

Warszawa, dnia 05 stycznia 2023 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Miasto Katowice –

– Miejski Zarząd Ulic i Mostów

ul. J. Kantorówny 2a, 40-381 Katowice

email: przetargi@mzum.katowice.pl

Odwołujący:

FBSerwis S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

NIP 5272676062

KRS 000042103

reprezentowany przez:

r.pr. Mateusz Szymczak

adres do doręczeń:

FBSerwis S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

email: Mateusz.szymczak@fbserwis.pl

tel. 571 296 925

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Konserwacja sieci wydzielonej oświetlenia ulicznego w Katowicach w 2023r*”, numer referencyjny: Nr sprawy: 1/I/2023/WP (dalej: „**Postępowanie**”), prowadzonego przez Miasto Katowice – Miejski Zarząd Ulic i Mostów (dalej: „**Zamawiający**”) w trybie przetargu nieograniczonego; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00002347/01

ODWOŁANIE WYKONAWCY

W imieniu wykonawcy **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie (dalej: "**Odwołujący**"), w oparciu o pełnomocnictwo, które składam w załączeniu, na podstawie **art. 513 pkt 1 i 2 i art. 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1** ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 2019, ze zm.; dalej: "**ustawa PZP**"), wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia oraz wobec ogłoszenia o zamówieniu sporządzonej w Postępowaniu.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

- art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy PZP** poprzez ustanowienie w pkt 7.1.4. lit. c) *tiret* siódme i ósme SWZ oraz w sekcji V pkt 5 ppkt 4) lit. c) *tiret* siódme i ósme ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego

zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, wykraczający poza umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nie mającego wpływu na realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. przez wymaganie, aby wykonawcy dysponowali:

- a. minimum 2 osobami posiadającymi upoważnienia do zajmowania się eksploatacją urządzeń energetycznych w zakresie wydawania poleceń na wykonywanie prac pod napięciem i organizowanie prac pod napięciem na terenie działania TAURON Dystrybucja S.A.:
 - i. w sieciach elektroenergetycznych do 1kV
- b. minimum 4 osobami posiadającymi upoważnienia do zajmowania się eksploatacją urządzeń energetycznych w zakresie wykonywania prac pod napięciem na terenie działania TAURON Dystrybucja S.A.:
 - i. na napowietrznych liniach elektroenergetycznych do 1kV
 - ii. przy urządzeniach rozdzielczych i liniach kablowych do 1kV,

które to upoważnienia są wydawane przez TAURON Dystrybucja S.A. (dalej: „**TAURON**”) dla celów dopuszczenia do zajmowania się eksploatacją urządzeń należących do TAURON, nie zaś jakichkolwiek innych urządzeń, stanowiących własność innych podmiotów,

w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu w ogóle nie obejmuje eksploatacji urządzeń należących do TAURON, lecz wyłącznie urządzeń oświetlenia ulicznego należących do Miasta Katowice i zarządzanych przez Zamawiającego (Miejski Zarząd Dróg i Mostów), zatem wykonywanie prac objętych przedmiotem zamówienia nie wymaga posiadania upoważnienia wydanego przez TAURON,

przy czym pozyskanie takiego upoważnienia jest procedurą czasochłonną i praktycznie niemożliwą do przeprowadzenia w ramach czasowych Postępowania (w okresie pomiędzy wszczęciem Postępowania a wyznaczonym terminem składania ofert), a tym samym wprowadzenie wymogu posiadania ww. upoważnienia w ramach warunku udziału w postępowaniu ogranicza konkurencję w postępowanie, bowiem uniemożliwia ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy posiadają kwalifikacje do wykonania przedmiotu zamówienia, a nie dysponują osobami posiadającymi ww. upoważnienia;

2. **art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy PZP oraz art. art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z art. 58 § 1 k.c oraz w zw. z art. 131, 132 i 133 w zw. z art. 151⁵ § 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy** (Dz. U. z 2022 r. poz. 1510, ze zm.; dalej: „**kodeks pracy**”) poprzez ustanowienie w pkt 7.1.4. lit. c) *tiret* czternaste oraz w sekcji V pkt 5 ppkt 4) lit. c) *tiret* czternaste warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nadmierny, wykraczający poza umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia sprzecznego z prawem, tj. przez wymaganie, aby wykonawcy dysponowali minimum 2 osobami dyspozycyjnymi przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu,

które to wymaganie nie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia – bowiem nie istnieją żadne powody aby wymagać dostępności konkretnych pracowników (osób zatrudnionych na innej podstawie niż stosunek pracy) w trybie ciągłym, a nadto jest sprzeczne z przepisami kodeksu pracy dotyczącymi: wymiaru pracy oraz obowiązku zapewnienia nieprzerwanego odpoczynku (w przypadku osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy) i z zasadami współżycia społecznego (w przypadku osób zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej).



Podnosząc ww. zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SWZ poprzez wykreślenie w pkt 7.1.4. lit. c) postanowień *tiret* siódmego, ósmego i czternastego, tj. nakazanie usunięcia zakwestionowanych warunków udziału w postępowaniu,
3. nakazanie Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie w sekcji V pkt 5 ppkt 4) lit. c) *tiret* siódmego, ósmego i czternastego, tj. nakazanie usunięcia zakwestionowanych warunków udziału w postępowaniu,

Ponadto wnoszę o:

4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

Uzasadnienie

1. Uzasadnienie zarzutów odwołania

Uzasadniając zarzuty podniesione w odwołaniu należy zauważyć, że Zamawiający w pkt 5.4 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 7.1.4. lit. c) ogłoszenia o zamówieniu ustanowił szereg wymogów dotyczących dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach zawodowych. Większość tych kwalifikacji jest w istotny sposób związana z przedmiotem zamówienia – dotyczą one bowiem co do zasady posiadania przez osoby dedykowane do wykonywania zamówienia uprawnień wynikających z przepisów obowiązującego prawa, uprawniających do wykonywania czynności związanych z eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (tj. określonych w rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 1 lipca 2022 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. poz. 1392)).

Powyższe nie dotyczy jednak wymogów dotyczących:

- 1) posiadania upoważnienia do eksploatacji wydawanego przez TAURON,
- 2) dyspozycyjności 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu.

1.1. Wymaganie dysponowania osobami posiadającymi upoważnienia wydane przez TAURON Zawarte w postanowieniu pkt 7.1.4. lit. c) *tiret* siódme i ósme SWZ wymaganie kwalifikacji pracowników (osób zatrudnionych) nie dotyczy uprawnień wynikających z przepisów obowiązującego prawa, lecz wydawanych przez prywatną spółkę TAURON (kontrolowanej przez



spółkę Tauron Polska Energia S.A., w której 30,6% akcji posiada Skarb Państwa, zaś pozostały akcjonariat stanowią inne podmioty (przede wszystkim prywatne). Uprawnienia te są wydawane zgodnie z wewnętrznymi uregulowaniami spółki TAURON wyłącznie w celu potwierdzenia kwalifikacji określonych osób do eksploatacji urządzeń stanowiących własność TAURON.

Uprawnienia te są wydawane zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku do Zarządzenia nr 36/2015 – Zasady nadawania Upoważnień osobom zajmującym się eksploatacją urządzeń energetycznych TAURON Dystrybucja S.A. na stanowisku dozoru oraz eksploatacji (dalej: „Zasady”).

Z przywołanych Zasad wynika, że wspomniane upoważnienia są nadawane „osobom zajmującym się eksploatacją **urządzeń energetycznych TAURON Dystrybucja S.A.**”. Nadanie uprawnień wymaga od zainteresowanych osób m.in. ukończenia z wynikiem pozytywnym kursu w zakresie prac pod napięciem dla osób dozoru stosownego do kategorii upoważnienia (§ 5 ust. 1 pkt 1.3 lic. C) i § 5 ust. 1 pkt 1.6 lit. c) Zasad) oraz zdania egzaminu obejmującego m.in. zagadnienia zawarte w Instrukcji organizacji bezpiecznej pracy przy urządzeniach energetycznych w TAURON, zagadnienia zawarte w instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (§ 6 ust. 1 lit. a) i b) Zasad), znajomość Instrukcji wykonywania czynności łączeniowych w sieciach elektroenergetycznych TAURON (§ 6 ust. 2 pkt 2.1. lit. a) Zasad).

Innymi słowy, upoważnienia te są wydawane określonym osobom przez TAURON wyłącznie w celu upoważnienia tych osób do eksploatacji urządzeń własnych TAURON.

W konsekwencji uzasadniony jest wniosek, że żądanie w niniejszym Postępowaniu od wykonawców wykazania się osobami posiadającymi takie upoważnienia byłoby zatem uzasadnione, o ile przedmiot udzielanego zamówienia obejmowałby eksploatację urządzeń TAURON.

W stanie faktycznym sprawy taka sytuacja nie występuje. Przedmiotem zamówienia udzielanego w Postępowaniu jest wyłącznie konserwacja urządzeń oświetlenia ulicznego należących do Miasta Katowice. Według wiedzy Odwołującego – i zgodnie z przekazanymi dokumentami zamówienia – nie jest przedmiotem zamówienia utrzymywanie jakichkolwiek urządzeń energetycznych należących do TAURON lub współdzielonych z tym podmiotem. W związku z powyższym, wymaganie od wykonawców posiadania ww. upoważnienia znacząco wykracza ponad to, co jest konieczne do oceny zdolności do należytego wykonania zamówienia i jako takie jest niedopuszczalne.

Zgodnie z art. 112. Ustawy PZP Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób **proporcjonalny** do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Stosownie natomiast do art. 116 ust. 1 ustawy PZP w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Z przywołanych przepisów wynika, że warunki udziału w postępowaniu są określane w celu zbadania, czy wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Muszą być one zatem określone na takim poziomie, aby można było sprawdzić, czy dany wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, ale z drugiej strony ustawodawca wymaga, aby poziom ten wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki



sposób, aby w ich ramach badany był ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Wynika to także z użytego przez ustawodawcę sformułowania "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia", co również potwierdza, że warunki nie mogą być nadmierne do przedmiotu zamówienia, w sposób nieuzasadniony ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 261/22).

Jak się wskazuje w orzecznictwie, przepis art. 112 ust. 1 ustawy PZP, formułujący nakaz określania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności do wykonania zamówienia, ma przede wszystkim na celu niedopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający formułowałiby nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tj. takie warunki, których spełnienie nie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia i które w efekcie - w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do zamówienia niektórym wykonawcom (tak m.in. w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2022 r. sygn. akt KIO 2521/22).

Ponadto, jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 października 2021 r. sygn. akt KIO 2746/21 „Zasada proporcjonalności oznacza, iż opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i "dającym lepsze gwarancje" przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Minimalny poziom wymagań postawionych przez zamawiającego nie powinien przy tym prowadzić do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Należy podkreślić, że warunkowi udziału w postępowaniu nie mogą niezasadnie utrudniać konkurencji na rynku”.

W stanie faktycznym sprawy Zamawiający żąda od wykonawców wykazania się pracownikami posiadającymi kwalifikacje, które:

- 1) z jednej strony nie są niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia,
- 2) z drugiej zaś których pozyskanie nie jest możliwe w krótkim okresie czasu (wymaga w szczególności ukończenia kursu i zdania egzaminu z zagadnień dotyczących urządzeń i instalacji innych niż te objęte przedmiotem zamówienia).

Powyższe świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego wymogu zapewnienia proporcjonalności i o zastosowaniu wymagań nadmiernych – co tym samym musi być uznane za naruszające treść przepisów art. 112 ust. 1 i 116 ust. 1 ustawy PZP.

1.2. Wymaganie dysponowania osobami dyspozycyjnymi przez 24 godziny siedem dni w tygodniu

Zupełnie niezrozumiałym są dla Odwołującego powody wymagania przez Zamawiającego wykazania się osobami dyspozycyjnymi przez 24 godziny na dobę, przez siedem dni w tygodniu.

Wymóg ten w istocie oznacza konieczność zatrudnienia co najmniej takich dwóch osób, z których każda będzie pozostawała w dyspozycji Wykonawcy w istocie w trybie ciągłym (tj. w stałej dostępności).

Spełnienie takiego wymogu jest w rzeczywistości niemożliwe – i to zarówno z uwagi na ograniczenia czysto naturalne, biologiczne czy fizjologiczne (każdy człowiek musi przecież spać), psychologiczne (wymaganie stałej dostępności dla pracodawcy czy zleceniodawcy, niezapewnienie wystarczającego odpoczynku i stres z tym związany może mieć zgubny wpływ na zdrowie psychiczne) i etyczne (wymaganie od pracownika stałej dostępności i powodowanie wynikających z tego negatywnych skutków dla jego życia osobistego i towarzyskiego oraz dla zdrowia jest zupełnie niedopuszczalne), ale również z uwagi na ograniczenia prawne.

Zatrudnienie przez wykonawcę osób zdolnych do wykonania zamówienia następuje: co do zasady w oparciu o stosunek pracy, względnie w oparciu o umowę cywilnoprawną (przy czym to drugie rozwiązanie winno być postrzegane jako co najmniej niepożądane z punktu widzenia polityki socjalnej Państwa oraz prospołecznych celów, którym służą kolejne zmiany przepisów prawa, w tym przepisów o zamówieniach publicznych).

Zauważyć w tym zakresie należy, że przepisy kodeksu pracy ustanawiają istotne ograniczenia zarówno co do czasu pracy (czasu, przez jaki pracownik może świadczyć pracę na rzecz pracodawcy), jak i co do konieczności zapewnienia pracownikowi odpowiedniego odpoczynku.

I tak, zgodnie z art. 131 kodeksu pracy, tygodniowy czas pracy łącznie z godzinami nadliczbowymi nie może przekraczać przeciętnie 48 godzin w przyjętym okresie rozliczeniowym. Przyznać należy, że treść zakwestionowanego warunku udziału w postępowaniu referuje do pojęcia „dyspozycyjności”, nie zaś „czasu pracy”, zatem ową dyspozycyjność można również uzyskać poprzez przewidziane w art. 151⁵ kodeksu pracy zobowiązanie pracownika do pozostawania poza normalnymi godzinami pracy w gotowości do wykonania pracy (dyżur pracowniczy) – a takiego dyżuru nie wlicza się do czasu pracy, jeśli pracownik w jego trakcie pracy nie wykonywał. Jednakże w razie wystąpienia podczas dyżuru faktycznej konieczności pracy w wymiarze przekraczającym łącznie 48 godzin tygodniowo (o co nietrudno w razie powierzenia dyżuru w trybie ciągłym), dalsze powierzenie pracy nie byłoby już dopuszczalne – co w zasadzie pozbawiałoby możliwości uznania, że pracownik jest „dyspozycyjny”. Jeżeli godziny efektywnej pracy podczas dyżuru przewyższają ustaloną dla pracownika normę dobową czasu pracy lub przedłużony wymiar dobowy, są one godzinami nadliczbowymi ze wszystkimi tego konsekwencjami (taka tezę potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1978 r., I PRN 147/77, OSN 1978/7/126).

Ponadto zgodnie z art. 151⁵ kodeksu pracy, czas pełnienia dyżuru nie może naruszać prawa pracownika do odpoczynku – który zgodnie z art. 132 i 133 kodeksu pracy obejmuje 11 godzin w każdej dobie oraz 35 godzin w każdym tygodniu.

Powierzenie pracownikowi dyżuru łączonego z pracą w trybie ciągłym (24 godziny na dobę, siedem dni w tygodniu) uniemożliwiłoby zachowanie ww. wymogów – co wskazuje na niezgodność warunku udziału w postępowaniu z ww. przepisami prawa. Zagwarantowanie pracownikom minimalnych okresów odpoczynku wyklucza pełnienie dyżurów całodobowych (tak Florek Ludwik (red.), Kodeks pracy. Komentarz, wyd. VII, komentarz do art. 151⁵ kodeksu pracy).

Z kolei w przypadku zatrudnienia osób na podstawie umowy cywilnoprawnej, obciążenie ich obowiązkiem pozostawania w stałej gotowości i dyspozycyjności musiałyby być postrzegane w kategoriach nadużycia prawa podmiotowego oraz sprzeczności z zasadami współżycia społecznego – w szczególności z powodu opisanych powyżej ograniczeń biologicznych, psychologicznych i etycznych. Za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego należałoby uznać w szczególności zobowiązanie drugiej strony umowy (nota bene – strony słabszej, którą w takiej relacji z całą pewnością będzie zatrudniana osoba fizyczna) do takich obowiązków, których realizacja zagrażałaby zdrowiu i generowała nadmierne trudności.

Jednocześnie nie istnieją żadne racjonalne powody, dla których Zamawiający miałby wymagać od wykonawcy zapewnienia stałej dostępności konkretnych pracowników. Jeśli powodem wprowadzenia takiego wymogu miałyby być potrzeba zapewnienia stałego kontaktu z wykonawcą oraz szybkiej reakcji w razie postania zagrożeń, awarii lub innych zdarzeń, to wystarczającym byłoby, aby pracownicy odpowiedzialni za wykonanie zamówienia byli dostępni w trybie zmianowym (zastępowali się wzajemnie w taki sposób, aby wspólnie zapewnić dostępność dla zamawiającego przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu).

Mając to na uwadze, wymaganie przez Zamawiającego wykazania się co najmniej dwoma osobami dyspozycyjnymi przez 24 godziny na dobę i 7 dni w tygodniu, jako niedopuszczalne winno zostać wykreślone.

2. Uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a zakwestionowane – wadliwe i niekonkurencyjne – zapisy SWZ uniemożliwiają mu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia.

W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie uzyskać.

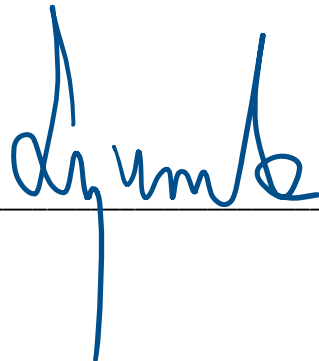
3. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja warunków zamówienia zostały opublikowane w dniu 2 stycznia 2023 r.

Niniejsze odwołanie, wnoszone w dniu 5 stycznia 2023 r., składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 5 dni od dnia publikacji ogłoszenia i specyfikacji warunków zamówienia.

* * *

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.



Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
2. dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu,
3. odpis pełnomocnictwa do wniesienia Odwołania

FBSerwis SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa
tel. (48) 22 623 63 80
fax (48) 22 623 60 34
fbserwis@fbserwis.pl

fbserwis

4. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS