

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.: „(...)” i „(...)” do pracy na rzecz Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie w okresie sześciu miesięcy” (znak sprawy: (...)). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 sierpnia 2014 r., pod nr (...). 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 (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w P. (...), przy ul. (...). 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 spełniania 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 (...) złotych brutto każda 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,

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 HCN” 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. 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,

2 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.

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. 7 ust. 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.

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

Wyrokiem z dnia 2 września 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania oraz orzekł o kosztach postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, że Odwołujący spełnił przesłankę dotyczącą interesu w uzyskaniu zamówienia z art. 179 ust. 1 Pzp. Dla oceny jej zaistnienia irrelevantna była okoliczność, że Odwołujący został wykluczony z postępowania, ponieważ odwołanie nie dotyczyło tej czynności, a postanowień SIWZ. Interes w uzyskaniu zamówienia oceniać należało na moment skorzystania ze środka ochrony prawnej (ergo na moment jego wniesienia). Wobec tego KIO stwierdziło, że odwołanie wniesione zostało przez podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia, o czym świadczyć mogło późniejsze złożenie przez niego oferty. Poza tym KIO wskazało, że 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.

Tym samym KIO uznało, 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.

Zdaniem KIO pierwszy z ww. zarzutów, dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 oraz 5 Pzp zasługiwał na częściowe uwzględnienie. Izba, na podstawie dokumentacji Postępowania i SIWZ, ustaliła, że przedmiot zamówienia został określony jako świadczenie usługi przez wykonawcę (...) lub (...) polegającej na skierowaniu maksimum 69 „(...)” i 39 „(...)” (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 (...) zł ((...) zł brutto).

Zakwestionowanemu warunkowi udziału w Postępowaniu oraz opisowi sposobu dokonania oceny jego spełniania 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 (...) złotych brutto każda, 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[...]”.

Rozstrzygając o zasadności zarzutu Izba zważyła, że nie można było Zamawiającemu przypisać pierwszego z objętych treścią zarzutu działań, tj. ustalenia omawianego warunku udziału w Postępowaniu oraz sporządzenia

opisu sposobu dokonania oceny jego spełniania w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji utrudniającej uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Nie sposób bowiem odmówić opisowi sposobu dokonania oceny spełniania przedmiotowego warunku związku z przedmiotem zamówienia (dotyczy on usług rodzajowo tożsamy, a wręcz identycznych z przedmiotem zamówienia) oraz pozostawiania w relacji proporcjonalności do niego o czym świadczą szczegółowe procentowe wyliczenia dotyczące zarówno liczby osób objętych zrealizowaną usługą, jak i jej wartości, przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. KIO wzięło jednak pod 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 zaostrzeniu 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 (...) zł, z tym że wartość szacunkowa (z uwzględnieniem VAT) uległa zmniejszeniu z kwoty (...) zł do kwoty niecałych (...) zł. W powyższym kontekście twierdzenia Zamawiającego o chęci zapewnienia jak największej konkurencyjności w Postępowaniu było, zdaniem KIO, niezrozumiałe.

Zdaniem KIO potwierdził się 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.

Izba stwierdziła, że Zamawiający zaostrzając warunek udziału w Postępowaniu, co samo w sobie nie było 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 zakresem 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.

Fakt wykonywania przez zamawiającego szczególnej funkcji będąc - z woli ustawodawcy - sądem miejscowo właściwym w szeregu spraw cywilnych, w których brak jest podstaw do odmiennego ustalenia właściwości miejscowej, zdaniem KIO nie uprawniało Zamawiającego do ograniczania uczciwej konkurencji, jak i nie uprawniała go do nierównego traktowania wykonawców. Także szczególny charakter usługi, oceniany przez pryzmat wskazanych powyżej uwarunkowań, nie uzasadniał odmiennego zapatrywania - zamówienia polegające na świadczeniu na rzecz sądów usług agencji pracy tymczasowej są zamówieniami typowymi dla tego sektora instytucji zamawiających, o czym świadczy liczba takich postępowań wszczętych tylko w tym roku.

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) - nakazała modyfikację treści tego warunku 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 (...) złotych brutto 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, 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 wskazała, 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”, legę 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) wykonawcy bez podatku od towarów i usług.

W ocenie KIO brak było 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.

Tym samym wobec naruszenia omówionym powyżej postanowieniom SIWZ art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 i 5 Pzp Izba nakazała 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, 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 było 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 n[...]*liczba wykonanych usług odpowiadających wymaganiom określonym w Rozdziale IV ust. 1 pkt 1.1 ppkt 2) SIWZ[...]*”), który ulec musi modyfikacji opisanej powyżej, Izba nakazała zmianę brzmienia tego podkryterium poprzez odniesienie go 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 było sprzeczne z przepisami Pzp, choć Zamawiający zauważalnie, i 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.

Zdaniem KIO nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 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[...]”⁽ⁿ⁾. Biorąc pod uwagę cytowane postanowienie, rozpatrywane w kontekście pełnej treści SIWZ, Izba doszła do przekonania, że nie sposób wywieść z niego, jakoby naturalną interpretacją tego kryterium było przyznanie istotności wyłącznie protokołom z rekrutacji przeprowadzonych na rzecz Zamawiającego - Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie. Założenie takie było 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 podzieliła 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.

Biorąc pod uwagę 191 ust. 2 Pzp Izba stwierdziła, że wobec upływu w dniu 14 sierpnia 2014 r. terminu składania ofert, nie było 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 było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym stanie rzeczy konieczne było nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Powyższe orzeczenie w całości zaskarżył Zamawiający zarzucając mu naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 22 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię art. 22 ust. 5 ustawy Pzp i nie wzięcie pod uwagę celu wprowadzenia tego przepisu do porządku prawnego, a w konsekwencji bezpodstawne uznanie, iż Zamawiający w stanie faktycznym niniejszej sprawy naruszył przedmiotowy przepis poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu oraz sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków w sposób nieprzystający do celu tych warunków tj. zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia wobec powyższego – w ocenie KIO - Zamawiający, w tym zakresie naruszył sformułowaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; art. 91

ust. 2 ustawy Pzp w związku 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 (zwanej dalej „Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady”) oraz art. 53 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady poprzez ich błędną wykładnię, a w konsekwencji bezpodstawne uznanie, iż Zamawiający w stanie faktycznym niniejszej sprawy naruszył przedmiotowe przepisy albowiem nie miał prawa określić w SIWZ jako podkryterium oceny ofert ceny netto w ramach kryterium ceny brutto; art. 7 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędną ich wykładnię, a w konsekwencji bezpodstawne uznanie, iż Zamawiający - mimo ciężącego na nim obowiązku wynikającego z art. 7 ustawy Pzp przeciwdziałania nieuczciwej konkurencji - ma ograniczony katalog środków aby przeciwdziałać nieuczciwej konkurencji, w szczególności ograniczający się jedynie do możliwości odrzucenia oferty wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznanie, iż Zamawiający nie mógł określić kryteriów/pod kryteriów oceny ofert w sposób umożliwiający wyeliminowanie również nieuczciwej konkurencji; art. 5 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie normy określonej w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp umożliwiającej zastosowanie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert odnoszącego się do właściwości wykonawcy (wiedza i doświadczenie) i wobec powyższego uznanie przez KIO, iż Zamawiający określając kryterium oceny ofert w postaci wiedzy i doświadczenia wykonawcy tj. ustanawiając jako podkryterium oceny ofert liczbę wykonanych usług szczegółowo w nim wskazanych, określił je zbyt szeroko aniżeli dopuszcza to art. 5 ust. 1 ustawy Pzp i w związku z tym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji skutkuje koniecznością modyfikacji brzmienia tego podkryterium w sposób szczegółowo określony przez KIO w zaskarżonym wyroku z dnia 2 września 2014 r.; art. 15 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie normy określonej w ww. artykule wskazującej, iż postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający oraz to zamawiający odpowiada za należyte jego wykonanie wobec powyższego to Zamawiający jest jego gospodarzem i to on znając swoje potrzeby określa warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert i wobec powyższego bezpodstawne uznanie, że KIO w ramach środków ochrony prawnej zastępuje Zamawiającego w powyższych czynnościach, co skutkowało -mimo nakazania unieważnienia postępowania sygn. akt: KIO (...) - szczegółowym określeniem przez KIO w jaki sposób Zamawiający ma zmodyfikować warunki udziału i kryteria oceny ofert w kolejnym (nowym) postępowaniu w przedmiocie zamówienia publicznego, które może być wywołane w przyszłości; naruszenie przepisów postępowania tj. art. 192 ust. 2 ustawy Pzp i art. 192 ust. 3 pkt ustawy pzb poprzez przekroczenie granic orzekania polegające -mimo nakazania unieważnienia postępowania w sprawie sygn. akt: KIO (...) - na zobowiązaniu przez KIO Zamawiającego do określenia w sposób wskazany szczegółowo przez KIO w wyroku z dnia 2 września 2014 r. wydanym w sprawie sygn. akt: KIO (...) w kolejnym (nowym) postępowaniu w przedmiocie zamówienia publicznego, które może być wywołane w przyszłości warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w celu zweryfikowania wykonawców w zakresie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia - podczas gdy KIO może uwzględnić odwołanie, jedynie wówczas jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik danego (konkretnego) postępowania o udzielenie zamówienia, a uwzględniając odwołanie i nakazując unieważnienie postępowanie nie ma podstaw prawnych, aby nakazać Zamawiającemu aby w innym, nowym postępowaniu określił konkretne (wskazane przez KIO w sposób szczegółowy w wyroku nakazującym unieważnienie postępowania) warunki udziału w kolejnym postępowaniu w zakresie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia; art. 192 ust. 3 pkt ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i §4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez przekroczenie granic orzekania poprzez orzeczenie ponad żądanie Odwołującego w zakresie sposobu rozstrzygnięcia odwołania, a mianowicie mimo, że Odwołujący żądał w odwołaniu modyfikacji SIWZ i nie zmodyfikował swojego żądania w toku postępowania, KIO orzekło -wbrew żądaniu Odwołującego - nakazanie unieważnienia postępowania, a także poprzez orzeczenie w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 września 2014 r. nakazania Zamawiającemu modyfikacji SIWZ w przyszłym, nowym postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego tożsamego rodzajowo z unieważnionym w konkretny, szczegółowo określony samodzielnie przez KIO sposób mimo, iż Odwołujący- mimo ciężącego na nim obowiązku - jasno nie sprecyzował żądania w tym zakresie, tzn. nie wskazał w odwołaniu, na jaką konkretnie treść powinny być zmienione postanowienia SIWZ dotyczące warunku wiedzy i doświadczenia; sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych KIO z zebrany w sprawie materiałem dowodowym i wobec powyższego błędne przyjęcie, iż Zamawiający nie wykazał, że przyjęte przez niego brzmienie kwestionowanego przez Odwołującego

warunku udziału w prowadzonej procedurze -w zakresie wiedzy i doświadczenia - zapewni pełną realizację celu, w jakim został on ustanowiony, co uzasadniało uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp w sytuacji gdy Zamawiający wskazał w jakim celu ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz udowodnił, iż tylko tak sformułowany warunek zapewni prawidłową realizację celu wywołanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności poprzez wykazanie specyfiki Zamawiającego, specyfiki wywołanego zamówienia, w tym jego zakresu, wielkości, wagi i przedmiotu; art. 190 ust. 7 ustawy Pzp - błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na wynik zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia polegający na bezpodstawnym przyjęciu przez KIO, iż określony przez Zamawiającego w postępowaniu (...) warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz opis sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku radykalnie został przez Zamawiającego zaostrowany w stosunku do warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku określonego przez Zamawiającego w postępowaniu (...), co uzasadnia zdaniem KIO zasadność zarzutu naruszenia art. 22 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, tymczasem w postępowaniu (...) Zamawiający określił warunek w tym przedmiocie oraz opisał sposób dokonania oceny spełniania tego warunku po prostu w inny sposób aniżeli w postępowaniu (...) i co wynika z analizy obu regulacji w postępowaniu (...) wcale radykalnie ich nie zaostrował.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby w całości i oddalenie odwołania (...) Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 18 sierpnia 2014 r. oraz zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym wywołanym skargą na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2014 r. wydane w sprawie sygn. akt: KIO (...).

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Należy zgodzić się z KIO, że zamawiający w sposób nieprzystający do celu warunków tj. zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonywania udzielanego zamówienia, czym naruszył art. 22 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. Tym bardziej, że przyznając kryterium wiedzy i doświadczenia wagę 70 %, w praktyce jedynie to kryterium miało decydować o wyborze wykonawcy. Zaostrzając warunek udziału w postępowaniu zamawiający preferuje w sposób nieuprawniony wykonawców, którzy realizowali zamówienia o dużej jednostkowo skali. Nie można zgodzić się ze skarżącym, że w porównaniu do poprzedniego przetargu nie zaostrował warunków udziału. Z zastawienia obu specyfikacji wynika, że warunki te zostały bardzo zaostrowane, zarówno w wymiarze oczekiwanej liczby usług, jak i ilości pracowników, przy jednoczesnym nadaniu mu wagi aż 70 %.

Trafnie podnosi Izba, że o doświadczeniu wykonawcy nie może przesądzać wyłącznie okoliczność, że zrealizował on należycie duże zamówienie obejmujące jedno zamówienie. Także wykonawca, który w jednym czasie realizował/realizuje szereg zamówień mniejszych na rzecz sądów powszechnych nabywa konieczne doświadczenie. Tym bardziej, że podnoszona przez skarżącego specyfika pracy w sądzie dotyczy w rzeczywistości pracy samych pracowników nie zaś wykonawcy. Z doświadczenia życiowego wynika, że w rzeczywistości, po zakończeniu pracy przez pracowników zatrudnianych przez agencje pracy tymczasowej, jeżeli dojdzie do zmiany agencji pracy tymczasowej, pracownicy ci pozostają w sądzie, „przejmowani” przez nową agencję, która podpisuje umowę z sądem.

Skarżący nie wykazał, aby w okresie wskazanym w SWIZ inne sądy, poza zamawiającym (oraz Sądem Rejonowym dla Warszawy Pragi Północ w Warszawie, dla którego również usługi świadczył wykonawca (...) E. B.), organizowały przetargi na tożsame usługi we wskazanej tam wartości czy ilości osób które miałyby być zatrudnione.

W związku z tym zasadnie KIO wskazała, że takie sformułowanie warunków udziału w postępowaniu niezasadnie – z powodów podniesionych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku - faworyzowało jednego z wykonawców, który świadczył już usługi na rzecz zamawiającego.

W związku z tym Sąd Okręgowy nie uznał za zasadne zarzuty naruszenia art. 22 ust. 5 ustawy p.z.p. art. 5 ust 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz wskazanych w skardze zarzutów naruszenia postępowania.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w związku 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 (zwanej dalej „Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady”) oraz art. 53 ust, 1 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Zamawiający nie miał prawa wprowadzenia jako podkryterium ceny netto w ramach kryterium ceny brutto. Tym bardziej, że nadając temu podkryterium wagę 25 % (przy nadaniu kryterium ceny łącznie 30 %) uznał, że decydujące jest kryterium ceny netto. Trafnie wskazuje KIO, że ustawa Prawo Zamówień Publicznych definiuje pojęcie ceny, odsyłając do ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915), gdzie jako cenę rozumienie się cenę wraz z podatkiem VAT, a więc cenę brutto.

Skoro to pojęcie zostało zdefiniowane w Prawie Zamówień Publicznych brak było podstaw do wprowadzenia w SIWZ – ie dodatkowej definicji ceny.

Wyjaśnienia skarżącego w tym zakresie nie zasługują na aprobatę i słusznie wskazało KIO, że w sytuacji, gdy zamawiający chce przeciwdziałać nieuczciwym praktykom rynkowym (poprzez tworzenie nowych podmiotów jedynie w celu skorzystania z ulgi od podatku VAT), ma do dyspozycji inne instrumenty, jak możliwość odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

Nie mógł również spowodować uwzględnienia skargi zarzut naruszenia art. 15 p.z.p.

Zgodzić się należy ze skarżącym, że postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający oraz to zamawiający odpowiada za należyte jego wykonanie. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on znając swoje potrzeby określa warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. W związku z tym wobec unieważnienia postępowania Zamawiający nie jest związany szczegółowym określeniem przez KIO w uzasadnieniu wyroku w jaki sposób Zamawiający ma zmodyfikować warunki udziału i kryteria oceny ofert w kolejnym (nowym) postępowaniu w przedmiocie zamówienia publicznego, które może (a nie musi, jak trafnie wskazuje skarżący) być wywołane w przyszłości i będzie nowym postępowaniem, a nie kontynuacją postępowania, unieważnionego przez KIO zaskarżonym wyrok.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 192 ust. 3 pkt ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i §4 ust, 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez przekroczenie granic orzekania poprzez orzeczenie ponad żądanie Odwołującego w zakresie sposobu rozstrzygnięcia odwołania. Wyrażony w art. 192 ust. 7 p.z.p. zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, powinien być rozumiany jako zakaz rozpoznawania innych zarzutów niż te, które podniósł w odwołaniu odwołujący. KIO nie jest natomiast związana wnioskami odwołania, a jedynie zarzutami odwołania. Skład orzekający jest więc związany tylko podstawami odwołania, ustawa nie stanowi natomiast nic w sprawie związania żądaniami odwołującego.

W konsekwencji wyrok KIO uznać należało za trafny, a poczynione ustalenia za prawidłowe i zgodne z prawem. Skutkowało to oddaleniem skargi zgodnie z art. 198f ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z przepisem art. 198f ust. 5 cyt. ustawy.