

Pozyskanie personelu do realizacji zamówienia

r.pr. Wioleta Bajda

Warszawa, 28.03. 2018 r.

Istotność personelu?

- Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
 - na usługi np. intelektualne, doradcze, architektoniczne, inżyniera kontraktu, projektowe, informatyczne, i in.;
- na roboty budowlane
- na dostawy?

Weryfikacja personelu w postępowaniu

- W ramach warunków udziału w postępowaniu - poprzez badanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w związku z kwalifikacjami i doświadczeniem osób skierowanych przez niego realizacji zamówienia, co ma umożliwić realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości – art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp;
- W ramach kryteriów oceny ofert - poprzez ocenę złożonych ofert na podstawie kryterium oceny ofert, gdy kwalifikacje zawodowe i doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zamówienia mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia, a w konsekwencji na wartość ekonomiczną oferty (art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp).

Personel wykonawcy – a warunek udziału w postępowaniu

- Art. 22 ust. 1a „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób **proporcjonalny do przedmiotu zamówienia** oraz **umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy** do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”.
- **Przyjęte przez zamawiającego kryteria kwalifikacji nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia** (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11).
- Art. 22 ust. 1b wyróżnia trzy ogólne kategorie zdolności wykonawcy, które mogą być brane pod uwagę przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie:
 - kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,
 - sytuacja ekonomiczna lub finansowa,
 - zdolności techniczne **lub zawodowe**

Warunek odnoszący się do zdolności zawodowej

- zamawiający może postawić wykonawcy warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, uprawnień i doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Wymagania te mogą dotyczyć zwłaszcza osób odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi. Zamawiający może też oczekiwać, że wykonawca wykaże, że będzie dysponował odpowiednią liczbą takich osób.

Weryfikacja spełniania warunku

1. Oświadczenie „zwykłe” (w postępowaniach o wartościach podprogowych)
2. JEDZ (w postępowaniach powyżej progów unijnych)

Część IV: Kryteria kwalifikacji

W odniesieniu do kryteriów kwalifikacji (sekcja α lub sekcje A–D w niniejszej części) wykonawca oświadcza, że:

α : Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji

Wykonawca powinien wypełnić to pole jedynie w przypadku gdy instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający wskazały w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia, o których mowa w ogłoszeniu, że wykonawca może ograniczyć się do wypełnienia sekcji α w części IV i nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji w części IV:

Spełnienie wszystkich kryteriów kwalifikacji wymaganych	Odpowiedź
Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji:	<input type="checkbox"/> Tak <input type="checkbox"/> Nie

Oświadczenie wykonawcy w zakresie personelu

C: Zdolność techniczna i zawodowa

Wykonawca powinien przedstawić informacje jedynie w przypadku gdy instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający wymagają danych kryteriów kwalifikacji w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia, o których mowa w ogłoszeniu.

Zdolność techniczna i zawodowa	Odpowiedź:
2) Może skorzystać z usług następujących pracowników technicznych lub służb technicznych , w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości: W przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawca będzie mógł się zwrócić do następujących pracowników technicznych lub służb technicznych o wykonanie robót:	[.....] [.....]

Informacje o personelu zawarte w JEDZ

- Forma złożenia oświadczenia/JEDZ
- Aktualność oświadczeń/JEDZ
- Dokładność informacji co do personelu zawarta w JEDZ - wyrok KIO z dnia 08.06.2017 r. (KIO 888/17):
- „w ocenie Izby kluczowe, a w konsekwencji sporne jest określenie tego, co też oznacza, że Jedz jest oświadczeniem "wstępnym". Zamiana sposobu prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego przez wprowadzenia Jedz-a miała na celu, jak wszyscy to potwierdzali odformalizowanie postępowania. **Nie można jednakże odformalizowania postępowania polegającego na zmniejszeniu obciążeń w zakresie wymagań dotyczących faktycznego (fizycznego) składania dookreślonych dokumentów rozumieć w ten sposób, że sprowadza się do zbagatelizowania, odstąpienia w efekcie od przedstawiania w Jedz-u informacji, które mają służyć wstępnej ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że skoro wykonawca nie składa dokumentów innych niż Jedz, na tym etapie postępowania, to tym bardziej w Jedz muszą być zawarte precyzyjnie wszystkie informacje, które Zamawiający dotychczas mógł uzyskać z innych dokumentów składanych przez wykonawców wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym, informacje zawarte w Jedz-u mają być na tyle szczegółowe, aby na przykład na ich podstawie Zamawiający mógł stwierdzić czy dana dostawa/usługa/roboty budowlane wskazana przez wykonawcę w celu wykazania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu rzeczywiście miała taki zakres, jaki odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego warunkom udziału w postępowaniu. Zatem odformalizowanie postępowania, na które wskazywano, nie polega na tym, że nie podaje się informacji, bądź podaje się jakiegokolwiek informacje lecz na tym polega odformalizowanie procedury, że na etapie składania Jedz-a wykonawca zobowiązany jest do jasnego, precyzyjnego przedstawienia informacji, których ocena pozwoli na sprawdzenie zdolności wykonawcy i spełnienia przez niego warunków, a nie musi wykonawca na tym etapie postępowania składać dużej liczby dokumentów. Nie zmienia się bowiem sposób oceny i weryfikacji zdolności wykonawców, wszyscy muszą wykazać się spełnieniem warunków oraz w tym zakresie przedstawić stosowne zobowiązania w Jedz-u, czyli Jedz jest dokumentem kategorię jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji jakie wykonawca przedstawia za jego pomocą”.**

Personel a tajemnica wykonawcy

- Zastrzeżenie informacji odnoszących się do personelu wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- **Zasadą procedury udzielania zamówień publicznych jest jej jawność i przejrzystość (transparentność), a utajnienie elementów tej procedury w jakimkolwiek zakresie jest wyjątkiem.** Ma to służyć celowi zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - a także, co nawet ważniejsze, wzbudzenie wśród uczestników procedury poczucia, że takie równe traktowanie i uczciwa konkurencja zostały zachowane.
- **Moment zastrzeżenia:** „Przepis art. 8 ust. 3 p.z.p., określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu (wyrok KIO z 18.12.2017 r., KIO 2483/17; KIO 2484/17);
- **Wykazanie zasadności zastrzeżenia:**
- „Pojęcie "wykazanie", którym posłużył się ustawodawca w przepisie art. 8 ust. 3 p.z.p., należy interpretować mając na uwadze konkretne okoliczności dotyczące zastrzeganych informacji. W niektórych przypadkach do wykazania konieczne będzie przedstawienie dowodów, choćby tylko w pewnym zakresie, a w innych wystarczające będzie poprzestanie na wyjaśnieniach, z tym że stopień szczegółowości wymaganych wyjaśnień też może być różny (wyrok KIO z 27.10.2017 r., KIO 2112/17 2113/17);
- „Pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p., rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w określonych okolicznościach, przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku potwierdzania dowodami zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. – wyrok KIO z 9.10.2017 r., KIO 2028/17);

Badanie warunku w zakresie personelu

- Badanie oświadczeń, w tym JEDZ
- Procedura uzupełniania – art. 26 ust. 3 ustawy Pzp
- Wezwanie do złożenia dokumentów – art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

Dokumenty wymagane na potwierdzenie spełniania warunku odnoszącego się do personelu

- Par. 2 ust. 4 pkt 9 i 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów
- **wykazu osób**, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, **wraz z informacjami na temat ich:**
 - kwalifikacji zawodowych,
 - uprawnień,
 - doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także
 - zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz
 - informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;
- oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy;

Zmiana składu personelu po otwarciu ofert

- „Również w tym przypadku Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Konsorcjum E. nie ma uprawnienia do wskazania innej osoby w miejsce dotychczasowej osoby, którą przestało dysponować, w ramach obligatoryjnej procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 pzp. **Nie tylko brak posiadania przez wykazywaną osobę wymaganego doświadczenia, ale również ujawniony po upływie terminu składania ofert brak dysponowania przez wykonawcę osobą, która miała odpowiednie doświadczenie, wymaga wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych braków w trybie tego przepisu. Nie ma przy tym znaczenia powód, dla którego wykonawca przestał dysponować daną osobą, w tym, czy i w jakim stopniu wykonawca mógł przewidzieć, że zaistnieje taka sytuacja”** (wyrok KIO z dnia 16.08.2017 r., KIO 1581/17)

Nieprawdziwe informacje co do personelu

- „zasadą wykonawcy - uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winna być zasada ograniczonego zaufania do informacji innych osób i podmiotów - Wykonawca powinien wykazać się ograniczonym zaufaniem w stosunku do informacji przekazywanych przez współpracowników i dokonać ich weryfikacji i to nie tylko dlatego, że **konsekwencje podania informacji wprowadzających w błąd obarczają zawsze wykonawcę** (a nie osobę lub podmiot informacji udzielający), ale także z tego względu, iż także działania tych osób lub podmiotów mogą być podejmowana niedbale (np. osoba nie zapoznała się albo pobieżnie zapoznała się z postanowieniami SIWZ, nie dostrzegając odmienności wymogów zamawiającego w danym postępowaniu).
- Akt staranności wykonawcy przy weryfikacji informacji, przed jej przedstawieniem zamawiającemu, wymaga, aby wykonawca sprawdził co najmniej te elementy informacji, które są kluczowe z perspektywy wymogu dotyczącego doświadczenia osoby, za które zamawiający przewidział przyznanie punktów, tym bardziej w sytuacji, gdy weryfikacja tych informacji jest możliwa na podstawie innych ogólnie dostępnych informacji (np. na stronach internetowych).
- W sytuacji, gdy odwołujący poprzestał w istocie na pozyskaniu informacji od współpracowników, opierając się na ich ocenie, a nie dokonując sprawdzenia informacji i własnej oceny uznać należy, że odwołujący nie wykazał się oczekiwaną od profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego starannością przy przedstawieniu zamawiającemu informacji o doświadczeniu dwóch osób.
- Inaczej mówiąc nie dochował, poprzez przedstawione zachowanie należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- Wyrok KIO z 13.02.2018 r. , KIO 185/18

Kryterium oceny ofert odnoszące się do personelu

- Motyw 94 do dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, że „každorazowo **gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na poziom realizacji zamówienia**, instytucjom zamawiającym należy także zezwolić na zastosowanie jako kryterium udzielenia zamówienia organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, ponieważ może mieć to wpływ na jakość wykonania zamówienia, a co za tym idzie, wartość ekonomiczną oferty”;
- Na dopuszczalność zastosowania takiego kryterium w przeszłości wskazywał również Trybunał Sprawiedliwości w wyroku TSUE z dnia 26 marca 2015 r. w sprawie C-601/13 (Ambisig).

Kryterium oceny ofert odnoszące się do personelu

- Zastosowanie kryterium oceny ofert, odwołującego się do właściwości wykonawców (art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp), służy ocenie zespołu wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie wykonawcy, jak ma to miejsce na etapie kwalifikacji podmiotowej (wyrok KIO z dnia 2.02.2017 r., KIO 140/17);
- Artykuł 91 ust. 2 pkt 5 Pzp przy korzystaniu z kryterium pozacenowego w postaci doświadczenia kadry zezwala na zastosowanie tego kryterium jednakże wyłącznie, o ile może mieć ono znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zamawiający nie ma nieograniczonej swobody wyboru kryterium. Wybór danego kryterium musi bowiem zapewnić możliwość efektywnej konkurencji (wyrok KIO z dnia 4.05.2017 r., KIO 777/17).

Kryterium oceny ofert odnoszące się do personelu

- „Natomiast, w ocenie Izby, Kierownik Robót i Projektant stanowią kluczowy personel wykonawcy, mając istotne znaczenie i jego praca może warunkować powodzenie w realizacji tego zamówienia. Wykonanie dobrego projektu, jak wskazuje doświadczenie życiowe, nie jest prostym zdaniem i częstokroć następuje kłopotów, wpływa jednocześnie na przebieg prac wykonywanych na jego podstawie. Zaś, praca Kierownika Robót wydaje się nie do przecenienia, mając na uwadze jakość wykonania zamówienia.” (wyrok KIO z 24.01.2017 r., KIO 67/17)

Ocena w ramach warunku/ocena kryterium

- Oceniając spełnienie warunku zamawiający ocenia te kwalifikacje zero-jedynkowo, czyli czy wymogi zostały spełnione, czy też nie.
- Natomiast oceniając zespół w ramach kryterium oceny ofert, zamawiający dokonuje wartościowania kwalifikacji proponowanych osób i przyznaje za nie ofercie punkty, które będą przyczyniały się do uplasowania oferty na danym miejscu rankingu ofert, ustalając, w jakiej proporcji chce premiować jakość w stosunku do ceny (jaką wagę przyzna obu tym kryteriom).
- Weryfikacja w ramach kryterium może nastąpić w oparciu o oświadczenie np. „osoba X zrealizowała dodatkowych usługi spełniające wymagania Y” lub odrębny wykaz/formularz składany w celu oceny oferty w ramach kryterium odnoszącego się do doświadczenia personelu;

Ocena w ramach warunku/ocena kryterium

- Obie oceny podlegają innym rygorom formalnym:
- w odniesieniu do kryterium doświadczenia personelu nie powinno mieć znaczenia, czy dane osoby stanowią potencjał własny, czy też potencjał użyczony przez podmiot trzeci, jednak wykonawca winien zagwarantować udział tych osób w realizacji zamówienia (*chyba, że zamawiający zastrzegł jako kluczową część zamówienia usługi/czynności realizowane przez wskazanych w ramach warunku ekspertów);
- wykaz/formularz składany w celu oceny kryterium doświadczenia personelu wykonawcy nie stanowi dokumentu, składanego w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – *ergo* nie ma do niego zastosowania art. 26 ust. 3 ani art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;
- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje zakaz negocjowania/zmiany treści oferty - brak możliwości zmiany wykazu/formularza w trybie 87 ust. 1 ustawy Pzp (brak możliwości wskazania nowych pozycji/zamiany osób, itp.);
- w przypadku zastosowania procedury wskazanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium odnoszącego się do doświadczenia personelu, Zamawiający nie powinien w ramach takiego kryterium przyznawać punktów;
- Procedura odwrócona?
- Ryzyka?

Realizacja zamówienia przez personel

- w umowie należy wskazać, że wykonawca ma obowiązek zapewnić (a zamawiający winien tej kwestii dopilnować), aby osoby wskazane i oceniane w ofercie rzeczywiście zamówienie realizowały - wynika to wprost z motywu 94. preambuły dyrektywy 2014/24/UE i motywu 99. preambuły dyrektywy 2014/25/UE:
- „Instytucje zamawiające korzystające z tej możliwości powinny – za pomocą odpowiednich postanowień umownych – zapewnić, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza, czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości”.

Dziękuję za uwagę!



Kancelaria Radcy Prawnego Wioleta Bajda
ul. Radziwie 7/410
01-164 Warszawa
Tel. 790-600-672