonym. Są to zatem czynności, które powinny być wskazane w SIWZ jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Jednocześnie z uwagi na konieczność spełnienia surowych wymogów, o których wspomniano powyżej, praca przez takiego pracownika musi być świadczona w sposób osobisty, gdyż może on zostać dopuszczony do jej wykonywania dopiero po spełnieniu tych wymogów, których obowiązek spełniania pozostaje aktualny przez cały czas wykonywania tego rodzaju czynności.

Odwołujący podkreślił za Urzędem Zamówień Publicznych, że obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest 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. Przyzwalanie na taką praktykę, tj. uznawanie niepracowniczego statusu pracownika, oznacza, że wykonując pracę uzyskuje on mniej korzystny status prawny (np. ze względu na brak prawa do urlopu, brak ochrony wynagrodzenia, odpowiedzialność odszkodowawczą, niezaliczanie okresu pracy do stażu pracy, brak prawa do odzieży ochronnej itd.), podczas gdy zatrudniający ponosi mniejsze koszty, uzyskując te same korzyści co z pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę (wyrok Sądu Najwyższego z 17 maja 2016 r. sygn. akt I PK 139/15). Naruszać to więc może zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z brzmieniem § 13 ust. 1 pkt b) projektu umowy (załącznika nr 2 do SIWZ) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2% wartości wykonanej usługi z wadami za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w dostarczeniu zamówionych towarów wolnych od wad w miejsce wadliwych towarów. Wartość usługi wykonanej z opóźnieniem określa Zamawiający stosując ceny rynkowe.

Odwołujący podał, że jak wynika z danych historycznych, średni koszt naprawy jednego pojazdu PTS-M wahał się w granicach ok. 600 tys. zł brutto. Stąd dzienna wysokość kary umownej za opóźnienie w dostarczeniu towarów wolnych od wad, w przypadku uznania, że wadliwie została wykonana cała naprawa pojazdu PTS-M, może wynosić nawet 12 tys. zł, a 10-dniowe opóźnienie spowoduje naliczenie kary umownej w kwocie aż 120 tys. zł.

Odwołujący zarzucił, że zastrzeżona w powyższy sposób kara umowna za opóźnienie w dostarczeniu towaru wolnego od wad została sformułowana w sposób jednostronny i nieproporcjonalny, bez zachowania równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że sama odpowiedzialność wykonawcy została uregulowana na zasadzie opóźnienia, a nie zwłoki. Różnica między tymi dwiema instytucjami wynika z art. 476 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W konsekwencji w tym przypadku wykonawca będzie mógł zostać obciążony karą umowną w wysokości nawet kilkunastu tysięcy za jeden dzień, także w sytuacji, gdy do opóźnienia w dostarczeniu towarów wolnych od wad dojdzie z przyczyn całkowicie od niego niezależnych.

W ocenie Odwołującego takie uregulowanie, po pierwsze, całkowicie nie przystaje do celu, jakiego służyć ma zastrzeżenie kary umownej, czyli przede wszystkim naprawieniu szkody powstałej w wyniku nienależytego wykonania zobowiązania.

Po drugie, stanowi także ewidentne zaprzeczenie zasadzie proporcjonalności, która powinna się przejawiać w wyważeniu interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinien tak kształtować postanowienia umowne, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Jak jednak podkreśla Urząd Zamówień Publicznych (...) powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości

adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych.

W odpowiedzi na odwołanie z 2 lipca 2020 r. Zamawiający wniósł, jak poniżej wskazano w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zamawiający wniósł o odrzucenie w tym zakresie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie pzp, gdyż Odwołujący formułując zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 22 ust. 1a pzp, kwestionuje de facto warunki udziału w postępowaniu zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 043-102696 2 marca 2020 r., których ostateczne brzmienie zostało opublikowane w ogłoszeniu o zmianie 13 marca 2020 r. Dodatkowo Odwołujący 9 marca 2020 r. został poinformowany, że w związku ze zmianą ogłoszenia zmieniony zostaje również załącznik nr 4 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu obejmujący wykaz dokumentów i oświadczeń załączonych do tego wniosku.

Niezależnie od tego z ostrożności Zamawiający przedstawił również w odpowiedzi na odwołanie argumentację, która jego zdaniem wskazuje na niezasadność powyższych zarzutów odwołania.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Według Zamawiającego przede wszystkim Odwołujący nie określił rodzaju czynności (obowiązek wynikający z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit c pzp), czyli jakie konkretnie czynności winne

być realizowane przez osoby zatrudnione na umowę o pracę, co powoduje, że zarzut jest

niekonkretny i ogólny. Tymczasem określenie rodzaju czynności jest niezbędne, gdyż art. 29

ust.3a pzp odnosi się nie do pracowników ale właśnie rodzajów świadczeń, dla których wykonawca nie może unikać zatrudnienia w ramach stosunku pracy (tak: wyrok Izby z 26 marca 2018 r. sygn. akt KIO 411/18). Według Zamawiającego ogólnie sformułowany zarzut nie pozwala na dokonanie jego weryfikacji.

Jak wynika z art. 29 ust.3a pzp zamawiający ma obowiązek ocenić czy czynności,

które będą na jego rzecz wykonywane, powinny być wykonywane w ramach stosunku zatrudnienia na umowę o pracę. Zamawiający stwierdził, że zastosowanie tego przepisu jest obligatoryjne, jednakże pod warunkiem, że zamawiający jest w stanie wskazać czynności (nie zawody) niezbędne do wykonania zamówienia, których charakter wskazuje na konieczność zawarcia umowy o pracę.

Zamawiający stwierdził, że nie ma możliwości wyspecyfikowania wszystkich czynności, jakie muszą być faktycznie wykonane przy realizacji zamówienia polegającego na naprawie głównej transportera pływającego PTS-M, a więc usługi skomplikowanej, wymagającej specjalistycznej wiedzy technicznej. Zamawiający nie posiada szczegółowej, jak to określił, „wręcz perfekcyjnej” wiedzy dotyczącej sposobu wykonania zamówienia, która umożliwiałaby skuteczne zidentyfikowanie czynności składających się na realizację usługi. Ponadto w przypadku wykonania usług skomplikowanych i specjalistycznych, do jakich zalicza się naprawa PTS-M, nie ma możliwości wskazania czynności powtarzalnych, które powinny być wykonywane na podstawie umowy o pracę.

Niezależenie od tego Zamawiający wywiódł, że obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest 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 zatrudnienia. Ratio legis tych przepisów jest zapobieganie tzw. umowom śmieciowym, a ich interpretacja winna następować przez pryzmat tego celu, który przyświecał ustawodawcy.

Zamawiający oświadczył, że dokonał oceny czynności, które będą na jego rzecz wykonywane, charakteru umowy i towarzyszących jej okoliczności (koncesja), dochodząc do wniosku, że - jak to ujął - nie zachodzą tu przesłanki które leżały u podstaw tworzenia tych przepisów (zapobieganie tzw. umowom śmieciowym). W szczególności wysoce specjalistyczny zakres czynności, które winien wykonać wykonawca, a także szczególne wymagania wobec pracowników sprawiają, że nie ma przesłanek do obawiania się obchodzenia przez wykonawcę zamówienia przepisów prawa pracy. W ocenie Zamawiającego gwarancję taką pośrednio daje właśnie fakt wysokich i szczególnych wymagań wobec pracowników dopuszczonych do pracy przy działalności koncesjonowanej, które zapobiegają w szczególności fluktuacji pracowników, która przy zatrudnieniu na podstawie umów śmieciowych jest normą.

Jednocześnie według Zamawiającego sam fakt wymagania od wykonawców posiadania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej nie obliuguje go do narzucenia obowiązku zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę, gdyż wśród wymagań wobec osób dopuszczonych do pracy uregulowanych w art. 28 ustawy z 13 czerwca 2019 r. (podobnie jak w poprzednio obowiązującej ustawie) nie wyszczególniono takiego obowiązku. Ponadto sama redakcja tego przepisu wskazuje (ustawodawca formułuje „wymagania” wobec osób dopuszczonych do pracy), że mogą to być zarówno pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę, jak również inni pracownicy zatrudnieni na podstawie umów cywilnoprawnych.

Na marginesie Zamawiający postawił tezę, że gdyby nawet intencją ustawodawcy było zobligowanie adresatów ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. do zatrudniania osób na podstawie umowy o pracę, stawianie takiego wymogu ponownie przez niego byłoby zbędne.

W trzeciej kolejności Zamawiający wywiódł, że mając na uwadze cechy charakterystyczne dla stosunku pracy, do których należą wykonywanie pracy określonego rodzaju osobiście, w sposób ciągły, powtarzający się, na rzecz i pod kierownictwem drugiego podmiotu zwanego pracodawcą w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę,

za wynagrodzeniem (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z 19 czerwca 2018 r. sygn. akt III AUa 732/17) oraz analizując charakter usługi będącej przedmiotem zamówienia, zauważyć można, że:

- 1) ma ona charakter umowy o dzieło i zmierza do uzyskania rezultatu, którym jest przekazanie Zamawiającemu sprawnego, objętego gwarancją PTS-M - z takim charakterem nie koresponduje co do zasady wykonywanie czynności powtarzających się, charakterystycznych dla umowy o pracę;
- 2) czynności wykonywane w ramach naprawy PTS-M nie są czynnościami starannego działania charakterystycznymi dla umowy o pracę, ale zmierzają do uzyskania konkretnego efektu, czyli rezultatu,
- 3) czynności wykonywane w ramach usługi będącej przedmiotem postępowania nie mają charakteru ciągłego choćby z tego powodu, że wykonawcy oprócz tego zamówienia wykonują różne inne zlecenia na rzecz innych podmiotów i może być to praca wykonywana równolegle,
- 4) wykonywane czynności nie są powtarzalne (zakres prac jest różny w zależności od stopnia uszkodzenia sprzętu w związku z czym czynności są nieregularne i indywidualnie zróżnicowane),
- 5) nie można przewidzieć, że przy wykonaniu usługi będzie zatrudniony pracownik który ma tylko jeden zawód lub jest przysposobiony do wykonania pracy określonego rodzaju.

Zamawiający podsumował, że nieregularność, specjalistyczny i indywidualny charakter zleconej usługi, wymóg osiągnięcia rezultatu, brak możliwości określenia, że wykonywana praca ma charakter powtarzający się i ciągły, a także brak przesłanek do uznania, że wykonujący usługę będzie zmierzał do niestosowania przepisów prawa pracy, stanowi podstawę do ominięcia w opisie przedmiotu zamówienia wymogu, o którym mowa w art. 29 ust.3a pzp.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

W związku z uwzględnieniem tego zarzutu w piśmie z 16 czerwca 2020 r. i dokonaniu zmian SIWZ zgodnie z żądaniem odwołania, Zamawiający wniósł o umorzenie w tym zakresie postępowania odwoławczego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie w całości podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów}

Natomiast Izba stwierdziła, że zasadny jest wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 pzp, z uwagi na jego podniesienie z przekroczeniem zawitego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp.

Skoro niesporne było, że ostateczne brzmienie skarżonego warunku udziału zostało ustalone 9 marca 2020 r. (o czym w tej dacie poinformowano również Odwołującego), a prowadzone postępowanie jest na etapie zapraszania do złożenia ofert wykonawców, którzy zostali do niego dopuszczeni po pozytywnym zweryfikowaniu spełnienia m.in. tego warunku udziału, Odwołujący mógł i powinien wnieść odwołanie w terminie 10 dni od tej daty.

Z powyższych względów orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 3. listy zarzutów}

Z art. 186 ust. 3a pzp wynika a contrario, że nie dochodzi do umorzenia postępowania odwoławczego, jeżeli odwołujący nie wycofał wszystkich zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. W orzecznictwie Izby nie budzi jednak

wątpliwości, że zarzut uwzględniony przez zamawiającego nie podlega już merytorycznemu rozpoznaniu. Stąd za prawidłowe należy uznać odzwierciedlenie w orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze w sprawie tego odwołania, że w zakresie zarzutu dotyczącego kar umownych, który został uwzględniony przez Zamawiającego, podlega ono umorzeniu, jak to wskazano w pkt 1. sentencji.

Zdaniem składu orzekającego nie ma podstaw prawnych i faktycznych, aby odrębnie rozpatrywać kwestię naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 pzp, gdyż de facto w odwołaniu wskazano na ten przepis jako element zarzutu sformułowania warunku udziału dotyczącego zdolności technicznych niezgodnie z dyrektywami wynikającymi z art. 22 ust. 1a pzp., co w konsekwencji ma również naruszać zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp.

Na marginesie Izba zauważa, że w aktualnym stanie prawnym co do zasady s.i.w.z. również w przypadku przetargu nieograniczonego ma zawierać warunki udziału w postępowaniu, gdyż z art. 37 ust. 2 pzp wynika, że specyfikacja podlega udostępnieniu wykonawcom na stronie internetowej zamawiającego od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku urzędowym Unii Europejskiej. Natomiast odmiennie jest w przypadku zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, gdyż na mocy przepisu szczególnego z art. 131a pkt 1 pzp zasadą jest, że specyfikacja jest przekazywana wraz z zaproszeniem do złożenia ofert (jak w przypadku tego postępowania) lub udostępniana na stronie internetowej, ale dopiero na etapie zaproszenia do składania ofert.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów}

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa w zakresie jednego zarzutu została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą dopuszczonym do udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść również podnieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które zmniejszają jego szanse na uzyskanie tego zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 4 s.i.w.z. przedmiotem tego zamówienia jest naprawa główna transportera pływającego PTS-M, która ma być wykonana w pełnym zakresie opisanym w dokumentacji zakładowej opracowanej przez wykonawcę, zgodnie z warunkami technicznymi producenta, z uwzględnieniem wymagań określonych przez Zamawiającego w „Wymaganiach Eksploatacyjno-Technicznych” (dalej: „WET”), stanowiących załącznik nr 3 do SIWZ. Naprawa główna ma zapewnić odtworzenie resursu technicznego powyższego pojazdu do następnej naprawy głównej, zgodnie z „Katalogiem norm eksploatacji techniki lądowej” DTU-4.22.13.1 (A), wprowadzonym decyzją nr 43/log/P4 Ministra Obrony Narodowej z dnia 28 czerwca 2019 r. (1. punkt I. Wymagań ogólnych WET). W trakcie wykonywania remontu głównego należy: 1) wyodrębnić ze sprzętu urządzenia, które ze względu na specyfikę i znaczenie będą remontowane według oddzielnej dokumentacji; 2) dokonać demontażu transportera na zespoły i podzespoły i części, przeprowadzając ich weryfikację, naprawę, regenerację lub wymianę na nowe i ponownie zamontować zgodnie z przeznaczeniem; 3) zdjąć stare (nie trwałe, odpadające) powłoki lakiernicze i nałożyć nowe zgodnie z technologią malowania kamuflażowego, uwzględniającego wymogi normy obronnej NO-10-A-800 „Malowanie maskujące uzbrojenia i sprzętu wojskowego” oraz normy NO-80-A-200:2014 „Farby specjalne do malowania maskującego”; 4) zabezpieczyć antykorozyjnie profile zamknięte pojazdu; 5) dokonać montażu, sprawdzenia parametrów technicznych po naprawie, poddać naprawiony pojazd próbie drogowej i próbie pracy oraz dokonać odbioru technicznego (ostatni punkt I. Wymagań ogólnych WET). Przy czym proces technologiczny naprawy winien uwzględnić w szczególności: 1) wymianę wszystkich

uszczelnień, elementów gumowych i przewodów elastycznych, reflektorów, wycieraczek; 2) wymianę instalacji elektrycznej; 3) wymianę liny wciągarki; 4) wymianę akumulatorów na nowe; 5) wymianę przewodów elastycznych układu zasilania; 6) wymianę wkładów filtrów powietrznych, paliwowych oraz olejowych; 7) odtworzenie 80% przebiegu gaśnic nowych; 8) wymianę materiałów pędnych i smarów; 9) (...), 10) naprawę łączności wewnętrznej;

11) przygotowanie instalacji i podłączenie dostarczonej przez Zamawiającego radiostacji;

12) wymianę opończy na opończę z materiału trudnopalnego; 13) przeprowadzenie weryfikacji stanu technicznego poszczególnych układów, podzespołów i części i wymianę na nowe zużyte ponad dopuszczalne granice i niekwalifikujące się do regeneracji; 14) naprawę układu jezdnego; 15) naprawę układu napędowego; 16) naprawę osprzętu elektrycznego; 17) naprawę kadłuba; 18) naprawę powietrznego układu rozruchowego; 19) naprawę urządzenia odwadniającego; 20) naprawę główną silnika lub jego wymianę na nowy; 20) malowanie kamuflażowe wg. powyżej wskazanych norm i wzoru opracowanego przez Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej we Wrocławiu; 20) poddanie próbie drogowej oraz sprawdzeniu pływerności gotowego pojazdu (wyciąg z II. Wymagań szczegółowych WET).

Reasumując, Izba stwierdziła, że - zważając na zakres czynności wskazanych w WET Zamawiającego - wykonanie przedmiotowej usługi od względem złożoności technologicznej zbliżone jest do procesu wyprodukowania nowego pojazdu tego typu i wymaga posiadania przez wykonawcę zaplecza technicznego, szczegółowej dokumentacji technicznej (którą WET nie są) oraz zorganizowania procesu technologicznego naprawy, w tym zatrudnienia pracowników, którzy na jego rzecz i pod jego kierownictwem jako pracodawcy oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez niego będą wykonywali czynności składające się na ten proces.

Art. 29 ust. 3a pzp nakłada na zamawiającego obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

Art. 22 § 1 Kodeksu pracy stanowi, że przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Przy czym z mocy art. 22 § 1¹ Kodeksu pracy zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. A z art. 22 § 1² Kodeksu pracy wynika zakaz zastępowania umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy, określonych w § 1.

Jednocześnie zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt. 8a pzp w takim przypadku specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać określenie w szczególności: a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a, b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Z przywołanych powyżej przepisów ustawy pzp jednoznacznie wynika, że na zamawiającym spoczywa obowiązek przeanalizowania i stwierdzenia, czy czynności konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia z punktu widzenia powyżej przywołanych przepisów Kodeksu pracy powinny być wykonywane w ramach stosunku pracy. Innymi słowy w ramach opisu przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć, czy konkretne czynności muszą być wykonywane w ramach stosunku pracy czy też mogą być wykonane na podstawie umowy cywilnoprawnej. W razie stwierdzenia, że wykonywanie czynności niezbędnych dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia polega na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, zamawiający nie może odstąpić od określenia w specyfikacji co najmniej zagadnień, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 8a pzp. Co istotne, zamawiający nie może odstąpić od stosowania art. 29 ust. 3a w zw. art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy pzp z powołaniem się na nieposiadanie wystarczającej wiedzy co do tego, jaki rodzaj czynności jest niezbędny dla wykonania zamówienia, które zamierza udzielić. Stąd przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia powinno również obejmować przeprowadzenie analizy w tym zakresie, jako przejawu uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, do czego obowiązuje przy

sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia art. 29 ust. 1 pzp.

Stąd bez znaczenia dla sprawy jest usprawiedliwianie się przez Zamawiającego, że nie jest w stanie wyspecyfikować wszystkich czynności, jakie muszą być faktycznie wykonane w ramach naprawy głównej transportera pływającego. Zamawiający zdaje się być pod wrażeniem stanowiska wyrażonego w opinii Urzędu Zamówień Publicznych {opubl.

alnego-inspektora-danych-osobowych-z-dnia-28-kwietnia-2017-r.}: Odnajdując czynności mające charakter czynności z Kodeksu pracy, zamawiający będzie zobowiązany do wyspecyfikowania wszystkich tych czynności. Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji etc.

Umknęło jednak uwadze Zamawiającego, że de facto wg tej opinii dopuszczalne jest generalne określenie tych czynności np. jako czynności wykonywane przez personel sprzątający (czynności sprzątania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). W konsekwencji Zamawiający, który sporządził WET stanowiący spis czynności technologicznie koniecznych dla naprawy głównej transportera pływającego PTS-M, powinien być w stanie odpowiednio zidentyfikować i nazwać generalne kategorie czynności pracowniczych, choćby w sposób opisowy.

Natomiast w rozstrzyganej sprawie Zamawiający bezpodstawnie uznał, że zamiast tego znaczenie ma dokonana przez niego ocena charakteru prawnego umowy w sprawie tego zamówienia publicznego jako umowy rezultatu, co miałoby klócić się z zatrudnieniem przez wykonawcę osób na podstawie umowy o pracę, która ma charakter umowy starannego działania. Tymczasem okolicznością notoryjną jest to, że szeroko rozumiane (wg definicji z art. 2 pkt 2 pzp) umowy dostawy i umowy o roboty budowlane mają zawsze charakter umowy rezultatu, a szeroko rozumiane (wg definicji z art. 2 pkt 10 pzp) umowy o usługi w przeważającej mierze też mają taki charakter, co nie przeszkadza w żaden sposób temu, aby czynności konieczne dla osiągnięcia tego rezultatu były wykonywane przez osoby pozostające w stosunku pracy z wykonawcą lub podwykonawcą.

Zamawiający nie może również zwolnić się z obowiązku stosowania art. 29 ust. 3a w zw. art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy pzp z tego powodu, że w jego ocenie dzięki szczególnym wymaganiom wynikającym z przepisów o koncesjonowaniu działalności gospodarczej mało prawdopodobne jest, aby do wykonywania czynności związanych z remontem pojazdu wojskowego doszło do zawierania tzw. umów śmieciowych czyli umów cywilnoprawnych zamiast umów o pracę. Jak sam zauważył Zamawiający, przepisy te nie stanowią podstawy prawnej dla zatrudniania osób wykonujących takie czynności i stanowią co najwyżej okoliczności towarzyszące, a nie rozstrzygające dla obowiązku, który wynika z przepisów ustawy pzp w zw. z przepisami Kodeksu pracy.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a ust. 3 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 3. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając po równo Odwołującego i Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony wpis. Skoro spośród dwóch zarzutów odwołania (które pozostały po uwzględnieniu przez Zamawiającego jednego zarzutu) potwierdził się jeden, a drugi podlegał odrzuceniu można przyjąć, że każda strona wygrała i przegrała spór w połowie.