

Sygn. akt KIO/UZP 823 /09

**WYROK**  
**z dnia 14 lipca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Renata Tubisz**

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Leasingteam Sp. z o. o., ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego p.p.u.p. „Poczta Polska”, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa** protestu z dnia **29 maja 2009 r.**

przy udziale „PAMAR” Sp. z o.o. **Zakład Pracy Chronionej, Pl. Konstytucji 3, 00-647 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie badania oferty Odwołującego się i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **p.p.u.p. „Poczta Polska”, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Leasingteam Sp. z o.o. ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery tysiące złotych zero groszy) przez **p.p.u.p. „Poczta Polska”, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa** na rzecz **Leasingteam Sp. z o. o., ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Leasingteam Sp. z o.o. ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa**.

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi polegającej na wykonywaniu wybranych zadań eksploatacyjnych i czynności pocztowych, podległych Centrum Poczty ORJ: Warszawa Centrum, Warszawa Południe, Warszawa Wschód i Warszawa Zachód. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 31 stycznia 2009 r., pod nr 2009/S 21-030363.

W dniu 29 maja 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności: oceny ofert w częściach od nr 1 do nr 4, wyboru najkorzystniejszej oferty, jak też wykluczenia Odwołującego się i odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie

następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”: art. 7 ust. 1, 2 i 3, art. 22 ust.1 pkt 2 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) i wnosząc o: uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na: wykluczeniu Odwołującego się w częściach od nr 1 do nr 4 postępowania oraz odrzuceniu jego oferty we wskazanych częściach, wyborze oferty firmy PAMAR Sp. z o.o. w częściach od nr 1 do nr 4 i dokonanie w częściach od nr 1 do nr 4 wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. o dokonanie wyboru oferty Odwołującego się oraz ponowne dokonanie wnioskowanych czynności przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

W uzasadnieniu Odwołujący się zwraca uwagę, że stwierdzenia Zamawiającego zawartego w informacji o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania, iż usługa Agencji Pracy Tymczasowej "nie jest tożsama z przedmiotem zamówienia" wynika, że Zamawiający oczekiwał i domagał się wykazania w celu posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wyłącznie usług tożsamych, czyli identycznych. Takie rozumienie przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 2 powołanego rozporządzenia jest wadliwe.

Zautomatyzowane odnoszenie się do nr kodów CPV także nie wynika z jakiegokolwiek przepisu prawa. Ważne jest to, jakie doświadczenie zdobył dany wykonawca i czy budowały one "doświadczenie (...) do wykonania zamówienia", a nie to, jakie było ich oznaczenie w klasyfikacji CPV.

Fakt, iż referencje dotyczą usługi świadczonej przez Agencję Pracy Tymczasowej, nie pozwala samo w sobie na stwierdzenie, iż jest to niezgodne z przedmiotem zamówienia, a tym bardziej, iż "nie jest tożsame z przedmiotem zamówienia". Nie ma bowiem takiego samoistnego rodzaju usługi, jakim byłoby "wykonywanie usług przez agencję pracy tymczasowej". Przez agencję pracy tymczasowej można bowiem wykonywać usługi malarskie, doradcze, ale także, np. usługi pocztowe polegające na wykonywaniu czynności z zakresu eksploatacji pocztowej oraz usług doręczania przesyłek, jak to miało miejsce w referencji zakwestionowanych przez Zamawiającego.

Także przepisy § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia nakazują oceniać "wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywane, dostawy lub usługi (...) odpowiadające swoim rodzajem (...) dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia", a nie usługi tożsame, identyczne usługom stanowiącym przedmiot zamówienia".

Wymaganie wykazywania się doświadczeniem tożsamym, nie pozwalałoby na rozwój przedsiębiorców. Wymaganie wykazywania się doświadczeniem tożsamym przez Poczta Polska, oznaczałoby, iż nie można byłoby postawić żadnego wymogu w zakresie doświadczenia w pierwszym przetargu w danym przedmiocie zamówienia (bo nikt wcześniej nie miałby doświadczeń "tożsamych", a być może miałby jedynie doświadczenia na usługi podobne, "odpowiadające"), zaś w drugim i każdym następnym przetargu w danym przedmiocie zamówienia, ze względu na tak rozumiane wymagania podmiotowe, mógłby brać udział tylko jeden wykonawca, to znaczy ten, który wygrał pierwszy przetarg, bowiem tylko on mógłby wykazać się doświadczeniami "tożsamymi", jak te wymagane.

Wykonywanie usług przez agencję pracy tymczasowej nie jest rodzajem usługi, ale sposobem jej wykonywania. W celu oceny, czy wykazane przez Odwołującego się usługi i okazane na tę okoliczność referencje są lub nie są "niezgodne z przedmiotem zamówienia", zbadać należy sam przedmiot świadczonych u tamtych zamawiających usług. Szereg referencji Odwołującego się dotyczy "usług w placówkach pocztowych", a pozostałe - usług analogicznych, choć wykonywanych dla innych niż poczty podmiotów. Jako takie, referencje te winny zostać przez Zamawiającego uwzględnione, jako zgodne z przedmiotem zamówienia opisanym w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze wszelkie referencje okazane przez Odwołującego się (w ofercie oraz jako uzupełnienie) uznać należy, iż opis przedmiotu zamówienia obecnego postępowania pokrywa się z czynnościami, które wykonywali pracownicy Odwołującego się w ramach pracy tymczasowej.

Gdyby celem powyżej przywoływanego przepisu rozporządzenia było, aby wykazywane dostawy były identyczne, z pewnością zostałyby to zapisane w taki sposób w ustawie bądź w rozporządzeniu. W rzeczywistości zwrot "odpowiadających swoim rodzajem dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia" musi być tłumaczony jako wymóg wykazania zdobycia w przeszłości doświadczeń podobnych, zbliżonych, odpowiadających rodzajowi przedmiotu zamówienia, co do realnego zakresu zadań tego przedmiotu zamówienia (a nie co do nazwy tego zamówienia). Stanowisko powyższe potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO/UZP 1422/07).

Odwołujący się zwraca również uwagę, że Zamawiający bezpodstawnie pomija inne złożone referencje, wystawione przez: Canal+ Cyfrowy Sp. z o.o., Willson & Brown WB Sp. z o.o. S.K.A., FM LOGISTICS, REAL Sp. z o.o. i Spółka S.K., p.p.u.p. „Poczta Polska” Centrum Poczty OR Wrocław - Województwo, p.p.u.p. „Poczta Polska” Centrum Poczty OR w Łomży. Zamawiający nie odniósł się do tych referencji, a jedynie skwitował je ogólnikowo stwierdzeniem: "przedłożone "referencje", dotyczą usługi rekrutacji pracowników tymczasowych (umowy z agencją pracy tymczasowej - CPV 74.50.00.00-4) i skierowania ich do pracy". Tym samym, Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, który

wymaga zawiadomienia wykonawców wykluczanych z postępowania, poprzez "podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3". Podobnie stanowi art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Obydwa powyższe przepisy wymagają nie samego wskazania podstawy prawnej, ale uzasadnienia tejże czynności, czyli także wskazania dlaczego Zamawiający dokonał wykluczenia. Skoro Zamawiający otrzymał wykaz aż 9 dostaw i 9 referencji, winien w uzasadnieniu omówić każdą z tych dostaw i uzasadnić, dlaczego (faktycznie i prawnie), uznał, że nie potwierdza ona zdolności podmiotowej wykonawcy. Obecnie, Odwołujący się nie wie, dlaczego Zamawiający nie uwzględnił części referencji.

Poza tym Odwołujący się zauważa, iż w piśmie Zamawiającego z dnia 8 maja 2009 r., stanowiącym rozstrzygnięcie innego protestu Odwołującego się, ale poruszającego ten sam aspekt, Zamawiający stwierdza, iż Odwołujący się "na wezwanie zamawiającego, zawarte w piśmie z dnia 20 kwietnia 2009 r., udzieliła wyjaśnień oraz przedłożyła dokumenty, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. (...) Informujemy, że poprzez udzielenie wyjaśnień, odnośnie wykazanych w ofercie wskaźników świadczonej usługi, Zamawiającemu chodziło o wskazanie wiarygodnych źródeł (w formie wyjaśnień), pozwalających na uzyskanie przedmiotowych wyników lub też o wskazanie rodzajów przeprowadzonych badań wydajności pracy. Zamawiającemu w tym przypadku, nie chodziło o dokumenty, jak błędnie zinterpretowano." Jest zatem niezrozumiałe, jakie to okoliczności zmieniły się po stronie Zamawiającego pomiędzy 8 a 20 maja 2009 r. W dniu 8 maja 2009 r. Zamawiającemu chodziło o wyjaśnienia "lub też o wskazanie rodzajów przeprowadzonych badań wydajności pracy", ale w dniu 20 maja 2009 r., Zamawiającemu już te wyjaśnienia nie wystarczały i nadal domagał się dokumentów. Nie inaczej bowiem, niż jako oczekiwanie złożenia dokumentów, można zinterpretować zwrot Zamawiającego: "wyjaśnienia powinny zawierać wiarygodne, konkretne źródła".

Wyjaśnienia Odwołującego się, złożone w dniu 23 kwietnia 2009 r., zawierały m.in. informacje dotyczące parametrów "wydajności usług". Wśród nich były wymienione: kilkuletnie obserwacje wydajności pracy pracowników Odwołującego się, własne testy dokonane przed złożeniem oferty dla Zamawiającego, doświadczenia lat ubiegłych, uwzględniające średnią wydajność pracy uzyskaną przez personel każdego roku, posiadane dane przedstawiające liczbę zrealizowanych umów i wolumen poszczególnych czynności stanowiących przedmiot obecnego zamówienia lub też odpowiadających rodzajowi obecnego przedmiotu zamówienia, ustalenie jako podstawy określenia wydajności wykonywania poszczególnych czynności wydajności pracownika doświadczonego, świadczenie usług przez wykwalifikowany i doświadczony w wykonywaniu czynności pocztowych personel (na rzecz innych placówek Poczty Polskiej), wieloletnie doświadczenie w procesach rekrutacji, umożliwiające odpowiedni dobór personelu, specjalne kursy

komputerowe, dedykowane szkolenia oferowane pracownikom, odpowiedni dobór rekrutowanego personelu, wykorzystywanie w procesie selekcji i doboru pracowników testów manualnych, celem pozyskania tylko spełniających określone wymogi kandydatów, wykorzystywanie w procesie selekcji i doboru pracowników testów szybkiego pisania celem pozyskania tylko spełniających określone wymogi kandydatów, uzyskiwanie w trakcie doświadczeń wyników wydajności wyższych, niż zaoferowane Zamawiającemu.

Z ww. punktów, Zamawiający wybrał tylko jeden fragment dotyczący "ponadprzeciętnych osiągnięć pracowników "LEASINGTEAM". Jednak i ten fragment wyjaśnień został przez Zamawiającego wadliwie wykorzystany, w sposób wskazujący na jego błędne zrozumienie. W treści wyjaśnień Odwołującego się, zwrot: "ponadprzeciętne osiągnięcia pracowników LEASINGTEAM Sp. z o.o." był użyty jako wniosek, a nie jako wyjaśnienie. Wskazanie przyczyn, z powodu których Odwołującemu się udaje się uzyskiwać tak dobre wyniki, zastały zawarte w wyjaśnieniach.

Zdaniem Odwołującego się, korespondencja prowadzona z Zamawiającym, zawiera dowody na uprzedzenie do jego oferty lub też jego samego, co z kolei oznaczałoby brak „bezstronności i obiektywizmu”. W odniesieniu do Odwołującego się podejmowane są bowiem próby polemiki pozamerytorycznej, wskazujące na dokonywanie pozamerytorycznej oceny, tak Odwołującego się jak i jego oferty. Zamawiający poświęcił kilka tygodni na spory dotyczące aspektu wydajności, którego w myśl własnego SIWZ, nie zamierzał badać ani oceniać, inaczej niż poprzestając na wartościach zadeklarowanych w ofertach. Takich działań Zamawiający nie podejmował w stosunku do parametrów wydajności w ofertach pozostałych wykonawców. Także wręcz zdawkowe uzasadnienie wykluczenia Odwołującego się jest przejawem niewłaściwego traktowania jego woli, co do udziału w przedmiotowym przetargu.

W dniu 3 czerwca 2009 r. „PAMAR” Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia, z żądaniem oddalenia protestu. Przystępujący stwierdza, że warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu zostały określone zgodnie z przepisami prawa, jak również zostały one w sposób wyraźny doprecyzowane przez Zamawiającego pismem z dnia 16 marca 2009 roku. Wynika z niego wprost, że warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu jest spełnianie przez Wykonawcę następującego warunku: wykazanie się realizacją co najmniej dwóch usług z zakresu eksploatacji pocztowej, jak również co najmniej dwóch usług z zakresu doręczania przesyłek nierejestrowanych.

Analiza dokumentów Odwołującego się złożonych wraz z ofertą, jak również analiza dokumentów dostarczonych do Zamawiającego, w wyniku wezwania do złożenia dokumentów, nie wykazuje, że Odwołujący się spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Z dokumentów zgromadzonych w toku postępowania, wynika wyłącznie prawdopodobne wykonanie jednej usługi polegającej na doręczaniu przesyłek nierejestrowanych na rzecz p.p.u.p. Centrum Poczty Wrocław Województwo, co wynika wyłącznie z treści dokumentu wystawionego przez p.p.u.p. Centrum Poczty Wrocław Województwo, zaś załączona wraz z referencją umowa stanowi o kierowaniu osób do pracy tymczasowej a nie wykonywania usługi polegającej na doręczaniu przesyłek nierejestrowanych. Przedłożony w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów dokument wystawiony przez p.p.u.p. „Poczta Polska” Centrum Poczty Oddział Rejonowy Wrocław - Miasto stwierdza, że Odwołujący się wykonywał wyłącznie czynności polegające na pełnieniu nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem czynności przez pracowników kierowanych do pracy tymczasowej na rzecz Poczty Polskiej - czym tylko potwierdza postawioną powyżej argumentację o braku należytego doświadczenia w realizacji usługi polegającej na doręczaniu przesyłek nierejestrowanych.

Referencje udzielone przez firmę REAL Sp. z o.o. i S.K.A. odnoszą się do świadczenia usług doręczanie druków bezadresowych, co nie jest usługą odpowiadającą swoim rodzajem usłudze doręczania druków nierejestrowanych. Zgodnie z obowiązującymi w chwili obecnej przepisami, wyłącznie operator pocztowy, posiada uprawnienia do doręczania druków nierejestrowanych i podlega on wpisowi do rejestru prowadzonego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej. Zarówno Odwołujący się, jak i podmiot wystawiający jej referencje, nie widnieją w prowadzonym przez UKE rejestrze, na dzień 3 czerwca 2009 r. Tym samym, nie można uznać, że Odwołujący się nie realizował usługi polegającej na doręczaniu druków nierejestrowanych, lecz wyłącznie realizowała usługę polegającą na doręczaniu przesyłek bezadresowych (zgodnie z treścią referencji).

Przystępujący stwierdza, że Odwołujący się w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, nie przedłożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, czym samodzielnie spowodował podjęcie przez Zamawiającego decyzji o jego wykluczeniu - stosownie do postanowień art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Ponadto, Odwołujący się wskazuje, że w piśmie Zamawiającego z dnia 20 maja 2009 r., Zamawiający nie odnosi kodów CPV do Odwołującego się, lecz wyłącznie czyni to w odniesieniu do pozostałych Wykonawców. Tym samym przedmiotowy zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezspornym dla Przystępującego pozostaje fakt, że Odwołujący się przedłożył wraz z ofertą dokumenty potwierdzające, że realizował on usługi polegające na rekrutacji pracowników i kierowania ich do pracy. Wprost, z załączonych dokumentów wynika, że Odwołujący się zawarł umowy o kierowanie osób do pracy tymczasowej, a nie umowy na realizację usług z zakresu eksploatacji pocztowej czy doręczania przesyłek nierejestrowanych, bądź też pełnił wyłącznie nadzór nad prawidłowym wykonywaniem

czynności przez pracowników kierowanych do pracy tymczasowej, na rzecz Poczty Polskiej. Tym samym działania Zamawiającego należy uznać za zgodne z obowiązującym prawem.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego się, o niezgodnym z prawem działaniem pracowników Zamawiającego, Przystępujący stwierdza, że nie zaobserwował w toku przedmiotowego postępowania zarzucanych Zamawiającemu naruszeń, a tym samym przyjąć należy, że jest to wyłącznie subiektywna ocena Odwołującego się.

W dniu 8 czerwca 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Załączone do oferty dokumenty, jak również złożonych na wezwanie zamawiającego, zawartego w piśmie z dnia 20 kwietnia 2009 r., dodatkowe dokumenty oraz wyjaśnienia, mające na celu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zarówno załączone do oferty referencje, jak i złożone dodatkowe dokumenty oraz wyjaśnienia, świadczą, że usługi dotyczą rekrutacji pracowników przez agencję pracy tymczasowej, co nie jest tożsame z przedmiotem zamówienia. Zamawiający zwraca uwagę, że w przypadku usługi o charakterze outsourcingowym - usługa eksploatacyjno-pocztowa, wykonywana jest na ryzyko i odpowiedzialność firmy outsourcingowej. W przypadku agencji pracy tymczasowej, ponosi ona odpowiedzialność jedynie za rekrutację i przekazanie pracowników o odpowiednich kwalifikacjach. Nie ponosi natomiast odpowiedzialności za wykonywanie usług przez pracowników na rzecz zamawiającego. Pracownik z wymaganymi kwalifikacjami, podlega pracodawcy - zamawiającemu i jest przez niego rozliczany z wykonywanych czynności.

Zamawiający nie dopatrył się również w prowadzonym postępowaniu, naruszenia żadnego z wymienionych w proteście, postanowień ustawy Pzp, jak również naruszenia przez Zamawiającego zasady bezstronności i obiektywizmu w prowadzonym postępowaniu.

W dniu 18 czerwca 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. W uzasadnieniu dodatkowo podnosi, iż od strony formalnoprawnej, umowa o świadczenie usług nie jest tożsama z umową zawieraną z agencją pracy tymczasowej. Jednak rzecz, w zakresie potwierdzania zdolności podmiotowej wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego, polega nie na wykazywaniu wykonania takiej samej od strony formalnoprawnej umowy, ale na wykazaniu zdobycia "odpowiadającego" doświadczenia. Doświadczenie może zaś być nabywane na podstawie różnych tytułów prawnych.

Zgodnie z pkt 4.1 SIWZ, przedmiot zamówienia dotyczy świadczenia usługi polegającej na wykonywaniu wybranych zadań eksploatacyjnych i czynności pocztowych w placówkach pocztowych, a konkretny, uszczegółowiony wymagany zakres prac ujęto w



opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, gdzie wymieniono: wpisywanie przesyłek rejestrowanych do dokumentu oddawczego-ręcznie, wpisywanie przesyłek rejestrowanych do dokumentu oddawczego - komputerowo, opracowywanie i przygotowywanie paczek i przesyłek pobraniowych, rozładunek i załadunek przedmiotów ładunku (worek, kaseeta, paczka, pakiet), opracowywanie przesyłek listowych nierejestrowanych - ręcznie, opracowywanie przesyłek listowych rejestrowanych-ręcznie, opracowywanie druków bezadresowych, doręczanie przesyłek nierejestrowanych, przyjmowanie przesyłek od masowych nadawców, obsługa klientów indywidualnych, wprowadzanie danych do dokumentacji pocztowej, czynności pomocnicze.

Opis przedmiotu zamówienia obecnego postępowania pokrywa się z czynnościami, które wykonywali pracownicy Odwołującego się, w ramach wykonywania umów na zasadach pracy tymczasowej. Dostarczone referencje, dotyczące usług świadczonych jako agencja pracy tymczasowej, potwierdzają, że pracownicy Odwołującego się wykonywali czynności objęte przedmiotem zamówienia i że doskonale zna on specyfikę pracy objętej przedmiotem zamówienia, wymogi dotyczące norm, jakości wykonywanych prac, posiada więc w zakresie wykonywania tych czynności "odpowiadające doświadczenie".

W celu wykazania "odpowiedniości" usług z referencji Odwołujący się dokonał porównania przedmiotu zamówienia z usługami uprzednio świadczonymi, jako agencja pracy tymczasowej dla innej placówki Poczty Polskiej (co samo już świadczy o podobieństwie stanów faktycznych), poprzez porównanie postanowień wzoru umowy załączonej do SIWZ (załącznik nr 6) z uprzednio wykonywanymi czynnościami agencji pracy tymczasowej. Wyniki tej analizy nie pozwalają na zakwestionowanie referencji, gdyż:

- a) § 1 pkt 2 wzoru umowy - analogicznie, jak w przypadku pracy tymczasowej, Zamawiający składa zamówienia na wykonanie czynności w określonym miejscu i czasie,
- b) § 1 pkt 5 wzoru umowy - analogicznie, jak w przypadku pracy tymczasowej, Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wykonanie umowy oraz za powierzone pracownikom Wykonawcy mienie (warunkiem koniecznym świadczenia usługi pracy tymczasowej jest przyjęcie na siebie takiej odpowiedzialności przez agencję pracy tymczasowej),
- c) § 3 pkt 1 wzoru umowy - zapis ten wyraźnie wskazuje, że Zamawiający będzie decydował, ile osób i w jakim czasie będzie niezbędnych do jego dyspozycji oraz że Zamawiający będzie składał zamówienie na określony czas na określoną ilość osób - są to postanowienia typowe dla pracy tymczasowej, gdyż w niej właśnie najistotniejszą rzeczą jest zadbanie o dyspozycyjnych pracowników,
- d) § 3 pkt 2 wzoru umowy - wymóg przedstawiania Zamawiającemu listy osób przed podjęciem pracy jest typowy dla pracy tymczasowej,

e) § 3 pkt 3 wzoru umowy - zadaniem Wykonawcy jest dostarczenie pracowników do określonej jednostki Zamawiającego i poinformowanie ich o tym, jakie czynności powinni wykonać - są to dokładnie te same czynności, co w przypadku pracy tymczasowej; to Zamawiający pokazuje pracownikom Wykonawcy, co dokładnie trzeba zrobić, określa czas i miejsce, decyduje też o tym, który pracownik Wykonawcy nie spełnia wymogów. Tak więc to Zamawiający nadzoruje wykonywanie pracy przez pracowników Wykonawcy, co jest typowe dla pracy tymczasowej,

f) § 3 pkt 5 wzoru umowy - identycznie jak w przypadku pracy tymczasowej, w drodze pisemnego porozumienia, wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z realizacją usługi wynikające w szczególności z przepisów prawa pracy np.: listy obecności, grafiki pracy, szkolenie ogólne BHP i inne,

g) § 8 pkt 1 i 2 wzoru umowy - są to zapisy identyczne z zapisami umów zawieranych przez Wykonawcę na usługi pracy tymczasowej w każdej umowie z pocztą na usługi pracy tymczasowej (Wykonawca, zobowiązuje się do wymiany pracowników, w przypadku których stwierdzono wykonywanie zadań na poziomie odbiegającym od przyjętych standardów efektywności, ponadto wykonawca zobowiązuje się do pokrywania kosztów związanych z uchybieniami, reklamacjami, uszkodzeniami przesyłek, itp. jak w zapisach § 9 pkt 1 c), d), e) wzoru umowy. Co więcej, w umowach pracy tymczasowej zawieranych z Poczta Polska zakres obowiązków Wykonawcy jest nawet większy - Wykonawca zobowiązany jest do wymiany pracownika nie tylko w przypadku uchybień, ale na żądanie Poczty Polskiej,

h) § 9 pkt 1 wzoru umowy - podobnie jak w przypadku pracy tymczasowej, Wykonawca odpowiada za niedostarczenie pracowników w określonym terminie, lub niewykonywanie przez pracowników usługi,

i) § 9 pkt 1 g) wzoru umowy - niewypłacenie wynagrodzenia dla Wykonawcy w przypadku dostarczenia pracownika, który nie wykonuje pracy w sposób należyty, jest typowe dla pracy tymczasowej.

Odwołujący się podnosi, iż skoro dany przedsiębiorca prawidłowo wykonuje przy pomocy zatrudnianych pracowników identyczne czynności na rzecz Zamawiającego, jako agencja pracy tymczasowej i jako zleceniobiorca, to brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że referencje jako agencji pracy tymczasowej są niezgodne z przedmiotem niniejszego zamówienia. O tym czy wykazywane w ramach referencji wiedza i doświadczenia "odpowiadają swoim rodzajem" usługom wskazywanym jako wymagane w SIWZ, nie świadczy przecież ich nazwa, jedynie mechanicznie porównywana z nazwa użytą w SIWZ, ale rzeczywisty przedmiot, realne prace wykonywane przez wykonawcę umowy.

Odwołujący się wnosi o przeprowadzenie dowodów z: przesłuchania strony – Odwołującego się w osobie p. Andżeliki M. i p. Macieja M., przesłuchania świadków - pracowników Odwołującego się w osobach: Katarzyna K. - Kierownik ds. Kluczowych

Klientów, Agnieszka C. -Kierownik Działu Operacyjnego, Dorota B. -Kierownik Działu Doradztwa Personalnego na okoliczność charakteru doświadczenia zdobywanego przy wykonywaniu innych umów, w tym jako umów jako agencja pracy tymczasowej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił przystąpienie „PAMAR” Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowanego na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pkt 8.1 SIWZ Zamawiający sformułował warunki udziału w niniejszym postępowaniu. I tak Zamawiający postanowił, iż niezbędną wiedzą i doświadczeniem na potrzeby przedmiotowego postępowania legitymują się wykonawcy, którzy wykazą, że wykonali w okresie ostatnich trzech lat, przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie usługi, odpowiadające swoim rodzajem usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia (usługi wykonywania czynności z zakresu eksploatacji pocztowej oraz usługi doręczania przesyłek nierejestrowanych) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie (pkt 8 lit. b SIWZ). W celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku należało przedstawić wykaz wykonanych usług, o których mowa wyżej, z podaniem wskazanych informacji i wymaganymi dokumentami (pkt 8.2 lit. g SIWZ).

Pismem z dnia 16 marca 2009 r. Zamawiający wyjaśnił, iż „uzna za spełniającego warunki postępowania Wykonawcę, który przedstawi wykaz wykonanych lub wykonywanych (świadczenia okresowe lub ciągłe) usług – w okresie ostatnich trzech lat, przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch usług potwierdzonych zawarciem odrębnych umów odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Za usługi wykonywania czynności z zakresu eksploatacji pocztowej zamawiający uzna łączną realizację zadań eksploatacyjnych wymienionych w załączniku Nr 1 do SIWZ w p. 1a, 1b, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11. Za usługi wykonywania czynności doręczania przesyłek zamawiający uzna zadania eksploatacyjne wymienione w p. 7, zał. Nr 1 do SIWZ. Jako doświadczenie Wykonawca winien wykazać co najmniej dwie umowy z zakresu eksploatacji pocztowej lub co najmniej dwie umowy w których w każdej z nich realizował bądź realizuje czynności z zakresu eksploatacji pocztowej jak również doręczania przesyłek nierejestrowanych, tzn.

każda z tych umów obejmuje zadania eksploatacyjne zawarte w zał. Nr 1 do SIWZ” (odpowiedź 1). Fakt, iż wyjaśnienia są obowiązujące, jest bezsporny między stronami.

Na tle tak sformułowanego warunku zarysował się spór, czy usługi wykazane przez Odwołującego się spełniają wymagania Zamawiającego. Jak wskazał bowiem Zamawiający w treści rozstrzygnięcia protestu, „zarówno załączone do oferty „referencje” jak i złożone dodatkowe dokumenty oraz wyjaśnienia, świadczą, że usługi dotyczą rekrutacji pracowników przez Agencję Pracy Tymczasowej, co nie jest tożsame z przedmiotem zamówienia”. Z powyższego wynika, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z dwoma płaszczyznami sporu. Pierwszą, jest tożsamość usługi, drugą zaś forma realizacji usługi.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony, oczekuje wykazania usług tożsamych z przedmiotem zamówienia. Nie wynika to, ani z brzmienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, ani z treści wyjaśnień, gdzie Zamawiający wskazuje, iż wymaga usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Z pewnością więc nie chodzi o usługi identyczne. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w dalszej części wyjaśnień. Zamawiający wskazuje, że doświadczenie posiada ten wykonawca, który wykaże co najmniej dwie umowy z zakresu eksploatacji pocztowej lub co najmniej dwie umowy obejmujące czynności z zakresu eksploatacji pocztowej i doręczania przesyłek nierejestrowanych. Użycie funktora „lub” oznacza, iż wykazanie się co najmniej jedną grupą umów jest wystarczające dla potwierdzenia warunku wymaganego doświadczenia. Sam Zamawiający więc, dokonując wyjaśnień, godzi się na sytuację w której, wymagane doświadczenie nie oznacza doświadczenia opartego na realizacji wszystkich czynności wymienionych w załączniku nr 1 do SIWZ. Zamawiający staje na stanowisku, iż realizacja co najmniej dwóch umów z zakresu eksploatacji pocztowej bądź co najmniej dwóch umów z zakresu eksploatacji i doręczania przesyłek, wyczerpuje wymagania Zamawiającego. Nie jest zatem konieczne dla wykazania „odpowiedniości” doświadczenia wykazanie się doświadczeniem w zakresie doręczania przesyłek nierejestrowanych. W tych okolicznościach, zarówno w świetle SIWZ, jak i przepisów powoływanego rozporządzenia, brak podstaw do żądania przedstawienia usług tożsamych, identycznych.

Rozstrzygnięcie drugiej płaszczyzny sporu sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy świadczenie usług, nawet przedmiotowo zbieżnych z przedmiotem zamówienia, jako agencja pracy tymczasowej pozbawia wykonawcę możliwości legitymowania się doświadczeniem w zakresie świadczenia przedmiotowych usług. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Powyższy pogląd wynika z następujących przyczyn: po pierwsze, ustawodawca w przepisie § 1 ust. 2 pkt 2 powoływanego rozporządzenia nie uzależnia możliwości potwierdzenia wymaganego doświadczenia od formy świadczenia usług. Dla

oceny, czy wskazane usługi odpowiadają rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia istotny jest ich zakres. Świadczy o tym odwołanie się do przedmiotu zamówienia, a nie do innych jego cech. Po drugie, Zamawiający błędnie przyjmuje, iż przedmiotem działalności agencji pracy tymczasowej są usługi rekrutacji pracowników. Jak wynika bowiem z przepisów ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz. U. z 2003 r., Nr 166, poz. 1608 ze zm.), dalej „u.z.p.t.”, agencja jest szczególnym rodzajem pracodawcy (art. 1 u.z.p.t.). Agencja zatrudnia bowiem pracowników wyłącznie w celu wykonywania pracy tymczasowej na rzecz i pod kierownictwem pracodawcy użytkownika (art. 2 pkt 2 u.z.p.t.). Zaś, praca tymczasowa oznacza wykonywanie na rzecz danego pracodawcy użytkownika, przez okres nie dłuższy niż wskazany w ustawie, zadań: o charakterze sezonowym, okresowym, doraźnym lub których terminowe wykonanie przez pracowników zatrudnionych przez pracodawcę użytkownika nie byłoby możliwe, lub których wykonanie należy do obowiązków nieobecnego pracownika zatrudnionego przez pracodawcę użytkownika (art. 2 pkt 3 u.z.p.t.). Agencja pracy tymczasowej zatrudnia pracowników tymczasowych na podstawie umowy o pracę na czas określony lub umowy o pracę na czas wykonania określonej pracy (art. 7 u.z.p.t.). Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, iż agencja pracy tymczasowej może wykonywać różnego rodzaju działalność, przedmiot zadań wykonywanych przez pracowników agencji może być bowiem dowolnie określony, z tym zastrzeżeniem, że świadczona praca musi mieć charakter pracy tymczasowej. W związku z powyższym, z faktu świadczenia usług przez agencję pracy tymczasowej nie można wywodzić, że przedmiotem świadczenia usług są usługi rekrutacji pracowników. W opinii Izby, wykonawcy, który świadczy usługi na rzecz innego podmiotu, będącego jednocześnie pracodawcą użytkownikiem, nie sposób odmówić doświadczenia w zakresie przedmiotu czynności wykonywanych przez jego pracowników. Skoro uznaje się, że członek konsorcjum nabywa doświadczenie w zakresie działalności całego konsorcjum, a wykonawca również w przedmiocie świadczenia przez podwykonawcę, nie wkraczając w sferę wiążącego ich stosunku prawnego, to tym bardziej brak podstaw do kwestionowania doświadczenia wykonawcy, ze względu na rodzaj zatrudnienia pracowników. Zauważyć również należy, iż zawsze zamówienie realizowane jest przy udziale określonej grupy osób, którą mogą łączyć z wykonawcą różne byty prawne, może to być umowa o pracę, jak ma to miejsce w przypadku agencji pracy tymczasowej, ale też inna umowa cywilno prawna. Jaki charakter ma stosunek wiążący wykonawcę z tym osobami nie podlega badaniu Zamawiającego, pozostaje to bowiem bez wpływu na zdobywane doświadczenie. Nie ma bowiem wątpliwości, wbrew stanowisku Zamawiającego i Przystępującego, że doświadczenie zdobywa wykonywana. Zwrócić bowiem należy uwagę, że na gruncie zamówień publicznych, doświadczenie odnoszone jest do wykonawcy, a nie do pracowników (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Skoro, zaś wykonawcą jest osoba fizyczna,

osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 11 ustawy Pzp), to należy uznać, iż Odwołujący się jako strona umowy realizująca wskazane zamówienia, zdobywa doświadczenie w zakresie, który stanowi przedmiot zamówienia.

Argument, iż przedmiot wykazywany usług opisywany był za pomocą kodu CPV 74.50.00.00-4 – umowy z agencją pracy tymczasowej nie ma znaczenia dla ustalenia posiadanego doświadczenia. Powołany kod wskazuje jedynie, że określone rodzaje usług były świadczone przez pracowników tymczasowych. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zawartym w piśmie z dnia 20 maja 2009 r., żaden z wystawców referencji nie stwierdza, iż przedmiotem świadczonej przez Odwołującego się usługi była rekrutacja pracowników. Niezależnie od powyższego, należy stwierdzić, co słusznie podnosi Przystępujący, iż argumentacją tą, nie posługiwał się Zamawiający w stosunku do Odwołującego się.

Dokonanie przez Zamawiającego porównania usług o charakterze outsourcingowym i świadczonych przez agencję pracy tymczasowej, w celu wykazania istotnych różnic, przemawiających za niezaliczeniem tych drugich do wymaganego doświadczenia, obnaża wadliwość postępowania Zamawiającego. Sam Zamawiający bowiem wskazał, jakie usługi (określając ich rodzaj) będą stanowiły o wymaganym doświadczeniu. W tym aspekcie Zamawiający odwołał się jedynie do zakresu usług, stąd niedopuszczalne jest na etapie oceny ofert, zarówno w świetle postanowień SIWZ, jak i powszechnie obowiązujących przepisów prawa (cytowanego rozporządzenia), wprowadzanie dodatkowych elementów, w oparciu o które dokonywana będzie ocena. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, wskazuje, iż dla oceny czy doświadczenie odpowiada rodzajem przedmiotowi zamówienia, mają wpływ również inne okoliczności, m.in. odpowiedzialność ponoszona przez wykonawcę. W przypadku firmy outsourcingowej usługi wykonywane są na jej odpowiedzialność, zaś agencja pracy tymczasowej zwolniona jest z tej odpowiedzialności. Dla ścisłości, wskazać należy, iż agencja pracy tymczasowej jest obowiązana do naprawienia szkody wyrządzonej pracodawcy użytkownikowi przez pracownika tymczasowego przy wykonywaniu pracy tymczasowej (art. 19 u.z.p.t.). Zaś, prawa i obowiązki pracodawcy użytkownika i agencji pracy tymczasowej w zakresie nieuregulowanym w ustawie (u.z.p.t.) określa zawarta między nimi umowa (art. 25 u.z.p.t.). Ponadto zauważyć należy, że w przypadku outsourcingu, określone czynności realizowane są w sposób określony przez zleceniobiorcę, zaś w przypadku zadań eksploatacyjnych, czy czynności pocztowych sposób ich wykonania absolutnie nie jest określany przez podmiot zewnętrzny. Jakiegokolwiek wykazywanie więc przewagi doświadczenia w przedmiocie outsourcingu, w zakresie „odpowiedniości”, nad tym zdobywanym przez agencję, jest nieuzasadnione.

Fakt, iż Zamawiający dokonał oceny oferty, jak i dołączonych do niej dokumentów oraz dokumentów uzupełnionych, pod kątem tożsamości usług i ich świadczenia przez agencję pracy tymczasowej, powoduje, iż postępowanie Zamawiającego w przedmiocie oceny tych dokumentów, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego się z postępowania obarczone jest błędem. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany jest powtórzyć ocenę ofert uwzględniając powoływane postanowienia SIWZ i wyjaśnienia z dnia 16 marca 2009 r. Na marginesie wskazać należy, iż z dokumentów wystawionych przez REAL Sp. z o.o. i Spółka S.K., Canal+ Cyfrowy Sp. z o.o., pierwotnie dołączonych do oferty, ani uzupełnionych, nie wynika, iż usługi dotyczą rekrutacji pracowników przez agencję pracy tymczasowej (niezależnie od faktu, iż świadczenie usług przez agencję nie przesądza o rodzaju świadczonych przez nią czynności).

Skoro dla Zamawiającego, wystarczające było stwierdzenie świadczenia usług przez agencję pracy tymczasowej, dla nie uznania doświadczenia Odwołującego się, oznacza to, że Zamawiający nie badał przedmiotu czynności świadczonych przez pracowników agencji, de facto Wykonawcę. Powyższe potwierdza pismo z dnia 20 maja 2009 r., w którym Zamawiający stwierdza, iż Odwołujący się nie spełnił wymaganego warunku doświadczenia, gdyż złożone dokumenty „świadczą, że usługi dotyczą rekrutacji pracowników przez Agencję Pracy Tymczasowej co nie jest tożsame z przedmiotem zamówienia.” W związku z powyższym, twierdzenia Przystępującego dotyczące oceny złożonych dokumentów pod kątem rodzaju czynności i ich zgodności z przedmiotem zamówienia pozostają w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego i jako takie, na podstawie przepisu art. 184 ust. 5 ustawy Pzp, nie mogą być brane pod uwagę. Przystępujący nie może bowiem zgłaszać przystąpienia do postępowania, w zakresie wykraczającym poza stanowisko Zamawiającego. W istocie w przystąpieniach, Przystępujący wkroczył w kompetencje Zamawiającego, dokonując dalej idącej oceny dokumentów, niż uczynił to Zamawiający. Myli się jednakże Przystępujący twierdząc, iż należało się wykazać „realizacją co najmniej dwóch usług z zakresu eksploatacji pocztowej, jak również co najmniej dwóch usług z zakresu doręczania przesyłek nierejestrowanych”. Wykaz miał obejmować przynajmniej dwie usługi, a nie jak twierdzi Odwołujący się, cztery. Ponadto, rodzaj wymaganych usług wynika wprost z analizowanych postanowień SIWZ, potwierdzonych treścią wyjaśnień z dnia 16 marca 2009 r., gdzie dla potwierdzenia doświadczenia wystarczające jest realizowanie usług z zakresu eksploatacji pocztowej, o czym była mowa wyżej. Konieczność przedstawienia doświadczenia w zakresie doręczania przesyłek nierejestrowanych, nie wynika więc, wbrew temu co twierdzi Odwołujący się z postanowień SIWZ.

Co do zarzutu wydajności świadczonej usługi, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż Zamawiający w pkt 9.1 SIWZ określił, jakie dokumenty składają się na ofertę, wymieniając

wśród nich m.in. Formularz deklarowanej wydajności , z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 3b (pkt 9.1, ppkt i SIWZ).

Pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się do złożenia „wyjaśnień dotyczących zadeklarowanych w załączniku nr 3b do SIWZ, ilości wpisywanych przesyłek, tj.: 115 szt., 250 szt., 160 szt., które to wielkości znacznie odbiegają od wymagań minimalnych (60 szt., 150 szt., 100 szt.). Według oceny Zamawiającego, wskazane przez Państwa ilości, nie są realne do zrealizowania w warunkach pocztowych. Prosimy o przedłożenie wyników badania wydajnościowego, przeprowadzonego na okoliczność wykonywania tych czynności oraz określenie, czy badanie obejmowało wyłącznie pracowników doświadczonych w wykonywaniu tej czynności, czy podane normy wydajnościowe są również adekwatne dla pracowników początkujących”.

W odpowiedzi, Odwołujący się wskazał m.in. iż wydajność świadczonej usługi została określona w oparciu o kilkuletnie obserwacje wydajności pracy pracowników Odwołującego się oraz własne testy dokonane przed złożeniem oferty dla Zamawiającego.

W piśmie informującym Odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania (pismo z dnia 20 maja 2009 r.) Zamawiający poinformował, iż „nie uznał złożonych wyjaśnień”, „wyjaśnienia powinny zawierać wiarygodne, konkretne źródła, pozwalające na uzyskanie przedmiotowych wyników lub też wskazywać rodzaj przeprowadzonych badań wydajności pracy”.

W tych okolicznościach zauważyć należy, iż Odwołujący się spełnił wszystkie wymagania Zamawiającego związane z określeniem wydajności świadczonej usługi. Po pierwsze, dołączył do oferty formularz deklarowanej wydajności, zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 3b. Po drugie, określił wydajność na poziomie przekraczającym wydajność minimalną określoną przez Zamawiającego. Zatem, Zamawiający nie miał podstaw, w świetle postanowień SIWZ, do żądania jakichkolwiek dodatkowych dokumentów, czy też żądania wyjaśnień składanych na podstawie dokumentów (co wynika z pisma z dnia 8 maja 2009 r.). Wymóg ten nie był bowiem wyartykułowany, ani nie znajdował oparcia w przepisach prawa (§ 3 ust. 1 powoływanego rozporządzenia). W związku z powyższym, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stąd przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego się nie był wskazany przepis. Zamawiający mógłby ewentualnie kwestionować przedmiotowe informacje zarzucając im nieprawdziwość, jednakże tego również nie uczynił. Powodem wykluczenia Odwołującego się z postępowania, jak wynika z pisma z dnia 20 maja 2009 r., nie była przedmiotowa okoliczność, a fakt niepotwierdzenia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). W tym miejscu należy zwrócić uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który z jednej strony, jako podstawę wezwania do złożenia wyjaśnień wskazuje przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, z drugiej strony w piśmie z dnia 8 maja 2009 r. odwołuje się do



przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co może rodzić uzasadnione wątpliwości co do charakteru oświadczenia z załącznika nr 3b. Stwierdzić jednakże należy, że wydajność to cecha świadczonej usługi, a nie warunek udziału w postępowaniu.

W tych okolicznościach Zamawiający zobowiązany był dokonać oceny oferty z uwzględnieniem kryterium wydajności świadczonej usługi, przy założeniu, iż wydajność przyjmowana jest na poziomie deklarowanej przez wykonawcę.

Wobec powyższego, zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 2 powoływanego rozporządzenia, należy uznać za chybiony, gdyż warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane przez Zamawiającego w sposób prawidłowy, zaś art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie stanowił podstawy wykluczenia Odwołującego się z postępowania.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy uznać za uzasadniony, gdyż dokumenty na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu zostały złożone i na wezwanie Zamawiającego uzupełnione, jednakże oceniono je w sposób wadliwy. Nie dokonano ich oceny w oparciu o faktycznie postawiony warunek. W konsekwencji, brak podstaw do uznania oferty za odrzuconą, na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W opinii Izby, nie sposób stwierdzić naruszenia przepisów: art. 24 ust. 3 oraz 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający w piśmie informującym o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, podał zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i prawne. Fakt, iż uzasadnienie faktyczne nie zostało przedstawione w formie oczekiwanej przez Odwołującego się, w sposób wyczerpujący, nie daje podstaw do twierdzenia, iż przedmiotowe uzasadnienie nie zostało przedstawione.

Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego się z przyczyn wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, przynajmniej nie wynika to z pisma z dnia 20 maja 2009 r., zobowiązany był jedynie do uznania oferty za odrzuconą na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, stąd zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, należy uznać za bezprzedmiotowy.

Dokonując wyboru oferty, Zamawiający nie odstąpił od kryteriów oceny ofert, ustalonych w SIWZ. Fakt, iż zakwestionował spełnienie okoliczności podlegającej ocenie, nie stanowi o przekroczeniu normy przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, należy uznać za uzasadniony. Zaś, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 2 ustawy Pzp nie znalazł, zdaniem Izby, potwierdzenia. Z faktu dokonania oceny dokumentów w sposób wadliwy nie można wywodzić twierdzenia, iż czynności podejmowane w postępowaniu dokonywane są w sposób stronniczy, czy nieobiektywny. Dla oceny przedmiotowej okoliczności, bez znaczenia pozostaje twierdzenie Przystępującego, iż nie zaobserwował w toku niniejszego

postępowania naruszenia przepisów prawa przez pracowników Odwołującego się. To, że Przystępującemu o naruszeniach nic nie wiadomo, nie oznacza jeszcze, że nie mają one miejsca.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 188 ust. 6 ustawy Pzp, nie uwzględniła wniosku Odwołującego się o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków, gdyż fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. ) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....