

Sygn. akt: KIO 268/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 16 lutego 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 16 lutego 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2017r. przez **wykonawcę P. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Clean Service P. F. z siedzibą w Chyliczkach, ul. Melanii 218** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową nr 2063 z siedzibą w Warszawie, ul. Banacha 2**

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę P. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Clean Service P. F. z siedzibą w Chyliczkach, ul. Melanii 218** 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 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługę sprzątania powierzchni biurowych i powierzchni zewnętrznych w kompleksach wojskowych K – 4534 ul. Kaliskiego 49, Warszawa, K-6045, ul. Radiowa 2, Warszawa, K-6045 (DORSZ) ul. Radiowa 2, Warszawa zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S 021-035255 w dniu 31 stycznia 2017r.

W dniu 9 lutego 2017r. P. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Clean Service P. F. z siedzibą w Chyliczkach, ul. Melanii 218 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 lutego 2017r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 lutego 2017r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania bowiem zamawiający sformułował treść jednego z kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasadę, wedle której kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy. Przedmiotowe kryterium pozornie odnosi się do przedmiotu zamówienia, lecz w istocie dotyczy właściwości podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto w części treść kryterium dotyczy aspektu, który nie ma jakiegokolwiek wpływu na jakość wykonania zamówienia a ponadto wprowadza znaczne ryzyko niemożności jej niewykonania.

Jednocześnie zamawiający sformułował istotne postanowienie umowne, które zostanie wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sposób naruszający zasadę proporcjonalności i zasady współżycia społecznego. Środki jakie przewidział zamawiający w przedmiotowym postanowieniu umownym nie są konieczne do zagwarantowania należytego wykonania umowy i spowodują po stronie wykonawcy znaczne trudności na etapie jej realizacji.

Sposób w jaki zamawiający ukształtował treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej siwz) powoduje, że ofertę w postępowaniu może złożyć ograniczony krąg podmiotów. W przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący i inne podmioty będą mogły złożyć oferty w postępowaniu.

Na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015 r. poz. 2164) wnoszę odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz 91 ust. 2 pkt 5 ustawy przez sformułowanie kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę w taki sposób, że w rzeczywistości nie tyczy się ono przedmiotu zamówienia, lecz właściwości

wykonawcy oraz nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, a w konsekwencji ograniczą uczciwą konkurencję oraz jest nieproporcjonalne do celów zamówienia,

2. art. 7 ust 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 353(1) k.c. oraz art. 29 ust. 1 ustawy przez określenie istotnych dla stron postanowień umownych dotyczących możliwości zmiany osób wykonujących zamówienie, w trakcie zamówienia, jedynie w przypadku zaistnienia obiektywnych okoliczności oraz konieczności zapewnienia osoby o równorzędnych kwalifikacjach w stosunku do osoby zmienianej;

3. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- modyfikację kryterium dotyczącego doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następującym sformułowaniem:

„Ilość zaangażowanych pracowników do realizacji zamówienia posiadających minimum 24-miesięczne doświadczenie w realizacji sprzątnia powierzchni wewnętrznych/zewnętrznych na podstawie załącznika Nr 5 do siwz - »Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia«-15%

- dostosowanie odpowiednio pozostałych postanowień siwz oraz załączników, w tym w szczególności załącznika nr 5 - „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia”, do zmodyfikowanej treści kryterium dotyczącego doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia;

- modyfikację treści § 4 ust. 1 w załączniku nr 8 do siwz - „Projekt umowy” poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następującym sformułowaniem: „Usługi będą świadczone przez osoby wymienione w załączniku Nr 4 do Umowy pt »Wykaz Pracowników wyznaczonych do realizacji Usługi« które zostały wskazane przez Wykonawcę w złożonej ofercie zwane dalej »Pracownikami świadczącymi Usługi« lub przez inne osoby posiadające kwalifikacje na minimalnym poziomie wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

- modyfikację treści § 5 ust. 1 w załączniku nr 8 do siwz - „Projekt umowy” przez zastąpienie dotychczasowej treści następującym sformułowaniem: „Zmiana Pracownika świadczącego Usługi będzie możliwa w następującej sytuacji:

- 1) na żądanie zamawiającego, o czym mowa w § 1 ust 10;
- 2) na wniosek wykonawcy”.

- modyfikację treści § 5 ust. 2 w załączniku nr 8 do siwz - „Projekt umowy” poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następującym sformułowaniem: „W przypadku zmiany Pracownika świadczącego Usługi, wykonawca zobowiązany będzie do potwierdzenia, iż osobą tą spełnia wymagania określone w

2. art. 7 ust 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 353(1) k.c. oraz art. 29 ust. 1 ustawy przez określenie istotnych dla stron postanowień umownych dotyczących możliwości zmiany osób wykonujących zamówienie, w trakcie zamówienia, jedynie w przypadku zaistnienia obiektywnych okoliczności oraz konieczności zapewnienia osoby o równorzędnych kwalifikacjach w stosunku do osoby zmienianej;

3. Ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- modyfikację kryterium dotyczącego doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następującym sformułowaniem:

„Ilość zaangażowanych pracowników do realizacji zamówienia posiadających minimum 24-miesięczne doświadczenie w realizacji sprzątnia powierzchni wewnętrznych/zewnętrznych na podstawie załącznika Nr 5 do siwz - »Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia«-15%

- dostosowanie odpowiednio pozostałych postanowień siwz oraz załączników, w tym w szczególności załącznika nr 5 - „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia”, do zmodyfikowanej treści kryterium dotyczącego doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia;

- modyfikację treści § 4 ust. 1 w załączniku nr 8 do siwz - „Projekt umowy” poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następującym sformułowaniem: „Usługi będą świadczone przez osoby wymienione w Załączniku Nr 4 do Umowy pt »Wykaz Pracowników wyznaczonych do realizacji Usługi« które zostały wskazane przez Wykonawcę w złożonej ofercie zwane dalej »Pracownikami świadczącymi Usługi« lub przez inne osoby posiadające kwalifikacje na minimalnym poziomie wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

- modyfikację treści § 5 ust. 1 w załączniku nr 8 do siwz - „Projekt umowy” poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następującym sformułowaniem: „Zmiana Pracownika świadczącego Usługi będzie możliwa w następującej sytuacji:

- 1) na żądanie zamawiającego, o czym mowa w § 1 ust 10;
- 2) na wniosek wykonawcy”.

- modyfikację treści § 5 ust. 2 w załączniku nr 8 do siwz - „Projekt umowy” poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następującym sformułowaniem: „W przypadku zmiany Pracownika świadczącego Usługi, wykonawca zobowiązany będzie do potwierdzenia, iż osobą tą spełnia wymagania określone w siwz oraz postanowieniach Umowy. Jeśli zmiana pracownika świadczącego usługi nastąpi z inicjatywy wykonawcy, zamawiający zastrzega, iż wykonawca w takim przypadku ma obowiązek niezwłocznego poinformowania o tym fakcie zamawiającego z zachowaniem formy pisemnej w terminie określonym w § 1 ust. 10, jak

również do zastąpienia wymienianego pracownika nowym pracownikiem, który będzie w stanie skutecznie zastąpić wymienianego pracownika, tj. będzie spełniał warunki kwalifikacyjne w stopniu minimalnym określonym w siwz".

W rozdziale XIII siwz zamawiający określił następujące kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia:

„Ilość zaangażowanych pracowników do realizacji zamówienia posiadających minimum 24-miesięczne doświadczenie w realizacji sprzątnia powierzchni wewnętrznych/zewnętrznych, liczone przez okres zatrudnienia przez Wykonawcę na umowę o pracę na pełen etat (od dnia zawarcia umowy do dnia otwarcia ofert)\*\* na podstawie Załącznika Nr 5 do siwz - »Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia«-15%".

Jednocześnie w załączniku nr 8 do siwz - „Projekt umowy" w § 4 „Personel wykonawcy" zamawiający wskazał:

§4 ust. 1 „Usługi będą świadczone przez osoby wymienione w Załączniku Nr 4 do Umowy pt »Wykaz Pracowników wyznaczonych do realizacji Usługi«, które zostały wskazane przez Wykonawcę w złożonej ofercie, zwane dalej »Pracownikami świadczącymi Usługi".

§ 4 ust. 2

„Wykonawca zobowiązuje się, że Pracownicy świadczący Usługi będą w okresie realizacji Umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.), zgodnie z wykazem pracowników wyznaczonych do realizacji usługi załączonym, stanowiący załącznik nr. do umowy".

Ponadto w § 5 „Zmiana personelu wykonawcy" zamawiający wskazał:

§ 5 ust. 1

„Zmiana Pracownika świadczącego Usługi będzie możliwa w następującej sytuacji:

- 1) na żądanie zamawiającego, o czym mowa w § 1 ust 10;
- 2) na wniosek wykonawcy uzasadniony obiektywnymi okolicznościami.

§ 5 ust. 2

„W przypadku zmiany Pracownika świadczącego Usługi, wykonawca zobowiązany będzie do potwierdzenia, iż osoba ta spełnia wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz postanowieniach Umowy. Jeśli zmiana pracownika świadczącego usługi nastąpi z inicjatywy wykonawcy, zamawiający zastrzega, iż wykonawca w takim przypadku ma obowiązek niezwłocznego poinformowania o tym fakcie zamawiającego z zachowaniem formy pisemnej w terminie określonym w § 1 ust. 10, jak również do zastąpienia wymienianego pracownika nowym pracownikiem, który będzie w stanie skutecznie zastąpić wymienianego pracownika, tj. będzie spełniał warunki kwalifikacyjne w tym samym stopniu co poprzedni pracownik (np. posiadane doświadczenie)".

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz 91 ust. 2 pkt 5 ustawy przez sformułowanie kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę w taki sposób, że w rzeczywistości nie tyczy się ono przedmiotu zamówienia, lecz właściwości wykonawcy oraz nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, a w konsekwencji ogranicza uczciwą konkurencję oraz jest nieproporcjonalne do celów zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. W doktrynie zwraca się uwagę, że wyliczenie właściwości wykonawcy, których nie mogą dotyczyć kryteria oceny ofert ma jedynie charakter przykładowy. W opinii Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia” wskazano:

„Zawarte w art. 91 ust 3 ustawy wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy. Oznacza to, iż poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy. Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust 3 ustawy stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez wykonawcę znajomości określonej branży”.

Jednocześnie w art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy określono, że kryteria oceny ofert mogą dotyczyć organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, o ile mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Na tle przytoczonego przepisu zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2016 r., sygn. akt KIO 2112/16.

W rozdziale XIII siwz wskazano:

„Ilość zaangażowanych pracowników do realizacji zamówienia posiadających minimum 24-miesięczne doświadczenie w realizacji sprzątnia powierzchni wewnętrznych/zewnętrznych, Uzione przez okres zatrudnienia przez Wykonawcę na umowę o pracę na pełen etat (od dnia zawarcia umowy do dnia otwarcia ofert)\*\* na podstawie Załącznika Nr 5 do siwz - >> Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia <<-15%”.

Dalej w rozdziale XIII siwz określono:

„Na podstawie Załącznika Nr 5 do siwz »Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia<< kolumna Nr 5 należy WPISAĆ w Załączniku Nr 1 do siwz Formularz ofertowy ZADEKLAROWANĄ ILOŚĆ pracowników posiadających 24-miesięczne doświadczenie w

realizacji sprzątnia powierzchni wewnętrznych/zewnętrznych Uchone przez okres zatrudnienia przez Wykonawcę na umowę o pracę na pełen etat (do wzoru (Lpw)).

Ponadto w załączniku nr 5 do siwz - „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia” kolumnę nr 5 zatytułowano:

„Doświadczenie zawodowe (lata pracy u wykonawcy + wyszczególnienie zakresu wykonywanych czynności)”.

Zamawiający w powyższych fragmentach siwz posłużył się zwrotami wskazującymi, że chodzi o doświadczenie zdobyte przez pracowników w „okresie zatrudnienia przez Wykonawcę” lub „lata pracy u wykonawcy”.

Doświadczenie personelu w czyszczeniu powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych powiązane zostało zatem z okresem pracy u wykonawcy.

W rzeczywistości zamawiający w tym kryterium pragnie zweryfikować i przyznać punkty za to, że sam wykonawca posiada :

- cechę podmiotową - co najmniej 24 miesięczne zatrudnienie określonej liczby osób na umowę o pracę w pełnym etacie,
- co najmniej 24-miesięczne doświadczenie w realizowaniu usług polegających na sprzątniu powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych oraz czy dysponuje wystarczającą liczbą personelu o odpowiednim doświadczeniu.

Kryterium to zatem faktycznie dotyczy właściwości wykonawcy, tj. tego czy posiada on odpowiednie doświadczenie i potencjał. W efekcie należy przyjąć, że zamawiający ustanawiając kryterium o takiej treści naruszył dyspozycje art. 93 ust. 3 ustawy.

Odmienne byłoby zdaniem odwołującego w przypadku, gdyby w przedmiotowym kryterium zamawiający oceniał doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, bez znaczenia czy zostało ono zdobyte w trakcie zatrudnienia u wykonawcy czy jakiegokolwiek innego podmiotu. Tak sformułowane kryterium nie dotyczyłoby właściwości samego wykonawcy, lecz faktycznie doświadczenia personelu.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że sformułowanie przez zamawiającego kryterium oceny ofert, w taki sposób, że dotyczy doświadczenia zdobytego w trakcie zatrudnienia u wykonawcy, powoduje ograniczenie konkurencji w postępowaniu ponieważ faworyzuje podmioty posiadające co najmniej 24- miesięczne doświadczenie w realizacji usług polegających na czyszczeniu powierzchni zewnętrznych i wewnętrznych. W konsekwencji punktów w przedmiotowym kryterium nie otrzyma w ogóle podmiot wykonujący tego typu działalność przez okres krótszy niż 2 lata. W siwz zamawiający wskazał, że:

„W przypadku gdy wykonawca wpisze w formularzu ofertowym wartość „0” zamawiający przyzna w powyższym kryterium - 0 pkt”.

Formułując w ten sposób kryterium zamawiający naruszył zdaniem odwołującego art. 7 ust. 1 ustawy, w którym nałożono na zamykającego obowiązek prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz zgodnie z zasadą proporcjonalności.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy :

„Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia/ w szczególności:

5) organizacja/ kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia/ jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia"

W niniejszej sytuacji - poprzez określenie, że w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia uwzględniane będą wyłącznie osoby, które zdobyły doświadczenie w trakcie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, mimo że forma zatrudnienia w przeszłości nie ma jakiegokolwiek przełożenia na jakość wykonania zamówienia - zamawiający naruszył przedmiotowy przepis a ponadto - zasadę proporcjonalności.

Odnosnie zasady proporcjonalności – to w ocenie odwołującego oznacza ona analizę, obejmującą m.in. to czy dany środek (w tym przypadku - dodatkowa punktacja w zakresie zatrudnienia osoby na podstawie umowy o pracę) - jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, czy nie jest nadmierny (A. Sołtyśńska, H. Talago - Sławoj, Europejskie Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 254).

W ocenie odwołującego - zdecydowanie jest nadmierny.

Wskazał na warunki umowne odnoszące się do wykonania usługi przez osoby zgłoszone w ofercie oraz możliwości ich zmiany :

#### §4 PERSONEL WYKONAWCY

1. Usługi będą świadczone przez osoby wymienione w Załączniku Nr 4 do Umowy pt. „Wykaz Pracowników wyznaczonych do realizacji Usługi”, które zostały wskazane przez Wykonawcę w złożonej ofercie, zwane dalej „Pracownikami świadczącymi Usługi”.

#### § 5 ZMIANY PERSONELU WYKONAWCY

1. Zmiana Pracownika świadczącego Usługi będzie możliwa w następującej sytuacji:

- 1) na żądanie zamawiającego, o czym mowa w § 1 ust. 10;
- 2) na wniosek wykonawcy uzasadniony obiektywnymi okolicznościami.

2. W przypadku zmiany Pracownika świadczącego Usługi, wykonawca zobowiązany będzie do potwierdzenia, iż osoba ta spełnia wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz postanowieniach Umowy. Jeśli zmiana pracownika świadczącego usługi nastąpi z inicjatywy wykonawcy, zamawiający zastrzega, iż wykonawca w takim przypadku ma obowiązek niezwłocznego poinformowania o tym fakcie zamawiającego z zachowaniem formy pisemnej w terminie określonym w § 1 ust. 10, jak



również do zastąpienia wymienianego pracownika nowym pracownikiem, który będzie w stanie skutecznie zastąpić wymienianego pracownika, tj. będzie spełniał warunki kwalifikacyjne w tym samym stopniu co poprzedni pracownik (np. posiadane doświadczenie).

3. Zmiana Pracownika świadczącego Usługi dokonywana jest poprzez pisemne powiadomienie zamawiającego przez Wykonawcę o zmianie Pracownika świadczącego Usługi co najmniej na 4 dni robocze przed zamiarem dokonania zmiany, po uprzednim przedstawieniu i zaakceptowaniu przez zamawiającego kandydatury innej osoby spełniającej wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz postanowieniach Umowy.

Oznacza to zdaniem odwołującego, że w przypadku ewentualnej sytuacji - tylko osoba posiadająca co najmniej 24 miesięczne zatrudnienie na umowę o pracę u wykonawcy - będzie mogła zastąpić tą osobę. W przypadku, gdyby np. kilka osób odeszło z pracy u wykonawcy, i nie będzie on posiadał co najmniej 70 osób zatrudnionych na umowę o pracę przez dwa lata u niego — to nie będzie w stanie wykonywać zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 353(1) k.c. oraz art. 29 ust. 1 ustawy przez określenie istotnych dla stron postanowień umownych dotyczących możliwości zmiany osób wykonujących zamówienie, w trakcie zamówienia, jedynie w przypadku zaistnienia obiektywnych okoliczności oraz konieczności zapewnienia osoby o równorzędnych kwalifikacjach.

W załączniku nr 8 do siwz - „Projekt umowy” w § 5 zamawiający wskazał:

§ 5 ZMIANY PERSONELU WYKONAWCY 1. Zmiana Pracownika świadczącego Usługi będzie możliwa w następującej sytuacji:

- 1) na żądanie zamawiającego, o czym mowa w § 1 ust 10;
- 2) na wniosek wykonawcy uzasadniony obiektywnymi okolicznościami.

Z powyższego zdaniem odwołującego wynika, że na etapie realizacji umowy zmiana pracownika wykonującego zamówienie, na żądanie wykonawcy, będzie możliwa jedynie w przypadku zaistnienia „obiektywnych okoliczności”. Odwołujący wskazał, że w treści „Projekt umowy” zamawiający nie zdefiniował co rozumie pod pojęciem „obiektywnych okoliczności”.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że pojęcie „obiektywnych okoliczności” jest niejednoznaczne, a jego zastosowanie w treści przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego powodować będzie, że zamawiający będzie mógł arbitralnie podejmować decyzje, kiedy żądanie zmiany pracownika zgłaszane przez wykonawcę jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, a

kiedy nie jest. Pozostawienie po stronie zamawiającego takiego uprawnienia może powodować, że będzie on mógł bezzasadnie odmówić wykonawcy zmiany pracownika, co spowodować może ogromne trudności kadrowo- organizacyjne u tego podmiotu.

Dalej w § 1 ust 10 „Projekt umowy” zamawiający wskazał:

#### § 1 PRZEDMIOT UMOWY

10. zamawiający zastrzega sobie prawo żądania zmiany osoby wyznaczonej przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu Umowy bez obowiązku podania uzasadnienia przez zamawiającego. Wykonawca dokona przedmiotowej zmiany w terminie do 14 dni kalendarzowych, liczonych od dnia przesłania przez zamawiającego pisemnego zgłoszenia w sprawie.

Uzależnienie przez zamawiającego w § 5 ust. 1 możliwości zmiany osoby wykonującej zamówienie, na żądanie wykonawcy, wyłącznie w przypadku zaistnienia „obiektywnych okoliczności” oraz jednocześnie dopuszczenie w § 1 ust. 10 możliwości żądania zmiany pracownika przez zamawiającego bez podania jakiegokolwiek uzasadnienia, w ocenie odwołującego narusza zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego wyrażoną w art. 353(1) k.c. Ponadto zamawiający posługując się niejednoznacznym pojęciem „obiektywnych okoliczności” naruszył dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy.

W konsekwencji według odwołującego konieczna jest zmiana postanowienia umownego określonego w § 5 ust. 1 „Projekt umowy” w taki sposób, że zagwarantowany będzie mechanizm pozwalający na wymianę pracownika na wniosek wykonawcy, z wyłączeniem możliwości arbitralnej odmowy po stronie zamawiającego, tj. poprzez wykreślenie zwrotu „uzasadniony obiektywnymi okolicznościami”.

Dalej w § 5 „Projekt umowy” zamawiający wskazał:

#### § 5 ZMIANY PERSONELU WYKONAWCY

2. W przypadku zmiany Pracownika świadczącego Usługi, wykonawca zobowiązany będzie do potwierdzenia, iż osoba ta spełnia wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz postanowieniach Umowy. Jeśli zmiana pracownika świadczącego usługi nastąpi z inicjatywy wykonawcy, zamawiający zastrzega, iż wykonawca w takim przypadku ma obowiązek niezwłocznego poinformowania o tym fakcie zamawiającego z zachowaniem formy pisemnej w terminie określonym w § 1 ust 10, jak również do zastąpienia wymienianego pracownika nowym pracownikiem, który będzie w stanie skutecznie zastąpić wymienianego pracownika, tj. będzie spełniał warunki kwalifikacyjne w tym samym stopniu co poprzedni pracownik (np. posiadane doświadczenie). Z powyższego zdaniem odwołującego wynika, że w przypadku zażądania przez wykonawcę zmiany pracownika realizującego zamówienie, musi on zapewnić osobę spełniającą warunki dotyczące doświadczenia w takim samym stopniu, jak pracownik dotychczasowy. Biorąc pod uwagę literalną wykładnię § 5 ust. 2, jeśli wykonawca wskaże w „Wykazie Pracowników

wyznaczonych do realizacji Usług" osobę, która legitymuje się doświadczeniem przekraczającym minimalny warunek określony w siwz (przekraczającym okres 24 miesięcy) - np. doświadczeniem 36 miesięcznym, to w razie konieczności jej wymiany, wykonawca zmuszony będzie do zapewnienia pracownika, który również posiadał będzie co najmniej 36 miesięczne doświadczenie.

Przy obecnej treści § 5 ust. 2, jeśli wykonawca chciałby unikać na etapie realizacji umowy opisanej wyżej sytuacji, musiałby w „Wykazie Pracowników wyznaczonych do realizacji Usług” wskazać - z całego zasobu osobowego, jakim dysponuje - wyłącznie osoby legitymujące się doświadczeniem nie większym niż 24 miesiące. Pomijając trudności jakie zabieg ten powoduje po stronie wykonawcy, odwołujący wskazał, że - paradoksalnie - do realizacji usługi wykonawca nie mógłby skierować najbardziej doświadczonych pracowników, z długoletnim stażem, którzy zapewnili by najwyższą jakość wykonanych prac.

Podniósł, że żądanie określone w § 5 ust. 2 „Projekt umowy” jest nadmierne, nieproporcjonalne. Formułując treść § 5 ust. 2 „Projekt umowy” w taki sposób, że wykonawca musi zapewnić osobę spełniającą warunki dotyczące kwalifikacji w takim samym stopniu, jak pracownik dotychczasowy, zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

Dla zapewnienia należytego wykonania umowy wystarczające by było, aby wykonawca w takim wypadku zmuszony był zapewnić na zastępstwo pracownika legitymującego się doświadczeniem na minimalnym poziomie określonym przez zamawiającego w siwz, tj. 24 miesięcznym.

Zasadne jest zatem zastąpienie w § 5 ust. 2 zwrotu: „będzie spełniał warunki kwalifikacyjne w tym samym stopniu co poprzedni pracownik (np. posiadane doświadczenie)” sformułowaniem: „będzie spełniał warunki kwalifikacyjne w stopniu minimalnym określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (minimum 24 miesiące doświadczenia)”.

W dniu 10 lutego 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając jego treść na stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy nikt nie przystąpił.

W dniu 15 lutego 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz, że wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, na dowód czego załączył treść dokonanej modyfikacji siwz i wzoru umowy.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm. 2017 poz. 47).

**Przewodniczący:** .....