

Sygn. akt KIO/UZP 485/09

**WYROK**  
z dnia 29 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie:** Anna Packo

Małgorzata Rakowska

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ludmiłę Pietrzak, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą InterTIM Pietrzak Ludmiła (lider konsorcjum), ul. Noniewicza 85B/IV, 16-400 Suwałki oraz InterTIM Sp. z o.o.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa.**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ludmiłę Pietrzak, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą InterTIM Pietrzak Ludmiła (lider konsorcjum), ul. Noniewicza 85B/IV, 16-400 Suwałki oraz InterTIM Sp. z o.o. i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ludmiłę Pietrzak, prowadzącą**

**działalność gospodarczą pod nazwą InterTIM Pietrzak Ludmiła (lider konsorcjum), ul. Noniewicza 85B/IV, 16-400 Suwałki oraz InterTIM Sp. z o.o.;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ludmiłę Pietrzak, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą InterTIM Pietrzak Ludmiła (lider konsorcjum), ul. Noniewicza 85B/IV, 16-400 Suwałki oraz InterTIM Sp. z o.o.**

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

W dniu 21 stycznia 2009 r., Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na wykonanie usługi kontroli na miejscu metodą inspekcji terenowej i metodą FOTO na terenie 16 województw. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 14 765 167,56 euro.

Pismem z dn. 5 marca 2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o dopuszczeniu uczestników do udziału w postępowaniu, natomiast pismem doręczonym Odwołującemu w dniu 13.03.2009 r. zawiadomił o zaproszeniu poszczególnych wykonawców do składania ofert.

W dniu 23 marca 2009 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: InterTIM Pietrzak Ludmiła (Lider Konsorcjum) oraz InterTIM Sp z o. o. (dalej: Odwołujący) – złożyli protest na zaniechanie wykluczenia z postępowania w części X-IT Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Globmatix Sp. z o.o.. w Lublinie oraz Madar Sp. z o.o. w Krakowie (dalej: Konsorcjum), który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 2 kwietnia 2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 14.04.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 51 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polegające na zaniechaniu wykluczenia i niezasadnym zaproszeniu do złożenia oferty Konsorcjum, który to wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, a ponadto podlega wykluczeniu z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podnosi, iż Konsorcjum nie spełniło warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. W załączniku nr 4 do wniosku, Konsorcjum przedstawiło w wykazie 12 osób z wykształceniem wyższym w zakresie geodezji i kartografii lub z wykształceniem średnim w zawodzie technik geodeta. Wśród nich znalazło się 6 osób, którymi Konsorcjum nie będzie mogło dysponować przy realizacji niniejszego zamówienia, bowiem są oni zatrudnieni przez inne podmioty, które nie zwolniły ich z obowiązku świadczenia pracy na czas realizacji przedmiotowego zamówienia. Na etapie składania protestu Odwołujący miał jedynie ustne informacje o tym, że osoby te są pracownikami samorządowymi i nie będą w stanie uczestniczyć w realizacji zamówienia publicznego polegającego na kontroli na miejscu metodą inspekcji terenowej - jedna z osób wypowiedziała uczestnikowi Konsorcjum deklarację współpracy, pozostałe są pełnoetatowymi pracownikami innych podmiotów, tj. starostw powiatowych. Działania Konsorcjum stoją więc ewidentnie w sprzeczności z art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych. Pracownicy samorządowi zatrudnieni na stanowiskach urzędniczych nie mogą bowiem wykonywać zajęć pozostających w sprzeczności lub związanych z zajęciami, które wykonują w ramach obowiązków służbowych, wywołujących uzasadnione podejrzenie o stronniczość lub interesowność oraz zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy. Pracownicy Starostw nie narażając się na sankcje przewidziane w tej ustawie nie mogą zatem, w ocenie Odwołującego, składać oświadczeń o możliwości dysponowania nimi przy tych pracach.

W ogłoszeniu o zamówieniu dla części X-IT Zamawiający żądał dysponowania 15 osobami z wykształceniem średnim lub wyższym w zakresie geodezji i kartografii, z których 4 posiadają uprawnienia zawodowe. Konsorcjum przedstawiło w wykazie 18 osób, z których 6 posiada wymagane uprawnienia. Jednakże, jak wykazano powyżej, Konsorcjum nie będzie mogło dysponować 7 z tych 18 osób (w proteście – 9 osób), a zatem liczba osób, którymi będzie mógł dysponować spada do 11 osób, tj. poniżej poziomu wymaganego przez Zamawiającego dla spełnienia warunku dysponowania osobami.

Odwołujący wskazuje, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje w przetargu ograniczonym na dzień składania wniosków, a Konsorcjum na ten

dzień ani nie dysponowało osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ani nie przedstawiło pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia takich osób.

Konsorcjum bowiem powinno było „dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponowało zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów”. Według Odwołującego, oznacza to, że pisemne zobowiązanie powinno być wystawione przez podmiot dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co przekłada się głównie na dysponowanie czasem tych osób. W przypadku pracowników, podmiotem dysponującym ich umiejętnościami i kwalifikacjami w czasie pracy jest pracodawca.

Odwołujący podkreśla, że specyfika zamówienia w zakresie części X-IT (województwo podlaskie) jest taka, że zamówienia tego pracownicy nie są w stanie wykonać poza czasem pracy lub w ramach urlopu wypoczynkowego. Z informacji na temat części X-IT zamówienia, zawartej w ogłoszeniu o zamówieniu wynika, że przedmiotem zamówienia w tej części jest kontrola powierzchniowa metodą inspekcji terenowej. Ilość gospodarstw rolnych do skontrolowania wynosi 2349, a łączna całkowita powierzchnia działek podstawowych do kontroli obszarowej wynosić będzie 30.959 ha. Okres realizacji tej części zamówienia ma wynosić 6 miesięcy.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum, oświadczając we wniosku, że przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, a nie przedstawiając tego zobowiązania, lecz zobowiązania bezpośrednio tych osób, świadomie podało nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik niniejszego postępowania. Konsorcjum wiedziało bowiem, że osoby te, będące pracownikami urzędów nie będą w stanie realizować niniejszego zamówienia, pozostając w stosunku pracy, a mimo to wystawiło ich kandydatury do udziału w wykonaniu zamówienia.

Zamawiający rozstrzygając protest, zarzuty Odwołującego uznał za nieudowodnione i wskazał, iż Konsorcjum wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dla części X-IT złożyło oświadczenie -wykaz osób, w którym wskazało osoby posiadające stosowne kwalifikacje i uprawnienia, którymi będzie dysponować. Na potwierdzenie powyższego Konsorcjum dołączyło pisemne zobowiązania tych osób do współpracy (deklaracje współpracy) przy realizacji zamówienia. Tym samym Konsorcjum spełniło warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamieszczony w Sekcji III.2.3) pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu.

Zarówno w proteście i odwołaniu, Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności oceny wniosku i zaproszenia do złożenia oferty Konsorcjum,

2) wykluczenie Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Skład orzekający, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie dopatrywał się podstaw odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 i 4 Prawa zamówień publicznych, o co wnioskował Zamawiający na posiedzeniu. W ocenie składu orzekającego Izby protest miał wystarczające elementy, by można było uznać go za środek ochrony prawnej (wskazując uszczerbek we własnym interesie prawnym Odwołujący podnosił w proteście, że Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu polegających na dysponowaniu określonymi osobami, i wnosił o jego wykluczenie) oraz został wniesiony w terminie. Za początek biegu terminu Izba uznała datę, w której nastąpiło doręczenie uczestnikom postępowania zaproszenia do składania ofert, tj. dzień 13.03.2009 r., bowiem dopiero wtedy zgodnie z art. 96 ust. 3 zd. drugie Prawa zamówień publicznych Odwołujący miał realną możliwość zapoznania się z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez Konsorcjum, a tym samym zweryfikowania poprawności decyzji Zamawiającego z dn. 5.03.2009 r. (o dopuszczeniu do dalszego udziału w postępowaniu Konsorcjum). Bez znaczenia dla biegu terminu do wniesienia protestu jest fakt, czy i kiedy Odwołujący zapoznawał się z wnioskiem Konsorcjum, samodzielnie czy za pośrednictwem innych uczestników postępowania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Kluczowe dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniu jest ustalenie, czy osoby zatrudnione u innych („pierwotnych”) pracodawców, mogą zostać wskazane przez uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wykazie osób o określonych uprawnieniach, którymi w przyszłości będzie się posługiwał wykonawca przy realizacji zamówienia.

Na tak postawione pytanie skład orzekający Izby odpowiedział twierdząco. Poza wyjątkowymi przypadkami nie ma w prawie polskim ograniczenia możliwości świadczenia pracy tylko u jednego pracodawcy. Odwołujący początkowo wywodził (w proteście), że część osób wskazanych przez Konsorcjum w wykazie jest zatrudniona w starostwach powiatowych, gdzie „istnieje zakaz świadczenia innej pracy”. Jak wyjaśniły to same zainteresowane starostwa (obecni pracodawcy osób wymienionych w wykazie), osoby z wykazu nie są objęte obowiązkiem zgłoszenia zamiaru podjęcia dodatkowych prac zarobkowych (art. 30 ust. 1 ustawy z dn. 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych Dz.U. Nr 223, poz. 1458). Nic nie stoi zatem na przeszkodzie, aby osoby te wykonywały

czynności również dla innych podmiotów, z którymi zwiążą się czy to umowami o pracę, czy to umowami o innym charakterze (zlecenia, o dzieło), w zależności od rodzaju wykonywanych czynności i innych okoliczności (podległość pracownicza, konieczność pozostawania w dyspozycji pracodawcy, itd.). Z informacji udzielonych przez dotychczasowych pracodawców nie wynika, w jakim systemie pracy pracują (czy jest to normowany czas pracy czy system zadaniowy), a jedynie dotychczasowi pracodawcy stwierdzają brak przeszkód do świadczenia pracy na rzecz innych podmiotów.

Zatem należy stwierdzić, że po pierwsze, sam fakt świadczenia pracy dla innego pracodawcy nie tamuje możliwości wykonywania pracy na rzecz innych podmiotów, po drugie – gdyby praca w systemie „dwuetatowym” (bez względu na rodzaj drugiego stosunku łączącego osoby z uprawnieniami w przyszłości z Konsorcjum) okazała się niemożliwa (bez względu z jakiego powodu), osoby te mogą zupełnie zrezygnować z pracy u dotychczasowego pracodawcy i całkowicie poświęcić się współpracy z Konsorcjum, albo zrezygnować z tej współpracy – wówczas Konsorcjum będzie miało obowiązek zastąpić je innymi osobami o takich samych uprawnieniach.

Wykaz osób jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu (dysponowania osobami o określonych uprawnieniach) na dzień składania wniosków. Nie mają w świetle polskiego prawa dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu znaczenia okoliczności, które nastąpiły później, tj. wypowiedzenie deklaracji współpracy przez trzy osoby z wykazu Konsorcjum (niemniej nawet po rezygnacji tychże trzech osób pozostałe 15 osób z wykazu spełnia wymagania Zamawiającego).

Wykonawca, załączając do wniosku wykaz określonych osób, nie deklaruje (co do zasady), że te właśnie osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, lecz wykazuje, że spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Mimo, że Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: Rozporządzenie) mówi o wykazie „osób którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, wydaje się, że w zakresie, w którym mówi o uczestniczeniu osób posiadających określone uprawnienia w wykonywaniu zamówienia, wykracza poza upoważnienie ustawowe – art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych mówi wyłącznie o „potencjale” (warunek udziału w postępowaniu), natomiast Rozporządzenie wchodzi już w fazę wykonywania przedmiotu zamówienia (treść oferty). Wobec powyższego przepis § 1 ust. 2 pkt 5 Rozporządzenia powinno się odczytywać wyłącznie w granicach upoważnienia ustawowego.

Istotne jest bowiem dla Zamawiającego dysponowanie osobami posiadającymi określone uprawnienia, a nie dysponowanie konkretnymi osobami, w związku z czym

okoliczność, że osoby te pozostają w innym stosunku pracy jest bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

II. Ponadto należało ustalić, czy tylko pracodawca jest podmiotem, który może złożyć zobowiązanie do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący w odwołaniu, a następnie na rozprawie wywodził, że osoby z wykazu – pracownicy dotychczasowych pracodawców – mogą być „zadysponowani” zobowiązaniem do ich udostępnienia wyłącznie przez dotychczasowego pracodawcę, a nie mogą sami złożyć takiego zobowiązania.

Taki pogląd Odwołującego wydaje się nietrafny. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Zamawiającego, że pracownicy nie pozostają w pełnej dyspozycji pracodawcy, ale równolegle mogą świadczyć pracę dla innych podmiotów, czy nawet nawiązać drugi stosunek pracy. Dotychczasowi pracodawcy mogliby złożyć „zobowiązanie do udostępnienia osób zdolnych do realizacji zamówienia” w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych tylko wówczas, gdyby zamierzali udostępnić swoich pracowników w ramach nawiązanego z nimi stosunku pracy. Wówczas takie osoby byłyby skierowane przez dotychczasowego pracodawcę do świadczenia pracy u innego podmiotu. Jednak taka sytuacja nie jest regułą; przeciwnie, często występują osoby świadczące równolegle, obok „pierwszego” stosunku pracy również inne czynności, czy to w ramach drugiego stosunku pracy, czy to w ramach umów prawa cywilnego. Nie można uznać takiej sytuacji za niedopuszczalną i rozumieć „dyspozycyjności” (dla osób z wykazu – na dzień składania wniosków) w dosłowny, ścisły sposób, bowiem prowadziłoby to do sytuacji, w której osoby posiadające uprawnienia, musiałyby w dniu otwarcia wniosków pozostawać bezczynne zawodowo.

Osoby takie mogą swobodnie dysponować swoim czasem (swoją osobą) i jeżeli złożyły Konsorcjum „deklarację współpracy” (nie wymaganą przez Zamawiającego, lecz dołączoną do wniosku), oznacza to - i Izba stanowisko Zamawiającego w tym względzie uznaje za własne – że nawiązały z Konsorcjum pewien stosunek prawny, niewykluczone, że o warunkowym charakterze (w rodzaju „o ile Konsorcjum uzyska zamówienie, będziemy świadczyć dla niego określone usługi”). Zatem w chwili składania wniosków podmiotem, w którego dyspozycji pozostawały osoby z wykazu, było Konsorcjum, stąd nie było potrzeby załączania do wniosku o ubieganie się o udzielenie zamówienia „zobowiązania innego podmiotu”, czego oczekiwał Odwołujący.

III. Natomiast w ocenie składu orzekającego, drugorzędna dla rozstrzygnięcia była kwestia, czy osoby zatrudnione u innego, niż przyszły wykonawca wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogą „realnie” brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w postępowaniu, w którym złożono odwołanie.

Odwołujący wywodził, że zamówienie na rzecz Zamawiającego ma poważny charakter, osoby z wykazu będą pełniły kluczową rolę w realizacji przedmiotu zamówienia, jest konieczna ich stała obecność w terenie, a zatem nie będzie możliwe wykonywanie przez nie tego rodzaju zadań poza pracą u dotychczasowych pracodawców.

Skład orzekający nie przychylił się do argumentacji Odwołującego.

Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, że realizacja zamówienia za pomocą osób ujętych w wykazie Konsorcjum, nie jest możliwa.

Po drugie, wskazać należy, że sposób wykonywania zamówienia w przyszłości zależy wyłącznie od wykonawcy wyłonionego w postępowaniu. Jeżeli będzie to Konsorcjum – winno ono tak zorganizować pracę osób, za pomocą których będzie wykonywało zamówienie, aby zrealizować je rzetelnie i z należytą starannością, odpowiednio do wymagań Zamawiającego. Możliwość realizacji tychże zadań przez osoby z wykazu zależy również od ich indywidualnej organizacji pracy i zarządzania własnym czasem. Jeżeli okazałoby się, że realizacja zamówienia za pomocą tych właśnie osób nie jest możliwa – nic nie stoi na przeszkodzie, jak już zostało powiedziane wyżej, aby Konsorcjum zastąpiło je innymi osobami o takich samych uprawnieniach. Należy ponownie podkreślić, że rolą wykazu osób załączonego do wniosku było wyłącznie potwierdzenie możliwości dysponowania osobami o określonych uprawnieniach i w ocenie składu orzekającego Izby wykaz osób załączony do wniosku Konsorcjum potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego.

Reasumując, skład orzekający nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 51 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polegającego na zaniechaniu wykluczenia i niezasadnym zaproszeniu do złożenia oferty Konsorcjum, który to wykonawca według Odwołującego nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, w konsekwencji również Izba nie stwierdziła okoliczności złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.



Stosownie do art. 194 i 195 Prawa zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....