Sygn. akt: KIO 327/15

WYROK
z dnia 4 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2015 r. przez **wykonawcę „Industry Personnel Services" Sp. z o.o., ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Urząd Pracy w Lublinie, ul. Obywatelska 4, 20-092 Lublin** przy udziale **wykonawcy Instytut Badawczo-Szkoleniowy Sp. z o.o., ul. Artyleryjska 3k, 10-165 Olsztyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę „Industry Personnel Services" Sp. z o.o., ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę „Industry Personnel Services" Sp. z o.o., ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 327/15

Uzasadnienie

Wojewódzki Urząd Pracy w Lublinie (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie działań aktywizacyjnych prowadzących do zatrudnienia osób długotrwale bezrobotnych z województwa lubelskiego. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 listopada 2014 r. pod pozycją 2014/S 218-385837.

W postępowaniu tym wykonawca „Industry Personnel Services" Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący") w dniu 19 lutego 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i w konsekwencji dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem wykluczenie z postępowania odwołującego, który potwierdził zgodnie z wymaganiami zamawiającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231), a także art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez niezastosowanie procedury weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu określonej w § 1 ust. 5 ww. rozporządzenia w sytuacji, kiedy zamawiający powziął wątpliwość co do przedłożonych poświadczeń oraz, czy podmioty które udostępniły wykonawcy zasoby wiedzy i doświadczenia faktycznie realizowały wykazane usługi, co skutkowało niezgodnym z prawem wykluczeniem odwołującego z postępowania;
a także:
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia

dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w takim zakresie, aby zgodnie z art. 66d ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach

rynku pracy (Dz.U. z 2013 r., poz. 674 ze zm.) zamawiający mógł skutecznie zlecić wykonanie działań aktywizacyjnych, tzn. wezwać do przedłożenia informacji o działalności agencji zatrudnienia za 2014 r., gdyż jedynie wykazanie się świadczeniem usług pośrednictwa pracy za 2014 r. daje podstawę do zlecenia usług aktywizacyjnych na dany okres.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, iż z informacji o działalności agencji zatrudnienia złożonej przez odwołującego za 2013 r. wynika, iż w tym roku odwołujący nie świadczył wymaganych przez zamawiającego usług pośrednictwa pracy, jak też że korekta złożonej informacji nie może stanowić dowodu w niniejszym postępowaniu. Zdaniem odwołującego, ww. stanowisko zamawiającego oparte jest o swobodną i wewnętrznie sprzeczną interpretację postawionych warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący z treści warunku postawionego przez zamawiającego w Rozdz. VI pkt 2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący wywiódł, iż wykonawca powinien:

- wykazać, iż jest wpisany do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia; odwołujący wskazał, że jako dokumentu potwierdzającego spełnianie tego wymagania zamawiający żąda w Rozdz. VII pkt 1.2 specyfikacji przedłożenia certyfikatu potwierdzającego wpis do rejestru agencji zatrudnienia lub oświadczenia o posiadaniu takiego wpisu. Warunek ten odwołujący uznał za bezdyskusyjny, ponieważ prowadzenie agencji zatrudnienia jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 672) i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia (art. 18 ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy);
- wykazać, iż złożył do marszałka sprawozdanie (informację) za poprzedni rok kalendarzowy, tj. 2013 r.; jako dokumentu potwierdzającego spełnienie tego wymagania zamawiający żąda w Rozdz. VII pkt 1.2 specyfikacji przedłożenia informacji o działalności agencji zatrudnienia składanej marszałkowi województwa za poprzedni rok kalendarzowy (tj. 2013 r.) wraz z potwierdzeniem jej złożenia w wersji papierowej lub elektronicznej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego, dołączył do swojej oferty wymagane dokumenty, tzn. potwierdził, iż jest wpisany do rejestru agencji zatrudnienia oraz przedłożył informację składaną do marszałka za rok 2013 r., co powinno skutkować uznaniem przez zamawiającego, iż odwołujący posiada uprawnienie do prowadzenia działalności jako agencja zatrudnienia, i że złożyła stosowną informację do marszałka za 2013 r. Tymczasem, jak zauważył odwołujący, zamawiający zakwestionował nie sam fakt złożenia informacji (czego wymagał w warunku udziału w postępowaniu), ale dane w niej

zawarte, wskazując, że z informacji tej powinno wynikać, że agencja zatrudnienia świadczyła usługi pośrednictwa pracy w danym roku (tj. w 2013), bowiem wyłącznie z podmiotem spełniającym warunki określone w Rozdz. VI pkt 2.1 specyfikacji w związku z art. 66d ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, marszałek województwa może podpisać umowę o świadczenie działań aktywizacyjnych, a z Informacji przedłożonej przez odwołującego ta okoliczność nie wynika.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przedstawił złożoną do marszałka województwa korektę informacji, z której jednoznacznie wynika, iż w roku 2013 odwołujący świadczył usługi pośrednictwa pracy, które zakończyły się zatrudnieniem osób. Wskazał, że mimo to zamawiający uznał, że złożona korekta nie może stanowić dowodu na spełnianie warunków określonych w specyfikacji. Swoją decyzję zamawiający oparł na odpowiedzi z Dolnośląskiego Wojewódzkiego Urzędu Pracy oraz stanowisku Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, z których wynika, iż brak jest możliwości korygowania sprawozdań po terminie wynikającym z art. 19f ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.

W ocenie odwołującego, zarówno decyzja zamawiającego jak i stanowisko

Dolnośląskiego Wojewódzkiego Urzędu Pracy oraz Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej nie zostały oparte o żadną podstawę prawną. Odwołujący zwrócił uwagę, iż z ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy nie wynika zakaz składania korekty informacji. Ponadto, jak stwierdził odwołujący, wiele wojewódzkich urzędów pracy przyjmuje korekty informacji, dla przykładu odwołujący wskazał Wojewódzki Urząd Pracy w Warszawie. Odwołujący zauważył, że z orzecznictwa sądów administracyjnych również wynika, iż dopuszczalna jest korekta informacji składanej do marszałka. Jak podkreślił odwołujący, obowiązkiem agencji zatrudnienia jest składanie informacji o działalności, która powinna zawierać rzetelne i prawdziwe dane. Marszałek województwa, na podstawie art. 18o ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, sprawuje kontrolę w zakresie przestrzegania warunków prowadzenia agencji zatrudnienia, w tym w zakresie składanych informacji. Niedopuszczenie możliwości składania korekty informacji prowadziłoby do patologicznych sytuacji, kiedy w przypadku ujawnienia nieprawidłowości, błędów w informacji, agencja zatrudnienia nie mogłaby ich usunąć.

Odwołujący stwierdził, że z analizy uzasadnienia wykluczenia odwołującego wynika, iż zamawiający popada w sprzeczności w rozumowaniu i interpretowaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnienia do świadczenia usług aktywizacyjnych. Z jednej strony zamawiający powołuje się na wymagania wynikające z art. 66d ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, z którego wynika, iż marszałek województwa może zlecić wykonanie działań aktywizacyjnych agencji zatrudnienia,

realizującej usługę pośrednictwa pracy co najmniej przez poprzedni rok kalendarzowy (w tym przypadku 2014), potwierdzoną w złożonej marszałkowi województwa informacji o działalności agencji zatrudnienia, które w jego ocenie determinują warunek udziału w postępowaniu. Z drugiej jednak strony zupełnie pomija fakt, iż potwierdzenie świadczenia usług w 2013 r. nie daje uprawnienia do podpisania umowy w 2015 r. Odwołujący wskazał, że zamawiający określił termin składania ofert na dzień 5 stycznia 2015 r. co oznacza, że na ten dzień powinien badać spełnianie warunku posiadania uprawnień, tzn. czy agencja zatrudnienia świadczyła usługi pośrednictwa pracy w 2014 r. i je sprawozdała marszałkowi, a nie za 2013 r. Odwołujący podkreślił, że świadczenie odpowiednich usług w 2013 r. nie daje uprawnienia do zawarcia umowy - „rokiem poprzednim", od którego uzależnione jest posiadanie uprawnienia jest rok 2014. Bez znaczenia, w opinii odwołującego, w tym przypadku pozostaje fakt, iż informację o działalności agencji zatrudnienia składa się do dnia 31 stycznia roku następującego po roku sprawozdawczym (art. 19f ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy), bowiem jest to termin końcowy, co oznacza, że informację można złożyć wcześniej.

Odwołujący uznał, że z punktu widzenia wykazania posiadania uprawnienia determinowanego art. 66d ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, istotne jest przedstawienie *ratio legis* takiej konstrukcji przepisu w kontekście charakteru prawnego składanej informacji oraz jej zakresu w odniesieniu do usług pośrednictwa pracy. Jak wskazał odwołujący, informacja o działalności agencji zatrudnienia ma charakter sprawozdawczy, co oznacza, że dane w niej zawarte mają charakter wtórny w stosunku do faktycznie wykonywanych usług świadczonych przez agencje zatrudnienia. Informacja jest składana jedynie w celach statystycznych i nie obejmuje wszystkich usług wchodzących w skład usługi pośrednictwa pracy, o których mowa w art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. W informacji w części dotyczącej świadczenia usług pośrednictwa pracy ujawnia się jedynie liczbę osób, które podjęły zatrudnienie lub inną pracę zarobkową za pośrednictwem danej agencji zatrudnienia, w tym liczbę osób, które podjęły pracę na podstawie stosunku pracy. Odesłanie w art. 66d ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w zakresie świadczenia usług pośrednictwa pracy do danych zawartych w informacji, należy, zdaniem odwołującego, odczytywać nie jako *stricte* wymóg formalny, ale jako chęć ustawodawcy do wskazania, iż usługi aktywizacyjne powinny być zlecane jedynie tym agencjom zatrudnienia, które efektywnie świadczą usługi pośrednictwa pracy w tym rozumieniu, iż doprowadzają do zatrudnienia. Powołanie się na informację ma tylko usprawnić proces weryfikacji spełnienia określonego wymagania (doprowadzenie do zatrudnienia) oraz zmobilizować agencje zatrudnienia do rzetelnego prowadzenia sprawozdawczości.

W ocenie odwołującego, ze względu na sprawozdawczy charakter informacji, której celem jest zestawienie danych za poprzedni rok, dopuszczalne jest, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, uzupełnienie takiej informacji z datą późniejszą niż termin składania ofert. Informacja potwierdza bowiem jedynie stan faktyczny związany ze świadczeniem usług przez agencję zatrudnienia, w tym usług pośrednictwa pracy realizowanych w poprzednim roku, a co zostało powyżej przedstawione, nabycie uprawnień w rozumieniu art. 66d ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, związane jest nie z samym faktem złożenia informacji, ale z efektywnym świadczeniem pośrednictwa pracy doprowadzającym do zatrudnienia osób. Uprawnie do zlecenia usług aktywizacyjnych nabywa agencja zatrudnienia, jeśli co najmniej przez poprzedni rok świadczyła usługi pośrednictwa pracy zakończone zatrudnieniem osób, zaś składana informacja ma jedynie potwierdzić ten fakt. Zgodnie z art. 26 ust. 2a oraz ust. 3 ustawy Pzp, informacja o działalności agencji zatrudnienia może być datowana po terminie otwarcia ofert, potwierdza ona bowiem spełnienie warunku za poprzedni rok sprawozdawczy, którym jest rok kalendarzowy.

W opinii odwołującego, wadliwa jest także argumentacja, iż z powodu niewykazania w pierwotnej informacji za 2013 r. świadczenia usług pośrednictwa pracy odwołujący nie świadczył takich usług. Brak danych w pierwotnej informacji można co najwyżej rozpatrywać w kategoriach błędnego ich niewykazania przez odwołującego, zwłaszcza, że odwołujący złożył w tym zakresie stosowne wyjaśnienia wskazując, iż zawierał umowy, w których łączone były usługi pośrednictwa pracy z usługami pracy tymczasowej. Zakwestionowanie danych zawartych w informacji i jej korekcie może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu ich weryfikacji w trybie kontrolnym. Do tego momentu brak jest jakichkolwiek podstaw do kwestionowania przez zamawiającego ich prawidłowości, a tym bardziej do stwierdzenia, że odwołujący nie świadczył usług pośrednictwa pracy.

Odwołujący stwierdził ponadto, iż zamawiający dokonał czynności badania oferty odwołującego w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia określonego w Rozdziale VI pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób dowolny z pogwałceniem przepisów ustawy oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, co stanowi naruszenie przywołanych powyżej przepisów. Jak wskazał odwołujący, zgodnie z uprawnieniem wynikającym z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, odwołujący polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, tj. Antal International Sp. z o.o. oraz Work Service S.A. i przedstawił zamawiającemu pisemne zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji wskazanych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, w związku z czym odwołujący udowodnił, iż będzie dysponował tymi zasobami w sposób

realny. Odwołujący wyjaśnił, iż w związku z udostępnieniem zasobów wiedzy i doświadczenia przez ww. podmioty odwołujący umieścił w wykazie usług usługi zrealizowane przez te podmioty, które potwierdzają spełnianie warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Z uwagi jednak na nieprecyzyjne określenie nazw i przedmiotu usług oraz na problemy z identyfikowaniem dowodów z usługami zawartymi w wykazie zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący uzupełnił i skorygował wykaz usług zgodnie z wymaganiami zamawiającego, czego nie kwestionuje zamawiający. Zarówno do oferty, jak i do wyjaśnień odwołujący dołączył dowody potwierdzające należyte wykonanie usług, czego nie zakwestionował zamawiający. Odwołujący podkreślił, iż treść tych dowodów nie musi wiernie odzwierciedlać treści postawionych warunków, z dowodów tych ma wynikać jedynie, iż usługi, których one dotyczą zostały wykonane należycie. Co więcej, w treści tych dowodów nie musi być zawarte *stricte* określenie „usługi zostały wykonane należycie" - ten fakt ma wynikać z ich treści. W ocenie odwołującego, co, jak podkreślił odwołujący, nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego, z treści dołączonych dowodów wynika jednoznacznie, że usługi w nich wskazane zostały wykonane należycie. Odwołujący zauważył, iż w sytuacji, gdy zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości w zakresie wykazanych usług i dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, to powinien zgodnie z § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane o przedłożenie dodatkowych informacji lub

dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Jak wskazał odwołujący, zamawiający zaniechał takiego opierając swoją wiedzę w zakresie wystąpienia, świadczenia kwestionowanych usług jedynie na braku wykazania odpowiednich danych w informacji składanej przez podmiot Antal International Sp. z o.o. do marszałka województwa za lata 2012-2014, co ostatecznie skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania. W ocenie odwołującego, oparcie rozstrzygnięcia jedynie na jednym źródle informacji i to nie wynikającym z przepisów ustawy Pzp i pominięcie procedur weryfikacyjnych z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przesądza, że zamawiający w sposób bezzasadny wykluczył odwołującego z postępowania naruszając przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Ponadto, odwołujący wskazał, iż ścisłe powiązanie warunku posiadania odpowiedniego uprawnienia do świadczenia usług aktywizacyjnych, o których mowa w art.

7

66d ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, do czego jak się wydaje zmierzał zamawiający, tzn. że uprawnionym do zlecenia mu działań aktywizacyjnych jest wyłącznie podmiot posiadający status agencji zatrudnienia (wpis do rejestru), który przez co najmniej poprzedni rok kalendarzowy, tj. 2014, a nie 2013 (z uwagi na termin składania i otwarcia ofert ustalony na 5 stycznia 2015 r.) świadczył usługi pośrednictwa pracy potwierdzone w złożonej informacji o działalności agencji zatrudnienia, powinno skutkować wezwaniem odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w Rozdziale VII pkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków zatrudnienia za okres roku 2014, a nie 2013. W przypadku wykazania, że wykonawca realizował usługi pośrednictwa pracy w 2013 r. i prawidłowo je sprawozdawał, będzie to jedynie oznaczało, że wykonawca taki posiadał uprawnienia do zlecenia mu działań aktywizacyjnych jedynie w 2014 r. Aby móc nabyć uprawnienia, o których mowa w art. 66d ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, na rok 2015, wykonawca musi potwierdzić, że świadczył usługi pośrednictwa pracy w 2014 r. i prawidłowo je sprawozdał. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, zamawiający powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż odwołujący świadczył usługi pośrednictwa pracy w 2014 r. i prawidłowo je sprawozdał. Z uwagi na zaniechanie tego obowiązku, w opinii odwołującego, zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co ostatecznie doprowadziło do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- dokonania ponownej czynności badania oferty odwołującego i uznanie, że spełnił on warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 2.1. oraz pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

8

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez odwołującego, treść pisma odwołującego z dnia 15 stycznia 2015 r. wraz z załącznikami, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania

zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba za prawidłową uznała ocenę przez zamawiającego złożonej przez odwołującego oferty w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Przedmiotowy warunek zamawiający sformułował w Rozdziale VI ppkt 2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagając od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego wykazania, że jest wpisany do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia zgodnie z art. 18 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Jednocześnie, jak wskazał zamawiający, w związku z faktem, że art. 66d ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy nakłada obowiązek świadczenia przez wykonawcę usług z zakresu pośrednictwa pracy przez co najmniej poprzedni rok kalendarzowy, co zostało potwierdzone w złożonej marszałkowi województwa informacji o działalności agencji zatrudnienia, wykonawca powinien dodatkowo wykazać, ze złożył do marszałka ww. sprawozdanie za poprzedni rok kalendarzowy, tj. 2013 r. Na potwierdzenie spełniania

ww. warunku zamawiający wymagał złożenia przez wykoanwcę certyfikatu potwierdzającego wpis do rejestru agencji zatrudnienia lub oświadczenia o posiadaniu wpisu do rejestru agencji zatrudnienia, oraz informacji o działalności agencji zatrudnienia składanej marszałkowi województwa za poprzedni rok kalendarzowy (tj. 2013 r.) wraz z potwierdzeniem jej złożenia w wersji papierowej lub elektronicznej (Rozdział VII ppkt 1.2 specyfikacji).

Izba zważyła, iż art. 18 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy rozróżnia usługi pośrednictwa pracy od usług pracy tymczasowej. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług pośrednictwa pracy polega w szczególności na udzielaniu pomocy osobom w uzyskaniu odpowiedniego zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej oraz pracodawcom w pozyskaniu pracowników o poszukiwanych kwalifikacjach zawodowych, pozyskiwaniu i upowszechnianiu ofert pracy, udzielaniu pracodawcom informacji o kandydatach do pracy, w związku ze zgłoszoną ofertą pracy, informowaniu kandydatów do pracy oraz pracodawców o aktualnej sytuacji i przewidywanych zmianach na lokalnym rynku pracy, inicjowaniu i organizowaniu kontaktów osób poszukujących odpowiedniego zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej z pracodawcami, kierowaniu osób do pracy za granicą u pracodawców zagranicznych. Z kolei w art. 18 ust. 4 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy określono prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług pracy tymczasowej jako polegającej na zatrudnianiu pracowników tymczasowych i kierowaniu tych pracowników oraz osób niebędących pracownikami do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy użytkownika, na zasadach określonych w przepisach o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. Wobec takiego wyraźnego rozróżnienia, brak jest podstaw do uznania, iż możliwe jest wykazywanie działań wykonywanych w toku realizacji usług pracy tymczasowej jako usług pośrednictwa pracy.

Tymczasem takie właśnie działanie odwołującego wynika z treści złożonych w dniu 15 stycznia 2015 r. wyjaśnień. W wyjaśnieniach tych odwołujący stwierdził m.in., że „usługi pośrednictwa pracy i usługi pracy tymczasowej zawierają czynności, które są – bynajmniej w części – wspólne dla obu kategorii usług, przez co agencja zatrudnienia świadcząca usługi w zakresie pracy tymczasowej może jednocześnie świadczyć usługi pośrednictwa pracy.”. Odwołujący wskazał również, że „okoliczność świadczenia usług pośrednictwa pracy może być potwierdzona nie tylko poprzez wypełnienie pkt. 1.1 formularza informacji o działalności agencji zatrudnienia, lecz może być potwierdzona także wypełnionym formularzem

przedmiotowej informacji w części dotyczącej działalności w zakresie pracy tymczasowej. Warunkiem jednak zaistnienia takiej sytuacji, jest okoliczność, że umowy zawarte przez daną

agencję zatrudnienia, jak również jej działania faktyczne będą obejmowały czynności wskazane powyżej.”. Odwołujący oświadczył, że świadcząc usługi pracy tymczasowej wykonywał czynności takie jak pozyskiwanie i upowszechnianie ofert pracy, udzielanie pracodawcom informacji o kandydatach do pracy, w związku ze zgłoszoną ofertą pracy, inicjowanie i organizowanie kontaktów osób poszukujących odpowiedniego zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej z pracodawcami, przez co wykonywał usługi pośrednictwa pracy, potwierdzone w informacji złożonej marszałkowi województwa (pkt 4 formularza – informacja o działalności agencji pracy tymczasowej). Fakt ten potwierdza też, jak wskazał odwołujący, skorygowana i złożona treść informacji o działalności odwołującego (pkt 1.1 formularza – informacja o działalności agencji zatrudnienia). Dodatkowo, na dowód świadczenia przez odwołującego usług pośrednictwa pracy odwołujący złożył zamawiającemu wyciąg z umowy o świadczenie usług w zakresie zatrudnienia pracowników tymczasowych, w której jedna ze stron zwana jest „Pracodawcą Użytkownikiem”. Przedmiot umowy został określony jako świadczenie usług polegających na rekrutacji oraz zatrudnianiu pracowników tymczasowych przez Industry Personnel Services Sp. z o.o. i kierowanie tych pracowników do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz Pracodawcy Użytkownika.

Przedstawiony przez odwołującego w ww. wyjaśnieniach sposób interpretacji przepisów oraz złożony zamawiającemu wyciąg z umowy o świadczenie usług w zakresie zatrudnienia pracowników tymczasowych pozwala przypuszczać, iż odwołujący dokonując korekty informacji o działalności agencji zatrudnienia za 2013 r. przypisał część usług pracy tymczasowej jako usługi pośrednictwa pracy. Działanie takie przeczy rozróżnieniu tych usług dokonanemu w art. 18 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, poddaje w wątpliwość również cel składania informacji o działalności agencji zatrudnienia.

Mając na uwadze treść złożonych przez odwołującego wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2015 r. wraz z załącznikami, jak też okoliczność, iż w postawionym warunku zamawiający nie tylko sformułował wymóg wykazania, że wykonawca złożył do marszałka informację o działalności agencji zatrudnienia, ale wskazał też na art. 66d ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w którym jest mowa o możliwości zlecenia wykonania działań aktywizacyjnych agencji zatrudnienia realizującej usługę pośrednictwa pracy, Izba stwierdziła, że odwołujący, na którym spoczywa ciężar wykazania zamawiającemu spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie wykazał w sposób nie budzący warunku do wątpliwości spełniania dotyczącego posiadania uprawnień wykonywania określonej działalności lub czynności. Izba za pozostającą bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu uznała kwestię możliwości złożenia korekty informacji o działalności agencji zatrudnienia. Jednocześnie Izba stwierdziła, że przepisy prawa nie wskazują na brak możliwości złożenia takiej korekty, jednak jej złożenie po

upływie roku od terminu składania informacji o działalności agencji zatrudnienia budzi wątpliwości ze względu na cel takiej informacji.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący oceny przez zamawiającego złożonej przez odwołującego oferty w zakresie wykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W Rozdziale VI ppkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców posiadaniem wiedzy i doświadczenia przez wykazanie, że w okresie ostatnich 3 lat przez upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych wykonuje, co najmniej 3 usługi w zakresie aktywizacji zawodowej dla łącznie 600 osób bezrobotnych lub pozostających bez zatrudnienia, z których każda dotyczyła, co najmniej 200 osób. Zakres każdej usługi miał obejmować pośrednictwo pracy lub poradnictwo zawodowe (z wyłączeniem pracy tymczasowej), których celem było doprowadzenie do zatrudnienia ww. osób, a ponadto:

- w ramach wymienionych usług objął aktywizacją zawodową co najmniej 300 osób będących w szczególnej sytuacji na rynku pracy, zgodnie z obowiązującą w tym czasie definicją art. 48 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,

• w wyniku wykonanych usług, o których mowa powyżej, wykonawca doprowadził do zatrudnienia lub podjęcia działalności gospodarczej, co najmniej 200 osób, w tym działalność gospodarczą podjęło maksymalnie 20 osób.

Uznając prawo zamawiającego do badania, w przypadku zaistniałych wątpliwości, autentyczności informacji przekazanych przez wykonawcę, Izba za wiarygodne uznała przekazane zamawiającemu przez Wojewódzki Urząd Pracy w Warszawie informacje o działalności prowadzonej przez podmiot trzeci, na którego wiedzę i doświadczenie powoływał się odwołujący, tj. Antal International Sp. z o.o. w latach 2012 – 2014, a zatem w okresie objętym wykazem usług. Z przekazanych zamawiającemu informacji o działalności agencji zatrudnienia złożonej przez Antal International Sp. z o.o. w latach 2012 – 2014 wynika, iż podmiot ten nie świadczył usług pośrednictwa pracy, a świadczył usługi wyłącznie z zakresu pracy tymczasowej. Tego rodzaju usługi nie mogą potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ponieważ zamawiający w sposób jednoznaczny wyłączył ten zakres działalności z doświadczenia, którym wykonawca powinien się wykazać. O prawidłowości złożonych przez odwołującego w wykazie usług oświadczeń nie mogą świadczyć złożone na rozprawie przez odwołującego umowy: umowa nr 6072/2014/DDP/WSSA/U z dnia 14 lutego 2014 r. zawarta pomiędzy SouthWestern Business Process Services Poland Sp. z o.o. a Work Service S.A., umowa

12

---

o świadczenie usług w zakresie doradztwa i doboru personelu z dnia 31 maja 2010 r. zawarta pomiędzy Capgemini Polska Sp. z o.o. a Antal International oraz umowa z dnia 16 stycznia 2013 r. zawarta pomiędzy Antal International Sp. z o.o. a Franklin Templeton Investments Poland Sp. z o.o., bowiem z uwagi daty ich zawarcia, brak jest możliwości jednoznacznego przyporządkowania ww. umów do usług wskazanych w wykazie. Izba nie wzięła pod uwagę umowy nr 54/ELO/2012 z dnia 3 sierpnia 2012 r. zawartej pomiędzy Antal International Sp. z o.o. a Faurecia Automotive Polska S.A., bowiem została ona złożona przez odwołującego wyłącznie w języku angielskim, wbrew postanowieniom § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964). Z uwagi na powyższe Izba uznała, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia informacji o działalności agencji zatrudnienia za 2014 r. Izba zważyła, iż w Rozdziale VI ppkt 2.1 oraz w Rozdziale VII ppkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiajacy jednoznacznie sformułował wymaganie złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia informacji o działalności agencji zatrudnienia składanej marszałkowi województwa za 2013 r. Wymaganie to nie zostało zakwestionowane przez odwołującego na właściwym etapie postępowania, w terminach określonych art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto, Izba stwierdziła, mając na uwadze wyznaczony w przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert, że wymaganie zamawiającego złożenia przez wykonawców informacji o działalności agencji zatrudnienia za 2014 r. przed określonym ustawowo terminem byłoby żądaniem nadmiernym. Jednocześnie, żądanie uzupełnienia informacji o działalności agencji zatrudnienia za 2014 r. wyłącznie od odwołującego, wobec braku takiego wymogu w specyfikacji, stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

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

13

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……