

**Sygn. akt: KIO1688/14**

**WYROK**

**z dnia 2 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2014 r. przez Odwołującego –Outworking sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu (61-502), przy ul. Langiewicza 2/10, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, ul. Marszałkowska 82, 00-517 Warszawa,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Skarb Państwa – Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, ul. Marszałkowska 82, 00-517 Warszawa:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Outworking sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu (61-502), przy ul. Langiewicza 2/10 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego – Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie na rzecz Odwołującego – Outworking sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu (61-502), przy ul. Langiewicza 2/10 kwotę 18.600,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, ul. Marszałkowska 82, 00-517 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usługi polegającej na skierowaniu „Pracowników Tymczasowych” i „Koordynatorów Prawnych” do pracy na rzecz Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie w okresie sześciu miesięcy” (znak sprawy: ZP/SR/13/14), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 sierpnia 2014 r., pod nr 2014/S 151-271661. W dniu 6 sierpnia 2014 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Wobec postanowień SIWZ odwołanie, w dniu 18 sierpnia 2014 r., wniósł wykonawca Outworking sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu (61-502), przy ul. Langiewicza 2/10 (dalej: „Odwołujący”). Dotyczyło ono postanowień:

1. Rozdziału IV ust. 1 pkt 1.1 ppkt 2) SIWZ, tj. warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz opisu sposobu dokonania oceny jego spełnienia w następującym brzmieniu „[...]zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej dwie usługi dla sądów powszechnych, przez okres minimum 3 miesięcy o wartości powyżej 800.000,00 złotych brutto każda (słownie osiemset tysięcy złotych 00/100), przy czym usługa ta zrealizowana była w zakresie świadczenia usług polegających na skierowaniu do pracy biurowej powyżej 70 pracowników biurowych w tym także koordynatorów prawnych miesięcznie (w zakresie prac opisanych jak w opisie przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ) na okres trwający nieprzerwanie 3 miesiące, do jednego sądu na podstawie jednego zamówienia oraz potwierdzi, że zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie.[...]”,
2. Rozdziału VIII ust. 1 SIWZ („Kryteria i sposób oceny ofert”) – „[...]Przy wyborze najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu zamawiający

będzie stosował niżej podane kryteria: Wiedza i doświadczenie – odpowiadające wymaganiom określonym w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.1 ppkt 2, 70%[...];

3. Rozdziału VIII ust. 2 Ad 1 SIWZ: „[...]Kryterium Cena – przy ocenie ofert w kryterium „Cena” Zamawiający będzie stosował następujące podkryteria: 2. Cena bez VAT „Cn” 25%[...]”,
4. Rozdziału VIII ust. 2 i Ad 2 SIWZ: „[...]W kryterium wiedza i doświadczenie Zamawiający będzie stosował następujące podkryteria: 2. Liczba protokołów z przeprowadzonych rekrutacji na rzecz sądu 30%[...].

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1 art. 7ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 oraz 5 Pzp przez ustalenie warunków udziału w Postępowaniu oraz sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz nieprzystający do celu tych warunków, tj. zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia,
- 2 art. 7ust. 1 Pzp przez sporządzenie kryteriów oceny ofert także w zakresie nadanym im wagom w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.
- 3 art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp przez ustalenie ceny netto oferty jako jednego z kryteriów oceny ofert.
- 4 art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7ust. 1 Pzp przez ustalenie nieobiektywnego i niemierzalnego kryterium oceny ofert w postaci liczby protokołów przeprowadzonych z rekrutacji na rzecz sądu – Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ oraz jej załączników w sposób zapewniający zgodność warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert z przepisami Pzp, a w szczególności:

1. określenie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia z uwzględnieniem stopnia skomplikowania usługi przez obniżenie wymogów w zakresie wartości wykonanych usług i ilości zatrudnianych pracowników,
2. usunięcie ceny netto jako jednego z podkryteriów oceny ofert,

3. usunięcie liczby protokołów z przeprowadzonych rekrutacji na rzecz sądu jako jednego z podkryteriów oceny ofert,
4. zmniejszenie wagi nadanej kryterium oceny ofert w postaci wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ mimo, że byłby zdolny do wykonania zamówienia, zaskarżone postanowienia wykluczają go z uczciwej konkurencji o uzyskanie zamówienia.

Na uzasadnienie zarzutu dotyczącego warunku udziału w Postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny jego spełniania Odwołujący stwierdził, że Zamawiający – stawiając go na wygórowanym poziomie – naruszył zasadę proporcjonalności i zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz nie uwzględnił celu tego warunku, tj. zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Podkreślił, że Pzp nakazuje dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. „Proporcjonalny” oznacza, zgodnie z definicją zawartą w Uniwersalnym Słowniku Języka Polskiego, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym”. Zaznaczył również, że niezbędne pojęcie to należy interpretować przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”.

Odwołujący stwierdził ponadto, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie może w sposób przekonujący uzasadnić, że postawione przez niego warunki udziału w Postępowaniu są na poziomie „niezbędnym”, tj. minimalnym dla wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Przeczy temu praktyka innych postępowań w zakresie tożsamego przedmiotu zamówienia, gdzie warunki udziału w nich nie wykraczają poza granice proporcjonalności. Podkreślił, że organizowanie przetargów o parametrach opisanych w treści warunku jest wyjątkiem. Z powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika że Zamawiający wymaga posiadania wiedzy i doświadczenia uzyskanego *de facto* w ramach świadczenia usług na swoją rzecz. Narusza to zasadę uczciwej konkurencji i zasadę proporcjonalności oraz cel ustanowienia warunku, bowiem tak wyśrubowane wymogi prowadzą do eliminacji wykonawców z udziału w Postępowaniu, nie zaś do zapewnienia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Odwołujący stwierdził, że warunki udziału w Postępowaniu powinny odzwierciedlać charakter i stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie jest to stopień niewielki bowiem w praktyce od wykonawcy wymaga się wiedzy i doświadczenia w zakresie sprawnej obsługi

kadrowo-płacowej pracowników. Nieuzasadnione jest stosowanie tak wysokich wymagań w zakresie ilości zatrudnianych pracowników czy wartości kontraktu. Obowiązki realizowane przez wykonawcę są bowiem niezależne od tych parametrów. Zaznaczył, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, Zamawiający może wskazać osoby zatrudnione w ramach usługi, a pozyskanie tych osób odbywa się co najmniej przy udziale zamawiającego.

Odnosnie wagi kryterium wiedzy i doświadczenia Odwołujący stwierdził w pierwszeństwie, że art. 91 ust. 3 Pzp wyklucza aby kryteria oceny ofert dotyczyły właściwości wykonawcy, a taką właściwością jest jego doświadczenie. Z powołanego przepisu wynika zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Oznacza to, iż właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Podkreślił, że zawarte w art. 91 ust. 3 Pzp wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy, co – w jego ocenie – oznacza, że 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 Pzp stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez wykonawcę znajomości określonej branży. Odwołujący zaznaczył, że art. 5 ust. 1 Pzp dopuszcza wprawdzie ustalanie kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy w przypadku usług o charakterze nie priorytetowym, ale jest to jednak wyjątek od reguły i jako taki powinien być stosowany z należytą ostrożnością. W okolicznościach sprawy zastosowanie doświadczenia jako jednego z kryteriów oceny ofert i nadanie mu wagi 70% prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Specyfika zamówień publicznych w zakresie kierowania pracownikami tymczasowymi jest taka, że wykonawcę obciążają znaczne koszty sztywne w postaci ustawowych kosztów zatrudnienia pracowników. Wykonawcy konkurują praktycznie wyłącznie wysokością swojej marży, zatem różnice cen w ofertach są zazwyczaj kilkuprocentowe. Zaproponowany przez Zamawiającego sposób oceny ofert stawia pod znakiem zapytania sens prowadzenia procedury przetargowej. Waga kryterium doświadczenia jest tak duża, że wyklucza jakąkolwiek konkurencję cenową, a kryterium wiedzy i doświadczenia staje się *de facto* jedynym kryterium oceny ofert.

Odwołujący skonstatował, że kwestionowane przez niego zapisy dotyczące warunków udziału w Postępowaniu oraz kryterium oceny ofert, nie tyle preferują konkretnego wykonawcę, co wręcz umożliwiają wyłącznie jemu udział w Postępowaniu. Warunki te stawiają w uprzywilejowanej pozycji firmę, która świadczyła usługi w ramach poprzednich

zamówień na rzecz Zamawiającego.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę, że w Rozdziale VIII ust. 2 Ad 1 SIWZ, Zamawiający ustalił cenę netto, jako jedno z podkryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty. Waga tego kryterium określona została na 25%. Podkreślił, że Pzp nie dopuszcza posługiwania się cenami netto przy wyborze oferty najkorzystniejszej, bowiem cena ofertowa zdefiniowana została (art. 2 pkt 1 Pzp) przez odesłanie do definicji ceny brutto określonej w art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U.2014.915). Zgodnie z tą definicją cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Powyższa definicja ustala desygnat pojęcia „cena” dla Pzp i wiąże zamawiającego podczas konstruowania postanowień SIWZ.

Odwołujący – w zakresie podkryterium wiedzy i doświadczenia w postaci liczby protokołów z przeprowadzonych rekrutacji na rzecz sądu – stwierdził, że odnosi się ono do jednego sądu (liczba pojedyncza), nie zaś sądów. Wobec tego, w jego ocenie, naturalną interpretacją tego kryterium jest przyznanie istotności wyłącznie protokołom z rekrutacji przeprowadzonych na rzecz Zamawiającego, zatem kryterium to w oczywisty sposób preferuje wykonawcę, który dotychczas realizował usługi agencji pracy tymczasowej na rzecz Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że kryteria inne niż cena powinny być, co do zasady, obiektywne i mierzalne, możliwe do wyrażenia konkretnymi parametrami bądź cyframi, pozwalające na porównanie i sklasyfikowanie ofert tak, aby elementy podlegające subiektywnej ocenie ograniczone były do niezbędnego minimum. Kryterium w postaci liczby protokołów z rekrutacji nie wypełnia tych warunków. Dokument w postaci protokołu z rekrutacji nie został bowiem w żaden sposób zdefiniowany, nie wiadomo kto go wytwarza, kto akceptuje i w jakiej procedurze powstaje. Nawet warunki zaskarżonego zamówienia nie przewidują powstania takiego dokumentu w ramach realizacji umowy. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie opisał w sposób precyzyjny jakiego rodzaju dokumenty będzie uznawał za protokoły z rekrutacji. Doprecyzowanie tej kwestii nastąpi najpewniej w ramach etapu oceny ofert i obarczone będzie błędem subiektywizmu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień do żadnej ze stron.

Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2014 r. wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości, na uzasadnienie przedstawiając następującą argumentację.

W pierwszej kolejności Zamawiający zakwestionował legitymację Odwołującego do wniesienia odwołania z uwagi na brak interesu w uzyskaniu zamówienia wymaganego przepisem art. 179 ust. 1 Pzp. Podkreślił, że termin składania ofert w Postępowaniu upłynął w dniu 14 sierpnia 2014 r. i choć Odwołujący złożył ofertę, to – wbrew postanowieniu Rozdziału V ust. 1 pkt 1 i 2 SIWZ – nie wniósł w tym terminie wadium (zadeklarował wniesienie wadium w formie pieniężnej, lecz nie załączył dowodu potwierdzającego tą okoliczność), co skutkowało – po dokonaniu otwarcia ofert – jego wykluczeniem na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i odrzuceniem jego oferty. Zamawiający podkreślił również, że żądania zawarte w odwołaniu, przy jednoczesnym wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i odrzuceniu jego oferty, powodują, iż w razie uwzględnienia odwołania, Postępowanie będzie musiało zostać unieważnione, bowiem upłynął już termin składania ofert, przez co modyfikacja SIWZ nie jest już możliwa. Skonstatował, że dążenie do unieważnienia Postępowania skutkuje brakiem interesu, o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp i nie zasługuje na ochronę prawną. Wywody Zamawiającego poparte zostały przeglądem wyroków sądów okręgowych i Izby.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania Zamawiający stwierdził, że przedmiotem zamówienia jest usługa niepriorytetowa (rekrutacja i pozyskiwanie personelu – kat. 22), wskazana w załączniku nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U.2010.12.68), do której zastosowanie znajduje przepis art. 5 ust. 1 Pzp przewidujący możliwość odstępstw od przepisów Pzp dotyczących m.in. w zakresie terminów składania ofert, czy zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy.

Tytułem odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 oraz 5 Pzp przez ustalenie warunków udziału w Postępowaniu oraz sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz nieprzystający do celu tych warunków, tj. zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia Zamawiający stwierdził, że jako gospodarz Postępowania, dokonując opisu warunków udziału w nim, kierował się nie tylko określoną w art. 7 Pzp zasadą uczciwej konkurencji, która nakłada na niego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i nie pozwala żadnego z oferentów traktować w sposób uprzywilejowany, ale również, w momencie konstruowania warunków udziału w Postępowaniu, zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, opisał przedmiot zamówienia w sposób, który – według niego – nie utrudniał uczciwej konkurencji. Ponadto wskazał, że wziął również pod uwagę brzmienie art. 22 ust. 4

Pzpostanowiącego normę interpretacyjną dla opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którą opis ów ma być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Mając powyższe na względzie Zamawiający oświadczył, że formułując warunki udziału w Postępowaniu wziął pod uwagę zarówno wartość zamówienia, jak i jego charakterystykę, zakres oraz stopień złożoności i warunki jego realizacji. Zdaniem Zamawiającego określił on poziom od którego uznał doświadczenie wykonawcy za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia proporcjonalnie do zakresu, wartości i stopnia skomplikowania przedmiotu danego zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że z jego punktu widzenia istnieje obiektywna i uzasadniona potrzeba zapewnienia wykwalifikowanej kadry pracowniczej niezbędnej dla sprawnego i niezakłóconego prowadzenia procesu obsługi specyficznych interesantów jakimi są uczestnicy postępowań sądowych. Zamawiający mógł więc w tym zakresie określać, jakie konkretne wymogi mają spełniać wykonawcy, w tym Odwołujący, w szczególności w zakresie doświadczenia, wskazując jego rodzaj właściwy dla przedmiotu zamówienia. Postanowienia SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia odnoszą się wyraźnie do możliwości zapewnienia odpowiedniej kadry pracowniczej o umiejętnościach precyzyjnie opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ pn.: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” i zdolnej do wykonania swoich obowiązków bez zakłóceń pracy Zamawiającego oraz bez konieczności prowadzenia poszerzonych szkoleń lub długotrwałego okresu wdrażania pracowników. Zaznaczył przy tym, że stosunkowo krótki okres wykonywania zamówienia (6 miesięcy) jest okolicznością wskazującą na istnienie konieczności zapewnienia sprawnej koordynacji i realizacji zamówienia przy zachowaniu szczególnej dbałości o specyficzne kwalifikacje pracowników. Taki układ zmiennych wymagał aby podmiot uczestniczący w Postępowaniu jako wykonawca posiadał wyspecjalizowane doświadczenie w danym obszarze rynku, pozwalające na wykonanie zamówienia z należytą starannością. Tym samym obiektywną potrzebą Zamawiającego było znalezienie wykonawcy, który będzie w stanie szybko dostosować swoje zasoby ludzkie do potrzeb Zamawiającego, a w konsekwencji będzie miał świadomość wskazanej przez Zamawiającego specyfiki branży, która pozwoli jej na sprawny nabór potrzebnej kadry w wymaganej ilości.

Zamawiający oświadczył, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy zachowano – w jego ocenie – zasadę uczciwej konkurencji, jak również zasadę proporcjonalności, czego dowodzą proste wyliczenia dotyczące wartości zamówienia jak i jego innych cech. Zamawiający określił zapotrzebowanie dotyczące łącznie do 108 pracowników miesięcznie (+/- 5 pracowników w prawie opcji) w okresie 6 miesięcy, zaś warunkiem uczestnictwa w Postępowaniu było wykazanie się przez wykonawców wykonaniem usług polegających na



skierowaniu do pracy biurowej powyżej 70 pracowników biurowych, w tym koordynatorów prawnych miesięcznie przez okres 6 miesięcy. Warunek obejmował więc ok. 64% maksymalnego zapotrzebowania Zamawiającego. Powyższe potwierdza, iż Zamawiający nie sformułował warunków wygórowanych, gdyż nie wymagał od Wykonawców wykazania się wykonaniem usług w takiej samej ilości pracowników ilu zamierzał pozyskać za pomocą niniejszego postępowania. Zasygnalizował przy tym, że ilość pracowników tymczasowych, w tym koordynatorów prawnych w ilości powyżej 70 osób dla sądu nie jest charakterystyczna wyłącznie dla przedmiotowego zamówienia, ponieważ np. Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi polegającej na skierowaniu do pracy w okresie od 04-11-13 r. do 31-01-14 r. dotyczące 88 osób, a Sąd Okręgowy w Warszawie – na świadczenie usługi polegającej na skierowaniu do pracy w okresie 12 miesięcy od udzielenia zamówienia 130 osób oraz postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi w okresie polegającej na skierowaniu do pracy w okresie 9 miesięcy od udzielenia zamówienia 100 osób.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego, określony przez niego wymóg ilościowy i wartościowy jest związany z przedmiotem zamówienia i jest nienadmierny, a proporcje określone przez niego zostały skonstruowane w sposób zmierzający do wyłonienia wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

W związku z zarzutem nadmiernej wartości świadczonych usług, których wykazania żądał Zamawiający w Rozdziale IV ust. 1 pkt 1.1 ppkt 2) SIWZ dla wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia Zamawiający wskazał, że wartość określona w SIWZ (800.000,00 zł brutto każda zrealizowana usługa) stanowi 33 % szacunkowej wartości niniejszego zamówienia, z uwzględnieniem VAT (2.399.591,21 zł brutto). Stąd też, w ocenie Zamawiającego, wymóg postawiony na poziomie 800.000,00 zł nie może być uznany za nadmierny.

Z kolei żądanie wykazania się przez wykonawcę realizacją co najmniej dwóch usług dla sądów powszechnych spowodowane było specyfiką pracy tychże sądów. Zamawiający zaznaczył, że nie ma ani środków, ani czasu aby przeszkalać pracowników skierowanych przez wykonawców na okres jedynie 6 miesięcy do pracy w sądzie, a skierowani do pracy pracownicy mają zagwarantować jakość i terminowość wykonywanej przez nich pracy. Podkreślił, że nie tylko jakość pracy pracowników ma dla niego istotne znaczenie, ale również terminowość jej wykonania. Z uwagi, iż Zamawiający jest jednym z większych pod względem właściwości sądów w Polsce kierowana jest do niego do

rozpoznania i rozstrzygnięcia bardzo duża ilość spraw, a strony postępowania mają ustawowe prawo do rozpoznania ich sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Zwrócił przy tym uwagę na uregulowania ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz.U.2004.179.1843 z późn. zm.), zgodnie z którymi strona może wnieść skargę na przewlekłość postępowania i domagać się z tego tytułu określonej sumy pieniężnej i zaznaczył, że spraw takich jest coraz więcej. Nadto zwrócił również uwagę na szereg aktów prawnych i procedur wewnętrznych regulujących terminowość wykonywanej w sądach pracy.

Zamawiający zaznaczył, że poszukuje on pracowników o konkretnych, ustalonych kwalifikacjach, zaś od wykonawcy wymaga zapewnienia potencjału organizacyjnego i zdolności kumulowania i rekrutowania osób o kwalifikacjach pozwalających na wykonanie zamówienia. Już sam ten fakt w sposób naturalny i niezależny od Zamawiającego zawęża grupę potencjalnych wykonawców. Bardzo istotne dla Zamawiającego jest, aby Wykonawca m.in. miał doświadczenie w przeprowadzaniu rekrutacji pracowników zgodnych z wymogami i oczekiwaniami Zamawiającego sformułowanymi w SIWZ. Wyjaśnił, iż nie wszyscy potencjalni wykonawcy takowe doświadczenie w przeprowadzaniu rekrutacji posiadają – część z nich rekrutacji w ogóle nie przeprowadza, a jedynie kieruje potencjalnych pracowników do Zamawiającego, który sam takową rekrutację musi przeprowadzić i wybrać, spośród osób skierowanych do niego przez wykonawcę, pracowników spełniających jego wymagania. Z uwagi jednak na ilość pracowników określoną przez Zamawiającego (108 +/- 5), krótki czas na rozpoczęcie realizacji zamówienia i krótki czas realizacji zamówienia (6 miesięcy) Zamawiający oczekuje – czemu wyraz dał w SIWZ – aby cały proces rekrutacji przeprowadził wykonawca. Z doświadczenia Zamawiającego wynika natomiast, iż istotne jest posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w przeprowadzeniu rekrutacji (nie każdy Wykonawca przeprowadzał i umie przeprowadzać rekrutację) albowiem w przypadku sprawnie i kompetentnie przeprowadzonej przez wykonawcę rekrutacji wyłaniany są pracownicy kompetentni i spełniają wymagania Zamawiającego, a przewodniczący wydziałów, sędziowie i kierownicy sekretariatów nie wnoszą lub bardzo rzadko wnoszą zastrzeżenia, co do jakości i terminowości ich pracy. Ponadto doświadczenie w przeprowadzeniu rekrutacji jest niezbędne aby w możliwie jak najkrótszym czasie wyłonić nowego pracownika, np. w przypadku rezygnacji pracownika z pracy czy długotrwałej choroby. Zamawiający nie ma ani obsady, ani środków aby samemu przeprowadzać rekrutację, a z uwagi, iż ten element jest dla niego niezwykle istotny sformułował w kryterium wiedza i doświadczenie

podkryterium przyznające dodatkowe punkty za posiadanie doświadczenia w przeprowadzaniu procesu rekrutacji i w tym celu zażądał przedstawienia protokołów z przeprowadzonych przez wykonawcę rekrutacji dokumentujących doświadczenie w tym zakresie.

Odnosząc się kolejno do zarzutów naruszenia art. 7ust. 1 Pzp przez sporządzenie kryteriów oceny ofert, także w zakresie nadanym im wagom, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp przez ustalenie ceny netto oferty jako jednego z kryteriów oceny ofert i art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7ust. 1 Pzp przez ustalenie nieobiektywnego i niemierzalnego kryterium oceny ofert w postaci liczby protokołów przeprowadzonych z rekrutacji na rzecz sądu – Zamawiającego stwierdzono, co następuje.

Zamawiający, w powołaniu na przepisy Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 114), zwanej dalej „Dyrektywą klasyczną”, stwierdził, że nie określa ona ceny jako obligatoryjnego kryterium oceny ofert – wskazuje że kryterium oceny ofert może być cena lub oferta najkorzystniejsza ekonomicznie precyzując jedynie przykładowo, że w przypadku wybrania przez zamawiającego kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie może to być przykładowo cena, ale również jakość, wartość, czy nawet właściwości estetyczne oraz, że kryteria oceny ofert dobierane są przez zamawiającego. Podkreślił, że także przepis art. 91 Pzp zawiera otwarty katalog takich kryteriów, zatem żaden przepis nie ogranicza zamawiającego w wyborze obiektywnych, mierzalnych i przede wszystkim porównywalnych kryteriów. Zaznaczył, że udziela on zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, stąd też sformułował warunki udziału w Postępowaniu, a następnie dokonał oceny ofert w celu wyłonienia oferty prezentującej najlepszą relację jakości do ceny. Dodał, że w przypadku usług niepriorytetowych zastosowanie znajduje przepis art. 5 ust. 1 Pzp, tj. wyłączenie zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Zamawiający wskazał 2 kryteria oceny ofert w Postępowaniu: pierwsze kryterium to cena z wagą 30%; drugie zaś – wiedza i doświadczenie z wagą 70%. W ramach każdego z ww. kryteriów Zamawiający określił podkryteria oceny ofert. Wskazał, że określenie wagi kryterium wiedzy i doświadczenia na poziomie 70% potwierdza fakt, że nie jest dla niego priorytetowa wyłącznie cena oferty składanej przez wykonawcę, ale jakość usługi oparta o pogłębioną znajomość specyficznych cech Zamawiającego (sąd, zaufanie publiczne, profesjonalizm, odpowiedzialności, konieczność zachowania wysokich standardów, procedur, wewnętrznych instrukcji i terminów) i jego potrzeb jakie

zamawiana usługa ma zaspokoić, jak również sposobu świadczenia usługi i kwestii organizacyjnych związanych z jej prawidłowym przygotowaniem oraz wykonaniem. W tym zakresie doświadczenie Wykonawcy powinno mieć charakter kierunkowy i wyspecjalizowany, bezpośrednio związany ze specyficznym zamawiającym, który jest uprawniony do określenia jego wymagań tak jak uczynił to w treści SIWZ.

Na odparcie zarzutu dotyczącego podkryterium w postaci ceny netto Zamawiający zasygnalizował, że kierował się w tej mierze wskazaniem Izby zawartym w uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 120/14. Wyjaśnił ponadto, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego występują co najmniej dwa rodzaje kwot. Pierwsza grupa kwot to sumy szacowane przez zamawiającego, czyli szacunkowe wynagrodzenie netto podane przez wykonawców, stanowiące w istocie cenę netto (art. 32 ust. 1Pzp). Druga grupa kwot to ceny ofertowe (brutto zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp), które muszą brać pod uwagę cel składania ofert, czyli przedstawienie możliwie najbardziej konkurencyjnej ceny. Odwołał się ponownie do przepisów Dyrektywy klasycznej stwierdzając, że nie tylko nie wymienia ona ceny jako obligatoryjnego kryterium oceny ofert, ale nie definiuje również pojęcia ceny – w szczególności nie wskazuje, że ma być to cena brutto. Ponadto zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty dokonuje się na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, którymi są cena (cena brutto) albo alternatywnie cena (cena brutto) i inne kryteria, z zastrzeżeniem, że wyliczenie kryteriów zawarte w wymienionym przepisie jest otwarte. W ocenie Zamawiającego nie można uznać wobec powyższego, że cena netto nie występuje wPzp i jako taka nie może być jednym z kryteriów wyboru ofert, w szczególności w sytuacji, gdy art. 91 ust. 2 Pzp zawiera katalog otwarty kryteriów oceny ofert. W konsekwencji stwierdził, że skoro żaden przepis ustawy nie ogranicza zamawiającego w ustalaniu kryteriów, jak również nie obliuguje go do przyznania cenie największego udziału w ocenie tych kryteriów, to jest on uprawniony do wyboru sposobu oceny ofert oraz przyznania im wag zgodnie z treścią SIWZ. Z powyższego wyprowadził także wniosek, iż skoro może on ustalić jako kryterium oceny ofert obok kryterium ceny brutto – kryterium ceny netto uznając je za tzw. „inne kryterium” – tym bardziej więc może ustalić jako podkryterium cenę netto w ramach kryterium ceny.

Zamawiający zwrócił również uwagę na zaobserwowane, negatywne w jego ocenie, praktyki rynkowe w obrębie działalności wykonawców działających w obszarze usług agencji zatrudnienia. Stwierdził, że znany jest mu coraz częstszy proceder stosowany przez niektórych wykonawców, w tym (jak ustalił) Odwołującego, tworzenia spółek na potrzeby danego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego jedynie po to, aby uzyskać przewagę konkurencyjną opartą wyłącznie na wykorzystaniu zwolnienia

podmiotowego w podatku od towarów i usług. Wyjaśnił, że mechanizm polega na tym, że dany podmiot tworzy spółki jedynie po to, aby uzyskać przewagę konkurencyjną opartą wyłącznie na wykorzystaniu zwolnienia podmiotowego w podatku VAT na podstawie art. 113 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2011.177.1054 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”. Zgodnie z tym przepisem: „Zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku”. Powyższe działania można określić, w ocenie Zamawiającego, jako nadużywanie prawa i naruszanie zasady uczciwej konkurencji. Należy bowiem wyjaśnić, że w kontekście zachowania uczciwej konkurencji budzi wątpliwość sytuacja, w której wykonawcy generują przewagę rynkową poprzez powoływanie do życia kolejnych podmiotów tylko i wyłącznie w celu uzyskania zwolnienia z podatku VAT. W ten sposób oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza min. w Sądzie Rejonowym dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie, Sądzie Rejonowym w Wołominie, Sądzie Rejonowym w Nowym Dworze Mazowieckim, Sądzie Rejonowym w Legionowie, Sądzie Rejonowym w Nowym Dworze Mazowieckim, na dowód czego przedłożył zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert w postępowaniach prowadzonych przez ww. zamawiających. Zamawiający ustalił, że podmioty wchodzące w skład konsorcjum, którego liderem jest Odwołujący pozostają we wzajemnych zależnościach kapitałowych i osobowych. Z załączonych do odwołania odpisów z KRS i sporządzonej przez Zamawiającego tabeli z wykazem podmiotów powiązanych wyprowadził wniosek, iż na rynku istnieje 36 spółek o wspólnym członie nazwy „Outworking”, powstałych w okresie od 31 stycznia 2012 r. do 20 marca 2014 r., w których członkiem zarządu jest K. K., albo reprezentuje on komplementariusza OUTWORKING sp. z o.o., Outworking Rekrutacja sp. z o.o., Outworking ATP sp. z o.o., zaś komandytariuszem jest Outworkingsp. z o.o. sp. k.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego podkryterium w postaci protokołów z rekrutacji przeprowadzonych na rzecz sądu Zamawiający wskazał, że Odwołujący bezpodstawnie i w sposób nieuzasadniony przyjął, iż Zamawiający wymagał w nim złożenia protokołów z przeprowadzonych rekrutacji jedynie na jego rzecz. Powyższe twierdzenie jest jednak całkowicie nieuzasadnione, ponieważ warunkiem udziału w Postępowaniu było posiadanie wiedzy i doświadczenia (Rozdział IV ust. 1 pkt 1.1 ppkt 2 SIWZ) w zakresie świadczenia usług dla sądów powszechnych, o parametrach szczegółowo określonych przez Zamawiającego. Logiczne jest więc, że jako kryterium oceny ofert w zakresie sprawdzenia czy wykonawca posiada takową wiedzę i doświadczenie nie mogło być zawężające określenie, że będą brane do oceny jedynie protokoły z przeprowadzonych rekrutacji na

rzecz Zamawiającego. Ponadto, nawet jeśli Wykonawca miał wątpliwości w zakresie interpretacji tego zapisu SIWZ, mógł zwrócić się (a tego nie uczynił) do Zamawiającego, w trybie art. 38 Pzp, o wyjaśnienie swoich wątpliwości.

Zdaniem Zamawiającego także twierdzenia o nieobiektywnym i niemierzalnym charakterze tego kryteriumsą chybione. Po pierwsze – Zamawiający świadomie nie narzucił jakiegokolwiek formy, czy treści protokołu, dopuszczając dowolność w tym zakresie. Dla Zamawiającego istotne było czy w ogóle i ile rekrutacji dany wykonawca już przeprowadził w kontekście dokonania oceny czy posiada wiedzę i doświadczenie nie tylko w zakresie kierowania pracowników do pracy, ale również w zakresie prowadzenia rekrutacji mającej na celu znalezieniu pracownika spełniającego wymagania szczegółowo określone przez Zamawiającego w załączniku Nr 1 do SIWZ. Po drugie podkryterium w postaci liczby (ilości) protokołów z przeprowadzonych rekrutacji na rzecz sądu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jest kryterium jak najbardziej wymiernym i tzw. łatwo mierzalnym. Do kryteriów o charakterze niewymiernym zalicza się np. właściwości estetyczne, komfort, jakość. Wówczas koniecznym jest zastosowanie tzw. kwantyfikacji przez wprowadzenie stopniowania preferencji zamawiającego, wyrażonej w postaci danego kryterium. Do kryteriów wymiernych natomiast zalicza się np. cena, termin realizacji zamówienia, ilość, okres gwarancji, proponowana wysokość kary umownej – wówczas punkty najczęściej przyznaje się, stosując odpowiednie wzory arytmetyczne. Po trzecie – żaden z wykonawców uczestniczących w Postępowaniu, w tym Odwołujący, nie miał wątpliwości w zakresie interpretacji postanowienia SIWZ dotyczącego tego podkryterium, w tym w zakresie jak protokoły mają wyglądać, skoro nie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie wątpliwości w trybie art. 38 Pzp.

Odwołujący – w uzupełnieniu argumentacji zawartej w odwołaniu – złożył pismo procesowe z dnia 1 września 2014 r., w którym przedstawił, w ujęciu tabelarycznym, zestawienie reprezentatywnych postępowań o udzielanie zamówień publicznych zorganizowanych przez sądy powszechne na usługi pracy tymczasowej w 2014 r. Na jego podstawie stwierdził, że – po pierwsze – większość wykazanych w tabeli zamówień dotyczy usług kierowania pracowników tymczasowych w liczbie poniżej 20 (tylko 8 sądów organizuje przetargi powyżej 20 pracowników), a tylko 2 sądy: Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie oraz Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie – przetargi powyżej 70 pracowników tymczasowych. Oba z tych sądów wymagają aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu usługi lub usług kierowania powyżej 70 pracowników tymczasowych do pracy biurowej (dla drugiego z zamawiających, z dodatkowym zastrzeżeniem: do pracy w sądach).

Po drugie – przystępnie sformułowane warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozwalają większej grupie wykonawców wzięcie w nim udziału, przez co dochodzi do realnego konkurowania między ich ofertami. Postępowania z wygórowanymi warunkami udziału pozwalają często na start wyłącznie jednemu wykonawcy.

Po trzecie – wykonawca E. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WorkTemps E. B. bierze udział wyłącznie w postępowaniach organizowanych przez Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie oraz Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie. Z uwagi na postawione przez tych zamawiających warunki udziału w postępowaniach oraz kryteria oceny ofert, wykonawca ten zazwyczaj nie ma żadnej konkurencji ze strony innych oferentów. W wykazie zrealizowanych usług wykonawca ten wskazuje jedynie usługi wykonane na rzecz wyżej wymienionych dwóch sądów.

Odwołujący skonstatował, że opisana powyżej sytuacja pozwala wspomnianemu konkurentowi na stosowanie od 2- do 5-krotnie wyższych marż na usłudze w stosunku do postępowań organizowanych przez inne sądy, co ujął w załączonym do pisma zestawieniu. Do pisma procesowego Odwołujący załączył również wyciągi z formularzy ofertowych ww. wykonawcy z innych postępowań o udzielanie zamówień publicznych oraz sporządzone przezeń protokoły z przeprowadzonych rekrutacji, jak również wyciągi ze szczegółowych opisów przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych przez ww. sądy.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów załączonych do złożonych pism procesowych.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Wobec potwierdzenia się części zarzutów zawartych w odwołaniu należało je uwzględnić.

Na wstępie Izba stwierdziła, że– wbrew zapatrywaniom Zamawiającego – Odwołujący spełnia przesłankę dotyczącą interesu w uzyskaniu zamówienia, o której mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp. Dla oceny jej zaistnienia irrelevantna jest okoliczność, że Odwołujący został wykluczony z Postępowania, ponieważ odwołanie nie dotyczyło tej

czynności, a postanowień SIWZ. Izba stoi na stanowisku, że interes w uzyskaniu zamówienia oceniać należy na moment skorzystania ze środka ochrony prawnej (*ergo* na moment jego wniesienia). Wobec tego należało stwierdzić, że odwołanie wniesione zostało przez podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia, o czym świadczyć może chociażby późniejsze złożenie przez niego oferty. Podkreślenia wymaga również, że z woli ustawodawcy odwołanie przysługuje nie tylko wykonawcom, którzy mają interes w uzyskaniu zamówienia, ale również takim, którzy go mieli. Do drugiej z wymienionych grup należy w przedmiotowej sprawie zaliczyć Odwołującego i wnioskowi takiemu nie przeczy stanowisko Zamawiającego, że w wyniku wykluczenia z Postępowania Odwołujący interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, utracił, bowiem posiadał go – jak wspomniano – na wcześniejszym etapie procedury.

Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że celem wniesionego odwołania było unieważnienie Postępowania. Unieważnienie procedury nakazane niniejszym wyrokiem jest jedynie środkiem zmierzającym do celu, jakim jest osiągnięcie stanu zgodności procedury udzielenia zamówienia publicznego z przepisami Pzp. Celu tego, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia, nie można osiągnąć w inny sposób, jak tylko przez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

Reasumując powyższe rozważania stwierdzić należało, że Odwołujący był legitymowany do wniesienia odwołania, jako że miał interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w treści odwołania.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 oraz 5 Pzp przez ustalenie warunków udziału w Postępowaniu oraz sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz nieprzystający do celu tych warunków, tj. zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia zasługiwał na częściowe uwzględnienie.

W powyższym zakresie Izba, na podstawie dokumentacji Postępowania (*vide* Ogłoszenie– Sekcja II.2.1) i SIWZ – Rozdział II ust. 1 i 3 SIWZ), ustaliła, że przedmiot zamówienia został określony jako świadczenie usługi przez wykonawcę „Agencję Pracy Tymczasowej” lub „Doradztwa Personalnego” polegającej na skierowaniu maksimum 69 „Pracowników Tymczasowych” i 39 „Koordynatorów Prawnych” (z prawem opcji przewidującym możliwość żądania skierowania i zatrudnienia dodatkowych 5 pracowników tymczasowych), z zakresem obowiązków szczegółowo określonym w załączniku nr 1 do



SIWZ, do pracy na rzecz Zamawiającego, w okresie sześciu miesięcy, w zakładanym terminie od dnia 1 września 2014 r. do dnia 28 lutego 2015 r.

Szacunkowa wartość zamówienia została przez Zamawiającego ustalona na kwotę 1.950.887,16 zł (2.399.591,21 zł brutto) – protokół Postępowania, pkt 2 ppkt 2, Ogłoszenie – Sekcja II.2.1).

Zakwestionowanemu warunkowi udziału w Postępowaniu oraz opisowi sposobu dokonania oceny jego spełnienia Zamawiający nadał brzmienie: „[...]zamawiający uzna powyższy warunek (tj. warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia – przyp. Izby) za spełniony, jeżeli wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej dwie usługi dla sądów powszechnych, przez okres minimum 3 miesięcy o wartości powyżej 800 000,00 złotych brutto każda (słownie: osiemset tysięcy złotych 00/100), przy czym usługa ta zrealizowana była w zakresie świadczenia usług polegających na skierowaniu do pracy biurowej powyżej 70 pracowników biurowych w tym także koordynatorów prawnych miesięcznie (w zakresie prac opisanych jak w opisie przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ) na okres trwający nieprzerwanie 3 miesiące, do jednego sądu na podstawie jednego zamówienia oraz potwierdzi, że zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie[...]” (Rozdział IV ust. 1 pkt 1.1 ppkt 2) SIWZ, Ogłoszenie nie zawiera informacji o tym warunku).

Rozstrzygając o zasadności zarzutu Izba zważyła, że nie można Zamawiającemu przypisać pierwszego z objętych treścią zarzutu działań, tj. ustalenia omawianego warunku udziału w Postępowaniu oraz sporządzenia opisu sposobu dokonania oceny jego spełnienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji – utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Nie sposób bowiem odmówić opisowi sposobu dokonania oceny spełnienia przedmiotowego warunku związku z przedmiotem zamówienia (dotyczy on usług rodzajowo tożsamy, a wręcz identycznych z przedmiotem zamówienia, o czym świadczy zawarte w jego treści odesłanie do załącznika nr 1 do SIWZ) oraz pozostawania w relacji proporcjonalności do niego (w mniejszym, bądź większym stopniu), o czym świadczą szczegółowe procentowe wyliczenia dotyczące zarówno liczby osób objętych zrealizowaną usługą, jak i jej wartości, przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (str. 8 i 9). Zwraca jednak uwagę okoliczność, że w stosunku do uprzednio prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego również 6-miesięczny okres (1 marca – 31 sierpnia 2014 r.) i tożsame rodzajowo usługi, warunek ów uległ zaostreniu przede

wszystkim w wymiarze oczekiwanej liczby usług (2 oczekiwane obecnie, w stosunku do 1 wymaganej uprzednio), jak i ilości pracowników, których dotyczyła zrealizowana usługa (wówczas – 50, obecnie – 70), przy jednoczesnym zmniejszeniu liczby przewidzianych do zatrudnienia osób (odpowiednio: 131 i 108, w każdym przypadku z prawem opcji +/- 5 osób). Kwotowy element warunku pozostał niezmienny (800.000,00 zł), z tym że wartość szacunkowa (z uwzględnieniem VAT) uległa zmniejszeniu z kwoty 2.749.490,63 zł do kwoty niecałych 2.399.591,21 zł (okoliczności dotyczące poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znane były Izbie z urzędu). W powyższym kontekście twierdzenia Zamawiającego o chęci zapewnienia jak największej konkurencyjności w Postępowaniu wydają się niezrozumiałe.

Potwierdził się natomiast, w ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 5 Pzp, jako że postawiony przez Zamawiającego warunek nie tyle realizuje cel wynikający z drugiego z ww. przepisów (zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia), ile zmierza faktycznie do ograniczenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców. Przypomnieć należy, że przez wprowadzenie do Pzp przepisu art. 22 ust. 5 ustawodawca dał zamawiającym wyraźne wskazanie jakie cele winny być realizowane przez warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Instytucja zamawiająca, która w drodze ustalonych przez siebie warunków udziału w postępowaniu celów tych nie realizuje, bądź nie wykaże, że tylko przyjęte przez nią brzmienie kwestionowanego warunku udziału w prowadzonej procedurze zapewnia pełną realizację celu, w jakim został on ustanowiony (co faktycznie miało miejsce w przedmiotowej sprawie) działa w sprzeczności z komentowanym przepisem prawa.

Izba stwierdziła, że Zamawiający zaostrzając – jak wykazano powyżej – warunek udziału w Postępowaniu, co samo w sobie nie jest działaniem nagannym, czy też sprzecznym z przepisami, preferuje w sposób nieuprawniony wykonawców, którzy realizowali zamówienia o dużej jednostkowo skali. Izba wskazuje jednak, że o doświadczeniu wykonawcy nie może przesądzać wyłącznie okoliczność, że zrealizował on należycie duże zamówienie obejmujące świadczenie usługi dla jednej instytucji. W ocenie Izby także wykonawca, który realizował/realizuje szereg mniejszych zakresów usług na rzecz sądów powszechnych (jak to miało miejsce w przypadku Odwołującego – patrz tabela zawarta w piśmie procesowym z dnia 1 września 2014 r.) nabywa doświadczenie uzasadniające wniosek, że będzie on w stanie podjąć przedsięwzięciu o większej skali.

Izba respektuje uprawnienie Zamawiającego, jako gospodarza Postępowania, do ustalania

warunków udziału w prowadzonej procedurze udzielania zamówienia publicznego, na które to wielokrotnie powoływał się w treści odpowiedzi na odwołanie, wskazując zarazem, że nie jest to uprawnienie absolutne i, jako takie, podlega kontroli. Izba dostrzega również szczególny charakter instytucji zamawiającej, jakim jest sąd powszechny oraz rolę, jaką w systemie wymiaru sprawiedliwości pełni Zamawiający, będąc – z woli ustawodawcy – sądem miejscowo właściwym w szeregu spraw cywilnych, w których brak jest podstaw do odmiennego ustalenia właściwości miejscowej (argument z art. 508 § 1 zd. trzecie K.p.c., art. 569 § 1 zd. drugie K.p.c., art. 628 zd. drugie K.p.c., art. 734 zd. drugie K.p.c.), tym niemniej wskazuje, że także i ta okoliczność nie legitymuje Zamawiającego do ograniczania uczciwej konkurencji, jak i nie uprawnia go do nierównego traktowania wykonawców. Także szczególny charakter usługi, oceniany przez pryzmat wskazanych powyżej uwarunkowań, nie uzasadnia odmiennego zapatrywania – zamówienia polegające na świadczeniu na rzecz sądów powszechnych (nawet dużych jednostek, jakimi są sądy okręgowe) usług agencji pracy tymczasowej są zamówieniami typowymi dla tego sektora instytucji zamawiających, o czym świadczy liczba takich postępowań wszczętych tylko w tym roku, co zostało dowiedzione przez Odwołującego za pomocą niekwestionowanego w tym aspekcie zestawienia tabelarycznego podobnych rodzajowo zamówień publicznych.

Izba miała na uwadze, że zmiana poszczególnych parametrów warunku w postaci wiedzy i doświadczenia mogłaby przynieść niepożądane skutki (np. w postaci dopuszczenia do udziału w Postępowaniu podmiotów niedających rękojmi należytego wykonania zamówienia), wobec czego – respektując wymaganą przez Zamawiającego ilość usług oraz pozostałe parametry ich dotyczące (czas ich trwania, ilość pracowników, wartość usług) – nakazuje modyfikację treści tego warunku (i odpowiednio – opisu sposobu dokonania oceny jego spełniania) przez dopuszczenie możliwości zsumowania określających go parametrów (wartości usługi, ilości pracowników) uznając, że wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej dwie usługi dla sądów powszechnych, przez okres minimum 3 miesięcy każda, o wartości łącznie powyżej 800.000,00 złotych brutto (słownie osiemset tysięcy złotych 00/100), przy czym usługi te zrealizowane były w zakresie świadczenia usług polegających na skierowaniu do pracy biurowej łącznie powyżej 70 pracowników biurowych, w tym także koordynatorów prawnych (w zakresie prac opisanych jak w opisie przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ), na okres trwający nieprzerwanie 3 miesiące oraz potwierdzi, że zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie, jest zdolny do realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego. Tym samym warunek taki spełniać będzie cel, o którym mowa w art. 22 ust.

5 Pzp.

Izba wskazuje przy tym, że nie znalazła uzasadnienia dla wymogu, aby wykonane usługi polegały na kierowaniu określonej liczby pracowników biurowych, w tym także koordynatorów prawnych, miesięcznie. Czynności związane ze skierowaniem pracownika do pracy wykonywane są, co do zasady, jednorazowo (następnie wykonywane są czynności związane z bieżącą „obsługą” pracownika) i Zamawiający nie wykazał, aby istniały jakiegokolwiek okoliczności uzasadniające postawienie takiego wymogu.

Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 Pzp przez ustalenie ceny netto oferty jako jednego z kryteriów oceny ofert potwierdził się.

Izba, na podstawie Sekcji IV.2.1) i SIWZ (Rozdział VII ust. 1 i ust. 2 Ad 1 SIWZ), ustaliła, że Zamawiający przyjął dwa kryteria oceny ofert – „cena” oraz „wiedza i doświadczenie – odpowiadające wymaganiom określonym w Rozdziale IV ust. 1 pkt 1.1 ppkt 2) SIWZ”, nadając im odpowiednio wagę: 30% i 70%. Ponadto, w ramach kryterium „cena” wyróżnione zostały dwa podkryteria – „cena z VAT *Cb*” o wadze 5% oraz „cena bez VAT *Cn*”.

Izba zważyła, że zgodnie z literalną wykładnią przepisu art. 91 ust. 2 Pzp, kryterium oceny ofert jest cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, których katalog jest otwarty. Skoro zatem ustawodawca posłużył się w omawianym przepisie pojęciem „cena”, *lege non distinguente* – przez odesłanie zawarte w przepisie art. 2 pkt 1 Pzp – należy je interpretować w zgodzie z definicją legalną wynikającą z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług i przyjmując, że art. 91 ust. 2 odwołuje się do ceny uwzględniającej podatek od towarów i usług (ceny brutto). Tam, gdzie ustawodawca czyni rozróżnienie w charakterze kwot (nie zaś cen), którymi się posługuje, wyraźnie to zaznacza, odwołując się w podstawie ustalenia wartości szacunkowej do wynagrodzenia (nie zaś ceny, co ponownie należy podkreślić) wykonawcy bez podatku od towarów i usług.

Zaznaczyć należy również, że brak jest uzasadnienia dla rozróżniania pojęcia kryterium i podkryterium, co uprawniałoby Zamawiającego do posłużenia się ceną netto jako podkryterium cenowego. Jest tak nie tylko dlatego, że stanowisko to nie znajduje oparcia w przepisach Pzp, te bowiem posługują się konsekwentnie pojęciem „kryterium”, ale przede wszystkim z uwagi na fakt, że także w przypadku podkryterium mamy do czynienia z narzędziem umożliwiającym wybór najkorzystniejszej oferty, czyli *de facto* z kryterium oceny ofert. Jeżeli narzędziem tym jest cena, to winna być to cena brutto.

Co zaś dotyczy opartej na regulacjach Dyrektywy klasycznej i przepisie art. 91 ust. 2 Pzp argumentacji o otwartym charakterze katalogu kryteriów oceny ofert, co – w ocenie Zamawiającego – przemawia za dopuszczalnością posłużenia się ceną netto, Izba wskazuje, że okoliczność, iż na gruncie Pzp nie obowiązuje zasada *numerus clausus* kryteriów oceny ofert nie legitymuje do nadawania pojęciom w niej zdefiniowanym znaczeń odmiennych od przyjętych przez ustawodawcę.

Nie mogło odnieść skutku odwoływanie się przez Zamawiającego do pozbawionego kontekstu fragmentu uzasadnienia wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 120/14, który dotyczył poprzednio prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Działanie takie ocenić należało jako będące skutkiem niezrozumienia wyrażonej na marginesie rozważań Izby uwagi. Podkreślenia wymaga natomiast, że to Odwołujący prawidłowo wyczytał z niej, że w ramach kryterium cenowego Zamawiający może ustanawiać podkryteria, odnoszące się wszak nie do całkowitej ceny netto, ale do elementów składowych całkowitej ceny oferty (*ergo* – ceny brutto), które to podkryteria muszą również referować do ceny zawierającej podatek od towarów i usług.

Zamawiający nie może również uzasadniać omawianego podkryterium chęcią przeciwdziałania nieuczciwym praktykom rynkowym opisanym w części historycznej niniejszego uzasadnienia. Na gruncie Pzp służą temu bowiem inne instrumenty, którymi dysponuje Zamawiający, jak chociażby możliwość odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, i nie powinien on uchylać się, w uzasadnionych okolicznościach przypadkach, od korzystania z takich środków. Stąd rozważania dotyczące wspomnianych zachowań rynkowych i przedstawione przez Zamawiającego w tym zakresie dowody Izba uznała za pozostające bez związku ze sprawą.

Reasumując, wobec naruszenia omówionym powyżej postanowieniem SIWZ art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 i 5 Pzp Izba nakazuje Zamawiającemu usunięcie kryterium naruszającego wskazane wyżej przepisy.

Częściowo uwzględniony został zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp przez sporządzenie kryteriów oceny ofert, także w zakresie nadanym im wagom, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, polegające na zastosowaniu kryterium odnoszącego się do właściwości wykonawcy (wiedza i doświadczenie) i nadaniu mu wagi w łącznej wysokości 70% (*vide* Sekcja IV.2.1) ppkt 2 Ogłoszenia oraz postanowienie Rozdziału VIII ust. 1 L.p. 2 SIWZ).

Izba stwierdziła, na co *nota bene*, zwrócił uwagę sam Odwołujący, że przedmiotem zamówienia są usługi o charakterze nie priorytetowym (usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu), ujęte w kat. 22 załącznika nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym. Zgodnie z art. 5 ust. 1 Pzp dla takich usług ustawodawca postanowił uchylić zakaz określania kryteriów oceny ofert w oparciu o kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy, tym samym ustanowienie jako kryterium oceny ofert liczby wykonanych usług nie jest sprzeczne z ustawą. Tym niemniej, z uwagi na bezpośrednie związanie tego podkryterium oceny ofert z warunkiem dotyczącym wiedzy i doświadczenia (o czym świadczy zawarte w Rozdziale VIII ust. 2 Ad 2 L.p. 2 sformułowanie „[...]liczba wykonanych usług odpowiadającychwymaganiom określonym w Rozdziale IV ust. 1 pkt 1.1 ppkt 2) SIWZ[...]”), który ulec musi modyfikacji opisanej powyżej, Izba nakazuje zmianę brzmienia tego podkryterium poprzez odniesienie go do wyłącznie do liczby usług wykazywanych w celu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, przy jednoczesnym uwzględnieniu konieczności modyfikacji sposobu przyznawania punktów w ramach tego podkryterium.

Izba uznała ponadto, że ustanowienie wagi omawianego kryterium na łącznym poziomie 70% nie jest sprzeczne z przepisami Pzp, choć Zamawiający zauważalnie, w stosunku do poprzednio prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podniósł jego rangę. Nie sposób przy tym ocenić wpływu tak ukształtowanego kryterium na konkurencję w Postępowaniu wyłącznie przez pryzmat okoliczności, że złożona w nim została skutecznie tylko jedna oferta, ponieważ warunek udziału w Postępowaniu, a co za tym idzie – także jedno z podkryteriów oceny ofert bezpośrednio z nim związane – ulegną zmianie, co w odmienny sposób ukształtuje dostęp do zamówienia.

Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7ust. 1 Pzp przez ustalenie nieobiektywnego i niemierzalnego kryterium oceny ofert w postaci liczby protokołów przeprowadzonych z rekrutacji na rzecz sądu.

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią Rozdziału VIII ust. 2 Ad 2 L.p. 2 SIWZ Zamawiający – w ramach kryterium oceny ofert w postaci wiedzy i doświadczenia – ustalił podkryterium, tu cytat: „[...]Liczba protokołów z przeprowadzonych rekrutacji na rzecz sądu[...]”.

Biorąc pod uwagę cytowane postanowienie, rozpatrywane w kontekście pełnej treści SIWZ, Izba doszła do przekonania, że nie sposób wywieść z niego, jakoby – jak to stwierdził Odwołujący – „[...]Naturalną interpretacją tego kryterium jest przyznanie istotności wyłącznie protokołom z rekrutacji przeprowadzonych na rzecz Zamawiającego – Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie.[...]”. Założenie takie jest wynikiem wybiórczej analizy

postanowień SIWZ, które nie wytrzymuje krytyki, zważywszy na okoliczność, że Zamawiający oczekuje od wykonawców doświadczenia w realizacji zamawianych usług na rzecz sądów powszechnych, nie zaś wyłącznie na swoją rzecz, wobec czego nie można twierdzić, że omawiane podkryterium nie odnosi się do tej grupy instytucji zamawiających. Interpretacji tej nie zmienia okoliczność, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przedstawił protokoły stwierdzające wykonanie usługi na rzecz Zamawiającego. Zauważenia wymaga, że po modyfikacji postanowień SIWZ także Odwołujący – o ile weźmie udział kolejnym postępowaniu – będzie miał szansę przedstawić protokoły z wykonanych przez niego usług.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego o niemierzalnym charakterze tego podkryterium. Odnosi się ono bowiem wprost do liczby protokołów, a następnie zostało rozwinięte o wskazanie konkretnej ich ilości i odpowiadającej im punktacji. O odmiennym, zarzucanym przez Odwołującego, charakterze tego podkryterium nie może, zdaniem Izby, przesądzać okoliczność, że obligatoryjne elementy treści takiego protokołu nie zostały w postanowieniach SIWZ skonkretyzowane, czy że dokumenty takie można sporządzić w każdej chwili i dowolnej ilości. Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego dotyczącą przyczyn, dla których nie zdecydował się narzucać wykonawcom treści wymaganych protokołów (obawa przed zarzutem nieuprawnionego ograniczania dostępu do zamówienia) oraz akceptuje liberalne podejście Zamawiającego do oceny przydatności takich dokumentów w Postępowaniu (w istocie – odnosząc się do niezakwestionowanych przez Zamawiającego protokołów załączonych do oferty uznanej za najkorzystniejszą – nasuwa się wniosek, że nie mają one istotnej wartości merytorycznej, skoro nie stwierdzają nawet kto – obok bliżej nieokreślonej liczby kandydatów – brał udział w czynnościach rekrutacyjnych, czy ile osób przeszło je pomyślnie). Dokumenty o takim poziomie ogólności będzie mógł przedstawić także Odwołujący.

Biorąc pod uwagę 191 ust. 2 Pzp Izba stwierdziła, że wobec upływu w dniu 14 sierpnia 2014 r. terminu składania ofert, nie jest już dopuszczalne dokonanie opisanych w niniejszym uzasadnieniu modyfikacji postanowień SIWZ. W konsekwencji, skoro wyżej wskazane elementy zostały przez Zamawiającego określone niezgodnie z przepisami Pzp, to w myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym stanie rzeczy konieczne było nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....