

Sygn. akt: KIO 722/13

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2013 r. przez wykonawcę **D..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DARBUD D..... J....., Nowa Biała 25, 09-411 Biała** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zakład Gospodarki Mieszkaniowej – TBS sp. z o.o., ul. Polna 7, 09-400 Płock,**

przy udziale wykonawcy: **Z. T....., T. P..... prowadzących działalność gospodarczą pod firmą CLEAN SERVICE Z. T....., T. P....., ul. Przemysłowa 7, 09-400 Płock** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 722/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **D..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DARBUD D..... J..... Nowa Biała 25, 09-411 Biała, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DARBUD D..... J....., Nowa Biała 25, 09-411 Biała** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Miejski Zakład Gospodarki Mieszkaniowej – TBS sp. z o.o. z siedzibą w Płocku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „utrzymanie porządku i czystości na terenach będących własnością Gminy – Miasto Płock”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 z 2012 r. w dniu 2012 r.

W dniu 26 marca 2013 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu z postępowania wykonawcy: D..... J..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DARBUD D..... J..... z siedzibą w Białej na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznaniu oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Wykonawca D..... J..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DARBUD D..... J..... wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, tj. art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2a, art. 26 ust. 4, art. 91 ust. 1 i art. 7 Pzp, poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, poprzez:

a) żądanie od odwołującego złożenia szczegółowych wyjaśnień i dokumentów (umów o pracę) potwierdzających, że w dniu składania ofert 25 osób wymienionych w załączniku nr 5 do oferty „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” pozostawało w stosunku pracy z odwołującym podczas, gdy:

- siwz w pkt III.2.3.a) i III.3.h) nie nakłada na wykonawców obowiązku dysponowania na dzień składania ofert pracownikami, z którymi został przed tym terminem nawiązany stosunek pracy, a tylko obowiązek dysponowania co najmniej 25 osobami zdolnymi do realizacji usługi, co do których wykonawcy byli zobowiązani podać informacje na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami,

- § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817) określa ściśle rodzaj dokumentów, których zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, tj. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych,

doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, a zatem nie ma prawa żądać od wykonawcy wyjaśnień co do okoliczności nie wymaganych w siwz oraz dokumentów je potwierdzających,

- takich żądań zamawiający nie kierował do innych wykonawców biorących udział w przetargu.

b) żądanie od odwołującego złożenia zobowiązania do współpracy z dnia 19 grudnia 2012 r. D..... B..... podczas, gdy:

- siwz w pkt III.2.3.a) i III.3.h) nie nakłada na wykonawców obowiązku przedkładania zamawiającemu zobowiązań do współpracy osób, które pozostają w bezpośredniej dyspozycji wykonawcy (w przeciwieństwie do wymogów określonych w pkt III.3.j) siwz dotyczących dysponowania pośredniego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), a tylko obowiązek dysponowania co najmniej 1 osobą do nadzoru, co do której wykonawcy byli zobowiązani podać informacje na temat jej kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nią czynności wraz z informacją o podstawie do dysponowania tą osobą,

- zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane, zamawiający nie może żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających złożone przez wykonawcę w wykazie osób oświadczenia wiedzy,

- takich żądań zamawiający nie kierował do innych wykonawców biorących udział w przetargu.

c) wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie złożonej przez odwołującego oferty wobec uznania, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. że na dzień składania ofert odwołujący nie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w ilości 25 osób - wymaganej w siwz,

d) dokonanie wyboru oferty złożonej przez CLEAN SERVICE Z.T....., T.P..... z siedzibą w Płocku jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania, że po raz pierwszy został wykluczony z postępowania w dniu 15 stycznia 2013 r. Na skutek wyroku KIO z dnia 31 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 108/13) wniesione wówczas odwołanie zostało

uwzględnione. Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert. W toku rozprawy zamawiający zgłosił dodatkowy zarzut, że w ofercie odwołujący wykazał zatrudnienie 25 osób na umowę o pracę podczas, gdy zdaniem zamawiającego odwołujący zatrudniał w dniu składania ofert jedynie 15 osób.

W ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert po wyroku KIO zamawiający skierował do odwołującego w dniu 15 lutego 2013 r., 28 lutego 2013 r., 4 marca 2013 r., 13 marca 2013 r. oraz 19 marca 2013 r. wezwania do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dokumentów, których celem było ustalenie ilu pracowników zatrudnia odwołujący. Składane przez odwołującego wyjaśnienia potwierdzające dysponowanie 25 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia były niewystarczające dla zamawiającego. W dniu 28 lutego 2013 r. zamawiający zażądał przedłożenia 25 umów o pracę. Odwołujący pismem z dnia 7 marca 2013 r. odmówił wykonania tego żądania uznając, że jest ono sprzeczne z przepisami ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W dniu 20 marca 2013 r. odwołujący przesłał zamawiającemu zobowiązanie do współpracy z dnia 19 grudnia 2012 r. D..... B.....

Odwołujący podkreślił, że wbrew twierdzeniu zamawiającego nie był zobowiązany do zatrudniania wskazanych 25 pracowników z nawiązanym stosunkiem pracy przed datą składania ofert, a zawarte umowy o pracę z odroczonym terminem nawiązania stosunku pracy nie są tożsame ze złożeniem przez wykonawcę w ofercie oświadczenia, że zawrze umowy o pracę w terminie późniejszym niż dzień składania ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że w ofercie (załącznik nr 5) wskazał wszystkie informacje wymagane w pkt III.2.3.a) i III.3.h) siwz. Jako podstawę dysponowania 25 osobami wymienionymi imiennie podał umowy o pracę, zgodnie z prawdą i stanem faktycznym istniejącym w dniu składania ofert. Ze wskazanymi osobami odwołujący zawarł umowy o pracę przed dniem 27 grudnia 2012 r. W grudniu 2012 r. u odwołującego pracowało 12 osób, a dalsze 13 miało rozpocząć pracę w dniu 4 stycznia 2013 r. po uzyskaniu przez odwołującego zamówienia. W piśmie odwołującego z dnia 20 marca 2013 r. wykonawca wskazał 13 osób, z którymi termin nawiązania stosunku pracy był ustalony na dzień 4 stycznia 2013 r. Odwołujący wyjaśnił, że pominał G..... K..... i S..... L....., gdyż obaj w dniu 27 grudnia 2012 r. pozostawali w stosunku pracy nawiązanym odpowiednio 1 kwietnia 2010 r. i 1 stycznia 2012 r. na czas określony do 31 stycznia 2013 r. i 31 grudnia 2012 r. Z pierwszym z nich umowa o pracę została zawarta w dniu 29 stycznia 2013 r. z terminem rozpoczęcia pracy w dniu 5 lutego 2013r., a z drugim umowę zawarto w dniu 31 grudnia 2012 r. z terminem rozpoczęcia pracy w dniu 4 stycznia 2013 r. Zdaniem odwołującego powyższe informacje potwierdzają, że odwołujący w dniu złożenia oferty dysponował 25 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, uznając, że dysponowanie

oznacza realną możliwość skorzystania z usługi danej osoby. O tym, czy wykonawca dysponuje daną osobą decyduje więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą, a tą osobą.

W dniu 5 kwietnia 2013 r. wykonawca CLEAN SERVICE Z. T....., T. P..... zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący wskazał, że według jego ustaleń D..... J..... DARBUD nie zatrudniał w grudniu 2012 r. 25 osób a jedynie 15, wbrew oświadczeniu zawartemu w wykazie osób dołączonego do oferty. Dyspozycja pozostałymi osobami miała mieć miejsce dopiero z dniem nawiązania stosunku pracy, miała więc charakter czysto hipotetyczny i uzależniony od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Okres pomiędzy zawarciem umowy o pracę, a nawiązaniem stosunku pracy nie jest okresem dyspozycji. Odmiennie od promes i umów przedwstępnych, przed określonym terminem nawiązania stosunku pracy, pracodawca nie ma środków prawnych dysponowania pracownikiem.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Zamawiający złożył wniosek dowodowy w sprawie udzielenia informacji przez ZUS o/Płock czy wskazane przez odwołującego osoby zostały zgłoszone do ZUS jako zatrudnione w firmie DARBUD i w jakim terminie oraz ewentualnie zobowiązanie odwołującego do złożenia do akt sprawy zawartych umów o pracę z ww. osobami.

Zamawiający wyjaśnił, że od innego wykonawcy tj. CLEAN SERVICE Z. T....., T. P..... w treści przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 24 stycznia 2013 r. powziął informację, że odwołujący zatrudniał w grudniu 2012 r. jedynie 15 osób. W związku z powyższym w celu zweryfikowania tych informacji zamawiający podjął działania zmierzające do wyjaśnienia tych okoliczności przez samego odwołującego. W celu szczegółowego wyjaśnienia zamawiający zażądał przedstawienia przez odwołującego umów o pracę ze wskazanymi w wykazie osobami, których odwołujący nie przedłożył. Zamawiający podkreślił, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu przetargu. Stwierdził, że w przypadku umów o prace zawartych z odroczonym terminem rozpoczęcia pracy dyspozycja tymi osobami będzie miała miejsce dopiero z dniem nawiązania stosunku pracy. Okres pomiędzy zawarciem takiej umowy o pracę a nawiązaniem stosunku pracy nie jest okresem dyspozycji. W przypadku umów przedwstępnych lub promes wykonawca może wystąpić o nawiązanie stosunku pracy lub stosunku cywilnego wraz ze ziszczeniem się warunku dotyczącego uzyskania przez wykonawcę zamówienia. W przypadku umów o prace faktyczna dyspozycja rozpoczyna się z dniem nawiązania stosunku pracy.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że wykonawca CLEAN SERVICE Z. T....., T. P..... skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp oraz posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że zarzuty dotyczące nieuprawnionego żądania przez zamawiającego od odwołującego złożenia szczegółowych wyjaśnień i dokumentów (umów o pracę) potwierdzających, że w dniu składania ofert 25 osób wymienionych w załączniku nr 5 do oferty „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” pozostawało w stosunku pracy z odwołującym oraz żądania od odwołującego złożenia zobowiązania do współpracy z dnia 19 grudnia 2012 r. D..... B....., podlegają uznaniu za spóźnione – odwołanie w tym zakresie zostało wniesione po upływie ustawowego terminu. Czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dokumentów zostały podjęte przez zamawiającego w dniu 15 lutego 2013 r., 28 lutego 2013 r., 4 marca 2013 r., 13 marca 2013 r., 19 marca 2013 r. Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub złożenia dokumentów są czynnościami w rozumieniu ww. przepisu. Zgodnie z art. 182 ust. 3 Pzp odwołanie od czynności wezwania do złożenia wyjaśnień lub dokumentów odwołujący powinien złożyć w terminie 5 dni od dnia, w którym otrzymał wezwanie. Termin zatem do wniesienia odwołania w powyższym zakresie nie został zachowany, ponieważ odwołujący wniósł w tym zakresie odwołanie dopiero w dniu 29 marca 2013 r. Stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, zarzuty powyższe, tj. naruszenia art. 26 ust. 4 i w konsekwencji art. 7 Pzp nie podlegały rozpoznaniu.

Izba uznała za niezasadne zarzuty: naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania i naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp, przez uznanie

oferty złożonej przez odwołującego za odrzuconą, z powodu nie wykazania, że odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. że na dzień składania ofert odwołujący dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w ilości określonej w siwz, tj. 25 osób. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz art. 26 ust. 2a Pzp, który określa, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 Pzp.

Izba ustaliła, że w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia odwołujący zgodnie z wymaganiami określonymi w postanowieniu III rozdz. ust. 2 pkt 3 lit.a i III pkt 3 lit. h) siwz podał informacje dotyczące 25 osób zdolnych do wykonania zamówienia, którymi dysponuje, wskazując jako podstawę dysponowania ww. osobami – umowy o pracę.

W trakcie prowadzonego postępowania w dniu 24 stycznia 2013 r. zamawiający powziął od innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu informacje podważające rzetelność treści złożonego przez odwołującego wykazu osób. W celu ich weryfikacji zamawiający podjął postępowanie wyjaśniające dotyczące treści wykazu. Zamawiający skierował do odwołującego w dniu 15 lutego 2013 r., 28 lutego 2013 r., 4 marca 2013 r., 13 marca 2013 r., 19 marca 2013 r. wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, dotyczących podstawy dysponowania osobami wskazanymi w wykazie.

Odwołujący od powyższych wezwań nie wniósł odwołania w ustawowym terminie. W odpowiedzi odwołujący składał wyjaśnienia potwierdzając, że w dniu złożenia oferty (27 grudnia 2013 r.) dysponował 25 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż zatrudniał 12 pracowników wskazanych w wykazie, a z 13 pozostałymi osobami w dniu 19 grudnia 2013 r. zawarł umowy o pracę z terminem rozpoczęcia pracy w dniu 4 stycznia 2013 r. Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 lutego 2013 r. do przedłożenia umów o pracę zawartych ze wskazanymi w wykazie osobami odwołujący pismem z dnia 7 marca 2013 r. odmówił złożenia tych dokumentów, powołując się na brak zgody osób, z którymi umowy zostały zawarte na ich przekazanie zamawiającemu oraz podnosząc brak uprawnienia zamawiającego do żądania ww. dokumentów. W odpowiedzi na kolejne wezwanie z dnia 13 marca 2013 r. o podanie terminów zawarcia umów o pracę oraz nawiązania i zakończenia stosunku pracy z osobami wskazanymi w wykazie w dniu 14 marca 2013 r. odwołujący udzielił informacji, wskazując dla 13 osób – dzień 19 grudnia 2013 r. jako termin zawarcia umowy o pracę, a dzień 5 lutego i 25 marca 2013 r., jako termin nawiązania stosunku pracy.

Jako termin zakończenia stosunku pracy – odwołujący wskazał dla tych osób - 31 grudnia 2013 r. Na kolejne wezwanie z dnia 19 marca 2013 r. do „potwierdzenia, że wskazane w piśmie z dnia 14 marca 2013 r. terminy zawarcia umów o pracę, nawiązania i zakończenia stosunku pracy określają stan faktyczny na dzień złożenia oferty, tj. na 27.12.2012 r.” odwołujący w piśmie z dnia 20 marca 2013 r. wyjaśnił, że z 13 osobami (wskazanymi imiennie) na dzień 27 grudnia 2012 r. termin nawiązania stosunków pracy był określony na dzień 4 stycznia 2013 r.

W toku rozprawy odwołujący wyjaśnił, że kilkakrotnie od zawarcia ww. umów o pracę, na mocy aneksów, przesuwał terminy nawiązania stosunku pracy z ww. osobami z uwagi na to, że toczące się postępowanie odwoławcze tamowało możliwość podpisania przez zamawiającego z wybranym wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wyjaśnił również, że wskazane osoby oczekiwały nieprzerwanie na możliwość podjęcia pracy w przypadku, gdyby odwołujący uzyskał zamówienie.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp formułuje, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu - dysponowanie przez wykonawcę potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przyjmuje się, że pojęcie „dysponowanie osobami” ma szersze znaczenie niż pojęcie „posiadanie pracowników”. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą w ramach sformułowania „dysponowanie” mieszczą się różne stosunki prawne wiążące wykonawcę z osobą, która wchodzi w skład jego potencjału kadrowego. Dysponować można osobą nie tylko na podstawie umowy o pracę, ale także na podstawie umowy zlecenia i innych stosunków cywilnoprawnych.

Zauważyć należy, że informacja o podstawie do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest istotna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest ona bowiem składana przez wykonawcę w celu umożliwienia zamawiającemu dokonania oceny, w świetle postawionego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku dotyczącego potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp), czy dany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie odwołujący wskazał, zgodnie z wymaganiami siwz, w wykazie 25 osób, którymi dysponuje na podstawie umowy o pracę. Zamawiający podjął jednak postępowanie wyjaśniające w trybie art. 26 ust. 4 Pzp co do treści złożonego wykazu, gdyż nie mógł pozostawić bez wyjaśnienia wątpliwości co do rzetelności wykazu, powziętych od innego wykonawcy. W ramach postępowania wyjaśniającego zamawiający wezwał odwołującego m.in. do udokumentowania zawartych umów o pracę. Odwołujący odmówił przedstawienia tych dokumentów, przy czym nie przedłożył żadnych innych dowodów,

potwierdzających datę zawarcia umów ani terminów na jakie zostały one zawarte, co mogłoby rozwiać wątpliwości zamawiającego. Tym samym w ocenie Izby odwołujący nie podjął starań, aby udowodnić zamawiającemu, że jakiegokolwiek wątpliwości nie są uzasadnione, a wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Zauważyć należy, że zgodnie z obowiązującymi przepisami (art. 26 ust. 2a, art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp), to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, a zatem udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Co do zasady wykonawca wykazuje spełnianie warunku za pomocą wymaganych przez zamawiającego w siwz dokumentów. Jednakże, jeśli pojawią się wątpliwości dotyczące treści złożonych dokumentów, to wykonawca powinien, na wezwanie do złożenia wyjaśnień, dołożyć wszelkich starań, aby udowodnić zamawiającemu, że wątpliwości zamawiającego nie są uzasadnione. Obowiązek wykazania (ciężar dowodu) spełnienia warunków udziału w postępowaniu leży po stronie wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wielokrotnie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Nawet pomimo odmowy przez wykonawcę przedłożenia dowodów potwierdzających zawarcie umów o pracę, zamawiający ponowił wezwanie do wyjaśnienia okoliczności, które mogły być stwierdzone za pomocą ww. umów.

W odpowiedzi na kolejne wezwania odwołujący podawał informacje nie spójne ze sobą. Wskazywał, że umowy o pracę zostały zawarte w dniu 19 grudnia 2013 r., tj. przed terminem składania ofert z terminem nawiązania stosunku pracy: dla 4 osób - 5 luty 2013 r., a dla 9 osób – 25 marzec 2013 r. W kolejnych wyjaśnieniach podał, że z ww. osobami umowy o pracę, zawarte w dniu 19 grudnia 2013 r., wskazywały - jako termin rozpoczęcia pracy – dzień 4 stycznia 2013 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że wykonawca składając zamawiającemu rozbieżne informacje i odmawiając przedstawienia dowodów potwierdzających stan faktyczny aktualny na dzień 27 grudnia 2013 r. w zakresie dysponowania 25 osobami nie wykazał dysponowania wymaganą liczbą osób zdolnych do wykonania zamówienia, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Co do zasady można zgodzić się z odwołującym, że umowy o pracę z późniejszym terminem nawiązania stosunku pracy niż data zawarcia umowy mogą potwierdzać dysponowanie tymi osobami przez wykonawcę. Jak stwierdzono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2010 r. (sygn. KIO/UZP 292/10) „Słowo dysponować, którego użył ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie posiada legalnej definicji, jednak należy je definiować jako realną możliwość zaangażowania poszczególnych osób w realizację zamówienia. Tym samym, nie istnieje obowiązek sformalizowania stosunku pomiędzy daną osobą a wykonawcą przez np. nawiązanie stosunku pracy”.

Dysponowanie osobami musi wynikać ze stosunku prawnego łączącego wykonawcę i określoną osobą, umożliwiającą faktyczne zaangażowanie tej osoby w momencie

rozpoczęcia realizacji zamówienia. Umowa o pracę musi zawierać termin rozpoczęcia pracy (nawiązania stosunku pracy) z daną osobą. Oceniając zatem realną możliwość zaangażowania osoby do wykonywania zamówienia, której dysponowanie zostało oparte na umowie o pracę z przesuniętym terminem rozpoczęcia pracy, należy zbadać, czy termin podjęcia pracy, określony w zawartej umowie koreluje z terminem rozpoczęcia realizacji zamówienia. Przesunięty w umowie o pracę termin nawiązania stosunku pracy powinien zatem gwarantować, że w momencie rozpoczęcia realizacji zamówienia wskazane osoby będą zobowiązane do świadczenia pracy na rzecz wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu, wobec niespójnych informacji podawanych przez odwołującego w zakresie terminu nawiązania stosunku pracy przez wskazane w wykazie osoby oraz nieprzedłożenie żadnych dowodów na potwierdzenie w sposób jednoznaczny tego terminu w odniesieniu do 13 osób, rzetelne dokonanie takiej oceny przez zamawiającego nie było możliwe. Wobec powyższego zamawiający był uprawniony do uznania, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą ilością osób.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz okoliczność, że odwołujący nie zawarł w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, tj. zarzutu zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, Izba orzekła, że zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp w omówionym powyżej zakresie są niezadane. Podkreślić należy, że stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu.

W związku z powyższym nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 Pzp, poprzez dokonanie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: