

Sygn. akt: KIO 120/14

## WYROK

z dnia 6 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska  
**Członkowie:** Ewa Sikorska  
Justyna Tomkowska  
**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 lutego 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2014 r. przez **wykonawcę Outworking spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Langiewicza 2/10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie ul. Marszałkowska 82**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie ul. Marszałkowska 82 i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Outworking spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Langiewicza 2/10** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie ul. Marszałkowska 82** na rzecz **wykonawcy Outworking spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Langiewicza 2/10** kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi polegającej na skierowaniu „Pracowników Tymczasowych” i „Koordynatorów Prawnych” do pracy na rzecz Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie w okresie od dnia 1.3.2014r. do dnia 31.8.2014r. zostało wszczęte ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2014r. za numerem 2014/S 012-017042.

W dniu 24 stycznia 2014r. drogą elektroniczną odwołanie wniósł wykonawca Outworking spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Langiewicza 2/10 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało opatrzone podpisem cyfrowym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 stycznia 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji tej spółki, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest upoważniona do reprezentowania spółki komandytowej, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana drogą elektroniczną w dniu 24 stycznia 2014r.

Odwołujący zakwestionował treść ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj: Sekcję III.2.3) ogłoszenia oraz Rozdział IV.1.1.2) SIWZ; posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. 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 jedną usługę dla sądów, które prowadzą wydziały: karne, rodzinne, cywilne, pracy, gospodarcze, krajowego rejestru sądowego i rejestru zastawów, przez okres minimum 6 miesięcy o wartości nie mniejszej niż 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 minimum 50 pracowników biurowych miesięcznie (w zakresie prac opisanych jak w przedmiocie zamówienia - załącznik nr 1 do SIWZ) na okres trwający nieprzerwanie 6 miesięcy, do jednego sądu na podstawie jednego zamówienia oraz potwierdzi, że zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie, oraz

Sekcję IV.2.1) ogłoszenia oraz Rozdział VII 1.1 SIWZ; Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów kryteria określone poniżej 1. cena netto. Waga 35, 2. cena brutto. Waga 53, liczba wykonanych usług, Waga 60

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

2. art. 7 ust. 1 ustawy przez sporządzenie kryteriów oceny ofert w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

3. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy przez ustalenie ceny netto oferty jako jednego z kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej załączników w sposób zapewniający zgodność warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert z przepisami ustawy, a w szczególności:

a) określenie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia bez wymogu uzyskania ich w wyniku wykonania usługi na rzecz specyficznego zamawiającego (sądy),

b) określenie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia z uwzględnieniem stopnia skomplikowania usługi poprzez obniżenie wymogów w zakresie wartości wykonanych usług i ilości zatrudnianych pracowników,

c) usunięcie ceny netto jako jednego z kryteriów oceny ofert,

d) zmniejszenie wagi nadanej kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia,

e) uwzględnienie w kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia usług o niższej wartości i ilości zatrudnionych pracowników oraz wykonywanych na rzecz także innych niż specyficzny zamawiający.

2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego,

3. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych oraz udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu, w tym kosztów zastępstwa.

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

W uzasadnieniu podniósł, że w ogłoszeniu oraz SIWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający uzna 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 jedną usługę dla sądów, które prowadzą wydziały: karne, rodzinne, cywilne pracy, gospodarcze, krajowego rejestru sądowego i rejestru zastawów przez okres minimum 6 miesięcy o wartości nie mniejszej niż 800 000zł brutto każda., przy czym usługa ta zrealizowana była w zakresie świadczenia usług polegających na skierowaniu do pracy

biurowej minimum 50 pracowników biurowych miesięcznie na okres trwający nieprzerwanie 6 miesięcy, do jednego sądu na podstawie jednego zamówienia. W ten sposób zamawiający wprowadził dodatkowe kryterium wiedzy i doświadczenia, uzależniając je od szczególnego warunku - źródła pochodzenia wiedzy i doświadczenia. Oznacza to według odwołującego, iż ograniczając możliwość wykazywania się wyłącznie doświadczeniem zdobytym przy realizacji umów na rzecz sądów powszechnych - i to konkretnych sądów – naruszył zasadę proporcjonalności oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

Ponadto, jednym z kryteriów oceny ofert o wadze aż 60% jest wykazanie się wykonaniem usług o parametrach opisanych wyżej.

Jak wspomiano wyżej, określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia narusza zasadę proporcjonalności oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Ustawa nakazuje dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, 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. Przyjęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje on w jakiejś proporcji w stosunku do niego. Dlatego też niezbędne odwołującemu wydaje się interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję".

Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nienadmierny. Odwołujący odwołał się do wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECR 2005, nr 10B, s. I-09315, a także do uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.10.2010 r. (KIO/KD 70/10). Zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, iż warunek uzależniający posiadanie atrybutu wiedzy i doświadczenia od faktu uzyskania ich w wyniku realizacji usługi w sądach powszechnych - i to specyficznych sądach - jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu w żaden sposób nie wskazuje aby, z punktu widzenia agencji pracy tymczasowej, sąd był zleceniodawcą specyficznym o wyróżniających się wymaganiach. W Opisie przedmiotu zamówienia zawarto obowiązki wykonawcy i są to obowiązki typowe dla agencji pracy tymczasowej. Należy bowiem odróżnić obowiązki pracowników tymczasowych od zatrudniającej ich agencji, które co do zasady nie różnią się w zależności od podejmowanej przez pracowników pracy. Są to obowiązki przede wszystkim kadrowo-płacowe. Zgodnie z art. 14 ustawy z dnia 09.07.2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, całość

zagadnień związanych z organizacją pracy oraz ewentualną specyfiką pracy w sądzie, pozostawione są w gestii pracodawcy użytkownika, tj. w tym wypadku zamawiającego i nie wpływają na obowiązki agencji pracy tymczasowej. Warunek taki jest więc, według odwołującego, warunkiem nadmiernym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia.

Wskazał, iż doświadczenie uzyskiwane w ramach usług na skierowanie pracowników tymczasowych do pracy administracyjno-biurowej, czy to do podmiotów sektora prywatnego, czy też publicznego (jednak nie tylko sądów powszechnych) pozwala z powodzeniem na wykonanie przedmiotowego zamówienia. Z punktu widzenia obowiązków agencji pracy tymczasowej oraz sposobu realizacji przez nią umowy, usługi te nie różnią się. W podobnych sprawach zapadały już orzeczenia wykluczające co do zasady możliwość wymagania posiadania wiedzy i doświadczenia nabytych wyłącznie od specyficznych zleceniodawców. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 08.08.2012 r. sygn. akt KIO 1605/12, KIO 1606/12, wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 13 marca 2006 r. sygn. akt UZP/Z0/0-675/06, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.09.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 973/08. Odwołujący nadto wskazał, że wydziały KRS prowadzone są przez Sądy Rejonowe w Białymstoku, Bielsku-Białej, Bydgoszczy, Częstochowie, Gdańsku, Gliwicach, Katowicach, Kielcach, Koszalinie, Krakowie Świdniku, Łodzi, Olsztynie, Opolu, Poznaniu, Rzeszowie, Szczecinie, Toruniu, Warszawie, Wrocławiu, Zielonej Górze. Wyłącznie 4 z tych sądów organizuje przetargi w zakresie kierowania pracownikami tymczasowymi. Wyłącznie Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie ogłasza zamówienia, które w zakresie kwot i ilości zatrudnianych pracowników spełniają wymagania niniejszego przetargu. Wydziały rejestru zastawów prowadzone są przez Sąd Rejonowy w Białymstoku, Gdańsku, Katowicach, Krakowie, Lublinie, Łodzi, Poznaniu, Rzeszowie, Szczecinie, Warszawie, Wrocławiu. Spośród tych sądów wyłącznie Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie ogłasza zamówienia w zakresie kierowania pracownikami tymczasowymi.

Z powyższego, zdaniem odwołującego, wynika, że zamawiający wymaga posiada wiedzy i doświadczenia uzyskanego wyłącznie w ramach świadczenia usług na swoją rzecz. Narusza to zasadę uczciwej konkurencji i zasadę proporcjonalności. Zdaniem odwołującego zasady te narusza także postawienie zbyt wysokich wymagań w zakresie wartości zrealizowanych usług i ilości zatrudnionych w ich ramach pracowników. Warunki udziału 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 wobec tego stosowanie tak wysokich wymagań w zakresie ilości zatrudnianych pracowników, charakteru pracy biurowej, czy wartości kontraktu. Obowiązki realizowane przez wykonawcę są bowiem niezależne od tych parametrów. Wskazać należy,

iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zamawiający może wskazać osoby zatrudnione w ramach usługi, a rekrutacja odbywa się co najmniej przy udziale zamawiającego. Ustalenie zbyt wysokich wymagań w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia istotnie ogranicza konkurencję i często prowadzi do tego, że warunki te spełnia tylko jeden oferent. Tytułem przykładu odwołujący wskazał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi przez Agencję Pracy Tymczasowej (7P/K/1/14) przez Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Północ. Z uwagi na zbyt wygórowane warunki w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia (1 usługa o wartości 700,000 zł na 70 pracowników) w postępowaniu tym złożono tylko jedną ofertę. Jako dowód powołał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22.01.2014 r.

Z drugiej strony w przetargu zorganizowanym przez Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie na świadczenie usług przez Agencję Pracy Tymczasowej (ZP/SR/23/13) złożono 4 oferty.

W tym postępowaniu warunek w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia był spełniony w razie wykazania się zrealizowaniem 2 usług o wartości co najmniej 300.000 zł przez 6 miesięcy. Jako dowód powołał zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 03.12.2013 r.

Zwrócił uwagę, że wartość zamówienia w drugim z przykładów była dwukrotnie wyższa. Odwołujący zarzuca również, iż zamieszczenie w kryteriach oceny ofert, kryterium doświadczenia i nadanie mu wagi aż 60% narusza zasadę uczciwej konkurencji. Zaznaczył, że art. 91 ust. 3 ustawy wyklucza aby kryteria oceny ofert dotyczyły właściwości wykonawcy, a także 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 ocenie oferty najkorzystniejszej. Wskazać jednocześnie należy, iż zawarte w art. 91 ust. 3 ustawy wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy. Oznacza to, iż poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy. Z tych względów, według odwołującego, należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez wykonawcę znajomości określonej branży (tak też. P. Granecki; Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 266). Tym samym odwołujący stwierdził, iż wskazane kryterium oceny ofert opisane narusza art. 91 ust. 3 ustawy, i z tych względów nie jest dopuszczalne ich zastosowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (opinia UZP, Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia).

Co prawda art. 5 ust. 1 ustawy dopuszcza ustalanie kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy w przypadku usług o charakterze niepriorytetowym. Jest to jednak wyjątek od reguły i jako takie powinien być stosowany z należytą ostrożnością. W okolicznościach niniejszej sprawy zastosowanie doświadczenia jako jednego z kryterium oceny ofert i nadanie mu wagi 60% prowadzi 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. Różnice cen w ofertach są więc zazwyczaj kilkuprocentowe. Zdaniem odwołującego, 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.

Kwestionowane przez odwołującego 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 Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy.

Jako dowód odwołujący powołał wydruk ze strony <http://tenderise.eu> wskazujący, że zwycięzcą trzech poprzednich przetargów na kierowanie pracownikami tymczasowymi jest firma Work Temps – E..... B.....

W sekcji IV ogłoszenia o zamówieniu, pkt 2.1., zamawiający ustalił cenę netto, jako jedno z kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty. Waga tego kryterium określona została na 35%. Tożsame zapisy znalazły się w SIWZ w rozdziale VIII pkt 1. Tymczasem ustawy Nie dopuszcza posługiwania się w ramach postępowania cenami netto. W ustawie ustawy, co do określenia ceny ofertowej, stanowiącej podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, ustawodawca wprowadził odesłanie w art. 2 pkt 1 ustawy do definicji ceny brutto określonej w ustawie o cenach (art. 3 ust. 1 pkt 1). 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 całej ustawy. Wiąże również zamawiającego podczas konstruowania postanowień SIWZ. Stanowisko to, według odwołującego, jest utrwalone wieloma orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. akt KIO 2012/12, sygn. akt KIO 106/11, sygn. akt KIO/UZP 1721/10; KIO/UZP 174 6/10, sygn. akt KIO/ZUP 1006/08, sygn. akt KIO/UZP 337/08, wyroki Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/O-995/06, sygn. akt



UZP/ZO/O-1736/04. Odwołujący, biorąc powyższe pod uwagę, uznał odwołanie za zasługujące na uwzględnienie.

Zamawiający w dniu 27 stycznia 2014r. przekazał wykonawcom kopię odwołania oraz zamieścił ją na stronie internetowej wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 5 lutego 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o:

- 1) oddalenie wniesionego odwołania w całości jako bezzasadnego;
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego;
- 3) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy na rozprawie.

Zamawiający na wstępie oświadczył, że wszelkie dokonane przez niego czynności w toku przedmiotowego postępowania zostały przeprowadzone zgodnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami i statuowanymi nimi zasadami udzielania zamówień zawartymi w treści ustawy. Zamawiający stoi na stanowisku, że był uprawniony do określenia warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert w sposób wskazany w SIWZ, zatem jego czynności nie powinny być uznane za sprzeczne z ustawą. Powtórzył zarzuty i żądania odwołania i w pierwszej kolejności podniósł, że odwołujący wbrew jego twierdzeniom nie wykazał przesłanki materialnoprawnej odwołania tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia. Wskazał na treść art. 179 ust. 1 ustawy u wywiódł, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp . Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, „który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia.", tak wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r. II Ca 9/2011 niepubl. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego

normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Na odwołującym spoczywa ciężar wykazania istnienia wszystkich w/w przesłanek. Zdaniem zamawiającego odwołujący powyższego nie udowodnił - nie można bowiem za udowodnione uznać lakoniczne i gołosłowne twierdzenie, iż „Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ, mimo, że był zdolny do wykonania zamówienia, zaskarżone postanowienia wykluczają go z uczciwej konkurencji o uzyskanie zamówienia”.

Powoływanie się bowiem wyłącznie na brak wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w kontekście warunku przewyższającego możliwości odwołującego nie może być uznane za interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem nie ma możliwości uzyskania zamówienia, bowiem nie wykazał chociażby potencjalnej możliwości jego uzyskania np. poprzez wykazanie jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego wykonanie zamówienia o podobnym charakterze i wymaganiach dla podobnego zamawiającego. Nie można przy tym zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że każdy kontrakt jest realizowany na tych samych warunkach. O ile bowiem dla odwołującego zatrudniającego pracowników tymczasowych faktycznie zakres jego obowiązków, można powiedzieć jest tożsamy, o tyle już dla pracodawcy użytkownika (zamawiającego) bardzo istotnym mogą być, jak w niniejszym zamówieniu, umiejętności pracowników. Składając zatem odwołanie odwołujący powinien był wykazać możliwość realizacji nie każdego zamówienia obejmującego kierowanie pracowników tymczasowych ale co najmniej zamówienia polegającego na kierowaniu pracowników tymczasowych do podmiotów o podobnych cechach jak zamawiający.

Z orzecznictwa, według zamawiającego bezspornie wynika, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, dotyczyć powinien tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym - jak podnosi się także w doktrynie -konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego" (vide wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2013 r. KIO 1025/13, KIO 1047/13, LexPolonica nr 6949493). Zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2012 r. sygn. akt KIO 2142/12 interes prawny powinien odnosić się do toczącego się postępowania, a nie zaś do hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia w innym przetargu. „Interes w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy -Prawo zamówień publicznych, odnosi się do uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu - w tym postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, a nie - do określonego przedmiotu świadczenia" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r. KIO 2887/12 lexPolonica nr 5024322).

Żądania zawarte w odwołaniu (w szczególności żądanie określenia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia bez wymogu uzyskania ich w wyniku wykonania usługi na rzecz specyficznego zamawiającego (sądy)) w ocenie zamawiającego powodują, że postępowanie będzie musiało być unieważnione bowiem minął już termin składania ofert, a zatem modyfikacja SIWZ jest niemożliwa. W tym stanie sprawy żądanie odwołującego zmierza do unieważnienia postępowania, co w konsekwencji skutkuje brakiem interesu – tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2742/11, w wyroku z dnia 20 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 270/12 oraz w wyroku z dnia 30 marca 2012 r. sygn. akt KIO 482/12.

Odwołujący nie złożył oferty w toczącym się postępowaniu, co powinno nastąpić jeszcze przed dniem wniesienia odwołania w terminie przewidzianym SIWZ. Termin do złożenia ofert upłynął 22 stycznia 2014 r., a odwołanie zostało wniesione 24 stycznia 2014 r. czyli 2 dni po upływie terminu do złożenia oferty. Udzielenie ochrony prawnej nie może być przyznane wykonawcom niezainteresowanym w dacie składania odwołania uzyskaniem danego zamówienia, a tym bardziej przyznającym wprost, że zamówienie nie powinno być im udzielone Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 września 2011 r. sygn. akt. KIO 1866/11.

Nadto zamawiający wskazał na nieprecyzyjne i trudne do wykonania żądania zawarte w odwołaniu, których treść nie określa żadnych znaczników procentowych lub kwotowych jakie można byłoby porównać do konkretnego, zaistniałego stanu faktycznego oceniając ich proporcjonalność, a zatem nie zawiera określonego w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r, w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (DZ. U. z 2010r. nr 40 poz. 280 ze zm.) wymogu formalnego dotyczącego zawarcia żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania,

Odpowiadając na zarzuty odwołującego zamawiający wskazał, że odwołujący przyznał wprost, że zamówienie ma być realizowane na rzecz specyficznego zamawiającego jakim jest sąd.

Zamawiający stwierdził, że dokonując opisu warunków udziału w niniejszym postępowaniu kierował się interpretacją brzmienia art. 7 w związku z art. 29 ust. 2 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp reprezentowaną w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, orzecznictwie sądownictwa powszechnego, a także interpretacją dokonaną przez doktrynę prawa.

Zamawiający kierował się nie tylko określoną w art. 7 ustawy Pzp zasadą uczciwej konkurencji, która nakłada na zamawiającego 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 ustawy Pzp, opisał przedmiot zamówienia w sposób, który według niego, nie utrudniał uczciwej

konkurencji. Ponadto zamawiający wziął również pod uwagę brzmienie art. 22 ust. 4 ustawy stanowiącego normę interpretacyjną dla opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z tym przepisem opis ma być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, co oznacza, że zamawiającemu nie wolno formułować warunków nadmiernych - nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, jak i z tym przedmiotem niezwiązanych. Podkreślił, iż to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być sporządzony przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc prawidłowemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. „Opis związany z przedmiotem zamówienia” oznacza, iż „opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Przykładowo, za niedopuszczalne należy uznać badanie wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunków powinien sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności” zaś pojęcie „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, iż „opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego” Tu zamawiający odwołał się do stanowiska doktryny.

Mając powyższe na względzie zamawiający formułując warunki udziału w w/w postępowaniach 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.

W orzecznictwie zarówno sądów powszechnych jak i Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że każde postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego jest inne z uwagi na przedmiot zamówienia, jego zakres, wartość, stopień skomplikowania stąd też obowiązkiem zamawiającego jest takie skonkretyzowanie warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ustawy Pzp aby odpowiadało to jego potrzebom i wymaganiom. W tym miejscu wskazał min. na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 31 marca 2006 r. sygn. akt II Ca 168/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 października 2005r. sygn. akt II Ca 168/06. Zamawiający przy konstruowaniu warunków udziału w niniejszym

postępowaniu wziął również pod uwagę, iż ustawa dopuszcza ustalenie takich wymagań co do przedmiotu zamówienia, które są merytorycznie uzasadnione i niezbędne w ocenie zamawiającego. Oznacza to, że zamawiający może określić przedmiot zamówienia, adresując go nie do wszystkich potencjalnych wykonawców na rynku, ale do określonego kręgu, który zapewni należyte wykonanie przedmiotu zamówienia – tak wyrok ZA z 24 marca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-816/06. Według bowiem orzecznictwa jeżeli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że będzie w stanie wykonać go tylko jeden wykonawca - co nie oznacza preferowania tylko tego wykonawcy Tak KIO z dnia 12 maja 2009r. sygn. akt KIO/UZP 547/09. Powyższe potwierdza orzecznictwo sądów powszechnych np. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 6 maja 2009 r. sygn. akt XII Ga 143/2009., wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lipca 2008 r. sygn. akt V Ca 984/2008.

Zamawiający mają prawo kształtować wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w granicach swoich uzasadnionych potrzeb, nawet jeśli ogranicza to krąg wykonawców, którzy są w stanie złożyć oferty odpowiadające tym potrzebom i wymogom - choćby do jednego – wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012r. sygn. akt KIO 1237/12.. Odwołał się także do stanowiska doktryny i wyroku KIO z dnia 31 października 2012r. sygn. akt KIO 2285/12.

Mając powyższe na względzie, zamawiający formułując warunki udziału w niniejszym postępowaniach, bazując na swojej wiedzy i doświadczeniu, wziął pod uwagę nie tylko okoliczność aby ich opis był związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Wziął pod uwagę wartość zamówienia, jego charakterystykę, zakres oraz stopień złożoności i warunki jego realizacji, ale również wziął pod uwagę cel jakim ma służyć niniejsze postępowanie oraz swoje potrzeby jako zamawiającego. Tym samym w ramach opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków na podstawie art. 22 ust. 4 ustawy, zamawiający określił poziom, od którego uznał doświadczenie wykonawcy za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia, to znaczy: określił właściwy stosunek niezbędnego poziomu doświadczenia do zakresu, wartości i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę, iż norma wypływająca z art. 22 ust. 4 ustawy przepisu podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Tu wskazał uchwałę KIO z dnia 3 kwietnia 2012r. sygn. akt KIO/KD 33/12. Zamawiający dokonując opisu warunków udziału w niniejszym postępowaniu kierował się dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotów w/w zamówienia. Tym samym zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołującego w zakresie nadmiernych kryteriów oceny ofert powołał się w tej sytuacji wprost na ugruntowane stanowisko orzecznictwa w tym zakresie stanowiącego, że przesłanki określone w art. 22 ustawy winny być odniesione do konkretnej branży, czy też rodzaju zamówienia. SIWZ winna więc precyzyjnie określać warunki

ubiegania się o zamówienie, w taki sposób, aby zamawiający mógł zapewnić sobie odpowiedni produkt, czy też usługę Tak KIO w wyroku z dnia 5 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2742/11.

W niniejszym przypadku z punktu widzenia zamawiającego 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. W przeciwnym razie, gdyby SIWZ nie wymieniały precyzyjnie rodzaju takich wymogów dla wykonawców, to każdy z nich w sposób dowolny mógłby wykazywać istnienie przesłanek z tego przepisu Tak wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 5 kwietnia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 91/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1212/13 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1189/13. Postanowienia SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia w niniejszym przypadku odnoszą się wyraźnie do możliwości zapewnienia odpowiedniej kadry pracowniczej o umiejętnościach precyzyjnie opisanych w Załączniku nr 1 do SIWZ zatytułowanym „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. Zamawiający wskazał, 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 wymaga aby podmiot uczestniczący w postępowaniu jako wykonawca posiadał wyspecjalizowane doświadczenie w danym obszarze rynku (specjalizacja) pozwalające na wykonanie zamówienia z należytą starannością.

Tak jak już wskazano powyżej ustawa dopuszcza stosowanie kryteriów zawężających grono potencjalnych wykonawców tak by specyficzny zamawiający, którego interes w uzyskaniu oczekiwanego poziomu usługi należy traktować co najmniej na równi z interesem wykonawców, mógł w toku zamówienia uzyskać usługę maksymalnie zbliżoną do jego oczekiwań lub nawet je przewyższającą. Fakt, że zamawiający określił wagę kryterium posiadania wiedzy i doświadczenia na poziomie 60% potwierdza fakt, że nie jest dla niego priorytetowa wyłącznie cena zawarta w ofercie składanej przez wykonawców ale poziom usługi (jakość) oparty 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.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że w niniejszym przypadku (usługi niepriorytetowe) zastosowanie znajduje przepis art. 5 ust. 1 ustawy tj. wyłączenie zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy.

Oczywistym dla zamawiającego jest, że określenie wymogów zawartych w art. 22 ustawy w zakresie doświadczenia ograniczone jest jedynie zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Przepis ten więc w swojej treści odwołuje się do art. 7 ust. 1 ustawy kreującej zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców.

W niniejszym przypadku w ocenie zamawiającego zachowano 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 131 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 minimum 50 pracowników biurowych miesięcznie przez okres 6 miesięcy. Warunek obejmował więc ok. 38% 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 jaką zamierzał pozyskać za pomocą niniejszego postępowania.

Odnosząc się do rzekomo 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 to zamawiający wskazał, że wartość określona w SIWZ (800.000,00 zł brutto każda zrealizowana usługa polegająca na skierowaniu do pracy biurowej) stanowi 29 % szacunkowej wartości niniejszego zamówienia (2.749.490,63 zł brutto).

Żądanie zaś wykazania się przez wykonawcę wykonaniem co najmniej jednej usługi dla sądów, które prowadzą wydziały: karne, rodzinne, cywilne, pracy, gospodarcze, krajowego rejestru sądowego i rejestr zastawów spowodowane było zarówno specyfiką pracy sądów jak i specyfiką pracy w poszczególnych wydziałach sądu. Jak już podkreślono wcześniej zamawiający nie ma ani środków, ani czasu aby przeszkalać pracowników skierowanych przez wykonawców na okres 6 miesięcy do pracy w sądzie, a skierowani do pracy pracownicy mają zagwarantować jakość i terminowość wykonywanej przez nich pracy.

Zamawiający ponownie podkreślił, że nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że z punktu widzenia wykonawcy każda umowa z pracownikiem agencji jest taka sama bowiem

jest to zasada ustawowa ale stosowana wyłącznie do potencjalnego wykonawcy (agencji). Dla pracodawcy użytkownika jakim jest zamawiający zależność ta nie jest już taka jednoznaczna bowiem poszukuje on pracownika o konkretnych ustalonych kwalifikacjach, zaś od wykonawcy wymaga zapewnienia organizacyjnego potencjału 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. Nie przedmiot bowiem samej działalności wykonawcy ale bardziej jej profil i specjalizacja mają dla zamawiającego przeważające znaczenie.

W ocenie, zamawiającego dokonując opisu warunków udziału w niniejszym postępowaniach dokonał opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków, które są merytorycznie uzasadnione i niezbędne dla prawidłowego, rzetelnego i sprawnego wykonania zamówienia. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu w taki sposób chciał pozyskać jak najlepszych wykonawców do realizacji swojego zamówienia. Zamawiający bowiem, jako dysponent środków publicznych, musi dbać o to, aby wydatki ponoszone były w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz w sposób umożliwiający terminową realizację zadań (art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 885 z późn. zm)).

Dokonując opisu kryteriów oceny zamawiający wziął pod uwagę swoje dotychczasowe doświadczenie dotyczące korzystania z tego typu usług oraz pojawiające się na tym tle rzeczywiste problemy w ich realizacji. Stąd też zamawiający dokonał opisu warunków udziału w niniejszym postępowaniu jak najbardziej związanych z przedmiotem zamówienia, proporcjonalnych do niego biorąc pod uwagę wartość zamówienia (zamówienie o wartości szacunkowej zamówienia powyżej 130.000,00 Euro), jego wielkość (zapewnienie przez wykonawcę 131 pracowników o konkretnych wymaganiach każdego miesiąca trwania niniejszego zamówienia), stopień skomplikowania (zapewnienie pracowników dla specyficznego zamawiającego, dużej ilości, o konkretnych wymaganiach w zakresie wiedzy i doświadczenia), a równocześnie odpowiadającym jego rzeczywistym i obiektywnym potrzebom.

Ustosunkowując się do twierdzenia odwołującego, iż w Sądzie Rejonowym dla Warszawy - Śródmieścia w Warszawie dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należało wykazać się zrealizowaniem 2 usług o wartości co najmniej 300.000 zł przez 6 miesięcy należy wskazać, iż zamówienie ZP/SR/23/13 - gdzie za najkorzystniejszą została wybrana oferta odwołującego - dotyczyło skierowania do pracy 41 pracowników czyli była to liczba ponad trzykrotnie mniejsza od zapotrzebowania określonego w niniejszym postępowaniu. Z kolei w Sądzie Rejonowym dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie - zamówienie ZP/K/1/14 dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należało wykazać się zrealizowaniem 1 usługi o wartości co



najmniej 700.000 zł przez 6 miesięcy należy wskazać, iż- gdzie za najkorzystniejszą została wybrana oferta odwołującego - dotyczyło skierowania do pracy 88 pracowników czyli była to liczba również mniejsza od zapotrzebowania określonego w niniejszym postępowaniu. Z powyższego wynika, iż zamawiający proporcjonalnie określił warunki udziału w postępowaniu proporcjonalnie do zapotrzebowania i wielkości zamówienia.

Odnosząc się do kwestii ceny i zagadnień oraz zarzutów związanych ze sposobem jej określenia zamawiający wskazał, że w postępowaniu w sprawie 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. 1 ustawy Pzp). Druga grupa kwot to ceny ofertowe (brutto zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp), które muszą brać pod uwagę cel składania ofert, czyli przedstawienie możliwie najbardziej konkurencyjnej ceny. Nie można jednak uznać, że cena netto nie występuje w ustawie i jako taka nie może być jednym z kryteriów wyboru ofert w szczególności w sytuacji gdy art. 91 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie przewiduje, że 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. Żaden więc przepis nie ogranicza Zamawiającego w wyborze obiektywnych, mierzalnych i przede wszystkim porównywalnych kryteriów. Tak uchwała z KIO z 25 maja 2010r. sygn. akt KIO/KD 36/10 i wyrok z dnia 5 września 2008r. sygn. akt KIO/UZP 882/08. Stąd zamawiający wywodził, że skoro żaden przepis ustawy nie ogranicza zamawiającego w ustalaniu kryteriów, jak również nie obliguje go do przyznania cenie największego udziału w ocenie tych kryteriów, to był on uprawniony do wyboru sposobu oceny ofert oraz przyznania im wag zgodnie z treścią SIWZ.

Podkreślił, iż zastosował w niniejszym postępowaniu jako jedno z kryteriów wyboru cenę netto właśnie w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji w tym postępowaniu i dopuszczenia możliwości sprawiedliwego i równego konkurowania o udział w zamówieniu - dał równe szanse wszystkim potencjalnym wykonawcom. W tym miejscu zamawiający zwraca uwagę na zaobserwowane negatywne w jego ocenie praktyki rynkowe w obrębie działalności wykonawców działających w obszarze usług agencji zatrudnienia. Znany jest zamawiającemu coraz częstszy proceder stosowany przez niektórych wykonawców, w tym (jak ustalił zamawiający) odwołującego, tworzenia spółek na potrzeby danego jedynie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego po to, aby uzyskać przewagę konkurencyjną opartą wyłącznie na wykorzystaniu zwolnienia podmiotowego w podatku VAT. Polega to 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 w brzmieniu: „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” i tworzy z tym podmiotem (lub podmiotami) zwolnionym z podatku VAT konsorcjum.

Powyższe działania można określić 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. Zamawiający ustalił, że podmioty wchodzące w skład konsorcjum, którego liderem jest Odwołujący pozostają we wzajemnych zależnościach kapitałowych i osobowych. Zamawiający jako dowód przedstawił tabelę z wykazem podmiotów, odpisy z KRS wskazujące na powiązania osobowe i zależności między nimi, artykuł z Gazety Prawnej. W ten sposób oferta odwołującego została wybrana za najkorzystniejszą min. w Sądzie Rejonowym dla Warszawy - Śródmieścia w Warszawie - ZP/SR/23/13. Zamawiający zwrócił więc w tym zakresie uwagę, że mechanizm powoływania spółek celowych, z którego korzysta odwołujący może w tym przypadku zostać uznany za nadużycie prawa. Z całą pewnością brak jest bowiem uzasadnienia dla tego typu działań, których jedynym w ocenie zamawiającego celem jest utrudnienie i zaburzenie uczciwej konkurencji. W tym zakresie zamawiający rozważa wystąpienie z informacją do odpowiednich organów podatkowych celem analizy problemu i ewentualnego podjęcia przez nie przewidzianych prawem działań.

Wskazanie przez zamawiającego jako jednego z kryteriów ceny netto (obok ceny brutto i doświadczenia) w niniejszym postępowaniu miało min. umożliwić, w ocenie zamawiającego, sprawiedliwe i równe konkurowanie o udzielenie tego zamówienia.

Zważywszy zatem na przedstawione wyżej argumenty, w ocenie zamawiającego, wykonawca nie tylko nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia co już samo w sobie stanowi podstawę do oddalenia odwołania, lecz także przyznał, że zastosowane kryterium dominujące w kryteriach oceny ofert jest uzasadnione z uwagi na specyficznego zamawiającego o cechach odróżniających go od innych zamawiających. W tym zakresie zamawiający ocenił, że argumentacja odwołującego o porównywalności usług świadczonych w obszarze pracowników biurowych na rzecz zamawiającego i innych zamawiających jest chybiona. Wobec zaś określonej treścią art. 91 ust. 2 ustawy dopuszczalności stosowania różnych kryteriów oceny ofert i nie narzucanie przez ustawodawcę obowiązku stosowania ceny jako kryterium przeważającego (dominującego) zarzuty odwołującego również w tym zakresie należy uznać za nietrafne. Ustawa nie reguluje także i nie narzuca obowiązków w zakresie wag przyznawanych przez zamawiających poszczególnym kryteriom, przez co należy uznać, że stanowią one specyficzną część SIWZ jaka odpowiada za wskazanie

wykonawcom spełniania jakich cech wymaga od nich zamawiający. Zamawiający, wobec przedstawionej wyżej argumentacji, wnosząc o oddalenie odwołania powołuje się zatem wprost na art. 180 ust. 1 ustawy stanowiący, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Skoro zatem zamawiający, jak w jego ocenie wykazane zostało wyżej, nie naruszył przepisów postępowania i korzystał z uprawnień określonych w ustawie brak jest podstaw do uznania odwołania za zasadne. Na zakończenie zamawiający zwrócił uwagę, że w jego ocenie faktyczne żądanie odwołującego sprowadza się do takiego określenia warunków udziału w postępowaniu aby mógł on wziąć w nim udział, co nie tylko jest sprzeczne z uzasadnionym interesem zamawiającego ale także z celem i założeniami ustawy.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także odpisów z KRS załączonych do odpowiedzi na odwołania oraz zbiorczego zestawienia ofert otwartych w postępowaniu dla SR Warszawa – Praga Południe, wykazu aplikacji biurowych używanych do wspomagania pracy sekretariatu w wydziałach zamawiającego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej sygn. postępowania RZP ZP/SR/02/13/PN, ogłoszenia o wyborze w postępowaniu znak OG 3501-7/13, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu znak ZP/FIN/01/14, informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu znak ZP/SR/7/12 i zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu znak ZP/SR/7/13.

Na podstawie powyższego ustaliła, że

Sekcji II.1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu zamawiający określił przedmiot zamówienia jako świadczenie usługi polegającej na skierowaniu 93 „Pracowników Tymczasowych” i 38 „Koordynatorów Prawnych” do pracy na rzecz Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie w okresie od dnia 01.03.2014 r. do dnia 31.08.2014 r., zaś w sekcji II.2.1) Całkowita wielkość lub zakres wskazał wartość szacunkową bez VAT : 2 235 335.89 PLN. Analogiczne informacje zamawiający zawarł w rozdziale II pkt.1.1 siwz. W sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jako spełnianie wymogu wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonawcy wykonali co najmniej jedną usługę dla sądów, które prowadzą wydziały: karne, rodzinne, cywilne, pracy, gospodarcze, krajowego rejestru sądowego i rejestru zastawów, przez okres minimum 6

miesiący o wartości nie mniejszej niż 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 minimum 50 pracowników biurowych miesięcznie (w zakresie prac opisanych jak w przedmiocie zamówienia - załącznik nr 1 do SIWZ) na okres trwający nieprzerwanie 6 miesięcy, do jednego sądu na podstawie jednego zamówienia oraz potwierdzi, że zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Analogiczne wymagania zamawiający zawarł w rozdziale IV pkt. 1.1.2) siwz.

W sekcji IV.2) Kryteria udzielenia zamówienia zamawiający wskazał następujące kryteria oceny ofert:

1. cena netto waga 35
2. cena brutto waga 5
3. liczba wykonanych usług waga 60.

Analogiczne kryteria zostały opisane w rozdziale VIII pkt 1 siwz dodatkowo w pkt ad. 1, ad. 2 i ad. 3 zamawiający opisał sposób oceny ofert w ramach każdego z kryteriów.

W załączniku nr 1 do siwz zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w którym określił wymagania dotyczące zamawianych pracowników oraz określił ich zakres czynności w zakresie spornym w pkt 6-15:

W okresie wykonywania usługi przez „Pracowników Tymczasowych” oraz przez „Koordynatorów Prawnych” na rzecz zamawiającego, wykonawca może rozwiązać stosunek pracy z „Pracownikiem Tymczasowym” i „Koordynatorem Prawnym” na wniosek zamawiającego w zgodzie z kodeksem pracy i innymi przepisami, bądź z własnej inicjatywy zgodnie z przepisami prawa w uzgodnieniu z zamawiającym.

7) „Pracownik Tymczasowy” skierowany przez wykonawcę do świadczenia powyższej usługi, świadczyć będzie usługę dla zamawiającego obejmującą na stanowisku pracy następujący zakres:

- a) protokołowanie na sesjach; archiwizowanie akt procesowych; wprowadzanie sygnatur akt archiwalnych i bieżących do systemu biurowości sądowej PREATOR i Currenda; przygotowywanie i wysyłanie do stron orzeczeń, nakazów, wezwań, zapytań i innej korespondencji; roznoszenie i odbieranie korespondencji z Biura Podawczego; szycie akt,
- b) dbałość o właściwy stan techniczny jednostek komputerowych w siedzibie zamawiającego; usuwanie usterek sprzętu komputerowego nie objętych umowami serwisowymi; bieżąca konserwacja sprzętu komputerowego; sygnalizowanie bezpośrednim użytkownikom sprzętu informatycznego oraz oprogramowania, nieprawidłowości oraz udzielanie wskazówek zmierzających do ich likwidacji; opieka informatyczna dla użytkowników; diagnozowanie uszkodzeń sprzętu; wymiana materiałów eksploatacyjnych na stanowiskach komputerowych; wydawanie z upoważnienia użytkownikom sprzęt komputerowy,

c) wprowadzanie nowych spraw z pionu cywilnego, rejestrowego i karnego do programu informatycznego; wysyłanie wezwań do zapłaty z w/w pionów; podkładanie korespondencji do akt z w/w pionów; przygotowywanie wypłaty zaliczek dla komorników z w/w pionów; przygotowywanie zleceń egzekucyjnych z w/w pionów; roznoszenie korespondencji po wszystkich wydziałach tut. Sądu; inne czynności zlecone przez Kierownika Zespołu Egzekucyjnego.

d) sporządzanie przelewów w systemie informatycznym; wstępne sprawdzanie dokumentów finansowych pod względem formalnym i rachunkowym.

e) pakowanie korespondencji(kopertowanie); stemplowanie w/w korespondencji; numerowanie akt rejestrowych; szycie i trwałe łączenie akt rejestrowych; techniczna pomoc sekretarzom sądowym w referatach orzeczników; kserowanie dokumentów; przekazywanie spraw do innych Wydziałów przez Biuro podawcze; przekazywanie wniosków o zapytanie do Krajowego Rejestru; kserowanie akt w "sekcji jawności" KRS; przygotowywanie projektów postanowień w SW-system wpisów; przygotowywanie tzw "ścieżek" w pliku pdf, po wprowadzeniu danych w systemie wpisów.

Wynagrodzenie miesięczne zagwarantowane przez wykonawcę „Pracownikowi Tymczasowemu” w kwocie minimum 1.800,00 zł brutto (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych 00/100 gr.) oraz premii uznaniowej w okresie świadczenia usługi tj. od dnia 01.03.2014r. do dnia 31.08.2014r. w wysokości minimum 300,00 zł brutto (słownie: trzysta złotych 00/100 gr.) wypłaconej „Pracownikowi Tymczasowemu” przez wykonawcę na wniosek zamawiającego.

8) „Koordynator Prawny” świadczyć będzie usługę pracy dla zamawiającego za wynagrodzeniem miesięcznym zagwarantowanym przez wykonawcę w kwocie minimum 2.750,00 zł brutto (słownie: dwa tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych 00/100 gr.). Stanowisko pracy obejmuje następujący zakres czynności: przygotowanie akt spraw na sesje, w tym kontrola kompletności dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia posiedzenia i rozpoznania sprawy; sporządzanie projektów zarządzeń przygotowujących sprawę do rozpoznania na rozprawie lub posiedzeniu; bieżąca kontrola sprawności, terminowości i prawidłowości wykonywania zarządzeń sędziego przez sekretariat wydziału; przygotowywanie projektów pisemnych wystąpień do osób i instytucji o informacje niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy; kontrola terminowości sporządzania opinii przez biegłych; wstępna analiza akt spraw przydzielonych do referatu sędziego; wstępna analiza zarzutów zawartych w środkach odwoławczych; podejmowanie czynności sprawdzających w sprawach zawieszonych oraz przedstawianie stanu spraw nierozpoznanych sędziemu; sporządzanie projektów odpowiedzi na pisma wpływające do danej sprawy, niestanowiące wniosków procesowych; praca sekretarska w referacie sędziego; przygotowanie sprawy na rozprawę – zgromadzenie związanego ze sprawą orzecznictwa Sądu Najwyższego i literatury

prawniczej; sporządzenie konspektu czynności dokonanych w sprawie i opisanie stanowisk stron procesowych streszczenie dokumentów i opis dowodów znajdujących się w aktach sprawy; wypełnianie kart statystycznych; gromadzenie orzecznictwa i literatury przydatnych do rozpoznawania spraw sądowych oraz wykonywanie innych czynności pod kontrolą sędziego, związanych z działalnością orzeczniczą sędziego, z którym współpracuje.

9) Wykonawca w okresie związania umową będzie w uzgodnieniu z Zamawiającym dokonywał naboru pracowników w ramach wskazanego limitu Pracowników Tymczasowych i Koordynatorów Prawnych w oparciu o doświadczenie na rzecz Sądów prowadzących min. wydziały: karne, rodzinne, cywilne, gospodarcze, krajowego rejestru sądowego i rejestru zastawów. Jeżeli Zamawiający wskaże w ramach określonego limitu i czasu osoby spełniające oczekiwane kwalifikacje przez Zamawiającego, to wykonawca zatrudni i skieruje te osoby do pracy na rzecz Zamawiającego.

10) W cenie wynagrodzenia miesięcznego dla wykonawcy za jednego „Pracownika Tymczasowego” skierowanego do świadczenia pracy na rzecz Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie Wykonawca (Agencja Pracy Tymczasowej lub Doradztwa Personalnego) wykonawca powinien uwzględnić następujące składniki cenotwórcze:

- wynagrodzenie miesięczne brutto „Pracownika Tymczasowego” (minimum 1.800,00 zł);
- ZUS po stronie wykonawcy;
- PFRON;
- wstępne szkolenie BHP (opcjonalnie);
- badania lekarskie;
- ubezpieczenie NNW „Pracownika Tymczasowego”;
- założenie i prowadzenie teczki personalnej i jej przechowywanie;
- przygotowanie i wypłacenie wynagrodzenia dla „Pracownika Tymczasowego”;
- administrowanie kart pracy;
- opłacanie składek ZUS, PFRON;
- kontakty z instytucjami tj. Urząd Skarbowy, Urząd Pracy, Zakład Ubezpieczeń Społecznych;
- rozliczanie zwolnień lekarskich, stawek urlopowych, ekwiwalentów za urlop;
- wystawienie dokumentu PIT;
- przygotowanie zgodnie z wymaganiami kodeksu pracy dokumentacji związanej z nawiązaniem i z rozwiązaniem stosunku pracy;
- przygotowanie „Pracownikowi Tymczasowemu” zaświadczenia wynikającego z bieżącej współpracy;
- wyznaczenie koordynatora do bezpośrednich kontaktów z zamawiającym.

11) W cenie wynagrodzenia miesięcznego dla wykonawcy za jednego „Koordynatora Prawnego”

skierowanego do świadczenia pracy na rzecz Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie wykonawca (Agencja Pracy Tymczasowej lub Doradztwa Personalnego) powinien uwzględnić następujące składniki cenotwórcze:

- wynagrodzenie miesięczne brutto dla „Koordynatora Prawnego” (minimum 2.750,00 zł);
- ZUS po stronie wykonawcy;
- PFRON;
- wstępne szkolenie BHP (opcjonalnie);
- badania lekarskie;
- ubezpieczenie NNW „Koordynatora Prawnego”;
- założenie i prowadzenie teczki personalnej i jej przechowywanie;
- przygotowanie i wypłacenie wynagrodzenia dla „Koordynatora Prawnego”;
- administrowanie kart pracy;
- opłacanie składek ZUS, PFRON;
- kontakty z instytucjami tj. Urząd Skarbowy, Urząd Pracy, Zakład Ubezpieczeń Społecznych;
- rozliczanie zwolnień lekarskich, stawek urlopowych, ekwiwalentów za urlop;
- wystawienie dokumentu PIT;
- przygotowanie zgodnie z wymaganiami kodeksu pracy dokumentacji związane z nawiązaniem i z rozwiązaniem stosunku pracy;
- przygotowanie „Koordynatorowi Prawnemu” zaświadczenia wynikającego z bieżącej współpracy;
- wyznaczenie koordynatora do bezpośrednich kontaktów z zamawiającym.

12) „Pracownicy Tymczasowi” jak również „Koordynatorzy Prawni” skierowani przez wykonawcę do świadczenia usługi będą osobami nie karanymi i nie będzie się toczyło przeciwko nim żadne postępowanie wyjaśniające.

13) „Koordynatorzy Prawni” skierowani przez wykonawcę do świadczenia usługi będą osobami po ukończonych studiach prawniczych lub studenci IV i V roku Wydziału Prawa.

14) Wynagrodzenie dla wykonawcy naliczane będzie na ostatni dzień miesiąca, w którym świadczona była usługa przez „Pracowników Tymczasowych” i „Koordynatorów Prawnych” – wynagrodzenie pomniejszone będzie proporcjonalnie o nie świadczenie pracy na rzecz Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie. Powyższe wynagrodzenie pomniejszane będzie w ramach korekty wynagrodzenia, które wypłacane będzie z dołu z uwzględnieniem ust. 10 niniejszego Załącznika.

Z odpisów KRS wynika, że na rynku istnieje 26 firm o wspólnym członie nazwy OUTWORKING powstałych w okresie od 31 stycznia 2012r. do 21 listopada 2013r., w których członkiem zarządu jest K..... K....., albo reprezentuje on komplementariusza

OUTWORKING sp. z o.o., OUTWORKING Rekrutacja sp. z o.o., OUTWORKING APT sp. z o.o., zaś komandytariuszem jest OUTWORKING sp. z o.o. sp. k.

Artykuł prasowy Izba oceniła jako informację prasową o treści przepisu art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług oraz o możliwości powoływania spółek celowych i ich niekorzystnego wpływu na konkurencyjność postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Ze zbiorczego zestawienia ofert otwartych w postępowaniu dla SR Warszawa – Praga Południe wynika, że odwołujący w postępowaniu dotyczącym świadczenia usługi pozyskania i skierowania pracowników tymczasowych w celu wykonywania pracy na rzecz i pod kierownictwem zamawiającego zajął drugie, a Work Temps 4 miejsce pod względem ceny.

Z wykazu aplikacji biurowych używanych do wspomagania pracy sekretariatu w wydziałach zamawiającego wynika, że zamawiający korzysta z czterech systemów informatycznych Praetor, SAWA, Biurowość i System Wpisów oraz Zarządzanie wpłatami, które w różnym stopniu są wykorzystywane przez poszczególne wydziały jego Sądu.

Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej sygn. postępowania RZP ZP/SR/02/13/PN wynika, że przedmiotem zamówienia była rekrutacja 7 pracowników i 2 koordynatorów prawnych a kryteriami oceny ofert były cena brutto o wadze 80% i doświadczenie 20%, a odwołujący wygrał to postępowanie działając w konsorcjum.

Z ogłoszenia o wyborze w postępowaniu znak OG 3501-7/13 wynika, że postępowanie dotyczyło skierowania 36 pracowników tymczasowych i uzyskał je odwołujący działając w konsorcjum. Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu znak ZP/FIN/01/14 wynika, że kryterium oceny ofert była najniższa cena i wygrał je odwołujący działając w konsorcjum. Z informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu znak ZP/SR/7/12 wynika, że przedmiotem zamówienia było skierowanie do pracy 13 pracowników i wygrał je odwołujący działając w konsorcjum i zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu znak ZP/SR/7/13 wynika, że przedmiotem zamówienia było skierowanie do pracy 15 pracowników i wygrał je odwołujący działając w konsorcjum.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie zaistniały podstawy z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest agencja pracy tymczasowej, która kieruje pracowników do pracy, co jest przedmiotem niniejszego



zamówienia. Odwołujący uważa, że zamawiający ograniczył mu dostęp do zamówienia, a zatem w sytuacji uwzględnienia odwołania ma szansę na złożenie oferty i uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby art. 179 ust. 1 ustawy legitymuje do wnoszenia środków ochrony prawnej zarówno tych wykonawców, którzy w dacie wnoszenia odwołania mieli interes w uzyskaniu zamówienia, jak również takich, którzy ten interes już utracili. Ustawodawca posłużył się bowiem pojęciem „środki ochrony prawnej (...) przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia”. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie zachodzi właśnie sytuacja, w której wykonawca miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż gdyby zamawiający nie ukształtował w określony sposób warunków udziału w postępowaniu, odwołujący miałby potencjalną możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia. Fakt, że odwołujący nie złożył oferty w terminie składania ofert, ale wniósł odwołanie nie może pozbawić go prawa do ochrony. Przyjęcie bowiem, że odwołanie służy tylko tym wykonawcom, którzy mogą złożyć ofertę, podważałoby w ogóle dopuszczalność kwestionowania treści ogłoszenia o zamówieniu czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako takie należy uznać za absurdalne. Fakt, że zamawiający skorzystał z uprawnienia z art. 5 ust. 1 ustawy do określenia krótkich terminów składania ofert, krótszych niż ustawowe terminy, wnoszenia środków ochrony prawnej także nie może być uznane za podstawę do uznania braku interesu odwołującego, słusznie bowiem zauważył odwołujący, że prowadziłoby to do ograniczenia jego prawa do obrony przed niezgodnym z ustawą działaniem lub zaniechaniem zamawiającego. W ocenie Izby odwołujący może także ponieść szkodę w postaci braku zysku, jaki mógłby osiągnąć, gdyby mógł wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu i uzyskać zamówienie. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie częściowo. Art. 22 ust. 4 ustawy ogranicza swobodę zamawiających przy podejmowaniu decyzji, w jaki sposób będą dobierać wykonawców do realizacji zamówienia publicznego. Przepis ten nakłada na zamawiających obowiązek takiego ukształtowania wymagań związanych z potencjałem wiedzy i doświadczenia, potencjałem, kadrowym, technicznym, finansowym czy ekonomicznym, aby pozostawały one w związku z przedmiotem zamówienia publicznego i były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Przepis ten należy także jak słusznie sformułował zarzut odwołujący analizować

przy uwzględnieniu zasady ogólnej ustawy tj. zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy. Zatem art. 22 ust. 4 ustawy zakazuje formułowania wymagań wobec wykonawców oderwanych od przedmiotu zamówienia i do niego nieproporcjonalnych, czyli przede wszystkim nadmiernych, utrudniających dostęp do zamówienia, ale także przy ustalaniu proporcji, w ocenie Izby, nie można pomijać nakazu wynikającego ze zd. 1 art. 22 ust. 5 ustawy, który wskazuje na to, że zarówno warunki udziału w postępowaniu jak i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków mają służyć realizacji określonego celu, to jest weryfikacji zdolności potencjalnego wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia. Co więcej zasady opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ustawodawca uznał za mające rangę ustawową, odchodząc od wcześniejszego modelu wynikającego z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2006.87.605 ze zm. Dz.U.2008.188.1155). Pierwotnie jedyną wytyczną ustawową dla zamawiających był art. 22 ust. 2 ustawy zakazujący takiego określania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, który utrudniałby uczciwą konkurencję. Natomiast powołane wyżej rozporządzenie z 2006r. konkretyzowało, że w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia opis ten musi odpowiadać jedynie rodzajowi zamówienia i jego wartości. Następnie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2009.226.1817) nakazywało weryfikować doświadczenie i wiedzę w zakresie wynikającym z warunku. Począwszy zaś od 22 grudnia 2009r. ustawodawca zaostriżył reguły określania warunków wiążąc je bezpośrednio z przedmiotem zamówienia i nakazując zachować proporcjonalność, a od 20 lutego 2013r., także uwzględnić cel dokonywania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że domaganie się przez odwołującego zmiany postawionego przez zamawiającego warunku w zakresie świadczenia usług kierowania do pracy w sądzie pracowników tymczasowych i koordynatorów prawnych, jest żądaniem nadmiernym, mieszczącym się raczej w granicach rodzaju zamówienia, a nie związku z przedmiotem zamówienia. Bezsporne jest, że zamawiający jest sądem powszechnym i dla siebie zamawia usługę, której przedmiotem jest rekrutacja i kierowanie do pracy pracowników biurowych i koordynatorów prawnych. W treści odwołania sam odwołujący wskazywał na to, że posiada doświadczenia w świadczeniu zamawianych w niniejszym postępowaniu usług na rzecz właśnie sądów powszechnych. To doświadczenie odwołującego potwierdza także przedłożony przez zamawiającego materiał dowodowy w postaci wyników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, o analogicznym

przedmiocie jak w niniejszej sprawie dla sądów powszechnych z obszaru województwa mazowieckiego, w których odwołujący brał udział. Tym samym w ocenie Izby oczekiwanie zamawiającego wykazania się doświadczeniem w rekrutacji i kierowaniu do pracy do sądów powszechnych niewątpliwie jest związane z przedmiotem zamówienia, a sam wymóg doświadczenia w realizacji usługi na rzecz sądów nie stanowi bariery dla odwołującego w dostępie do zamówienia. Zatem podnoszenie przez odwołującego argumentacji, że świadczenie usługi rekrutacji i kierowania pracowników do pracy na rzecz innego podmiotu niż sąd, nie zasługuje na aprobatę, zwłaszcza, że sam odwołujący na rozprawie wspominał o specyfice naboru pracowników dla sądów powszechnych polegającej na przechodzeniu pracowników pomiędzy agencjami lub przenoszeniu pracowników pomiędzy sądami obsługiwanyymi przez tego samego wykonawcę. Odwołujący jednocześnie nie wykazał, że taka specyfika funkcjonuje również w świadczeniu usług na rzecz innych podmiotów. Izba wzięła także w tym zakresie pod rozwagę argumentację zamawiającego, że czasookres świadczenia usługi na jego rzecz jest krótki, bo jedynie 6 miesięczny, to z kolei w ocenie Izby przemawia za obiektywną potrzebą zamawiającego polegającą na poszukiwaniu agencji, która będzie umiała szybko dostosować swoje zasoby ludzkie do potrzeb zamawiającego, a w konsekwencji będzie miała świadomość wskazanej przez odwołującego specyfiki branży, która pozwoli jej na sprawny nabór potrzebnej kadry. Natomiast Izba podzieliła stanowisko odwołującego, co do nadmierności żądania wykazania się doświadczeniem dla sądu posiadającego w swojej strukturze organizacyjnej określone wydziały : karne, rodzinne, cywilne, pracy, gospodarcze, krajowego rejestru sądowego i rejestru zastawów. Zgodnie z art. 12 §1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U.2013.427 j.t. ze zm. Dz.U.2013.1165) w sądach rejonowych zawsze musi funkcjonować wydział cywilny i karny, natomiast pozostałe wydziały, zgodnie z § 1a tego przepisu, mogą zostać utworzone i są to wydziały:

- 1) rodzinny i nieletnich - do spraw z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego, spraw dotyczących demoralizacji i czynów karalnych nieletnich, leczenia osób uzależnionych od alkoholu oraz od środków odurzających i psychotropowych oraz spraw należących do sądu opiekuńczego na podstawie odrębnych ustaw;
- 2) pracy, ubezpieczeń społecznych albo pracy i ubezpieczeń społecznych - do spraw odpowiednio z zakresu prawa pracy lub z zakresu ubezpieczeń społecznych;
- 3) gospodarczy - do spraw gospodarczych oraz innych spraw z zakresu prawa gospodarczego i cywilnego należących do sądu gospodarczego na podstawie odrębnych ustaw;
- 4) ksiąg wieczystych - do prowadzenia ksiąg wieczystych.

Jedynymi argumentami zamawiającego co do postawionego żądania było to, że sam zamawiający takie wydziały posiada, oraz, że wymagają one znajomości obsługi różnych

programów informatycznych. Jednakże Izba dokonując oceny przedstawionego przez zamawiającego dokumentu stwierdziła, że część wydziałów używa tego samego oprogramowania, z przedstawionego dokumentu nie wynika, jakie szczególne obowiązki spadają na agencję pracy tymczasowej w związku z rekrutacją pracowników, którzy będą te programy obsługiwać, nadto nie wykazano, że te systemy informatyczne funkcjonują jednolicie we wszystkich sądach powszechnych, które posiadają te same wydziały co zamawiający, przez co doświadczenie w rekrutacji pracownika konkretnego wydziału ma znaczenie dla jakości pracy na rzecz zamawiającego. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że do wiedzy powszechnej należy zaliczyć to, że nie we wszystkich sądach rejonowych funkcjonują wydziały gospodarcze, w tym w szczególności Krajowego Rejestru Sądowego i Rejestru Zastawów, zaś brak jest dowodów na to, że wymaganie zamawiającego znajduje uzasadnienie w jego zobiektywizowanych potrzebach. Izba dodatkowo wzięła pod uwagę to, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odnosi się wyłącznie do pracowników tymczasowych, a nie koordynatorów prawnych. Jedynie w przypadku tych drugich, rzeczywiście znajomość zagadnień potrzebnych w pracy danego wydziału przez pryzmat określonych dla tych koordynatorów obowiązków, mogłaby mieć znaczenie w procesie rekrutacji. Stąd Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, że wymóg ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdyż jest z tym przedmiotem tożsamy eliminując wykonawców, którzy mają odpowiednie doświadczenie w rekrutacji pracowników biurowych dla sądów, w których nie występują wszystkie wymienione przez zamawiającego wydziały. W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy za uzasadniony i nakazuje zamawiającemu zmianę opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez usunięcie dyskryminujących wymagań dotyczących doświadczenia w rekrutacji i kierowaniu pracowników na rzecz sądu powszechnego tożsamego pod względem struktury organizacyjnej z zamawiającym. Co do żądań odwołującego związanych z wymogiem ilościowym i wartościowym, to Izba uznała je za związane z przedmiotem zamówienia i nienadmierne. Zamawiający oczekuje doświadczenia w skierowaniu 50 pracowników biurowych, podczas gdy na potrzeby niniejszego zamówienia oczekuje realizacji usługi na poziomie 93 pracowników tymczasowych, których zakres obowiązków odpowiada pracownikom biurowym, czyli nie całe 54%, a w odniesieniu do całego zakresu zamówienia tj. 131 pracowników nie całe 38%. W ocenie Izby zamawiający określił proporcje w sposób zmierzający do wyłonienia wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Odwołujący natomiast nie udowodnił twierdzenia, że ilość 50 pracowników biurowych dla sądu jest charakterystyczna wyłącznie dla przedmiotowego zamawiającego, w tym zakresie odwołujący poprzestał wyłącznie na twierdzeniach. Analogiczna sytuacja dotyczy wymagania wartościowego. Ponownie zamawiający wykazał, że zamówienie publiczne wyszacował na

kwotę około 2 700 000zł., natomiast wymóg postawił na poziomie 800 000zł., co w ocenie Izby nie może być uznane za nadmierne, zaś odwołujący przeciwnej okoliczności nie dowiódł. W tym stanie rzeczy tak co do wymagania ilościowego jak i wartościowego określonego przez zamawiającego w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez sporządzenie kryteriów oceny ofert w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy przez ustalenie ceny netto oferty jako jednego z kryteriów oceny ofert.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie częściowo. Izba podzieliła zarzut odwołującego odnoszący się do ustanowienia dwóch kryteriów oceny ofert odnoszących się do ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia tj. ceny netto o wadze 35 i ceny brutto o wadze 5. Izba stwierdziła, że zarówno z pkt 46 preambuły 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.U.U.E.L.2004.134.114, Dz.U.U.E-sp.06-7-132, ze zm. Dz.U.U.E.L.2013.158.184) nie wynika uprawnienie zamawiającego do kształtowania kryteriów oceny ofert przez dwa kryteria cenowe. Zgodnie bowiem z pkt 46 „zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. A zatem należy dopuszczać stosowanie tylko dwóch kryteriów udzielania zamówień: "najniższej ceny" i "oferty najkorzystniejszej ekonomicznie". (...) W przypadku gdy instytucje zamawiające udzielają zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, dokonują one oceny ofert w celu wyłonienia oferty prezentującej najlepszą relację jakości do ceny. W tym celu określają one kryteria ekonomiczne i jakościowe, które potraktowane łącznie muszą umożliwić wyłonienie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty dla instytucji zamawiającej. Określenie tych kryteriów uzależnione jest od przedmiotu zamówienia, gdyż muszą one umożliwić ocenę poziomu wykonania przedstawionego w każdej ofercie w świetle przedmiotu zamówienia, zdefiniowanego w specyfikacjach technicznych, oraz na ocenę relacji jakości do ceny każdej z ofert.” Analogicznie tę kwestię reguluje art. 53 ust. 1 dyrektywy klasycznej. Dyrektywa nie określiła zupełnych, kompletnych, bezwarunkowych

uregulowań odnoszących się do sposobu określenia ceny oferty. W tym zakresie związała jedynie celem, zaś szczegółowa realizacja wymogu kryterium najniższej ceny, czy pojęcia ceny jako takiego pozostawiona została państwu członkowskim. Polska dokonała implementacji dyrektywy i ze strony zamawiającego nie padł zarzut, że implementacja ta była nieprawidłowa. Polski ustawodawca zdecydował się na przyjęcie pojęcia ceny przez odniesienie do definicji ceny zawartej w ustawie o cenach, która to definicja dotyczy ceny brutto. Ustawodawca określił także mechanizmy postępowania zamawiających w sytuacji, gdy ceny oferowane przez wykonawców zagranicznych nie zawierają jednego z elementów kalkulacyjnych tj. podatku od towarów i usług – art. 91 ust. 3a ustawy. W ocenie Izby zatem zamawiający nie mogą odstępować od ustawowej definicji ceny i odwoływać się w ramach kryterium oceny ofert co pojęcia ceny określonego inaczej niż cena brutto. Izba zwraca także uwagę na treść art. 2 pkt 5 i art. 91 ust. 2 ustawy, które wskazują na dwa rodzaje kryteriów oceny ofert tj. cenę albo cenę i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia publicznego. Wyjątkowo jedynie art. 5 ust. 1 ustawy zezwala na kształtowanie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy. Zatem jeśli zamawiający decyduje się na jedno kryterium oceny ofert, to ma być nim cena brutto oferty (art. 2 pkt 1 w zw. Z art. 2 pkt 5 ustawy), zaś jeśli decyduje się na kryteria najkorzystniejsze ekonomicznie, to jednym z kryteriów ma być cena brutto, a pozostałymi - inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a nie inne kryteria cenowe. Ustawodawca w art. 91 ust. 2 ustawy określił katalog otwarty kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia wskazując przykładowo jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Stworzenie jednak katalogu otwartego w ocenie Izby nie może służyć obejściu art. 2 pkt 1 ustawy. Co więcej cena to ekwiwalent przedmiotu zamówienia, a więc nie może być kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia. Na marginesie jedynie Izba zaznacza, że nie ma przeszkód w ocenie Izby w stosowaniu podkryteriów w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert, w tym ceny brutto, Izba stoi natomiast na stanowisku, że kreowanie osobnego kryterium oceny w postaci ceny netto nie znajduje oparcia w ustawie. Nawet próba ochrony zamawiającego przed potencjalnymi nieprawidłowymi praktykami rynkowymi, nie daje zamawiającemu prawa do nieznajdującego oparcia w ustawie ukształtowania kryterium oceny ofert. W ocenie Izby zamawiający dysponuje mechanizmami pozwalającymi na obronę przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi, w szczególności biorąc pod uwagę treść art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nakazujący zamawiającemu odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W tym stanie faktycznym Izba uznała kryterium ceny netto za niezgodne z art. 91 ust. 2 w związku z art. 2 pkt 1 i 5 ustawy i nakazała zamawiającemu usunięcie kryterium naruszającego wskazane wyżej przepisy.

Izba nie uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy przez określenie kryterium odnoszącego się do właściwości wykonawcy i nadanie mu wagi 60. Izba stwierdziła, że zamawiana usługa należy do kategorii 22 załącznika nr 2 wykazu usług o charakterze niepriorytetowym do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. 2010.12.68). Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy 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. Z kolei zamawiający wskazał, że posiadane przez wykonawców doświadczenie w realizacji usług ma dla niego zasadnicze znaczenie z uwagi na krótki termin realizacji zamówienia oraz potrzebę zapewnienia sprawnego funkcjonowania. Izba uznała, że ustanowienie wagi tego kryterium na poziomie ponad 50 % nie jest sprzeczne z ustawą, a nie można ocenić jego wpływu na konkurencję wyłącznie przez pryzmat tego, że w niniejszym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, z uwagi na to, że Izba uznała część zarzutów odwołującego, które spowodują, że w odmienny od obecnie przyjętego przez zamawiającego rozwiązania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert, ukształtują dostęp do zamówienia. Odwołujący nie wykazał natomiast, że w analogicznych postępowaniach ustanowienie podobnego kryterium oceny ofert i na zbliżonym poziomie wpłynęło na konkurencyjność postępowania.

Mając na uwadze powyższe w zakresie kryterium ilości wykonanych usług Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 91 ust. 2 i art. 2 pkt 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę 191 ust. 2 ustawy Izba stwierdziła, że wobec upływu w dniu 22 stycznia 2013r. terminu składania ofert, nie dopuszczalna jest zmiana opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, w tym stanie rzeczy, skoro te elementy zostały przez zamawiającego określone niezgodnie z ustawą, to w myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy, a w konsekwencji konieczne jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu kosztów postępowania w postaci uiszczonego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego ograniczając do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:**

.....

.....