Sygn. akt: KIO 49/23

WYROK

z dnia 20 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2023 r. przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Katowice - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia przez usunięcie w punkcie 7.1.4. lit. c) postanowień tiret siódmego, ósmego i czternastego wraz z uwzględnieniem konsekwencji wprowadzonych zmian w pozostałych dokumentach zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) na niniejszy wyrok -w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 49/23

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

Zamawiający – Miasto Katowice - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na konserwację sieci wydzielonej oświetlenia ulicznego w Katowicach w 2023 r. (znak postępowania: 1/I/2023/WP).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 stycznia 2023 r. pod numerem nr 2023/BZP 00002347/01.

W dniu 5 stycznia 2022 r. wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w pkt 7.1.4. lit. c) tiret siódme i ósme SWZ oraz w sekcji V pkt 5 ppkt 4) lit. c) tiret siódme i ósme ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, wykraczający poza umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nie mającego wpływu na realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. przez wymaganie, aby wykonawcy dysponowali:

a. minimum 2 osobami posiadającymi upoważnienia do zajmowania się eksploatacją urządzeń energetycznych w zakresie wydawania poleceń na wykonywanie prac pod napięciem i organizowanie prac pod napięciem na terenie działania TAURON Dystrybucja S.A.: i. w sieciach elektroenergetycznych do 1kV

b. minimum 4 osobami posiadającymi upoważnienia do zajmowania się eksploatacją urządzeń energetycznych w zakresie wykonywania prac pod napięciem na terenie działania TAURON Dystrybucja S.A.:

i. na napowietrznych liniach elektroenergetycznych do 1kV

ii. przy urządzeniach rozdzielczych i liniach kablowych do 1kV,

które to upoważnienia są wydawane przez TAURON Dystrybucja S.A. (dalej: „TAURON") dla celów dopuszczenia do zajmowania się eksploatacją urządzeń należących do TAURON, nie zaś jakichkolwiek innych urządzeń, stanowiących własność innych podmiotów, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu w ogóle nie obejmuje eksploatacji urządzeń należących do TAURON, lecz wyłącznie urządzeń oświetlenia ulicznego należących do Miasta Katowice i zarządzanych przez Zamawiającego (Miejski Zarząd Dróg i Mostów), zatem wykonywanie prac objętych przedmiotem zamówienia nie wymaga

posiadania upoważnienia wydanego przez TAURON, przy czym pozyskanie takiego upoważnienia jest procedurą czasochłonną i praktycznie niemożliwą do przeprowadzenia w ramach czasowych Postępowania (w okresie pomiędzy wszczęciem Postępowania a wyznaczonym terminem składania ofert), a tym samym wprowadzenie wymogu posiadania ww. upoważnienia w ramach warunku udziału w postępowaniu ogranicza konkurencję w postępowaniu, bowiem uniemożliwia ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy posiadają kwalifikacje do wykonania przedmiotu zamówienia, a nie dysponują osobami posiadającymi ww. upoważnienia;

2. art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 58 § 1 k.c oraz w zw. z art. 131, 132 i 133 w zw. z art. 151^5§ 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2022 r. poz. 1510, ze zm.; dalej: „kodeks pracy") poprzez ustanowienie w pkt 7.1.4. lit. c) tiret czternaste oraz w sekcji V pkt 5 ppkt 4) lit. c) tiret czternaste warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nadmierny, wykraczający poza umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia sprzecznego z prawem, tj. przez wymaganie, aby wykonawcy dysponowali minimum 2 osobami dyspozycyjnymi przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, które to wymaganie nie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia – bowiem nie istnieją żadne powody aby wymagać dostępności konkretnych pracowników (osób zatrudnionych na innej podstawie niż stosunek pracy) w trybie ciągłym, a nadto jest sprzeczne z przepisami kodeksu pracy dotyczącymi: wymiaru pracy oraz obowiązku zapewnienia nieprzerwanego odpoczynku (w przypadku osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy) i z zasadami współżycia społecznego (w przypadku osób zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej).

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SWZ poprzez wykreślenie w pkt 7.1.4. lit. c) postanowień tiret siódmego, ósmego i czternastego, tj. nakazanie usunięcia zakwestionowanych warunków udziału w postępowaniu;

3. nakazanie Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie w sekcji V pkt 5 ppkt 4) lit. c) tiret siódmego, ósmego i czternastego, tj. nakazanie usunięcia zakwestionowanych warunków udziału w postępowaniu;

4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w pkt 5.4 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu oraz

w pkt 7.1.4. lit. c) ogłoszenia o zamówieniu ustanowił szereg wymogów dotyczących dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach zawodowych. Większość tych kwalifikacji jest w istotny sposób związana z przedmiotem zamówienia – dotyczą one bowiem co do zasady posiadania przez osoby dedykowane do wykonywania zamówienia uprawnień wynikających z przepisów obowiązującego prawa, uprawniających do wykonywania czynności związanych z eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (tj. określonych w rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 1 lipca 2022 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. poz. 1392). Powyższe nie dotyczy jednak wymogów dotyczących: 1) posiadania upoważnienia do eksploatacji wydawanego przez TAURON, 2) dyspozycyjności 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu.

1.1. Wymaganie dysponowania osobami posiadającymi upoważnienia wydane przez TAURON

Uzasadniał, że zawarte w postanowieniu pkt 7.1.4. lit. c) tiret siódme i ósme SWZ wymaganie kwalifikacji pracowników (osób zatrudnionych) nie dotyczy uprawnień wynikających z przepisów obowiązującego prawa, lecz wydawanych przez prywatną spółkę TAURON (kontrolowanej przez spółkę Tauron Polska Energia S.A., w której 30,6% akcji posiada Skarb Państwa, zaś pozostały akcjonariat stanowią inne podmioty (przede wszystkim prywatne). Uprawnienia te są wydawane zgodnie z wewnętrznymi uregulowaniami spółki TAURON wyłącznie w celu potwierdzenia kwalifikacji określonych osób do eksploatacji urządzeń stanowiących własność TAURON. Uprawnienia te są wydawane zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku do Zarządzenia nr 36/2015 – Zasady nadawania Upoważnień osobom zajmującym się eksploatacją urządzeń energetycznych TAURON Dystrybucja S.A. na stanowisku dozoru oraz eksploatacji (dalej: „Zasady"). Z przywołanych Zasad wynika, że wspomniane upoważnienia są nadawane „osobom zajmującym się

eksploatacją urządzeń energetycznych TAURON Dystrybucja S.A.". Nadanie uprawnień wymaga od zainteresowanych osób m.in. ukończenia z wynikiem pozytywnym kursu w zakresie prac pod napięciem dla osób dozoru stosownego do kategorii upoważnienia (§ 5 ust. 1 pkt 1.3 lic. C) i § 5 ust. 1 pkt 1.6 lit. c) Zasad) oraz zdania egzaminu obejmującego m.in. zagadnienia zawarte w Instrukcji organizacji bezpiecznej pracy przy urządzeniach energetycznych w TAURON, zagadnienia zawarte w instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (§ 6 ust. 1 lit. a) i b) Zasad), znajomość Instrukcji wykonywania czynności łączeniowych w sieciach elektroenergetycznych TAURON (§ 6 ust. 2 pkt 2.1. lit. a) Zasad). Innymi słowy, upoważnienia te są wydawane określonym osobom przez TAURON wyłącznie w celu upoważnienia tych osób do eksploatacji urządzeń własnych TAURON. W konsekwencji uzasadniony jest wniosek, że żądanie w niniejszym Postępowaniu od wykonawców wykazania się osobami posiadającymi takie upoważnienia

byłoby zatem uzasadnione, o ile przedmiot udzielanego zamówienia obejmowałby eksploatację urządzeń TAURON. W stanie faktycznym sprawy taka sytuacja nie występuje. Przedmiotem zamówienia udzielanego w Postępowaniu jest wyłącznie konserwacja urządzeń oświetlenia ulicznego należących do Miasta Katowice. Według wiedzy Odwołującego – i zgodnie z przekazanymi dokumentami zamówienia – nie jest przedmiotem zamówienia utrzymywanie jakichkolwiek urządzeń energetycznych należących do TAURON lub współdzielonych z tym podmiotem. W związku z powyższym, wymaganie od wykonawców posiadania ww. upoważnienia znacząco wykracza ponad to, co jest konieczne do oceny zdolności do należytego wykonania zamówienia i jako takie jest niedopuszczalne.

1.2. Wymaganie dysponowania osobami dyspozycyjnymi przez 24 godziny siedem dni w tygodniu

Zupełnie niezrozumiałym są dla Odwołującego powody wymagania przez Zamawiającego wykazania się osobami dyspozycyjnymi przez 24 godziny na dobę, przez siedem dni w tygodniu. Wymóg ten w istocie oznacza konieczność zatrudnienia co najmniej takich dwóch osób, z których każda będzie pozostawała w dyspozycji Wykonawcy w istocie w trybie ciągłym (tj. w stałej dostępności). Spełnienie takiego wymogu jest w rzeczywistości niemożliwe – i to zarówno z uwagi na ograniczenia czysto naturalne, biologiczne czy fizjologiczne (każdy człowiek musi przecież spać), psychologiczne (wymaganie stałej dostępności dla pracodawcy czy zleceniodawcy, niezapewnienie wystarczającego odpoczynku i stres z tym związany może mieć zgubny wpływ na zdrowie psychiczne) i etyczne (wymaganie od pracownika stałej dostępności i powodowanie wynikających z tego negatywnych skutków dla jego życia osobistego i towarzyskiego oraz dla zdrowia jest zupełnie niedopuszczalne), ale również z uwagi na ograniczenia prawne.

Zatrudnienie przez wykonawcę osób zdolnych do wykonania zamówienia następuje: co do zasady w oparciu o stosunek pracy, względnie w oparciu o umowę cywilnoprawną (przy czym to drugie rozwiązanie winno być postrzegane jako co najmniej niepożądane z punktu widzenia polityki socjalnej Państwa oraz prospołecznych celów, którym służą kolejne zmiany przepisów prawa, w tym przepisów o zamówieniach publicznych). Zauważyć w tym zakresie należy, że przepisy kodeksu pracy ustanawiają istotne ograniczenia zarówno co do czasu pracy (czasu, przez jaki pracownik może świadczyć pracę na rzecz pracodawcy), jak i co do konieczności zapewnienia pracownikowi odpowiedniego odpoczynku.

I tak, zgodnie z art. 131 kodeksu pracy, tygodniowy czas pracy łącznie z godzinami nadliczbowymi nie może przekraczać przeciętnie 48 godzin w przyjętym okresie rozliczeniowym. Przyznać należy, że treść zakwestionowanego warunku udziału w postępowaniu referuje do pojęcia „dyspozycyjności", nie zaś „czasu pracy", zatem ową dyspozycyjność można również uzyskać poprzez przewidziane w art. 151^5 kodeksu pracy

zobowiązanie pracownika do pozostawania poza normalnymi godzinami pracy w gotowości do wykonania pracy (dyżur pracowniczy) – a takiego dyżuru nie wlicza się do czasu pracy, jeśli pracownik w jego trakcie pracy nie wykonywał. Jednakże w razie wystąpienia podczas dyżuru faktycznej konieczności pracy w wymiarze przekraczającym łącznie 48 godzin tygodniowo (o co nietrudno w razie powierzenia dyżuru w trybie ciągłym), dalsze powierzanie pracy nie byłoby już dopuszczalne – co w zasadzie pozbawiałoby możliwości uznania, że pracownik jest „dyspozycyjny". Jeżeli godziny efektywnej pracy podczas dyżuru przewyższają ustaloną dla pracownika normę dobową czasu pracy lub przedłużony wymiar dobowy, są one godzinami nadliczbowymi ze wszystkimi tego konsekwencjami (taka tezę potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1978 r., I PRN 147/77, OSN 1978/7/126).

Ponadto zgodnie z art. 151^5 kodeksu pracy, czas pełnienia dyżuru nie może naruszać prawa pracownika do odpoczynku – który zgodnie z art. 132 i 133 kodeksu pracy obejmuje 11 godzin w każdej dobie oraz 35 godzin w każdym tygodniu. Powierzenie pracownikowi dyżuru łączonego z pracą w trybie ciągłym (24 godziny na dobę, siedem dni w tygodniu) uniemożliwiłoby zachowanie ww. wymogów – co wskazuje na niezgodność warunku udziału w postępowaniu z ww. przepisami prawa. Zagwarantowanie pracownikom minimalnych okresów odpoczynku wyklucza pełnienie dyżurów całodobowych (tak Florek Ludwik (red.), Kodeks pracy. Komentarz, wyd. VII, komentarz do art. 1515 kodeksu pracy).

Z kolei w przypadku zatrudnienia osób na podstawie umowy cywilnoprawnej, obciążenie ich obowiązkiem pozostawania w stałej gotowości i dyspozycyjności musiałoby być postrzegane w kategoriach nadużycia prawa podmiotowego oraz sprzeczności z zasadami współżycia społecznego – w szczególności z powodu opisanych powyżej ograniczeń biologicznych, psychologicznych i etycznych. Za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego należałoby uznać w szczególności zobowiązywanie drugiej strony umowy (nota bene – strony słabszej, którą w takiej relacji z całą pewnością będzie zatrudniana osoba fizyczna) do takich obowiązków, których realizacja zagrażałaby zdrowiu i generowała nadmierne trudności.

Jednocześnie nie istnieją żadne racjonalne powody, dla których Zamawiający miałby wymagać od wykonawcy zapewnienia stałej dostępności konkretnych pracowników. Jeśli powodem wprowadzenia takiego wymogu miałaby być potrzeba zapewnienia stałego kontaktu z wykonawcą oraz szybkiej reakcji w razie postania zagrożeń, awarii lub innych zdarzeń, to wystarczającym byłoby, aby pracownicy odpowiedzialni za wykonanie zamówienia byli dostępni w trybie zmianowym (zastępowali się wzajemnie w taki sposób, aby wspólnie zapewnić dostępność dla zamawiającego przez 24

godziny na dobę, 7 dni w tygodniu). Mając to na uwadze, wymaganie przez Zamawiającego wykazania się co najmniej dwoma osobami dyspozycyjnymi przez 24 godziny na dobę i 7 dni w tygodniu, jako

niedopuszczalne winno zostać wykreślone.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 stycznia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Odnośnie zarzutu dotyczącego upoważnień wydawanych przez TAURON Zamawiający wskazał, że opisane w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu warunki są niezbędne dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia są usługi dotyczące urządzeń oświetlenia ulicznego stanowiących własność gminy Katowice jako sieci wydzielone. Sieci jednakże pracują w większej części w skojarzeniu z sieciami firmy Tauron (obecnie firmy Tauron Nowe Technologie S.A., dalej TNT) lub jako mieszane układy oświetleniowe, w których własności i granice eksploatacji stykają się ze sobą. Wynika to z faktu, iż pierwotnie operatorem sieci do których należało oświetlenie uliczne na terenie miasta Katowice były zakłady energetyczne, które obecnie funkcjonują jako poszczególne firmy z grupy Tauron. Na terenie miasta funkcjonują obecnie zatem urządzenia oświetlenia ulicznego:

- należące do grupy Tauron,
- należące do miasta Katowice, zasilane z obwodów Tauron niewydzielone),
- należące do miasta Katowice skojarzone z sieciami Tauron (wydzielone),
- należące do miasta Katowice niezależne (wydzielone).

Zamawiający wyjaśniał, że przedmiot przetargu obejmuje dwie ostatnie kategorie. Skojarzenie sieci wydzielonych miasta Katowice polega na ich pracy jako mieszanych obwodów oświetleniowych, w których własności i granice eksploatacji stykają się ze sobą wzajemnie. Styczność ta polega w szczególności na:

1. Skojarzeniu - zbliżeniu się sieci zasilających napowietrznych Nn. budynki mieszkalne,

itp. (własność TNT) z siecią napowietrzną zasilającą oświetlenie uliczne (sieć wydzielona).

2. Skojarzenie obwodów w szafie rozdzielczej oświetlenia ulicznego należącego do

miasta Katowice (wydzielonego) z obwodami firmy TAURON.

Zamawiający przedstawił dokumentację zdjęciową przykładowych powiązań sieci wydzielonej z siecią TNT.

Zamawiający wskazał, że jeszcze w dniu 31.10.2017 r. otrzymał od firmy Tauron (ówcześnie Tauron Dystrybucja Serwis S.A. - poprzednik TNT) wytyczne i warunki dotyczące współpracy przy eksploatacji sieci oświetlenia ulicznego - wydzielonego. Z tego stanowiska wynika konieczność ujęcia opisanych w SWZ i OPZ warunków dot. zdolności technicznej i zawodowej wykonawców. W związku z powyższym w celu zapewnienia odpowiednio wysokiego poziomu bezpieczeństwa robót, profesjonalnej obsługi w zakresie konserwacji, remontów i eksploatacji, a także szybkiej reakcji na zdarzenia i awarie Zamawiający postawił

kwestionowane wymagania. Wymogi te są adekwatne dla przedmiotu zamówienia, a zarzut skarżącego są bezzasadne.

Zamawiający podkreślał, że wymaganie posiadania upoważnień dotyczy konserwacji i eksploatacji sieci wydzielonych, które są skojarzone (powiązane) z siecią TNT, a nie jak zdefiniowano w zarzucie sieci należących tylko do TNT. Posiadanie przytoczonych powyżej upoważnień zostało natomiast określone jednoznacznie przez Tauron Dystrybucja S.A. w załączniku nr 2 przesłanego za pismem nr TDS/SGC/2017-10-31/000005 z 31.10.2017r. do „Zasad eksploatacji urządzeń oświetleniowych zabudowanych w sieci skojarzonej".

Kolejno, wymóg posiadania przez wykonawców ww. upoważnień wynika z obowiązku zapewnienia przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia prawidłowej, fachowej oraz bezpiecznej pod względem BHP i p.-poż. konserwacji sieci wydzielonych oświetlenia ulicznego skojarzonych z siecią TNT.

W dalszej kolejności należy stwierdzić, że uzyskanie upoważnień nadanych przez TAURON na podstawie przeprowadzonych egzaminów dla pracowników wykonawcy w oczywisty sposób podnosi ich kwalifikacje branżowe. W związku z tym wydaje się zasadne, aby wykonawca który przewiduje uczestnictwo w procedurach przetargowych na terenie kraju posiadał upoważnienia do wykonania prac związanych z eksploatacją sieci oświetlenia skojarzonych z sieciami Terenowych Operatorów Systemów Dystrybucyjnych (dalej: TOSD). Istotnym jest, że posiadanie takich uprawnień w znaczny sposób skraca czas reakcji na zdarzenia i awarie, gdyż w tym przypadku upoważnieni pracownicy wykonawcy znać będą procedury wewnętrznej współpracy z jednostkami TOSD.

Wskazał, iż stosowne upoważnienia są nadawane przez Tauron Dystrybucja S.A. dla urządzeń należących do podmiotów z tej grupy według zasad określonych przez Spółkę, dostępnych dla każdego zainteresowanego oraz jednolitych dla wszystkich zainteresowanych. Zasady te są opublikowane na stronie internetowejdystrybucja.pl Organizacja nadawania tych uprawnień zapewnia ich powszechną dostępność dla wszystkich zainteresowanych. Pochodną tego jest to, że wiele osób dysponuje takimi uprawnieniami i są oni dostępni na rynku. Potencjalny wykonawca ma zatem możliwość zrealizowania wymogów SWZ w tym zakresie na wiele sposobów. Nie tylko poprzez zatrudnienie określonych osób, ale również poprzez zapewnienie udziału podwykonawców, lub nawiązaniu relacji pozwalających na

powołanie się na zasoby osób trzecich. Wymóg ten nie ogranicza zatem konkurencji w ramach przedmiotowego zamówienia, które to ograniczenie byłoby sprzeczne z PZP.

Odnośnie wymagania dysponowania osobami dyspozycyjnymi przez 24 godziny siedem dni w tygodniu, Zamawiający poinformował, że warunki w tym zakresie zostały sprecyzowane w komunikacie z dn. 16.01.2023 r. Obejmują one wymóg zapewnienia pogotowia technicznego na poziomie minimum 1 brygady po 2 osoby przez 24 godziny na

dobę przez 7 dni w tygodniu. W zakresie całodobowej dyspozycyjności pracowników ze względu na specyfikę zamówienia bezwzględnie wymagane jest pełnienie pogotowia całodobowego przez 2 pracowników (1 brygada — 2 osoby) mogące w czasie zgodnym ze złożoną deklaracją w ofercie po uzyskaniu zgłoszenia podjąć działania określone w specyfikacji służące do usunięcia stanu awaryjnego. Zamawiający nie narzuca Wykonawcy organizacji czasu pracy. Oczywistym jest, że nie jest możliwe wykonywanie pracy przez pracownika 24 godziny przez 7 dni w tygodniu, ale takiego wymogu Zamawiający nie stawia. Jest kwestią wewnętrzną Wykonawcy, w jaki sposób zapewni realizację tego obowiązku. To jest: jaki system i organizację czasu pracy wprowadzi w swojej firmie, aby zgodnie z przepisami prawa pracy spełnić ten wymóg.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 stycznia 2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.

1. dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Czechowice - Dziedzice, tj.: SWZ, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, załącznik nr 11 do SWZ, pismo TAURON z 12 września 2022 r. stanowiące część załącznika nr 11 do SWZ;

2. instrukcję organizacji bezpiecznej pracy przy urządzeniach energetycznych TAURON Dystrybucja S.A. (wersja trzecia);

3. dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez miasto Jelenia Góra, tj. opis przedmiotu zamówienia;

4. dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez

gminę Żory, tj. specyfikację warunków zamówienia;

5. dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez

gminę miasta Tychy, tj. umowę w sprawie zamówienia publicznego oraz specyfikację warunków zamówienia;

6. specyfikację warunków zamówienia prowadzonego przez TAURON Dystrybucja S.A.

Izba włączyła do akt sprawy dowody złożone przez Zamawiającego, tj.:

1. zdjęcia obrazujące powiązania sieci;

2. pismo Tauron Dystrybucja Serwis S.A. z dnia 31 października 2017 r. wraz z załącznikiem nr 2;

3. zasady nadawania upoważnień osobom zajmującym się eksploatacją urządzeń energetycznych TAURON Dystrybucja S.A. na stanowisku dozoru oraz eksploatacji (wersja trzecia) załącznik do Zarządzenia nr 36/2015.

Izba ustaliła, co następuje:

Załącznik nr 9 do SWZ stanowił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Załącznik nr 10 do SWZ zawierał wykaz stanu oświetlenia drogowego na terenie miasta Katowice.

Załącznik nr 11 do SWZ zawierał wykaz wydzielonego oświetlenia iluminacyjnego.

Zgodnie z punktem 7.1.4. lit. c) SWZ, Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli:

Kadra techniczna.

Wykaże, iż dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym:

- Minimum 6 osób (minimum trzy brygady) posiadających świadectwo kwalifikacyjne „E" uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji Grupa 1 pkt 2 (urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu nie wyższym niż 1kV), pkt 3 (urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym powyżej 1kV), pkt 7 (sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego).

- Minimum 2 osoby posiadające świadectwo kwalifikacyjne „E" uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji Grupa 1 pkt 8 (elektryczna sieć trakcyjna).

- Minimum 2 osoby posiadające świadectwo kwalifikacyjne „E" uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji Grupa 1 pkt 10 (aparatura kontrolno-pomiarowa oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń wymienionych w pkt. 2, 3, 7, 8).

- Minimum 2 osoby posiadających świadectwo kwalifikacyjne „D" uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji Grupa 1 pkt 2 (urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu nie wyższym niż 1kV), pkt 3 (urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym powyżej 1kV), pkt 7 (sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego), pkt 8 (elektryczna sieć trakcyjna), pkt 10 (aparatura kontrolno-pomiarowa oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń wymienionych w pkt. 2, 3, 7, 8).

- Minimum 2 osoby posiadające uprawnienia dozorowe w zakresie wykonywania prac pod napięciem:

> na urządzeniach elektroenergetycznych na napięciu do 1 kV

- Minimum 4 osoby posiadające uprawnienia w zakresie wykonywania prac pod napięciem:

> na urządzeniach elektroenergetycznych na napięciu do 1 kV (linie napowietrzne gołe i izolowane, linie kablowe, urządzenia rozdzielcze)

- Minimum 2 osoby posiadające upoważnienia do zajmowania się eksploatacją urządzeń energetycznych w zakresie wydawania poleceń na wykonywanie prac pod napięciem i organizowanie prac pod napięciem na terenie działania TAURON Dystrybucja S.A.:

> w sieciach elektroenergetycznych do 1kV

- Minimum 4 osoby posiadające upoważnienia do zajmowania się eksploatacją urządzeń energetycznych w zakresie wykonywania prac pod napięciem na terenie działania TAURON Dystrybucja S.A.:

> na napowietrznych liniach elektroenergetycznych do 1kV

> przy urządzeniach rozdzielczych i liniach kablowych do 1kV,

- Minimum 3 osoby posiadające uprawnienia UDT do obsługi podestów ruchomych.

- Minimum 2 osoby posiadającą uprawnienia do obsługi dźwigu lub HDS.

- Minimum 1 osobę posiadającą uprawnienia do kierowania samochodem ciężarowym.

- Minimum 2 osoby posiadające uprawnienia do obsługi koparki.

- Minimum 3 osobami posiadającymi zaświadczeniem wydanym przez uprawniony organ o ukończeniu szkolenia z zakresu wykonywania czynności związanych z kierowania

ruchem.

- Minimum 2 osoby dyspozycyjne przez 24 h na dobę 7 dni w tygodniu.

W przypadku podmiotów działających wspólnie doświadczenie, potencjał techniczny, kadra techniczna podlega sumowaniu.

W dniu 16 stycznia 2023 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ następująco:

W zał. nr 9 „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 10 tabeli „Zakres wykonywanej czynności” jest:

„Uwaga: z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia – wymaga się utrzymywanie pełnego pogotowia technicznego (minimum trzech brygad, po 2 osoby tj. w sumie 6 osób) przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu (od dnia podpisania umowy do dnia jej zakończenia, również w święta) z możliwością bezpośredniego kontaktu przez całą dobę w dni robocze i święta z osobami wytypowanymi do tego celu przez Wykonawcę; w celu natychmiastowej likwidacji usterek i awarii sieci oświetleniowej.”

Powinno być:

„Uwaga: z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia – wymaga się utrzymywanie pełnego pogotowia technicznego minimum 1 brygady, po 2 osoby przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu (od dnia podpisania umowy do dnia jej zakończenia, również w święta) z możliwością bezpośredniego kontaktu przez całą dobę w dni robocze i święta z osobami wytypowanymi do tego celu przez Wykonawcę; w celu natychmiastowej likwidacji usterek i awarii sieci oświetleniowej.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w dokumentach zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, wykraczający poza umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz niemający wpływu na realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. dysponowania osobami posiadającymi stosowne upoważnienia wydawane przez TAURON Dystrybucja S.A.

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie natomiast z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, zmawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Stosownie do art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Izba wskazuje, iż podniesiony zarzut zasługiwał na uwzględnienie już z tej przyczyny, iż zestawienie treści kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu z opisem przedmiotu zamówienia nie pozwala stwierdzić, iż jest on związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Wskazać należy, iż jakkolwiek zamawiający posiada swobodę w ukształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, to jednak warunki muszą odnosić się do konkretnego zamówienia publicznego i jego przedmiotu. Ponadto formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien wrażać je jako minimalne poziomy zdolności, co wymaga uwzględnienia specyfiki danego zamówienia, rodzaju, przedmiotu, zakresu czy ilości. Celem warunków określanych przez zamawiającego jest zapewnienie, aby zamówienie było realizowane przez podmiot dający rękojmię jego należytego wykonania. Niezbędne jest zatem zachowanie równowagi między interesem zamawiającego, a interesem wykonawcy, po to aby nadmierne wymagania zamawiającego nie doprowadziły do wyeliminowania z postępowania wykonawców zdolnych do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie wykazał, aby zawarty w punkcie 7.1.4. lit. c) tiret siódme i ósme warunek udziału w postępowaniu dotyczący personelu był adekwatny do przedmiotu niniejszego zamówienia, a tym bardziej, że jest do niego proporcjonalny. Podkreślić należy, iż Zamawiający nie przywołał żadnych postanowień specyfikacji warunków zamówienia, z których wynikałoby, że przedmiotem postępowania objęto urządzenia oświetlenia ulicznego należące do miasta Katowice skojarzone z sieciami TAURON. Jak słusznie zauważył Odwołujący w załączniku nr 10 do SWZ pn. Wykaz stanu oświetlenia drogowego na terenie miasta Katowice, w ostatniej kolumnie określającej „Rodzaj sieci – czyja eksploatacja” w odniesieniu do każdej ulicy objętej zamówieniem widnieje adnotacja „WYDZIELONA”. Tym samym udostępniony wykonawcom opis przedmiotu zamówienia, w tym załącznik nr 10, nie dawał podstaw do wniosku, że przedmiotem postępowania objęto urządzenia należące do TAURON czy też współdzielone z tym podmiotem. Tymczasem podstawowy argument Zamawiającego mający uzasadniać wprowadzony warunek udziału w postępowaniu w zakresie personelu dotyczył objęcia przedmiotem niniejszego zamówienia dwóch kategorii urządzeń oświetlenia ulicznego, tj. należących do miasta Katowice niezależnych oraz należących do miasta Katowice skojarzonych z sieciami TAURON, w których własności i granice eksploatacji stykają się ze sobą wzajemnie.

Podkreślenia jednak wymaga, iż powyższa argumentacja pojawiła się dopiero w odpowiedzi na odwołanie i nie znajduje umocowania w postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia, które stanowią fundament przy określeniu warunków udziału w postępowaniu. Tym samym załączone do odpowiedzi na odwołanie wnioski dowodowe nie miały znaczenia dla rozpoznania istoty sprawy, skoro postanowienia opisu przedmiotu zamówienia nie wskazują, że jego przedmiotem objęto sieci skojarzone (powiązane) z siecią TAURON.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że Zamawiający nie wykazał zasadności wprowadzenia do dokumentów zamówienia omawianego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego. Wbrew stanowisku Zamawiającego takiego uzasadnienia nie stanowi pismo TAURON Dystrybucja Serwis S.A. z siedzibą w Gliwicach z dnia 31 października 2017 r. wraz z załącznikiem stanowiącym „Zasady eksploatacji urządzeń oświetleniowych zabudowanych w sieci skojarzonej". Analiza treści przedmiotowego pisma nie wskazuje na jego zobowiązujący charakter.

Ponadto jako uzasadnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kwalifikacji personelu wykonawcy Zamawiający podnosił, że posiadanie omawianych upoważnień do eksploatacji wydawanych przez TAURON w znaczny sposób skróci czas reakcji na zdarzenia i awarie. Podkreślić jednak należy, iż Zamawiający wbrew regule dowodowej określonej art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał, w jaki sposób posiadanie rzeczonych upoważnień przez personel wykonawcy może realnie przełożyć się

na czas reakcji na zdarzenia i awarie. Tym samym stanowisko Zamawiającego należało uznać za gołosłowne.

Dalej wskazać należy, iż Zamawiający nie twierdził, że realizacja przedmiotu niniejszego zamówienia nie będzie możliwa czy znacząco utrudniona przez osoby nieposiadające stosownych upoważnień wydawanych przez TAURON, czy też że będzie stanowiła zagrożenie dla sieci Zamawiającego. Powyższe budzi tym bardziej wątpliwości w kontekście wprowadzenia wymogu dysponowania upoważnieniami TAURON przez pracowników wykonawcy już na etapie dostępu do zamówienia. Zauważyć należy, iż Zamawiający postawił rozbudowany warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania przez wykonawcę personelem o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych, w tym wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, uprawniających do wykonywania czynności związanych z eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci. Zamawiający nie wyjaśnił jednak dlaczego wymóg posiadania upoważnień wydawanych przez TAURON przez personel wykonawcy stanowił minimalny poziom zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia publicznego. Innymi słowy, nie zostało wykazane, że posiadanie przedmiotowych upoważnień przez kadrę wykonawcy stanowi niezbędne minimum do rzetelnej realizacji zamówienia. Ponadto, abstrahując od okoliczności, że sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu nie znajduje umocowania w dokumentach zamówienia (brak odesłania do sieci skojarzonych z TAURON), zauważyć należy, iż Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że został on określony proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, tj. zakresu i ilości sieci skojarzonych z TAURON.

Za nieprzydatne do rozpoznania niniejszej sprawy Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że kwestionowany odwołaniem warunek udziału w postępowaniu dotyczący personelu naruszał przepisy ustawy Pzp, wobec czego nakazała Zamawiającemu jego usunięcie z dokumentów zamówienia.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 58 § 1 k.c oraz w zw. z art. 131, 132 i 133 w zw. z art. 151^5 § 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2022 r. poz. 1510, ze zm.; dalej: „kodeks pracy") poprzez ustanowienie w dokumentach zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nadmierny, wykraczający poza umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia sprzecznego z prawem, tj. przez wymaganie, aby wykonawcy dysponowali minimum 2 osobami dyspozycyjnymi przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu.

Izba wskazuje, iż analiza stanowisk zaprezentowanych przez Strony postępowania odwoławczego prowadzi do wniosku, że nie było sporne, iż kwestionowany warunek udziału w postępowaniu dotyczący personelu był nadmierny, a zatem sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, jak również niezgodny z przepisami kodeksu cywilnego i kodeksu pracy. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że „Oczywistym jest, że nie jest możliwe wykonywanie pracy przez pracownika 24 godziny przez 7 dni w tygodniu, ale takiego wymogu Zamawiający nie stawia". Powyższemu przeczy jednak literalna analiza postanowienia punktu 7.1.4. lit. c) tiret czternasty SWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymagał, aby wykonawca na potwierdzenie warunku dotyczącego personelu wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym minimum 2 osobami dyspozycyjnymi przez 24 h na dobę 7 dni w tygodniu. Tym samym stanowisko Zamawiającego przedstawione w toku rozprawy pozostawało w sprzeczności z kwestionowanym wymogiem specyfikacji warunków zamówienia, która winna być sformułowana w sposób jasny i przejrzysty dla wykonawców, tak aby wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem i nie musiał się domyślać, jakie są oczekiwania Zamawiającego co do wymaganego personelu. Nie budzi wątpliwości, że za ukształtowanie postanowień dokumentów zamówienia odpowiada Zamawiający - autor dokumentacji, który podczas jej opracowania winien kierować się należytą starannością oraz podstawowymi regułami wynikającymi z art. 16 ustawy Pzp, w tym zasadą przejrzystości.

Uchybienia Zamawiającego nie sanuje dokonana w dniu 16 stycznia 2023 r. modyfikacja specyfikacji warunków zamówienia dotycząca wymogu utrzymywania pełnego pogotowia technicznego minimum 1 brygady, po 2 osoby przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, która wprowadzała zmiany w opisie przedmiotu zamówienia, a nie w kwestionowanym warunku dotyczącym personelu wykonawcy. Odróżnić bowiem należy opis przedmiotu zamówienia od

warunków udziału w postępowaniu, które muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a nie identyczne jak przedmiot zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności, że stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie było sprzeczne z treścią dokumentów zamówienia w zakresie warunku dotyczącego kadry technicznej, Izba uwzględniła zarzut odwołania i nakazała Zamawiającemu wykreślenie ww. postanowienia zawartego w punkcie 7.1.4. lit. c) SWZ.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..