Sygn. akt: KIO 1505/16

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2016r. przez **wykonawcę Universal Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach, ul. Oświęcimska 54** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 9 sierpnia 2016r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem wykonawcy Universal Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach, ul. Oświęcimska 54
2. kosztami postępowania obciąża **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Universal Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach, ul. Oświęcimska 54** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Spółki Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207** na rzecz **wykonawcy Universal Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach, ul. Oświęcimska 54** kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1505/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług w zakresie utrzymania ruchu zakładu górniczego KWK Brzeszcze Wschód w zakresie energomaszynowym zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 maja 2016r. za numerem 2016/S 094-169529.
W dniu 9 sierpnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Remontowy Budrem J. R. z siedzibą w Chorzowie ul. Katowicka 154, TRANS-JAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Górniczego Dorobku 49 i "KARBON" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Obroki 77 oraz o wykluczeniu Uniwersal Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością dalej odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz.

2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020 – dalej ustawy) z powodu nie wykazania spełniania warunku dysponowania potencjałem kadrowym na dzień 30 czerwca 2016r. Zamawiający wskazał na pkt. 5.3.1. siwz, zgodnie z którym zamawiający określił, że uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług posiadającymi uprawnienia w wyszczególnionym w siwz zakresie (osoby przewidziane do wykonania prac związanych z nadzorem nad prowadzonymi pracami, wykonywaniem prac związanych z obsługą rozdzielni elektrycznych, stacji sprężarek powietrznych, stacji wentylatorów głównego przewietrzania, maszyn wyciągowych oraz prac szybowych – łącznie max 62 pracowników, w tym 10 osób dozoru dół, 32 pracowników fizycznych dołowych i 20 pracowników fizycznych powierzchni). Wykonawcy mieli załączyć wykaz osób wraz z niezbędnymi informacjami na temat m.in. ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. Przedłożone dokumenty miały potwierdzać spełnianie przez wykonawców warunku nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Jednocześnie zamawiający określił, kryteria oceny ofert: 85% cena i 15% zatrudnienie pracowników na umowę o pracę, nie stawiając warunku zatrudniania przez wykonawcę pracowników na umowę o pracę, jednak wymagając wskazania przez wykonawcę podstawy do dysponowania tymi osobami. Odwołujący w wykazie osób wskazał dla wszystkich osób dysponowanie jako umowę o pracę, co według zamawiającego jest oświadczeniem o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu na dzień 30 czerwca 2016r.

Wykonawca na wezwanie zamawiającego wyjaśnił rozbieżności w zakresie stażu pracy i posiadanych kwalifikacji przez osoby wykazane w wykazie, dokonując jednocześnie zmiany składu osobowego w wykazie. Zamawiający powziął wątpliwości, co do prawdziwości oświadczenia odwołującego, co do sposobu dysponowania potencjałem kadrowym na dzień składania ofert i wezwał w tym zakresie odwołującego do wyjaśnień. Odwołujący złożył wyjaśnienia załączając kopie umów o pracę dla jedynie 5 osób z wymaganych 62 osób. Zamawiający wprawdzie dopuściła zatrudnienie nie tylko na podstawie umowy o pracę, ale w takim przypadku wykonawca powinien był wskazać inną formę zatrudnienia w wykazie i przedstawić zobowiązania podmiotów trzecich (tych osób, z którymi zostały zawarte umowy przedwstępne), czego odwołujący nie zrobił. Zdaniem zamawiającego taki stan faktyczny powoduje, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, co skutkuje koniecznością wykluczenia go na podstawie art. 24 ust.2 pkt. 4 ustawy.
W dniu 12 sierpnia 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 11 sierpnia 2016r.
Jako podstawę prawną zarzutów odwołania odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego art.7 ust. 1; art.24 ust.2 pkt.4, art. 89 ust.1 pkt.5; art.25, art.91 a także art.29 ust.4 pkt.4 ustawy przez niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie go z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Naruszenie art.91 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
-art.7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu wyłącznie do oferentów zatrudniających w ramach umowy o pracę osoby wymagane do realizacji zamówienia już w dniu składania oferty, w tym wykluczenia oferentów dysponujących osobami posiadającymi wymagane kwalifikacje na podstawie przedwstępnych umów o pracę, zawartych pod warunkiem zawieszającym wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
- art.29 ust.4 ustawy przez wprowadzenie na str.18 siwz w części 2. KRYTERIUM II. ZATRUDNIENIE PRACOWNIKÓW NA UMOWĘ - ZNACZENIE 15% wymogu podmiotowego, ograniczającego zasadę uczciwej konkurencji poprzez żądanie przez zamawiającego wykazania wymaganych osób na dzień złożenia oferty a nie w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający zapisał, że wykonawca winien wykazać w załączniku nr 3 „ Wykaz osób" w kolumnie 5 tabeli podstawę do dysponowania osobami, które są

zatrudnione na podstawie umowy o pracę w podmiocie ubiegającym się o zamówienie. Brak jest zdaniem odwołującego podstaw do zawężenia możliwości dysponowania wymaganym personelem wyłącznie do przedstawienia umów o pracę zawartych na dzień złożenia oferty. Wymóg wykazania zatrudnienia w ramach umowy o pracę przed wygraniem postępowania w ogóle nie znajduje się w pkt.5.3 siwz, w której to części szczegółowo opisano sposób dokonania oceny spełnienia warunków w zakresie dysponowania personelem;
- art.24 ust. 2 pkt. 4 ustawy przez wykluczenie z postępowania odwołującego z powodu rzekomego braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zażądał od odwołującego spełnienia warunków o charakterze podmiotowym przez wykazanie zatrudnienia osób o wymaganych kwalifikacjach w ramach umów o pracę zawartych na dzień złożenia oferty
- art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez wprowadzenie sprzecznych postanowień siwz, gdyż na str. 18 siwz w części 2 Kryterium II Zatrudnienie pracowników na umowę o pracę wprowadzono postanowienie, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać w załączniku nr 3 w kolumnie 5 podstawę do dysponowania osobami, które są zatrudnione na podstawie umowy i pracę. Postanowienie to pozostaje w sprzeczności z treścią siwz na str. 2. W pkt. 5 siwz Warunki udziału w postępowaniu zamawiający nie wprowadził wymogu zatrudnienia w ramach umowy o pracę wymaganych do realizacji zamówienia na dzień złożenia oferty. Zatem zdaniem odwołującego zamawiający w jednej części siwz żądał możliwości dysponowania określonymi osobami, a w siwz dotyczącym warunków udziału nie ma nawet wzmianki o konieczności dysponowania osobami na podstawie umów o pracę na dzień złożenia oferty, wymóg taki pojawia się dopiero na str. 18 siwz. co powoduje sprzeczność tych postanowień z postanowieniami pkt. 5.3. siwz.
- art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy w związku z art. 29 ust. 4 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie w opisie przedmiotu zamówienia wskazania liczby osób, które wykonawca będzie zobowiązany zatrudnić na podstawie umowy o pracę w trakcie realizacji zamówienia, okresu wymaganego zatrudnienia tych osób oraz sposobu dokumentowania ich zatrudnienia.
- art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez potraktowanie oferty odwołującego jako podlegającej odrzuceniu w związku z jej złożeniem rzekomo przez oferenta podlegającego wykluczeniu,
- art. 25 ustawy przez żądanie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających zatrudnienie osób wymaganych przy realizacji zamówienia już w dniu złożenia oferty,
- art. 91 przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Naruszenie przez zamawiającego ustawy oraz treści siwz narusza prawa odwołującego się ubiegającego się i powoduje doznanie uszczerbku przez niemożność uzyskania prawa do realizacji zamówienia publicznego przez odwołującego, który złożył najkorzystniejszą ofertę.
Odwołujący w uzasadnieniu podkreślił, że zamawiający nie postawił wymagania co do sposobu dysponowania osobami stanowiącym jego potencjał kadrowy na podstawie umów o pracę w dacie składania ofert. Postanowienia siwz w tym zakresie są zdaniem odwołującego wewnętrznie sprzeczne.
Zamawiający nadto żądał dokumentów przez siebie w siwz nie wymaganych tj. zażądał przedłożenia dokumentów potwierdzających zawarcie z osobami posiadającymi kwalifikacje specjalistyczne wymagane do realizacji zamówienia - umów o pracę, obowiązujących na dzień złożenia oferty. Żądanie to było sprzeczne z art.29 ust.4 pkt.4 ustawy. W oparciu o ten przepis, zdaniem odwołującego, zamawiający może zobowiązać wykonawców do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące zamówienie publiczne. Brak jest podstaw do wprowadzenia na jego podstawie ograniczeń podmiotowych, zawężających możliwość złożenia ważnej oferty wyłącznie do podmiotów, które na dzień złożenia oferty zatrudniają na podstawie umowy o pracę osoby o specjalistycznych kwalifikacjach.
Odwołujący podkreślił, że złożył prawdziwe oświadczenia o dysponowaniu osobami o wymaganych kwalifikacjach zawodowych wskazując na pisemne żądanie zamawiającego, że

zawarł z tymi osobami przedwstępne, warunkowe umowy o pracę, którym jedynym warunkiem zawieszającym jest zawarcie z zamawiającym w celu realizacji zamówienia publiczne. Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu przedstawił tytułem przykładu 5 takich warunkowych umów o pracę wraz z opinią prawną zamieszczoną na stronie Urzędu Zamówień Publicznych jednoznacznie zakazującą interpretacji art.29 ust.4 pkt.4 ustawy w sposób prezentowany przez zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że został wezwany do przedłożenia umów o pracę obowiązujących na dzień złożenia oferty. Nie jest prawdą, że w wyjaśnieniach przedłożono 5 takich umów o pracę. Odwołujący ustosunkował się merytorycznie do żądania zamawiającego, wskazując na jego bezprawność. Jedynie tytułem przykładu dla podkreślenia tytułu dysponowania prawem dysponowania osobami wymaganymi do realizacji zamówienia, odwołujący przedłożył pięć losowo wybranych umów przedwstępnych, warunkowych o pracę a nie umowy o pracę zawarte jedynie z pięcioma osobami na dzień złożenia oferty.
W ppkt.5.3 SIWZ wskazano „OPIS SPOSOBU DOKONANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW". W tej części siwz nie ma w ogóle zawężania tytułem dysponowania wymaganymi osobami wyłącznie do osób zatrudnionych na umowę o pracę na dzień złożenia oferty. Warunek taki, został wprowadzony na str.18 SIWZ w części 2. KRYTERIUM II ZATRUDNIENIE PRACOWNIKÓW NA UMOWĘ O PRACĘ - ZNACZENIE 15%".

Zamawiający stwierdził, że „(...) zgodnie z wymaganiami ujętymi w SIWZ Zamawiający dopuścił zatrudnienie pracowników wykonawcy na podstawie innych umów niż w oparciu o art.22 par. 1 Kodeksu pracy. Wykonawca winien w takim przypadku w Załączniku 3 określić faktyczną podstawę do dysponowania tymi osobami zgodnie ze stanem dzień składania ofert.(..)". Stwierdzenie to zawarte w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego jest sprzeczne z wcześniejszym postępowaniem samego zamawiającego, gdyż:
- Zamawiający żądał od odwołującego wykazania zawartych umów o pracę na dzień złożenia oferty a nie wykazania tytułu prawnego do dysponowania określonymi osobami mającymi kwalifikacje specjalistyczne wymagane do realizacji zamówienia,
- pracownicy są zatrudniani najczęściej na podstawie umowy o pracę, stąd twierdzenie zamawiającego, że pracownicy odwołującego nie musieli być zatrudnieni na podstawie art.22 Kodeksu pracy w sytuacji, gdy wcześniej zamawiający zażądał przedłożenia umów o pracę wzbudza wątpliwości co do prowadzenia przedmiotowego postępowania w sposób zgodny z prawem.
Odrębną kwestią jest w ocenie odwołującego powoływanie się przez zamawiającego na nieznane „zewnętrzne źródła", w oparciu o które powstały wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń odwołującego o dysponowaniu osobami mającymi kwalifikacje wymagane przy realizacji zamówienia. W ocenie odwołującego zastrzeżenia te powinny być w sposób do skonkretyzowane przejrzysty prowadzić wyjaśnienia okoliczności zasygnalizowanych zamawiającemu.

Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w dniu 11 sierpnia 2016r. przekazując kopię odwołania.
W dniu 16 sierpnia 2016r. (14 sierpnia 2016r. niedziela – dzień ustawowo wolny od pracy, 15 sierpnia 2016r. – święto państwowe Święto Wojska Polskiego – dzień ustawowo wolny od pracy) swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Remontowy Budrem J. R. z siedzibą w Chorzowie ul. Katowicka 154, TRANS-JAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Górniczego Dorobku 49 i "KARBON" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Obroki 77.
Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu spółki Karbon ujawnionego w KRS tej spółki i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki. Do zgłoszenia nie dołączono dokumentów potwierdzających uprawnienie spółki do działania w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za

---

najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, aneksu nr 2 do siwz, załącznika nr 3 do siwz w brzmieniu nadanym aneksem nr 2, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego do wyjaśnień z dnia 15 lipca 2016r. i złożonych przez odwołującego wyjaśnień, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie dopuszczonych dowodów Izba ustaliła, że zamawiający w pkt. 5.3. dokonał następującego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków:

1. Zamawiający uzna warunek w zakresie dysponowania osobami za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zadania objętego zamówieniem w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług posiadającymi uprawnienia w zakresie:

Osoby przewidziane do wykonywania prac związanych z nadzorem nad prowadzonymi pracami, wykonywaniem prac związanych z obsługą rozdzielni elektrycznych, stacji sprężarek powietrznych, stacji wentylatorów głównego przewietrzania, maszyn wyciągowych oraz prac szybowych (łącznie max. 62 pracowników, w tym 10 osób dozoru dół, 32 pracowników fizycznych dołowych i 20 pracowników fizycznych powierzchni)

DOZÓR POD ZIEMIĄ – łącznie 10 osób

Osoba wyższego dozoru ruchu w specjalności mechanicznej ds. wyciągów szybowych (2 osoby)

Stwierdzenie kwalifikacji osoby wyższego dozoru ruchu w specjalności górnicze wyciągi szybowe, minimum dziesięcioletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego oraz minimum dwuletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego jako osoba dozoru wyższego, ukończone specjalistyczne przeszkolenie dla osób zatrudnionych w ruchu zakładu górniczego dla osób, w zakresie których jest ruch wyciągów szybowych, aktualne zaświadczenie badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz brak przeciwwskazań do pracy na wysokości powyżej 3 m, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz do pracy na wysokości powyżej 3 m.

Osoba wyższego dozoru ruchu w specjalności elektrycznej – maszyn i urządzeń dołowych (2 osoby)

Stwierdzenie kwalifikacji osoby wyższego dozoru ruchu w specjalności elektrycznej maszyny i urządzenia dołowe w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, minimum dziesięcioletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego oraz minimum dwuletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego jako osoba dozoru wyższego, aktualne kwalifikacje G1/D oraz G2/D w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu, kontrolno-pomiarowym dla instalacji, urządzeń i sieci wydane na podstawie Rozporządzenia Ministra

---

Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzenia posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. Nr 89, poz. 828 i Nr 129, poz. 1184 oraz z 2005r. Nr 141, Poz. 1189), aktualne szkolenie dla osób dozoru ruchu elektrycznego w zakresie budowy, eksploatacji, konserwacji i naprawy urządzeń budowy przeciwwybuchowej, aktualne szkolenie dla osób zatrudnionych w ruchu zakładu górniczego, w zakresie których jest ruch wyciągów szybowych, aktualne badania lekarskie oraz orzeczenie psychologiczne stwierdzające brak istotnych zaburzeń funkcjonowania psychologicznego stanowiących przeciwskazania do pracy na ww. stanowisku w ruchu podziemnych zakładów górniczych oraz brak przeciwskazań do pracy na wysokości powyżej 3m.

Dodatkowe kwalifikacje wymagane dla: Osoby wyższego dozoru ruchu w specjalności mechanicznej ds. wyciągów szybowych oraz osoby wyższego dozoru ruchu w specjalności elektrycznej.

Wśród Osób wyższego dozoru ruchu w specjalności mechanicznej ds. wyciągów szybowych oraz Osoby wyższego dozoru ruchu w specjalności elektrycznej, co najmniej 2 osoby muszą posiadać musi posiadać kwalifikacje Kierownika Działu Energomechanicznego, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz do pracy na wysokości powyżej 3 m, aktualne zaświadczenie badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku Osoba średniego dozoru ruchu w specjalności mechanicznej ds. wyciągów szybowych (3 osoby)

Stwierdzenie kwalifikacji osoby średniego dozoru ruchu w specjalności górnicze wyciągi

szybowe, minimum dziesięcioletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego oraz minimum trzyletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego jako osoba dozoru ruchu, ukończone specjalistyczne przeszkolenie dla osób zatrudnionych w ruchu zakładu górniczego dla osób, w zakresie których jest ruch wyciągów szybowych, aktualne zaświadczenie badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz brak przeciwwskazań do pracy na wysokości powyżej 3 m, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz do pracy na wysokości powyżej 3 m.
Osoba średniego dozoru ruchu w specjalności elektrycznej – maszyn i urządzeń dołowych (3 osoby)
Stwierdzenie kwalifikacji osoby średniego dozoru ruchu w specjalności elektrycznej - maszyn i urządzeń dołowych, minimum dziesięcioletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego oraz minimum trzyletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego jako osoba dozoru ruchu, stwierdzenie kwalifikacji dla osób zajmujących się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci Grupy I na stanowisku Dozór w zakresie urządzeń, instalacji i sieci o napięciu 110 kV, ukończone specjalistyczne przeszkolenie dla dozoru ruchu elektrycznego w zakresie montażu i obsługi urządzeń konstrukcji przeciwwybuchowej, ukończone specjalistyczne

---

przeszkolenie dla osób zatrudnionych w ruchu zakładu górniczego dla osób w zakresie których jest ruch wyciągów szybowych, aktualne zaświadczenie badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz brak przeciwwskazań do pracy na wysokości powyżej 3 m, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz do pracy na wysokości powyżej 3 m.
PRACOWNICY FIZYCZNI – DÓŁ –łącznie 32 osób
Obsługa pomp głównego odwadniania (5 osób)
Kurs obsługi pomp głównego odwadniania w podziemnych zakładach górniczych, stwierdzenie kwalifikacji wymaganych dla osób zajmujących się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci w zakresie urządzeń grupy II – pompy o mocy powyżej 50 kW, minimum roczny staż pracy w ruchu zakładu górniczego na stanowisku obsługi pomp głównego odwadniania, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku,
Dodatkowe kwalifikacje wymagane dla obsługi pomp głównego odwadniania:
- co najmniej 3 osoby powinny posiadać ukończony kurs naprawy i obsługi pomp głównego odwadniania.
Sygnalista szybowy (6 osób)
Stwierdzenie kwalifikacji sygnalisty w podziemnych zakładach górniczych, minimum dwuletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego na stanowisku sygnalisty szybowego oraz kwalifikacje zgodne z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie kwalifikacji w zakresie górnictwa i ratownictwa górniczego lub wcześniejsze uzyskane w obowiązującym trybie, aktualne zaświadczenie badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz brak przeciwwskazań do pracy na wysokości powyżej 3m, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz do pracy na wysokości powyżej 3 m.
Rewident urządzeń wyciągowych (2 osoby) (kontrola obudowy i stanu technicznego szybu, kontrola kolektorów głównego odwadniania)
Stwierdzenie kwalifikacji rewidenta urządzeń wyciągowych potwierdzone świadectwem kwalifikacyjnym wydanym przez Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego, dwuletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego na stanowisku rewidenta szybowego oraz kwalifikacje zgodne z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie kwalifikacji w zakresie górnictwa i ratownictwa górniczego lub wcześniejsze uzyskane w obowiązującym trybie, aktualne zaświadczenie badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz brak przeciwwskazań do pracy na wysokości powyżej 3 m, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz do pracy na wysokości powyżej 3 m.
Dodatkowe kwalifikacje wymagane łącznie dla sygnalistów szybowych i rewidentów urządzeń wyciągowych:

- minimum dwie osoby z uprawnieniami sygnalisty lub rewidenta urządzeń wyciągowych muszą posiadać dodatkowo kwalifikacje spawacza elektrycznego i gazowego, ukończony

kurs specjalistyczny z zakresu zagrożeń wybuchowego i pożarowego w ruchu zakładów górniczych oraz aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na tym stanowisku.
- minimum trzy osoby z uprawnieniami sygnalisty lub rewidenta urządzeń wyciągowych muszą posiadać ukończony kurs obsługi pomp głównego odwadniania w podziemnych zakładach górniczych, stwierdzenie kwalifikacji wymagane dla osób zajmujących się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci w zakresie urządzeń grupy II – pompy o mocy powyżej 50 kW oraz aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na tym stanowisku.
- minimum trzy osoby z uprawnieniami sygnalisty lub rewidenta urządzeń wyciągowych muszą posiadać ukończony kurs konserwatora maszyn wyciągowych.
- minimum trzy osoby z uprawnieniami sygnalisty lub rewidenta urządzeń wyciągowych musi posiadać ukończony kurs sanitariusza w podziemnych zakładach górniczych oraz aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku.
Maszynista wyciągowy (5 osób)
Kwalifikacje maszynisty maszyn wyciągowych, minimum dwuletni staż pracy ruchu zakładu górniczego na stanowisku maszynisty maszyn wyciągowych, aktualne zaświadczenie badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz brak przeciwwskazań do pracy na wysokości powyżej 3 m, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz do pracy na wysokości powyżej 3 m.
Dodatkowe kwalifikacje wymagane dla maszynistów wyciągowych:
- minimum dwie osoby z uprawnieniami maszynisty wyciągowego muszą posiadać dodatkowo kwalifikacje sygnalisty szybowego oraz aktualne badania lekarskie i aktualne zaświadczenie badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na tym stanowisku.
Brygada szybowa (6 osób)
Minimum pięcioletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego w oddziale szybowym na stanowisku:
a) rewidenta szybowego
b) cieśli szybowego
c) sygnalisty szybowego-spawacza.
W skład brygady powinny wchodzić osoby z uprawnieniami rewidenta szybowego (2 osoby), cieśli szybowego (2 osoby), sygnalisty szybowego – spawacza (2 osoby), aktualne zaświadczenia badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku

oraz brak przeciwwskazań do pracy na wysokości powyżej 3 m, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz do pracy na wysokości powyżej 3 m.
Elektromonter pod ziemią (8 osób)
przewidzianych do wykonywanie prac związanych z obsługą i kontrolą urządzeń rozdzielni 6 kV po ziemią oraz urządzeń elektrycznych pompowni pod ziemią wraz z zabezpieczeniem ruchu pod względem elektrycznym. Kwalifikacje elektromontera maszyn i urządzeń elektrycznych o napięciu do i powyżej 1 kV lub kwalifikacje elektromontera sprzętu elektrycznego na napięcie do i pow. 1 kV, kwalifikacje zgodne z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie kwalifikacji w zakresie górnictwa i ratownictwa górniczego lub wcześniejsze uzyskane w obowiązującym trybie, minimum dwuletni staż pracy na stanowisku elektromontera pod ziemią, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku, aktualne zaświadczenie badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku, aktualne zaświadczenie o ukończeniu kursu urządzeń budowy przeciwwybuchowej.
Dodatkowe kwalifikacje wymagane dla Elektromonterów:
- minimum czterech osób spośród osób na stanowisku elektromontera, muszą posiadać ukończony kurs rewidenta urządzeń elektrycznych maszyn wyciągowych i sygnalizacji szybowych potwierdzony świadectwem jego ukończenia. Aktualne zaświadczenie badania psychologicznego stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz brak przeciwwskazań do pracy na wysokości powyżej 3 m, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz do pracy na wysokości powyżej 3 m,
- minimum trzy osoby z uprawnieniami elektromontera musi posiadać ukończony kurs sanitariusza w podziemnych zakładach górniczych oraz aktualne badania lekarskie

stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku.
PRACOWNICY FIZYCZNI – POWIERZCHNIA – łącznie 20 osób Elektromonter na powierzchni (9 osób)
Stwierdzenie kwalifikacji dla osób zajmujących się eksploatacja urządzeń, instalacji i sieci Grupy I na stanowisku Eksploatacja w zakresie urządzeń, instalacji i sieci o napięciu 6 kV lub wcześniejsze uzyskane w obowiązującym trybie, minimum dwuletni staż pracy w ruchu zakładu górniczego na stanowisku elektromontera, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku oraz do pracy na wysokości powyżej 3 m, aktualne zaświadczenie badania psychologicznego.
Dodatkowe kwalifikacje wymagane dla Elektromonterów na powierzchni:
- minimum trzy osoby spośród osób na stanowisku elektromontera, muszą posiadać kwalifikacje dla osób zajmujących się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci Grupy I na stanowisku Eksploatacja w zakresie urządzeń , instalacji i sieci o napięciu 20kV.

- minimum trzy osoby spośród osób na stanowisku elektromontera, muszą posiadać kwalifikacje dla osób zajmujących się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci Grupy I na stanowisku Eksploatacja w zakresie urządzeń , instalacji i sieci o napięciu 110kV.
Obsługa stacji sprężarek (5 osób)
Kurs obsługi sprężarek w podziemnych zakładach górniczych, stwierdzenie kwalifikacji wymaganych dla osób zajmujących się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci w zakresie urządzeń grupy II – sprężarki o mocy powyżej 20 kW, oraz instalacje sprężonego powietrza, minimum roczny staż pracy w ruchu zakładu górniczego na stanowisku obsługi sprężarek, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku,
Obsługa stacji wentylatorów głównego przewietrzania (6 osób)
Kurs obsługi wentylatorów głównego przewietrzania w podziemnych zakładach górniczych, stwierdzenie kwalifikacji wymaganych dla osób zajmujących się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci w zakresie urządzeń grupy II – wentylatory o mocy powyżej 50 kW, minimum roczny staż pracy w ruchu zakładu górniczego na stanowisku obsługi wentylatorów, aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku,
Dodatkowo dla pracowników powierzchni:
minimum trzy osoby z pracowników fizycznych powierzchni musi posiadać ukończony kurs sanitariusza w podziemnych zakładach górniczych oraz aktualne badania lekarskie stwierdzające zdolność do pracy na stanowisku.
Wszystkie ww. osoby (dozór i pracownicy fizyczni, zatrudnieni na dole lub powierzchni) muszą posiadać aktualne zaświadczenie o odbytym szkoleniu z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy dla pracowników zatrudnionych na przedmiotowym stanowisku oraz aktualne badania lekarskie dopuszczające do pracy w podziemnych zakładach górniczych na dzień rozpoczęcia świadczenia usługi.
W ramach w/w stanowisk należy wykazać minimum 3 osoby posiadające uprawnienia ratowników przewodników z aktualnymi badaniami z chwilą podjęcia pracy
Do obowiązków ratownika przewodnika będzie należała między innymi głównie współpraca z zastępem ratowniczym w zakresie doprowadzenia do zagrożonego rejonu (przewodnictwa).
W pkt. 5.8 siwz zamawiający wskazał, że ocena spełnienia warunków wymaganych od wykonawców zostanie dokonana według formuły : spełnia – nie spełnia.
W pkt. 5.9 siwz zamawiający wskazał, że z treści załączonych do oferty dokumentów musi wynikać jednoznacznie, że wykonawca spełnia warunki określone przez zamawiającego.
Według rozdziału 6 zawierającego wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie należy dołączyć do oferty w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający w pkt. A.2. wskazał wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami

na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami zgodnie z opisem w pkt. 5.3.1. SIWZ - załącznik nr 3a i/lub 3b do druku „OFERTA”.
Zgodnie z pkt. 6.D.3. siwz wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie stanowiące

załącznik nr 9 do druku „OFERTA” w zakresie ilości zatrudnienia pracowników z minimalnym wynagrodzeniem oraz wysokości odprowadzanych składek z tytułu ubezpieczenia społecznego lub zdrowotnego. Załącznik nr 9 dotyczy tylko pracowników wykonawcy z minimalnym wynagrodzeniem będących przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli Wykonawca nie posiada takich pracowników lub posiada ale nie będą brali udziału w wykonywaniu przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego, należy na Załączniku nr 9 do druku „Oferta” – „nie dotyczy”.
Zgodnie z ostatnim postanowieniem rozdziału 6 siwz przedłożone dokumenty, o których mowa w pkt. 6 siwz muszą potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu nie później jednak niż w dniu, w którym upłyną termin składania ofert.
Pkt. 13 siwz zawiera opis kryteriów oceny ofert, gdzie zgodnie z pkt. 2 zamawiający określił Kryterium II: Zatrudnienie pracowników na umowę o pracę P – znaczenie 15 %
P – umowa o pracę będzie oceniana w skali od 0 do 15pkt.
Wykonawca winien wskazać w załączniku nr 3 „Wykaz osób” w kolumnie 5 tabeli podstawę do dysponowania – osobami, które są zatrudnione na podstawie umowy o pracę w podmiocie ubiegającym się o udzielenie zamówienia poprzez wpisanie treści „Umowa o pracę”. W przypadku wpisania przez wykonawcę większej ilości osób do wyliczenia punktów w tym kryterium bierze się pod uwagę tylko osoby w zakresie wymaganych przez Zamawiającego opisanym w pkt. 5.3.1. SIWZ.
Liczba punktów w powyższym kryterium będzie liczona jako proporcja liczby osób zatrudnionych na stałą umowę o pracę w badanej ofercie do najwyższej liczby osób
zatrudnionych na umowę o pracę spośród ofert złożonych pomnożona przez 15 pkt.
Zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno – organizacyjnymi zamawiający w pkt. 2 określił zakres przedmiotu zamówienia: W ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia zamawiającemu zasobów osobowych określonych w pkt. 5.3.1. SIWZ.
W dniu 8 czerwca 2016r. zamawiający dokonał zmian pkt. 5.3 siwz w zakresie wymaganych ilości potencjału kadrowego, jego kwalifikacji, a także wymagań dodatkowych. Zamawiający zmodyfikował załącznik nr 3 w powyższym zakresie. Zmiany nie dotyczyły zagadnienia terminu wykazania się przez wykonawców potencjałem kadrowym.

Z oferty odwołującego, jak również z uzupełnionego wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia złożonych do wyjaśnień z dnia 20 lipca 2016r. wynika, że wszystkimi osobami jakie zostały przez odwołującego wskazane do realizacji przedmiotowego zamówienia, odwołujący miał dysponować na podstawie umowy o pracę.
Z wyjaśnień odwołującego z dnia 20 lipca 2016r. wynika, że uważa on, iż warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem kadrowym nie zawierały wymogu zatrudniania personelu niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia w ramach stosunku pracy na dzień składania ofert tj. 30 czerwca 2016r. Odwołujący zawarł warunkowe przedwstępne umowy o pracę ze wskazanymi w wykazie pracownikami, które spełniają wymogi art. 29 ust. 1 kp i stanowią skonkretyzowane zindywidualizowane zobowiązanie odwołującego do zatrudnienia wskazanych osób fizycznych na podstawie umowy o pracę. Umowy przedwstępne mają zachowaną formę pisemną i każdej ze stron przysługuje roszczenie o zawarcie umowy przyrzeczonej. W ocenie odwołującego w świetle opinii Prezesa UZP w oparciu o treść art. 29 ust. 4 pkt. 4 ustawy zamawiający może zobowiązać wykonawców do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Wówczas zamawiający powinien określić wymaganą ilość osób oraz okres wymaganego zatrudnienia jak i sposób dokumentowania zatrudnienia, co nie zostało określone przez zamawiającego w pkt. 5 siwz. Zamawiający nie wprowadził także wymagania zatrudnienia osób na umowach o pracę na dzień składania oferty, a przepis art. 29 ust. 4 pk4 ustawy dotyczy zobowiązania wykonawcy do zatrudnienia w okresie realizacji zamówienia. Do wyjaśnień odwołujący załączył warunkową umowę o pracę z P.Ł., H.Ż., M.L., M.M., J.F.. Z umów tych wynika, że strony zobowiązują się zawrzeć umowę o pracę pod warunkiem zawarcia przez odwołującego z zamawiającym umowy na realizację zamówienia, a umowa o pracę zostanie zawarta w terminie 3 dni od daty spełnienia się tego warunku.

Dokonując oceny zgromadzonego materiału dowodowego Izba uznała, że jest on kompletny, wiarygodny i umożliwia wydanie wyroku w niniejszej sprawie.
Izba oceniła, że w treści siwz nie zachodzi wewnętrzna sprzeczność, o której twierdził odwołujący, gdyż choć rzeczywiście w pkt. 5.3 siwz zamawiający nie wskazał, że warunek, w tym podstawa dysponowania, ma być spełniony na datę składania ofert, to jednak opisując w rozdziale 6 siwz dokumenty wymagane od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zastrzegł, że przedłożone dokumenty muszą potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu nie później jednak niż w dniu, w którym upłyną termin składania ofert. Tym samym zamawiający postawił wymóg, aby wskazana podstawa dysponowania była rzeczywistą podstawą dysponowania na dzień składania ofert, a nie na inną datę, w tym datę realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym

---

samym nie ma sprzeczności tych postanowień z postanowieniami dotyczącym drugiego kryterium oceny ofert, w którym zamawiający wskazał, że wykonawca winien wskazać w załączniku nr 3 „Wykaz osób" w kolumnie 5 tabeli podstawę do dysponowania – osobami, które są zatrudnione na podstawie umowy o pracę w podmiocie ubiegającym się o udzielenie zamówienia poprzez wpisanie treści „Umowa o pracę".
W ocenie Izby z tych postanowień siwz jednoznacznie wynika, że jeśli wykonawca chciał uzyskać punkty w kryterium „Zatrudnienie", to powinien być wskazać w załączniku nr 3 w kolumnie 5 jako podstawę do dysponowania osobami „Umowę o pracę", jeśli miał taką umowę zawartą z osobą z wykazu na dzień składania ofert.
Jeśli natomiast wykonawca nie posiadał z daną osobą zawartej umowy o pracę na dzień składania ofert, to powinien był określić inną podstawę dysponowania np. umowa przedwstępna, udostępnienie zasobu, umowa zlecenia, umowa o dzieło itp.
Izba ustaliła także, że zamawiający nie wymagał w treści siwz złożenia dokumentów potwierdzających wskazaną w oświadczeniu – załączniku nr 3 podstawę dysponowania.
W tym zakresie Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w świetle art. 25 ust. 1 i 2 ustawy biorąc pod uwagę, że przepisy te regulują zakres dowodów jakich zamawiający może żądać od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W ocenie Izby regulacja ta jest kompletna i odmienna od regulacji kodeksu cywilnego, tym samym podnoszone przez zamawiającego na rozprawie argumenty o dopuszczalności stosowania art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy są nietrafne. Tym samym Izba oceniła, że na gruncie badanej siwz zamawiający miał prawo weryfikować podstawę do dysponowania potencjałem kadrowym za pomocą wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, natomiast nie miał podstaw do oczekiwania złożenia przez wykonawców umów dotyczących sposobu dysponowania daną osobą dla wszystkich 62 osób. Tym samym Izba przy ocenie materiału dowodowego wzięła pod uwagę, że w wyjaśnieniach z dnia 20 lipca 2016r. odwołujący wyjaśnił, że „(…) oferta zawiera przedwstępne umowy o pracę stanowiące tytuł do dysponowania wymaganym personelem przez zamawiającego, a brak jest podstaw prawnych do wprowadzenia wymogu zatrudniania na dzień złożenia ofert a nie w trakcie jej realizacji wskazanych osób na podstawie umowy o pracę." Z wyjaśnienia tego w ocenie Izby wynika, że odwołujący dysponuje potencjałem kadrowym na podstawie przedwstępnych umów o pracę. Umowy takie w jego ocenie nie są umowami o pracę i nie świadczą o zatrudnieniu pracownika na dzień zawarcia takiej umowy. Potwierdza to także stanowisko odwołującego prezentowane na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2016r., gdzie odwołujący wskazywał na absurdalność wymagania zatrudniania pracowników na datę składania ofert, w sytuacji przystępowania do wielu przetargów bez pewności wygranej po stronie wykonawcy.

Biorąc te ustalenia pod uwagę Izba oceniła, że osoby przedstawione w wykazie przez odwołującego nie były zatrudnione w dacie składania ofert u odwołującego.
Izba oceniła dowód z pisma Ministra Skarbu Państwa A.C. z dnia 10 sierpnia 2015r. za nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż nie jest przedmiotem sporu pomiędzy stronami wprowadzenie kryterium opartego na aspektach społecznych, ale przedmiotem sporu jest zagadnienie prawne na jaką datę należy wykazać dysponowanie potencjałem kadrowym oraz czy zamawiający może żądać dokumentów nie wynikających z ustawy ani

siwz. Tych okoliczności przedmiotowy dowód nie dotyczy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymagań formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy tj. nie zostało wniesione przez wykonawcę. Zgłoszone przystąpienie zostało bowiem wniesione przez Karbon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, która samodzielnie nie ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Spółka Karbon wnosząc przystąpienie nie wykazała, że działa w imieniu i na rzecz innych wykonawców, z którymi wspólnie ubiega się o zamówienie. Ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszonego przystąpienia po upływie terminu na jego wniesienie, stąd brak ten nie mógł być sanowany dokumentacją postępowania nadesłaną przez zamawiającego po 16 sierpnia 2016r., ani w drodze wezwania przez Izbę do usunięcia braków formalnych. Z tych przyczyn należało uznać, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymagań formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, co stanowi materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.29 ust.4 ustawy przez wprowadzenie na str.18 siwz w części 2. KRYTERIUM II. ZATRUDNIENIE PRACOWNIKÓW NA UMOWĘ - ZNACZENIE 15% wymogu podmiotowego, ograniczającego zasadę uczciwej konkurencji poprzez żądanie przez zamawiającego wykazania wymaganych osób na dzień złożenia oferty a nie w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający zapisał, że wykonawca winien wykazać w załączniku nr 3 „ Wykaz osób" w kolumnie 5 tabeli podstawę do dysponowania

---

osobami, które są zatrudnione na podstawie umowy o pracę w podmiocie ubiegającym się o zamówienie. Brak jest zdaniem odwołującego podstaw do zawężenia możliwości dysponowania wymaganym personelem wyłącznie do przedstawienia umów o pracę zawartych na dzień złożenia oferty. Wymóg wykazania zatrudnienia w ramach umowy o pracę przed wygraniem postępowania w ogóle nie znajduje się w pkt.5.3 siwz, w której to części szczegółowo opisano sposób dokonania oceny spełnienia warunków w zakresie dysponowania personelem;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Na podstawie art. 29 ust. 4 ustawy zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące:

1) zatrudnienia osób:
   a) bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
   b) niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,
   c) innych niż określone w lit. a lub b, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym
   - lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego;
2) utworzenia funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w którym wpłaty pracodawców stanowić będą co najmniej czterokrotność najniższej wpłaty określonej w tych przepisach;
3) zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, do wysokości określonej w pkt 2;
4) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności.

Zarzut ten przede wszystkim jest spóźniony. Kryterium oceny ofert było znane odwołującemu

od daty publikacji siwz tj. od dnia 18 maja 2016r. co oznacza, że termin zaskarżenia postanowienia siwz „Wykonawca winien wskazać w załączniku nr 3 „Wykaz osób" w kolumnie 5 tabeli podstawę do dysponowania – osobami, które są zatrudnione na podstawie umowy o pracę w podmiocie ubiegającym się o udzielenie zamówienia poprzez wpisanie treści „Umowa o pracę" upływał w dniu 28 maja 2016r. Jak wynika z oświadczenia odwołującego złożonego na rozprawie odwołujący nie wnosił odwołania wobec treści siwz. W ocenie Izby stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w opinii z 2015r. nie

zawiera w swojej treści takiej interpretacji postanowień art. 29 ust. 4 pkt. 4 ustawy, która wskazywałaby na zakaz żądania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę w innej dacie niż data zawarcia umowy z wykonawcę. W ocenie Izby nadto przepis ten w ogóle nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż zamawiający nie podał 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, jak wynika to z art. 36 ust. 2 pkt. 9 lit. d) ustawy. Co więcej zamawiający konsekwentnie w pismach jak również na rozprawie oświadczał, że nie wymaga dysponowania osobami na podstawie umowy o pracę w ogóle, zatem dla żadnej z czynności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym przepis art. 29 ust. 4 ustawy w ogóle nie miał zastosowania w przedmiotowym postępowaniu, stąd zamawiający nie mógł go naruszyć. Na marginesie jedynie należy wskazać, że przepis ten ma charakter fakultatywny, czyli zamawiający mógł, ale nie musiał go zastosować. W konsekwencji zatem nie można oceniać postanowień dotyczących warunku udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert przez pryzmat tego przepisu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.24 ust. 2 pkt. 4 ustawy przez wykluczenie z postępowania odwołującego z powodu rzekomego braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zażądał od odwołującego spełnienia warunków o charakterze podmiotowym przez wykazanie zatrudnienia osób o wymaganych kwalifikacjach w ramach umów o pracę zawartych na dzień złożenia oferty

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby ustalony przez Izbę stan faktyczny nie daje podstaw do zastosowania tego przepisu. W niniejszej sprawie Izba ustaliła,

że

rzeczywistą podstawą dysponowania przez odwołującego potencjałem kadrowym są umowy przedwstępne, które nie są umowami o pracę. Biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca wskazał w kolumnie 5 załącznika nr 3 „umowa o pracę", to należało uznać, że nie jest to rzeczywista podstawa dysponowania potencjałem kadrowym na dzień składania ofert. Nie oznacza to jednak, że zamawiający prawidłowo ocenił, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż sam zamawiający przyznał, że dopuszczał inne podstawy dysponowania niż umowa o pracę i takiej formy dysponowania potencjałem kadrowym jako wyłącznej nie wymagał. Tym samym oświadczenie odwołującego z dnia 20 lipca 2016r. o tym, że dysponuje potencjałem kadrowym na podstawie umowy przedwstępnej zostało przez zamawiającego błędnie ocenione i w ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo uznał, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż jeszcze raz należy

podkreślić, że wskazana przez odwołującego na wezwanie podstawa dysponowania także spełniała wymagania zamawiającego. Zamawiający również tego nie kwestionował stwierdzając na rozprawie, że gdyby odwołujący taką podstawę wskazał w wykazie, to również potwierdzałaby ona spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym należało uznać, że zamawiający nieprawidłowo ocenił oświadczenie odwołującego i w konsekwencji błędnie przyjął, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i błędnie zastosował normę art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, gdyż ustalony stan faktyczny nie nadaje się na podciągnięcie pod tę normę. Izba nakazując powtórzenie czynności badania ofert z udziałem oferty odwołującego ma na względzie, że obecnie zamawiający będzie miał obowiązek ocenić skutek różnic w oświadczeniach odwołującego

zawartych w wykazie – załącznik nr 3 i wyjaśnieniach z dnia 20 lipca 2016r. tak dla badania zdolności podmiotowej wykonawcy jak i na ewentualnym późniejszym etapie oceny oferty. Ocena tych skutków nie jest przedmiotem rozstrzygnięcia, gdyż jedyną podstawą prawną jaką wskazał zamawiający w informacji o wyniku postępowania była podstawa z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, tym samym odwołanie dotyczy wyłącznie tej czynności zamawiającego, a Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy jest związana granicami zarzutów.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez wprowadzenie sprzecznych postanowień siwz, gdyż na str. 18 siwz w części 2 Kryterium II Zatrudnienie pracowników na umowę o pracę wprowadzono postanowienie, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać w załączniku nr 3 w kolumnie 5 podstawę do dysponowania osobami, które są zatrudnione na podstawie umowy i pracę. Postanowienie to pozostaje w sprzeczności z treścią siwz na str. 2. W pkt. 5 siwz Warunki udziału w postępowaniu zamawiający nie wprowadził wymogu zatrudnienia w ramach umowy o pracę wymaganych do realizacji zamówienia na dzień złożenia oferty. Zatem zdaniem odwołującego zamawiający w jednej części siwz żądał możliwości dysponowania określonymi osobami, a w siwz dotyczącym warunków udziału nie ma nawet wzmianki o konieczności dysponowania osobami na podstawie umów o pracę na dzień złożenia oferty, wymóg taki pojawia się dopiero na str. 18 siwz. co powoduje sprzeczność tych postanowień z postanowieniami pkt. 5.3. siwz.
Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art.36 ust. 1 pkt. 5 ustawy siwz zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W ocenie Izby powyższy przepis nie został przez zamawiającego naruszony, gdyż zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Zarzut nadto jest zarzutem spóźnionym, gdyż jest to w rzeczywistości zarzut wobec treści siwz, który mógł być podniesiony najpóźniej do dnia 28 maja 2016r. Co więcej odwołujący pominął, że

---

postanowienia rozdziału 5 siwz w ogóle nie odnoszą się do konieczności wskazania podstawy dysponowania. O tej postawie stanowi zamawiający dopiero w rozdziale 6 lit. A pkt. 2 in fine, a w tym rozdziale jest w jego ostatnim zdaniu klauzula, że dokumenty mają potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Tym samym jak już ustaliła Izba powyżej brak sprzeczności treści siwz w rozdziale 5 z treścią rozdziału 13 pkt. 2 siwz. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się działaniu zamawiającego naruszenia art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy w związku z art. 29 ust. 4 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie w opisie przedmiotu zamówienia wskazania liczby osób, które wykonawca będzie zobowiązany zatrudnić na podstawie umowy o pracę w trakcie realizacji zamówienia, okresu wymaganego zatrudnienia tych osób oraz sposobu dokumentowania ich zatrudnienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Treść art. 36 ust. 1 pkt. 5 i art. 29 ust. 4 pkt. 4 ustawy została przywołana wcześniej przy rozstrzyganiu zarzutów poprzedzających. Izba w całości podtrzymuje rozważania przedstawione w ramach rozstrzygania zarzutów naruszenia odpowiednio art. 36 ust. 1 pkt. 5 i art. 29 ust. 4 ustawy, uznając zarzuty za spóźnione, odnoszące się do fakultatywnego przepisu nie mającego zastosowania w niniejszej sprawie – art. 29 ust. 4, oraz przepisu, którego zamawiający nie naruszył bo opisał w siwz warunki udziału w postępowaniu jak i sposób oceny ich spełniania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez potraktowanie oferty odwołującego jako podlegającej odrzuceniu w związku z jej złożeniem rzekomo przez oferenta podlegającego wykluczeniu,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Przepis ten ma zastosowanie do postępowań wieloetapowych, gdzie oddzielony w czasie jest etap badania wykonawcy od etapu oceny oferty. W niniejszym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego etap badania i oceny ofert jest kończony w tym samym momencie tj. w dacie informacji o wyniku postępowania, a tym samym

zastosowanie ma przepis art. 24 ust. 4 ustawy. Biorąc pod uwagę, że Izba uznała, że wykluczenie odwołującego jest co najmniej przedwczesne, a być może nietrafne, to należało uznać, że skoro z mocy prawa ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4), to stwierdzenie przez Izbę wadliwości wykluczenia pociąga za sobą

jednocześnie konieczność stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy. Odwołujący wprawdzie tego przepisu nie przywołał prawidłowo, jednak nakreślony przez niego stan faktyczny zarzutu (zaskarżenie faktu odrzucenia oferty odwołującego) pozwalał Izbie w granicach art. 192 ust. 7 ustawy na rozpoznanie przedmiotowego zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ustawy przez żądanie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających zatrudnienie osób wymaganych przy realizacji zamówienia już w dniu złożenia oferty

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,
2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Przepis art. 25 ustawy nie określa terminu na jaki mają być wykazane warunki udziału w postępowaniu czy warunki przedmiotowe, tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia tegoż przepisu, w taki sposób jak zarzut sformułowano. Izba wzięła jednak pod uwagę, że w treści odwołania odwołujący wskazywał nie nieuprawnione żądanie przez zamawiającego dokumentów, które nie były wymienione w treści siwz tj. dokumentów potwierdzających istnienie wskazanej w wykazie podstawy dysponowania potencjałem kadrowym. W ocenie Izby tak postawiony zarzut mieści się w granicach naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 ustawy, gdyż jak już wskazywano wyżej zamawiający ma
ograniczony katalog dokumentów i oświadczeń jakich może żądać od wykonawców, katalog ten regulowany jest Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Tym samym zamawiający nie ma swobody w doborze dokumentów, których będzie żądał od wykonawcy, a ponieważ zagadnienie to zostało uregulowane w ustawie, to nie ma też możliwości przejścia przez art. 14 ustawy na grunt kodeksu cywilnego. Zamawiający, jeśli złożone dokumenty budziły jego wątpliwości, mógł zażądać wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, nie mógł natomiast weryfikować prawdziwości oświadczeń zawartych w wykazie osób, żądając dokumentu nie ujętego w katalogu rozporządzenia, ani nie wskazanego w siwz, jeśli byłoby to zamówienie

sektorowe w trybie art. 138c ust. 1 pkt. 2 ustawy. Biorąc powyższe pod uwagę należało uznać, że zamawiający naruszył art. 25 przez żądanie dokumentów nie wynikających ani z ustawy, ani z siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu wyłącznie do oferentów zatrudniających w ramach umowy o pracę osoby wymagane do realizacji zamówienia już w dniu składania oferty, w tym wykluczenia oferentów dysponujących osobami posiadającymi wymagane kwalifikacje na podstawie przedwstępnych umów o pracę, zawartych pod warunkiem zawieszającym wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego; oraz
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa.
Zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i

przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W myśl art. 91 ust. 1, 2 i 3 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.
Biorąc pod uwagę to, że Izba oceniła, że zamawiający błędnie zastosował art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, to wybór oferty najkorzystniejszej nie nastąpił zgodnie z przepisami ustawy.
Odwołujący nie powinien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, tym samym został nierówno potraktowany w niniejszym postępowaniu. Skoro badanie jednej z ofert w postępowaniu było wadliwe, a może być ona po skorygowaniu nieprawidłowej czynności potencjalnie poddawana ocenie w kryteriach oceny ofert, to nie ma możliwości uznania, że została wybrana oferta rzeczywiście najkorzystniejsza według określonych w siwz kryteriów. Tym samym Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 91 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zaliczając na poczet kosztów postępowania uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot tego wydatku.

Przewodniczący: ……..…