

WYROK
z dnia 17 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2014 r. przez wykonawcę **FallWork Sp. z o.o., 60 - 808 Poznań, ul. Zeylanda 6/5** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie, 01 – 473 Warszawa, ul. Kocjana 3**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Outworking Sp. z o.o. Sp. k, Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 10 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 11 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 12 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 15 Sp. k., 61 – 502 Poznań, ul. Langiewicza 2/10** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszej oraz wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Outworking Sp. z o.o. Sp. k, Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 10 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 11 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 12 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 15 Sp. k., 61 – 502 Poznań, ul. Langiewicza 2/10** i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Outworking Sp. z o.o. Sp. k, Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 10 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 11 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 12 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 15 Sp. k., 61 – 502 Poznań, ul. Langiewicza 2/10;**

2. kosztami postępowania obciąża **Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie, 01 – 473 Warszawa, ul. Kocjana 3** i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **FallWork Sp. z o.o., 60 – 808 Poznań, ul. Zeylanda 6/5** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2 zasądza od **Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli w Warszawie, 01 – 473 Warszawa, ul. Kocjana 3** na rzecz **FallWork Sp. z o.o., 60 – 808 Poznań, ul. Zeylanda 6/5** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

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

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*świadczenie usługi polegającej na skierowaniu pracowników tymczasowych do pracy na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli w Warszawie w okresie sześciu miesięcy*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 października 2014 r.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Outworking Sp. z o.o. Sp. k, Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 10 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 11 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 12 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 15 Sp. k. (dalej „Przystępujący” lub „Outworking”) oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wskazanych wykonawców. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca Outworking nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca Outworking złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy oferta Outworking obciążona jest błędem w obliczeniu ceny,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy złożenie oferty Outworking stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy oferta Outworking jest niezgodna z ustawą,
- 7) z ostrożności na wypadek nie uwzględnienia zarzutów z pkt 2-6: art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca Outworking nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 8) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która ze względu

na powyższe naruszenia nie może być uznana za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Outworking oraz powtórzenia badania oceny ofert i wykluczenie wykonawcy Outworking oraz odrzucenie jego oferty lub z ostrożności, nakazanie wezwania konsorcjum Outworking do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

W ocenie Odwołującego, wykonawca Outworking nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Po pierwsze, jak wskazał Odwołujący, usługa wykonywana dla Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie obejmowała mniejszą liczbę pracowników niż wymagał Zamawiający. Fakt ten został potwierdzony przez odbiorcę usługi. Tłumaczenie wykonawcy, że liczba pracowników wykonujących usługę może zostać zwielokrotniona ze względu na rotację pracowników, zdaniem Odwołującego, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem niniejszego postępowania jest skierowanie do pracy tymczasowej jednocześnie 61 pracowników, w związku z czym oczywistym jest, że Zamawiający wymagał doświadczenia w organizacji zatrudnienia takiej liczby pracowników jednocześnie. Dalej Odwołujący podniósł, że wykonawca Outworking nie wnosił do postanowień SIWZ żadnych zastrzeżeń ani zapytań. W ocenie Odwołującego, przyjęcie toku rozumowania prezentowanego przez wykonawcę Outworking może prowadzić do kuriozalnych wniosków. Uznanie, że skierowanie do pracy 41 pracowników, z których część podlegała rotacji spełnia wymóg skierowania do pracy ponad 50 pracowników może doprowadzić do wniosku, że dla wykazania spełniania warunku udziału wystarczy zawarcie umowy na skierowanie jednego pracownika. Jeżeli ten pracownik podlegałby rotacji 50-krotnie, tj. jedno stanowisko w odpowiednio długim czasie byłoby obsadzone łącznie przez 50 zmieniających się osób, to usługa ta tożsama byłaby, zdaniem Outworking, ze skierowaniem do pracy tymczasowej 50 pracowników tymczasowych.

Po drugie, jak wskazuje Odwołujący, przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenie”) pozwalają wprowadzić na zastąpienie poświadczenia odbiorcy oświadczeniem wykonawcy, jednak dotyczy to wyłącznie sytuacji, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Opieszałość wykonawcy nie jest obiektywną przyczyną niemożności uzyskania

poświadczenia. Podobnie powoływanie się na rzekomą tajemnicę.

Odwołujący podał, że wykonawca Outworking zamówienie na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie realizuje od 2 stycznia 2014 r. Co więcej, Wykonawca ten regularnie uczestniczy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co najmniej kilka razy w miesiącu. W ocenie Odwołującego, faktyczną przyczyną zaniechania przedłożenia poświadczeń wystawionych przez odbiorców usług była obawa przed ujawnieniem prawdziwych informacji, dotyczących parametrów wykonywanych usług. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, złożone przez Outworking oświadczenia nie zawierają informacji o należyтым wykonywaniu usług. W związku z powyższym nie powinno budzić wątpliwości, zdaniem Odwołującego, że wykonawca Outworking nie był upoważniony, w świetle obowiązujących przepisów, do zastąpienia poświadczeń własnymi oświadczeniami.

Po trzecie, w ocenie Odwołującego, świadczenie usług „*telefonicznej i korespondencyjnej obsługi klientów*” nie jest tożsame ze skierowaniem pracowników tymczasowych do prac biurowych. Nie ma przy tym znaczenia fakt wykonywania tej usługi przez podmiot mający status agencji zatrudnienia. Jak wskazuje Odwołujący, wybrany wykonawca na potrzeby niniejszego postępowania wykazuje brak różnicy między wykonywaniem usługi telefonicznej i korespondencyjnej obsługi klienta a kierowaniem pracowników do pracy tymczasowej.

W opinii Odwołującego, wykonawca Outworking złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Uczynił to świadomie, fakt ich nieprawdziwości wynika z dokumentów, które są ogólnodostępne. Celem złożenia nieprawdziwych informacji było uzyskanie zamówienia publicznego. Odwołujący podał, że w przypadku zamówienia realizowanego na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie, wbrew twierdzeniom Odwołującego o skierowaniu ponad 50 pracowników, zamówienie wykonywało 41 osób, co znajduje potwierdzenie w treści SIWZ i oświadczeniu pracownika tegoż Sądu z dnia 13 października 2014 r. Jeśli chodzi zaś o liczbę pracowników wykonujących usługę dla Enea Operator Sp. z o.o., Odwołujący powołując się na dokumentację postępowania, stwierdził, że do pracy skierowano poniżej 50 osób (około 30-40 osób), a przedmiotem usługi była telefoniczna i korespondencyjna obsługa klientów.

Odwołujący podniósł, że w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówień na usługi agencji pracy tymczasowej wykonawca Outworking nie miał trudności z interpretacją warunków udziału w postępowaniu, mimo że wielokrotnie brzmiały one (w zakresie ilości skierowanych pracowników) identycznie jak w niniejszym przetargu. W wykazach usług, składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, składał prawdziwe

informacje, zgodne z tymi, jakie podane były w SIWZ i umowach. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone nieprawdziwe informacje a uzasadnienie ich złożenia brakiem zrozumienia postanowień SIWZ, w ocenie Odwołującego, ma na celu jedynie ochronę przed konsekwencjami popełnionego czynu.

Odwołujący stoi na stanowisku, że oferta wykonawcy Outworking obarczona jest błędem w obliczeniu ceny. Jak podaje Odwołujący, usługi stanowiące przedmiot zamówienia objęte są podstawową stawką podatku VAT, tj. 23%. W ofercie wybranego wykonawcy stawką tą objęta została jedynie niewielka część zamówienia, tj. kierowanie do pracy koordynatorów prawnych. Większość zamówienia objęta została stawką „NP”. Zgodnie z wyjaśnieniem zawartym na stronie 4 oferty wykonawcy Outworking pięciu członków konsorcjum będzie w trakcie realizacji zamówienia korzystać ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2014 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.), nie przekraczając zarówno w bieżącym, jak i minionym roku podatkowym obrotów powyżej wskazanego w ustawie limitu 150.000,00 zł. W wyjaśnieniu tym wykonawcy przedstawili informację o ilości zatrudnianych pracowników przez kolejne spółki o nazwie Biuro Pracy Tymczasowej (dalej „BPT”).

Zdaniem Odwołującego, kalkulacja ceny oferty nie uwzględniła jednak dwóch faktów, które mają wpływ na wysokość kwoty zwolnienia. Po pierwsze, spółki o nazwach BPT 11 Sp. z o.o., BPT 12 Sp. z o.o. i BPT 15 Sp. z o.o. zostały założone 30 lipca 2014 r. Po drugie, realizacja przedmiotowego zamówienia ma rozpocząć się w listopadzie 2014 r., co oznacza wykonywanie zamówienia przez pełne 2 miesiące 2014 r.

O braku zwolnienia z podatku VAT w wysokości pozwalającej na wystawienie przez niektóre spółki konsorcjum faktur bez podatku VAT, w opinii Odwołującego, przesądza brzmienie przepisu art. 113 ust. 9 ustawy z dnia 11 marca 2014 r. o podatku od towarów i usług, mocą którego zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatnika rozpoczynającego w trakcie roku podatkowego wykonywanie czynności określonych w art. 5, jeżeli przewidywana przez niego wartość sprzedaży nie przekroczy, w proporcji do okresu prowadzonej działalności gospodarczej w roku podatkowym, kwoty określonej w ust. 1. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, definiuje rok podatkowy w art. 11 jako rok kalendarzowy, chyba że ustawa podatkowa stanowi inaczej.

Bezspornym jest, zdaniem Odwołującego, że rozpoczęcie prowadzenia działalności gospodarczej przez spółki BPT nie mogło nastąpić wcześniej niż zawarcie umowy spółki. Skoro zatem zawarcie umowy spółki nastąpiło w dniu 30 lipca 2014 r., to firmom tym przysługiwało zwolnienie z podatku VAT w okresie proporcjonalnym do całego roku, tj. w kwocie 45.616,56 zł na cały 2014 r. (dotyczy BPT 11 Sp. z o.o., BPT 12 Sp. z o.o. i BPT 15 Sp. z o.o.).

Jak wynika z treści oferty Outsourcing członkowie konsorcjum BPT 11 Sp. z o.o. i BPT 12 Sp. z o.o. w 2014 r. zrealizują usługi o wartości wyższej niż przysługujący im limit zwolnienia. Konsekwencją tego będzie opodatkowanie części wykonanych w grudniu 2014 r. usług stawką podstawową w wysokości 23% oraz utrata zwolnienia na cały rok 2015 r. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa nie jest możliwe wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia przez Przystępującego z przyjętą w ofercie stawką podatku VAT. Błędne ustalenie stawki podatku VAT klasyfikowane jest jako błąd w obliczeniu ceny, co obliuguje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy. W przedmiotowej kwestii Odwołujący powołał się na następujące orzeczenia: wyrok NSA z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt: I SA/Po 655/97, wyrok WSA w Opolu z 25 czerwca 2008 r., sygn. akt: I SA/Op 55/08, wyrok WSA w Opolu z dnia 9 lipca 2004 r., sygn. akt: I SA/Wr 3676/02, wyrok NSA z dnia 3 lutego 2000 r., sygn. akt: SA/Bk 37/99, wyrok NSA z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt: I SA/Po 655/97.

Dalej Odwołujący podniósł, że jak wynika z wykazu podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej (str. 22 oferty Outsourcing), do grupy kapitałowej Outsourcing należy obecnie 36 spółek. Spółki te zarejestrowane są pod tym samym adresem, mają taki sam zakres prowadzonej działalności oraz udziałowców. Nawet nazwy spółek są do siebie podobne, różnią się jedynie kolejnymi numerami. Działanie firm z nazwami „Biuro Pracy Tymczasowej” jest bardzo podobne - grupa kapitałowa liczy 16 spółek (strona 28 oferty).

Zdaniem Odwołującego, analiza dotychczasowej działalności ww. 52 spółek na rynku zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że jedynym celem ich zakładania jest uzyskanie zamówień publicznych dzięki korzystaniu ze zwolnienia z podatku VAT. W zależności od wartości zamówienia publicznego (ceny oferty) dobierana jest odpowiednia ilość spółek w celu utworzenia konsorcjum, które składa ofertę bez podatku VAT, korzystając z przysługującego zwolnienia do wysokości sprzedaży 150.000,00 zł rocznie dla każdej spółki. Działanie takie pozwala na eliminację wszystkich innych podmiotów z rynku - marże uzyskiwane na usługach kierowania pracownikami tymczasowymi są bowiem na poziomie kilku procent, w związku z czym zaniżenie ceny o wartość podatku VAT, tj. o 23%, gwarantuje uzyskanie zamówienia.

Jak podaje Odwołujący, Wykonawcy z grupy Outsourcing świadomi są jednak wysokości stałych kosztów, jakie ponosić musi każdy wykonawca, w związku z czym do uzyskania zamówienia nie muszą obniżać cen ofert o wartość podatku VAT. Wystarczy bowiem obniżenie ceny oferty o kilka procent, aby dla pozostałych wykonawców (płacących podatek VAT) wykonanie zamówienia stało się nieopłacalne. Pozostała część niezapłaconego podatku VAT stanowi dochód wykonawcy.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 Nr 153, poz. 1503), dalej u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Odwoływającego, złożenie oferty przez Outworking stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie art. 83 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm., dalej „k.c.”) nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów. Z kolei art. 58 § 1 k.c. stanowi, iż czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. W przedmiotowej sprawie, zdaniem Odwoływającego, mamy do czynienia z pozornym zawarciem umowy Konsorcjum w celu obejścia ustawy o podatku od towarów i usług. Lider konsorcjum jest zdolny do samodzielnego wykonania zamówienia. Pozostali członkowie Konsorcjum nie wykonywali do tej pory żadnej działalności gospodarczej - ich istnienie związane jest jedynie z wykorzystaniem limitu zwolnienia z podatku VAT w kwocie 150 tys. zł rocznie. Potwierdza to również sam wykonawca w swoim oświadczeniu złożonym na stronie 4 oferty. Zawarcie umowy Konsorcjum, w ocenie Odwoływającego, uznać należy za niebyłe i mające na celu obejście przepisów ustawy. W związku z powyższym oferta wykonawcy jest niezgodna z ustawą.

Na marginesie Odwoływający wskazał, że zgodnie z oświadczeniem zawartym na stronie 1 oferty Outworking została ona złożona wyłącznie w imieniu i na rzecz lidera konsorcjum, tj. firmy Outworking Sp. z o.o. Sp. k.

Odwoływający stoi na stanowisku, że oferta Outworking podlega odrzuceniu, z przyczyn o których powyżej, a sam wykonawca podlega wykluczeniu ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W związku z tym okoliczność niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może skutkować zastosowaniem dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże w przypadku uznania za zasadne zarzutu, dotyczącego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przy jednoczesnym oddaleniu pozostałych zarzutów, uprawnione staje się podniesienie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest świadczenie usługi polegającej na skierowaniu łącznie 61 pracowników tymczasowych do pracy na rzecz Zamawiającego, w okresie sześciu miesięcy (rozdział II pkt 1 ppkt 1 SIWZ).

Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia był obowiązek wykazania przez wykonawcę, „że wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przynajmniej 3 (trzy) usługi o wartości co najmniej 700.000,00 zł brutto w zakresie świadczenia usług polegających *na skierowaniu do pracy biurowej więcej niż 50 pracowników tymczasowych*, na okres trwający nieprzerwanie co najmniej 3 miesiące, do odbiorcy na podstawie jednego zamówienia oraz załączy dokumenty potwierdzające, że ta usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ” (rozdział IV pkt 1 ppkt 5 SIWZ).

W związku z powyższym wykonawca został zobowiązany do złożenia „wykazu co najmniej trzech usług wykonanych lub wykonywanych, o wartości nie mniejszej niż 700.000,00 złotych brutto każda (...) polegających *na skierowaniu do pracy biurowej, więcej niż 50 pracowników tymczasowych* na okres trwający nieprzerwanie co najmniej 3 miesiące, do odbiorcy na podstawie jednego zamówienia, wraz z podaniem ich wartości, odpowiadających wymaganiom określonym w ust. 1 pkt. 5) na wzorze stanowiącym Załącznik Nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie” (rozdział IV pkt 2 ppkt 8 SIWZ). Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „dokumentami, o których mowa są:

- a) *poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;*
- b) *oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia o którym mowa w lit. a).*

Wykonawca w miejsce poświadczeń, o których mowa wyżej, może przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług określone w § 1 ust. 1 pkt. 2 i 3 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r, poz. 231)” (rozdział IV pkt 2 ppkt 8 SIWZ).

Termin składania ofert upływał w dniu 9 października 2014 r. o godz. 10.00.

Wykonawca Outworking w swojej ofercie (strona 6) zamieścił wykaz usług, w którym wpisał trzy usługi polegające na „*skierowaniu pracowników tymczasowych do prac biurowych*” w liczbie „*ponad 50*” pracowników każda, realizowanych na rzecz: Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli w Warszawie (poz. 1), Sądu Rejonowego dla Warszawy-

Śródmieścia w Warszawie (poz. 2), Enea Operator Sp. z o.o. (poz. 3). Do oferty nie dołączono żadnych dokumentów wystawionych przez odbiorców usług, potwierdzających należyte wykonanie tychże usług. Na stronie 7 oferty znajduje się oświadczenie Outworking, że w okresie od 1 czerwca 2013 r. do 31 maja 2014 r. wykonał na rzecz Enea Operator Sp. z o.o. usługę o wartości przekraczającej 700.000,00 zł brutto, polegającą na skierowaniu ponad 50 pracowników tymczasowych, jednakże „ze względów formalnych, ponieważ jesteśmy zobligowani tajemnicą handlową i zawartą umową z klauzulą poufności, nie możemy ujawnić treści faktur.” Tego rodzaju oświadczenie Outworking złożył również w odniesieniu do usługi realizowanej dla Sądu Rejonowego Warszawa-Śródmieście w Warszawie, wskazując, że przedmiotowa usługa jest nadal realizowana, począwszy od dnia 1 stycznia 2014 r. Jednocześnie Wykonawca podał, że „ze względu na krótki okres pomiędzy ogłoszeniem o przetargu a terminem składania ofert nie jest możliwe przedłożenie poświadczenia.”

Pismem z dnia 13 października 2014 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o nieprawidłowościach w ofercie wykonawcy Outworking, w szczególności zakwestionował możliwość powołania się na usługi wymienione w poz. 2 i 3 wykazu jako referencyjne.

Zamawiający zwrócił się do Sądu Rejonowego Warszawa-Śródmieście w Warszawie oraz do Enea Operator Sp. z o.o. o udzielenie odnośnie referencyjnej usługi następujących informacji:

1. *„Na jaką kwotę została podpisana umowa?”*
2. *„Ilu pracowników tymczasowych zostało skierowanych do pracy na podstawie umowy?”*
3. *„Czy Wykonawca Outworking Sp. z o.o. Sp.k. podjął próbę pozyskania poświadczenia zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane?”*
4. *„Czy usługa wykonywana jest należyście?”* (wiadomość e-mail z dnia 13 października 2014 r.).

W odpowiedzi (wiadomość e-mail z dnia 13 października 2014 r.) Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie podał, że:

1. *„Wartość umowy nr SR/ŚR/83/13 zawartej z Konsorcjum firm, której liderem jest Outworking Sp. z o.o. Sp.k., opiewa na kwotę brutto 1.520.400,00 (...) złotych;*
2. *Przedmiotem umowy jest świadczenie przez wykonawcę usługi polegającej na skierowaniu do pracy 41 pracowników tymczasowych;*
3. *Spółka Outworking Sp. z o.o. Sp.k. w dniu 9 października 2014 r. o godz. 10.11 (za*

pośrednictwem poczty elektronicznej) wystąpiła do Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie o wystawienie poświadczenia z tytułu wykonywanej umowy nr SR/ŚR/83/13. Poświadczenie zostanie wystawione niezwłocznie po weryfikacji danych, o których wskazanie wносиła spółka;

4. *Usługa jest realizowana zgodnie z warunkami określonymi w umowie."*

Zaś Enea Operator Sp. z o.o. nie udzieliła odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania, domagając się wskazania przez Zamawiającego nazwy postępowania, którego zapytanie dotyczy oraz spółki z grupy Enea, z którą została podpisana umowa oraz podania personaliów osoby, która podpisała dokument potwierdzający należyte wykonanie prac, jeśli taki został złożony.

Pismem z dnia 14 października 2014 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Outworking, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, z wnioskiem o złożenie wyjaśnień i podanie następujących informacji:

- 1) *„Obiektywnych przyczyn z jakich wykonawca nie mógł złożyć poświadczeń należytego wykonania usług świadczonych na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieście w Warszawie oraz Enea Operator Sp. z o.o., zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.*
- 2) *W zakresie rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w oświadczeniu i wykazie dotyczącymi usługi polegającej na skierowaniu pracowników tymczasowych do Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie w zakresie liczby skierowanych pracowników tymczasowych do pracy (w wykazie oraz oświadczeniu wskazano, że skierowano ponad 50 pracowników tymczasowych) a informacją uzyskaną przez zamawiającego z Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie udzieloną w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, z której wynika, iż przedmiotem umowy było świadczenie przez wykonawcę usługi polegającej na skierowaniu do pracy 41 pracowników tymczasowych.*
- 3) *Czy usługa świadczona na rzecz Enea Operator Sp. z o.o. polegała na skierowaniu pracowników tymczasowych do pracy biurowej, gdyż zgodnie z informacjami o nieprawidłowościach w ofercie Outworking Sp. z o.o. Sp.k., usługa świadczona na rzecz Enea Operator Sp. z o.o. nie polegała na skierowaniu pracowników a zleceniobiorców oraz nie do pracy biurowej a do „Telefonicznej i korespondencyjnej*

obsługi klienta.” Ponadto o wyjaśnienie kwestii dotyczącej liczby skierowanych pracowników tymczasowych z uwagi na okoliczność, iż z informacji uzyskanych przez zamawiającego wynika, iż przedmiotem zamówienia Enea Operator Sp. z o.o. było zapewnienie obsady na 5440 godzin miesięcznie, co przy założeniu 40 godzinnego tygodnia pracy pracownika tymczasowego wskazuje na obsadę 35 etatów.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 15 października 2014 r.) Outworking wskazał:

„Ad 1) Przyczyny braku możliwości uzyskania poświadczenia należytego wykonania usług zostały już wyjaśnione w treści oświadczeń. Poświadczenia co do zasady wystawiają podmioty, dla których były wykonywane zamówienia. W sytuacji, gdy wykonawca nie będzie w stanie uzyskać takiego poświadczenia, można przedstawić inne dokumenty. Sytuacja taka musi wynikać z obiektywnych przyczyn, tj. nieleżących po stronie wykonawcy. W literaturze podkreśla się, że takim przypadkiem jest np. odmowa wystawienia poświadczenia. W odniesieniu do usług świadczonych na rzecz Enea Operator Sp. z o.o. strony związane są umownym obowiązkiem zachowania w tajemnicy informacji dotyczących świadczonej usługi. Obowiązek zachowania poufności dotyczy listów referencyjnych, materiałów informacyjnych, materiałów marketingowych. Jak wskazuje praktyka, uprawnienie do samodzielnego wystawienia przez wykonawcę oświadczenia z powołaniem się na klauzulę poufności jest na gruncie przepisów rozporządzenia akceptowane przez zamawiających. Tytułem przykładu przedstawiam w załączeniu oświadczenia składane przez LeasingTeam sp. z o.o. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu.

W zakresie usług świadczonych na rzecz Sądu Rejonowego Warszawa-Śródmieście w Warszawie, uzyskanie poświadczenia było niemożliwe z uwagi na bardzo krótki okres pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a terminem składania ofert. Mimo złożenia stosownego wniosku, Sąd do dnia dzisiejszego nie wystawił wykonawcy poświadczenia. Przedłożenie takiego dokumentu w terminie składania ofert było zatem niemożliwe.

Przedstawione powyżej powody uniemożliwiające uzyskanie poświadczenia są obiektywne i niezależne od woli i działań wykonawcy, wobec czego spełniają przesłanki określone w § 1 pkt 2 ppkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Ad 2) Zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 pkt 5 SIWZ warunek posiadania wiedzy i doświadczenia uznaje się za spełniony w razie wykazania wykonania przynajmniej 3 usług o wartości co najmniej 700.000 zł brutto w zakresie świadczenia usług polegających na skierowaniu do pracy biurowej więcej niż 50 pracowników tymczasowych, na okres trwający nieprzerwanie co najmniej 3 miesiące, do odbiorcy na podstawie jednego zamówienia. Powyżej

sformułowany warunek zostaje więc spełniony jeżeli w ramach jednej umowy i jednego zamówienia skierowano do zamawiającego ponad 50 osób na okres co najmniej 3 miesiące. W przypadku nieuniknionej rotacji pracowników i dłuższego okresu wykonywania zamówienia warunek ten będzie spełniony także w wypadku gdy sama umowa na świadczenie usługi zakłada mniejszą liczbę etatów do obsadzenia. Warunek postawiony w SIWZ uznaje bowiem za istotne ilość pracowników (osób) skierowanych na co najmniej 3 miesiące w ramach zamówienia, nie zaś ilość obsadzonych etatów. Usługa wykonana na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie spełnia warunki SIWZ ponieważ w dotychczasowym okresie świadczenia usługi skierowano do tego sądu 66 osób z czego 52 osoby na okres nie krótszy niż 3 miesiące.

W orzecznictwie KIO ugruntowane jest stanowisko, zgodnie z którym wszystkie postanowienia specyfikacji powinny być klarowne i jednoznaczne. Jeśli zaś takie nie są, to wątpliwości należy interpretować na korzyść wykonawcy. Mówią o tym wyroki: z 6 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 162/13, z 14 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 69/12, z 9 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 636/08.

Ad 3) Usługa świadczona na rzecz Enea Operator Sp. z o.o. polegała na skierowaniu pracowników tymczasowych do pracy biurowej. Outworking sp. z o.o. sp.k. jest agencją pracy tymczasowej kierującą do swoich kontrahentów pracowników na podstawie ustawy z dnia 09.07.2003 r. o zatrudnieniu pracowników tymczasowych. Zgodnie z art. 26 ust. 2 powołanej ustawy do pracy tymczasowej można skierować także osoby zatrudnione na umowy prawa cywilnego. Tego rodzaju usługa również podlega ustawie zatrudnienie pracowników tymczasowych, mimo że w tej formie zatrudnienia istotnie ograniczono obowiązki pracodawcy użytkownika. Zgodnie z nomenklaturą przyjętą przez ustawę (art. 2 pkt 2) osoby te są pracownikami tymczasowymi.

Nie budzi wątpliwości wykonawcy, że telefoniczna i korespondencyjna obsługa klienta jest formą pracy biurowej. Wskazać tu należy, iż nie istnieje legalna definicja takiej pracy a ponadto Zamawiający nie doprecyzował w SIWZ co pod tym pojęciem rozumie. Przyjmuje się natomiast, że terminem „praca biurowa” obejmuje się różnorodne zawody związane z pracą umysłową o różnym stopniu skomplikowania, od prostych rutynowych prac, nie wymagających dużego intelektualnego zaangażowania, do prac twórczych, o dużym stopniu odpowiedzialności. Cechą charakterystyczną pracy biurowej jest jej niematerialny produkt, który powstaje w procesie zbierania i przetwarzania informacji. Z ergonomicznego punktu widzenia, wszystkie prace biurowe, niezależnie od ich merytorycznych celów, można scharakteryzować jako prace umysłowe, wykonywane w pozycji siedzącej. Ubocznie można zauważyć, że na branżowych portalach ogłoszeniowych oferty pracy dla telemarkettrów, konsultantów telefonicznych, teleankieterów, pracowników obsługi klienta zaliczane są do kategorii prac biurowych.

Usługa świadczona na rzecz Enea Operator spełnia warunek wiedzy i doświadczenia postawiony w SIWZ. Wykonawca skierował do klienta ponad 50 pracowników tymczasowych na okres minimum 3 miesięcy każdy, z uwzględnieniem jednak faktu występującej rotacji pracowników i pracy w niepełnym etacie. Jak już wskazywano warunek postawiony w niniejszym postępowaniu nie precyzował, że przedmiotem usługi ma być ponad 50 jednostkowych stanowisk pracy z zatrudnieniem na pełen etat.”

Pismem z dnia 20 października Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Outworking jako najkorzystniejszej.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentów przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego i ustaliła, na podstawie informacji udzielonych, w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, przez Prezesa Sądu Rejonowego w Otwocku (pismo z dnia 6 listopada 2014 r.), że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w roku 2014 przez Sąd Rejonowy w Otwocku Outworking złożył wykaz wykonanych lub wykonywanych usług (z dnia 4 czerwca 2014 r.), obejmujący 16 usług i przedłożył referencje, na dowód należytego zrealizowania przedmiotowych zamówień. Jedną z wymienionych usług była usługa realizowana na rzecz Enea Operator Sp. z o.o. i jak wynika z informacji zawartych w wykazie, przedmiotem rzeczonyj usługi było oddelegowanie pracowników tymczasowych do prac biurowych w liczbie ponad 10 osób, została ona zrealizowana w okresie od 1 czerwca 2013 r. do 31 maja 2014 r. a jej wartość opiewała na kwotę 689.260,80 zł. W celu potwierdzenia należytego wykonania przedmiotowej umowy wykonawca Outworking przedłożył referencje z dnia 4 czerwca 2014 r. wystawione przez Enea Operator Sp. z o.o. Z treści referencji wynika, że przedmiotem współpracy była telefoniczna i korespondencyjna obsługa klientów, zleceniodawca potwierdził również wartość i okres realizacji usługi podany przez Outworking w wykazie, a nadto zawarł informację, że do pracy kierowano 45 pracowników miesięcznie.

Jeśli idzie o usługę referencyjną realizowaną na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie, Izba ustaliła, na podstawie informacji przekazanych Odwołującemu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, że przedmiotem usługi było skierowanie 41 pracowników tymczasowych, a poświadczenie potwierdzające należyte wykonywanie przedmiotowej usługi zostało wystawione w dniu 17 października 2014 r. na wniosek Wykonawcy (pismo Prezesa Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 29 października 2014 r.). Nadto, jak wynika z załącznika nr 1 do umowy, na podstawie której była wykonywana rzeczona usługa (umowa nr SR/ŚR/83/13 z dnia 16

grudnia 2013 r.), „przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez Agencję Pracy Tymczasowej usługi polegającej na skierowaniu 41 pracowników tymczasowych (...)”.

Na podstawie informacji udzielonych w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej przez Prezesa Sądu Rejonowego w Przasnyszu (pismo z dnia 31 października 2014 r.) Izba ustaliła, iż w prowadzonym w 2013 r. przez wskazany Sąd postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w toku którego wykonawcy winni wykazać się realizacją usługi przez okres co najmniej 6 kolejnych miesięcy, polegającej na skierowaniu do pracy biurowej pracowników tymczasowych o wartości co najmniej 150.000,00 zł brutto, wykonawca Outworking złożył wykaz referencyjnych usług, w którym wskazano 6 usług wraz z referencjami. Liczba wskazanych w wykazie osób i wartość usługi odpowiada danym zawartym w referencjach.

Dalej Izba ustaliła, na podstawie informacji przekazanych przez Dyrektora Sądu Rejonowego dla Krakowa-Krowodrzy w Krakowie (pismo z dnia 6 listopada 2014 r.), że w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w 2014 r. przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Krowodrzy w Krakowie, których przedmiotem było świadczenie usługi polegającej na skierowaniu pracowników tymczasowych do wykonywania pracy na rzecz wymienionego Sądu, Wykonawca Outworking złożył wykaz referencyjnych usług (Dokument potwierdzający posiadanie wiedzy i doświadczenia z dnia 10 października 2014 r.) wraz z poświadczeniami należytego ich wykonania, wskazując w rzeczonym wykazie informacje odpowiadające tym wynikającym z treści referencji, w szczególności dotyczące liczby oddelegowanych pracowników i wartości realizowanego zamówienia.

Wykonawca Outworking brał również udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Wyszkanie, których przedmiotem było pozyskanie oraz skierowanie pracowników tymczasowych w celu wykonywania usług biurowych na rzecz Sądu Rejonowego w Wyszkanie prowadzonych w 2014 r. (pismo z dnia 5 listopada 2014 r. Prezesa Sądu rejonowego w Wyszkanie skierowane do Odwołującego). W toku przedmiotowego postępowania Outworking złożył wykaz referencyjnych usług (wskazano trzy usługi) wraz z referencjami. Informacje zawarte w referencjach zostały odzwierciedlone w wykazie.

Na podstawie informacji przekazanych, w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej przez Prezesa Sądu Rejonowego w Gliwicach, Izba ustaliła, że w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez wskazany Sąd, wykonawca Outworking złożył wykaz referencyjnych usług (Informacja na temat doświadczenia z dnia 16 stycznia 2014 r. i 27 czerwca 2014 r.) wraz z referencjami, w celu

potwierdzenia realizacji co najmniej dwóch zamówień, zaś w ramach jednego zamówienia należało wykazać się zapewnieniem nie mniej niż 10 pracowników.

Z informacji udzielonych przez Główny Urząd Statystyczny, w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej (pismo z dnia 4 listopada 2014 r.), wynika, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było świadczenie usług przez Agencję Pracy Tymczasowej, wykonawca Outworking złożył wykaz wykonanych lub wykonywanych usług z dnia 12 czerwca 2014 r. wraz z referencjami, w którym wskazał na usługę oddelegowania 36 pracowników tymczasowych do prac biurowych, zrealizowaną na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie.

W toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Nowym Dworze Mazowieckim, wykonawca Outworking w celu potwierdzenia posiadania doświadczenia w realizacji dwóch usług o wartości co najmniej 150.000,00 zł brutto polegających na skierowaniu do pracy biurowej pracowników tymczasowych, na okres trwający nieprzerwanie co najmniej 6 miesięcy do odbiorcy na podstawie jednego zamówienia, złożył wykazy wykonanych lub wykonywanych usług (z dnia 31 stycznia 2014 r. i 4 sierpnia 2014 r.) wraz z referencjami. W wykazach ujęto informacje wynikające z treści referencji. Powyższe ustalono na podstawie informacji i dokumentów przekazanych przez Prezesa Sądu Rejonowego w Nowym Dworze Mazowieckim w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej (pismo z dnia 5 listopada 2011 r.).

Odwołujący przedstawił również wykaz wykonanych lub wykonywanych usług (z dnia 28 lipca 2014 r.) przedłożony przez wykonawcę Outworking w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Warszawy-Żoliborza w Warszawie, w celu potwierdzenia doświadczenia w realizacji dwóch usług o wartości co najmniej 600.000,00 zł brutto każda, przy czym każda z nich winna być zrealizowana w zakresie świadczenia usług polegających na skierowaniu do pracy biurowej pracowników tymczasowych, na okres trwający nieprzerwanie co najmniej 6 miesięcy.

Na podstawie informacji i dokumentów przekazanych Odwołującemu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury (wiadomość e-mail z dnia 3 listopada 2014 r.) Izba ustaliła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez wymienionego Zamawiającego, którego przedmiotem było świadczenie usługi polegającej na rekrutacji i kierowaniu pracowników tymczasowych do pracy w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury wykonawca Outworking przedłożył wykaz usług z dnia 9 września 2014 r. w celu potwierdzenia realizacji usług polegających na jednoczesnym skierowaniu do pracy tymczasowej w rozumieniu ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnieniu pracowników tymczasowych (Dz. U. Nr 166, poz. 1608 z późn. zm.) do jednego odbiorcy określonej liczby osób wraz z poświadczeniami.

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 września 2012 r. wynika, że wykonawcy Outworking udzielono zamówienia na świadczenie usługi polegającej na skierowaniu 25 pracowników dla Sądu Rejonowego dla Warszawy-Żoliborza w Warszawie. Na przedmiotowe zamówienie jako referencyjne powołał się wskazany Wykonawca w powoływanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Przasnyszu, przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Krowodrzy w Krakowie, przez Sąd Rejonowy w Wyszku, przez Sąd Rejonowy w Gliwicach, przez Sąd Rejonowy w Nowym Dworze Mazowieckim, przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury, wskazując liczbę oddelegowanych pracowników - 25.

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 4 października 2012 r. wynika, że zamówienia na świadczenie usługi polegającej na skierowaniu 30 pracowników tymczasowych do pracy na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli w Warszawie w okresie sześciu miesięcy, udzielono wykonawcy Outworking. Przedmiotowe zamówienie zostało powołane jako referencyjne w wymienionych wyżej postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Przasnyszu, przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Krowodrzy w Krakowie, przez Sąd Rejonowy w Wyszku, przez Sąd Rejonowy w Nowym Dworze Mazowieckim, gdzie wskazano na liczbę oddelegowanych pracowników – 30.

Na podstawie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 21 czerwca 2013 r. Izba ustaliła, że wykonawcy Outworking udzielono zamówienia na świadczenie przez agencję pracy tymczasowej usługi polegającej na skierowaniu 31 pracowników tymczasowych (10 pomocników urzędnika, 20 pomocników asystenta, 1 informatyka) do świadczenia pracy tymczasowej na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie w okresie od dnia 1 lipca 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. Na taką liczbę pracowników powołał się Outworking we wspomnianych wykazach zrealizowanych usług złożonych w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, powołanych wyżej, prowadzonych przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Krowodrzy w Krakowie, przez Sąd Rejonowy w Nowym Dworze Mazowieckim.

Z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 9 kwietnia 2014 r. wynika, że Sąd Rejonowy Szczecin-Prawobrzeże i Zachód w Szczecinie prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było świadczenie usługi pracy tymczasowej, polegającej na skierowaniu 14 pracowników tymczasowych. Przedmiotowe zamówienie, jako referencyjne, powołał Outworking w toku powołanego postępowania prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Nowym Dworze Mazowieckim, wskazując w wykazie usług na 14 oddelegowanych pracowników.

Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 maja 2013 r. wynika, że wykonawca Outworking złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Rejonowy w Legionowie na świadczenie usługi polegającej na pozyskaniu oraz skierowaniu 13 pracowników tymczasowych. W wykazie usług złożonym w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Przasnyszu, przez Sąd Rejonowy w Nowym Dworze Mazowieckim wykonawca Outworking powołał się na realizację przedmiotowej usługi, wskazując na liczbę skierowanych pracowników – 13.

Izba odmówiła dokonania ustaleń odnośnie zamówień referencyjnych realizowanych na rzecz Sądu Rejonowego w Pruszkowie na okoliczność liczby pracowników kierowanych w ramach danego zamówienia i powoływanych w wykazach przez Outworking z uwagi na nieprzedstawienie kompletnych dokumentów.

Dowód w postaci wyciągu z SIWZ, dotyczącej postępowania prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Wołominie należało uznać na nieprzydatny dla ustalenia powoływanych przez Odwołującego okoliczności, skoro w treści wykazów wykonawca Outworking nie powołał się na liczbę skierowanych pracowników, wynikającą z powołanej SIWZ.

Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że przedmiotową ofertę w postępowaniu na świadczenie usługi polegającej na skierowaniu 34 pracowników tymczasowych w celu wykonywania pracy na rzecz i pod kierownictwem Zamawiającego – Sądu Rejonowego dla Warszawy-Żoliborza w Warszawie złożył wykonawca Outworking. Przedmiotową usługę jako referencyjną tenże wykonawca wskazał w wyżej wymienionych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Przasnyszu, przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Krowodrzy w Krakowie, przez Sąd Rejonowy w Wyszku, przez Sąd Rejonowy w Gliwicach, przez Sąd Rejonowy w Nowym Dworze Mazowieckim, przez Sąd Rejonowy dla Warszawy-Żoliborza w Warszawie, przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury.

Przystępujący kalkulując cenę oferty objął stawką podstawową podatku VAT jedynie niewielką część zamówienia (kierowanie do pracy na stanowisko „Koordynator Prawny”). Pozostała część zamówienia nie została opodatkowana (str. 1-2 oferty). Jednocześnie wraz ofertą Przystępujący złożył wyjaśnienia (z dnia 8 października 2014 r.), gdzie wskazał, że członkowie Konsorcjum: Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 10 Sp.k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 11 Sp.k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 12 Sp.k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 15 Sp.k., „którzy będą obciążać zamawiającego tytułem wynagrodzenia za wykonanie swojej części zamówienia tj. zatrudnienie odpowiednio: - 12 pomocników urzędnika, 12 pomocników urzędnika, 10 pomocników urzędnika, 9 pomocników urzędnika i 1 informatyka, 7 pomocników urzędnika, przez cały okres realizacji nie są zarejestrowanymi, czynnymi podatnikami podatku VAT.

Spółki te korzystają ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011, Nr 177, poz. 1054 ze zm.), nie przekraczając zarówno w bieżącym, jak i minionym roku podatkowym obrotów powyżej wskazanego w ustawie limitu 150.000,00 zł (por. wyrok KIO 588/12)."

Marża dla usług opodatkowanych podatkiem VAT została skalkulowana na poziomie kilkudziesięciu złotych (20,00 zł netto), zaś marża dla usług nieopodatkowanych wynosi ok. 500,00 zł – 800,00 zł.

Umowy spółki Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 11 Sp.k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 12 Sp.k. i Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 15 Sp.k. zostały zawarte w dniu 30 lipca 2014 r. Przyjmując, że spółka rozpoczęła działalność z dniem zawarcia umowy każda ze spółek w roku 2014 będzie działać 154 dni, co przy uwzględnieniu limitu, o którym mowa w przepisie art. 113 ustawy o VAT, spółki będą mogły prowadzić sprzedaż nieopodatkowaną do wysokości 63.287,67 zł.

Wartość usług realizowanych przez 2 miesiące w ramach przedmiotowego postępowania przez spółki Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 11 Sp.k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 12 Sp.k. wyniesie odpowiednio 58.600,00 zł i 61.056,18 zł.

Z informacji dołączonej do oferty (strona 22) wynika, że lider konsorcjum Outworking Sp. z o.o. Sp.k. należy do grupy kapitałowej skupiającej 36 spółek, przy czym wszystkie mają siedzibę pod tym samym adresem i powadzą tożsamą przedmiotowo działalność gospodarczą. Nazwy części spółek różnią się jedynie cyframi (dotyczy komplementariusza, którym jest sp. z o.o.). Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do członków konsorcjum (str. 28 oferty). Jedynym członkiem zarządu Outworking Sp. z o.o. jest Kacper Kruszewski (Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców, str. 45-47 oferty), zaś jedynym członkiem zarządu spółki Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. jest Rafał Miliński (Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców, str. 54-56 oferty).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż sporny warunek udziału w postępowaniu ma na celu wykazanie się przez wykonawcę zdolnością pozyskania dla Zamawiającego określonej grupy pracowników tymczasowych. Wymóg ten ma kluczowe znaczenie, bowiem chodzi o wykazanie się umiejętnością do pozyskania dla Zamawiającego, najczęściej w krótkim okresie czasu (w niniejszym postępowaniu w ciągu 10 dni), pracowników na określone stanowiska, legitymujących się określonymi kwalifikacjami. Na tle spornego warunku, biorąc pod uwagę, że Zamawiający postawił wymóg ilości pracowników,

minimalnego okresu wykonywania przez nich pracy, wartości usługi i skierowania na podstawie jednego zamówienia, w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że Zamawiającemu chodziło o wykazanie się realizacją zadania o określonych przez Zamawiającego cechach, które to cechy stanowią o skali tej usługi. Co więcej, zabieg ten znajduje uzasadnienie, biorąc pod uwagę przedmiot prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który referuje do obowiązku skierowania 61 pracowników tymczasowych do pracy na rzecz Zamawiającego.

W tym miejscu zauważyć należy, że celem stawiania warunków udziału w postępowaniu jest zbadanie potencjału wykonawcy pod kątem udźwignięcia obowiązku realizacji przedmiotu zamówienia i to w sposób należyty. Stąd też, zdaniem Izby, nieuprawnione są próby interpretacji warunku udziału w postępowaniu w sposób całkowicie oderwany od przyczyn, dla których warunki są formułowane. Dążenie do zaakceptowania sytuacji, w której warunek, choć spełniony od strony formalnej, przekreśla cel instytucji, jest nie do zaakceptowania.

Skoro Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, że oczekuje pewnej umiejętności zrekrutowania i zatrudnienia określonej grupy pracowników przez określony czas i stanowi to przedmiot (trzon) referencyjnej usługi, to nie sposób przyjąć za słuszne twierdzenia, że tę gotowość i umiejętność wykonawcy pozyskania określonej liczby pracowników należy utożsamiać w istocie z umiejętnością organizowania zastępstw. Charakter usługi polegającej na skierowaniu do Zamawiającego więcej niż 50 pracowników tymczasowych jest zupełnie inny niż usługi polegającej na skierowaniu do pracy dla przykładu 25 osób, dla których na wypadek rozwiązania stosunku pracy wykonawca jest w stanie zapewnić zastępstwo. Inna jest skala każdego z zamówień, inaczej wykonawca przygotowuje się do ich realizacji i innym potencjałem musi dysponować, żeby każde z zamówień wykonać. Oczywistym bowiem jest, że rotacja jest zjawiskiem, które może wystąpić, ale nie musi i z pewnością ma charakter jednostkowy a nie dotyczy całej grupy.

Z tych przyczyn twierdzenia Przystępującego o możliwości uwzględnienia rotacji przy określeniu liczby skierowanych do pracy pracowników tymczasowych nie znajdują uzasadnienia. Nie ma również jakichkolwiek podstaw, jak proponuje Przystępujący, do uwzględnienia takiego stanowiska, zgodnie z którym czas wykonywania usługi referencyjnej ponad ten stanowiący minimalny wymóg w świetle sformułowanego warunku udziału w postępowaniu, uprawnia do przyjęcia, że do wymaganej wielkości zatrudnienia można doliczyć również tych pracowników, którzy znajdują zatrudnienie w toku umowy świadczonej w okresie przekraczającym trzy miesiące, nawet jeśli będzie to wynikiem wspomnianej rotacji.

Nie można również pominąć, że Przystępujący jest profesjonalnym wykonawcą, który bierze udział w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w ciągu roku i nigdy nie miał wątpliwości, w jaki sposób określić liczbę pracowników tymczasowych skierowanych do pracy. Izba ustaliła, o czym była mowa wyżej, że Przystępujący wskazywał liczbę pracowników, określoną w opisie przedmiotu zamówienia, natomiast dotychczas nie powoływał się na rotację. W ocenie Izby, wskazuje to jednoznacznie, że Przystępujący z interpretacją warunku udziału w postępowaniu dotyczącego liczby skierowanych do pracy pracowników tymczasowych nie miał dotychczas problemu, tym samym okoliczność ta potwierdza, że proponowana interpretacja spornego warunku jest pewnym *novm* i w ocenie Izby, została powołana jedynie na potrzeby niniejszego postępowania.

Przechodząc do oceny spornych usług referencyjnych zauważyć należy, że usługa wykonywana na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie nie spełnia wymogu skierowania do pracy więcej niż 50 pracowników tymczasowych. Bezsporne jest, że przedmiotem rzeczzonej usługi było skierowanie do pracy 41 pracowników tymczasowych (SIWZ, wiadomość e-maili Zamawiającego z dnia 13 października 2014 r.). Jednocześnie, na pytanie Odwołującego, jaka liczba pracowników tymczasowych była skierowana do pracy w ramach zawartej umowy, Prezes Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie, udzielił odpowiedzi, że „skierowanych zostało 41 pracowników tymczasowych” (pismo z dnia 29 października 2014 r.). Zdaniem Izby, w tych okolicznościach nie budzi wątpliwości, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie przedmiotowej usługi nie został spełniony.

Warto w tym miejscu zauważyć, że Przystępujący udzielając wyjaśnień w tym przedmiocie powołał się ogólnie na zjawisko rotacji, bez podania jakichkolwiek szczegółów, które nawet gdyby przyjąć proponowaną przez Przystępującego interpretację spornego warunku, mogłyby przynajmniej uprawdopodobnić twierdzenia Przystępującego. Co więcej, czyni w ten sposób mając wiedzę, że Zamawiający dysponuje odmienną informacją uzyskaną z Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie co do przedmiotu zamówienia. Bierność zachowuje również w toku rozprawy, bowiem dowodów przedstawionych przez Odwołującego nie jest w stanie odeprzeć. Powyższe wskazuje, że wyjaśnień Przystępującego nie można uznać za wiarygodne.

Dokonując oceny kolejnej spornej usługi referencyjnej Izba stoi na stanowisku, iż przedmiotowa usługa również nie wypełnia wymogów sformułowanych w warunku udziału w postępowaniu. Skierowanie na okres 12 miesięcy („45 pracowników miesięcznie” – referencje z dnia 4 czerwca 2014 r.) pracowników do wykonywania pracy biurowej oznacza

tylę, że przez okres roku świadczyło tę pracę 45 osób. Okoliczności przeciwnej Przystępujący nie wykazał, w wyjaśnieniach powołując się ogólnie na zjawisko rotacji, bez wskazania szczegółowych informacji i to w sytuacji, gdy Zamawiający w wezwaniu Przystępującego do złożenia wyjaśnień zwrócił uwagę, że mając wiedzę co do obowiązku zapewnienia przez wykonawcę obsady na 5440 godzin miesięcznie i uwzględniając czas stanowiący o pełnym etacie, należałoby dojść do przekonania, że obsadzono poniżej 35 etatów. Twierdzenia Odwołującego, poparte dowodami (referencje wystawione przez Enea Operator Sp. z o.o. z dnia 4 czerwca 2014 r.), również w toku rozprawy nie zostały odparte.

Natomiast nie znalazło potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy stanowisko Odwołującego, że w ramach referencyjnej usługi nie skierowano do pracy pracowników tymczasowych. Zgodzić należy się z Przystępującym, że dzierżawa pracowników na zasadach cywilnoprawnych jest dopuszczalna. Przepis art. 26 ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych jest niejednoznaczny, stąd też zdaniem doktryny (A. Sobczyk: *Ustawa o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. Komentarz*, Zakamycze 2005), które Izba podziela, wskazane rozwiązanie należy dopuścić w odniesieniu do każdego z pracowników, niezależnie od grupy wiekowej. Zatem, zawarcie stosunku cywilnoprawnego nie stanowi o tym, iż nie mamy do czynienia z pracownikiem tymczasowym. Dopuszczalność takiego rozwiązania warunkowana jest brakiem podporządkowania pracownika pracodawcy użytkownikowi, ale Odwołujący rozważań w tym zakresie nie czynił, stąd też aspekt ten nie podlega ocenie Izby.

Natomiast nie budzi wątpliwości, w świetle doświadczenia życiowego, że telefoniczna i korespondencyjna obsługa klientów stanowi pracę biurową.

Zasadą jest, że wykonawca w celu potwierdzenia należytego wykonania lub wykonywania usług zobowiązany jest złożyć dowód w postaci poświadczenia, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 powoływanego rozporządzenia. Jedynie w sytuacji, w której z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, uprawniony jest do przedłożenia własnego oświadczenia (§ 1 ust. 2 pkt 3 powoływanego rozporządzenia). Na tle powołanych regulacji należy dojść do przekonania, że normodawca dopuszcza możliwość posłużenia się własnym oświadczeniem przez wykonawcę w wyjątkowych wypadkach, jeśli uzyskanie poświadczenia jest niemożliwe z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.

W ocenie Izby, zwrócenie się przez Przystępującego do Zamawiającego – Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z wnioskiem o wydanie poświadczenia po terminie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu nie pozwala na

przyjęcie, że Przystępujący nie mógł uzyskać poświadczenia z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze. Nie budzi wątpliwości, że Przystępujący z powodu własnej opieszałości utracił możliwość uzyskania poświadczenia w terminie umożliwiającym dołączenie rzeczonoego dokumentu do oferty. Skoro Przystępujący nie dochował należytej staranności i nie zabezpieczył sobie możliwości uzyskania dokumentu w odpowiednim terminie, to twierdzenia o braku możliwości jego uzyskania ze względu na zbyt krótki czas pomiędzy ogłoszeniem zamówienia a terminem składania ofert, należy uznać za absolutnie nieuzasadnione, biorąc pod uwagę okoliczność, że usługa jest świadczona od 1 stycznia 2014 r.

Dostrzeżenia wymaga, że Przystępujący nie spotkał się z odmową wystawienia dokumentu, przedmiotowy dokument bowiem został sporządzony w dniu 17 października 2014 r., a więc w 4-tym dniu po złożeniu wniosku przez Przystępującego. Powyższe wskazuje, że nawet gdyby Odwołujący złożył rzeczony wniosek w dniu ogłoszenia zamówienia wysoce prawdopodobne jest, że uzyskałby go do terminu składania ofert. Nadto, twierdzenia Przystępującego, że przedmiotowy dokument nie został mu doręczony do dnia rozprawy budzą wątpliwości (od daty jego wystawienia do dnia rozprawy upłynęły ponad 3 tygodnie) i należy je uznać za element strategii procesowej uczestnika postępowania, tym bardziej, że Odwołujący przed terminem rozprawy przedmiotowy dokument uzyskał.

Analogiczną ocenę należy wyrazić w odniesieniu do stanowiska Przystępującego, że referencji wystawionych przez Enea Operator Sp. z o.o. nie może przedłożyć wobec objęcia ich klauzulą poufności. Budzi wątpliwości, czy w zakresie powołanego przepisu owa przesłanka się mieści, normodawca bowiem upoważnia wykonawcę do posłużenia się własnym oświadczeniem jedynie w sytuacji braku możliwości uzyskania poświadczenia. Wątpliwości są tym bardziej uzasadnione, że w toku postępowania wykonawcy składają niejednokrotnie zamawiającemu szereg informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i status tych informacji nie przekreśla obowiązku ich przedłożenia.

Jeśliby nawet przyjąć, że wskazana przez Przystępującego okoliczność, którego to stanowiska Izba jednak nie podziela, uprawnia do posłużenia się oświadczeniem, to nie można pominąć, że klauzula poufności, jeśli nawet obejmowała rzeczony dokument, to została zniweczona przez ujawnienie przedmiotowego dokumentu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Otwocku (wyżej opisanego). Nadto, Przystępujący w udzielonych wyjaśnieniach, poza powołaniem się na rzeczoną klauzulę nie starał się nawet uprawdopodobnić tych okoliczności, chociażby poprzez podanie bardziej szczegółowych informacji.

Reasumując, stwierdzić należy, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, Zamawiający w sposób absolutnie nieuprawniony, w świetle wiedzy, którą dysponował, przyjął bezkrytycznie wyjaśnienia Przystępującego.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że wykonawca mocą przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zobowiązany jest do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wezwany więc do wyjaśnień w tym przedmiocie (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) zobowiązany jest rozwiązać wszelkie wątpliwości zamawiającego, a nie ograniczyć się jedynie do ogólnych stwierdzeń, których walor jest tylko taki, że zostały złożone w celu obrony statusu wykonawcy w postępowaniu. Biorąc pod uwagę jednocześnie dowody przedłożone przez Odwołującego na rozprawie nie budzi wątpliwości, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie opisane wyżej zachowanie Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego pozwala Izbie na stwierdzenie, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Po pierwsze, w ocenie Izby, o czym była mowa wyżej, w toku postępowania nie budziła wątpliwości treść spornego warunku udziału w postępowaniu (wykonawcy nie żądali wyjaśnień). Przystępujący biorąc udział w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem było skierowanie do pracy pracowników tymczasowych na rzecz różnych Zamawiających, wymóg odnoszący się do liczby pracowników definiował jednolicie. W powoływanych usługach referencyjnych określał liczbę pracowników zgodnie z przedmiotem danego zamówienia.

Po drugie, z analizy wykazów zrealizowanych usług i referencji, składanych przez Przystępującego w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie) wynika, że Przystępujący nie zrealizował trzech usług polegających na skierowaniu do pracy więcej niż 50 pracowników tymczasowych w ramach jednego zamówienia. Okoliczność ta z pewnością stanęła na przeszkodzie, wobec braku obiektywnego uzasadnienia, do przedstawienia poświadczeń o należyтым wykonaniu zamówień referencyjnych. Odwołujący bowiem wiedział, że z treści referencji wystawionych przez Enea Operator Sp. z o.o. wynika liczba osób skierowanych, jednocześnie mógł przypuszczać (biorąc pod uwagę treść innych referencji, którymi dysponował), że okoliczność ta zostanie wskazana również w poświadczeniu sporządzonym przez Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie, stąd też zaniechał podjęcia w odpowiednim terminie czynności zmierzających do jego uzyskania.

Po trzecie, Przystępujący sugerował w wyjaśnieniach, że mimo złożenia wniosku (a więc rzekomego dochowania staranności) nie może uzyskać poświadczenia od Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie, zaś odnośnie referencji wystawionych przez Enea Operator Sp. z o.o. w tychże wyjaśnieniach powoływał się na klauzulę poufności mimo, że wcześniej rzeczony dokument ujawnił. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Przystępujący celowo nie przedłożył przedmiotowego poświadczenia, bowiem pozostawało ono w sprzeczności ze złożonym oświadczeniem w wykazie usług.

Po czwarte, Przystępujący powołał się na usługi realizowane osobiście, zatem Izba nie ma wątpliwości, że przedmiot zamówienia referencyjnych usług był Przystępującemu znany.

Po piąte, konfrontacja treści referencji wystawionych przez Enea Operator Sp. z o.o. z treścią rzeczzonego wykazu pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący złożył fałszywe oświadczenie nie tylko co do liczby skierowanych osób w ramach usług referencyjnych, ale i co do wartości usługi realizowanej na rzecz Enea Operator Sp. z o.o. Przy czym za niewiarygodne należy uznać twierdzenia Przystępującego, że przedmiotowa referencja nie uwzględnia wartości usług z ostatniego miesiąca skoro została wystawiona po zakończeniu realizacji zamówienia a przedmiotowej okoliczności Przystępujący nawet nie uprawdopodobnił.

Po szóste, lakoniczne wyjaśnienia Przystępującego udzielone na wezwanie Zamawiającego i zaniechanie kontrinicjatywy dowodowej w toku rozprawy pozwala w sposób jednoznaczny stwierdzić, że informacje odnośnie usług referencyjnych z poz. 2 i 3 wykazu, w zakresie liczby skierowanych pracowników i wartości usługi (poz. 3 wykazu) stanowią informacje nieprawdive i zostały złożone, jak wskazują wyżej opisane okoliczności, przez Przystępującego z pełną świadomością, w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym zaktualizowały się podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, zastosowanie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest możliwe. Złożenie fałszywych informacji skutkuje bowiem wykluczeniem wykonawcy z postępowania, bez możliwości wzywania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy złożone dokumenty okoliczności tej nie potwierdzają.

W ocenie Izby, chybiony okazał się zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 113 ust. 1 ustawy o VAT 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. Zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatnika rozpoczynającego w trakcie roku podatkowego wykonywanie czynności określonych w art. 5, jeżeli przewidywana przez niego wartość sprzedaży nie przekroczy, w proporcji do okresu prowadzonej działalności gospodarczej w roku podatkowym, kwoty określonej w ust. 1 (art. 113 ust. 9 ustawy o VAT). Jednocześnie zgodnie z art. 113 ust. 5 ustawy o VAT, jeżeli wartość sprzedaży zwolnionej od podatku na podstawie ust. 1 przekroczy kwotę, o której mowa w ust. 1, zwolnienie traci moc począwszy od czynności, którą przekroczone tę kwotę.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że limit ten dla działalności rozpoczętej w ciągu roku należy ustalać proporcjonalnie do okresu prowadzonej działalności. Zatem za niezrozumiałe należy uznać twierdzenia Przystępującego, który neguje powoływane przez Odwołującego w treści odwołania tezy wyroków sądów administracyjnych z uwagi na ich wydanie w historycznym stanie prawnym, nie dostrzegając, że zasada obliczenia limitu nie uległa zmianie.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że przyjmując, jak chce tego Odwołujący, iż spółki Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 11 Sp.k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. 12 Sp.k. rozpoczęły działalność i jednocześnie świadczenie usług z dniem 30 lipca 2014 r. limit sprzedaży nieopodatkowanej należy obliczyć dla 154, a nie jak podaje Odwołujący dla 111 dni, co daje wynik 63.287,67 zł. Oznacza to, że rzeczony spółki mogą dokonać w roku 2014 sprzedaży nieopodatkowanej we wskazanej wysokości. Jednocześnie przyjmując planowany rodzaj świadczonych usług przez każdą ze spółek (na podstawie treści oferty) w ramach przedmiotowego zamówienia oraz mając na uwadze okoliczność, że usługi te byłyby świadczone przez okres 2 miesięcy w bieżącym roku, to żadna ze spółek wskazanego limitu nie przekroczy. Sprzedaż kształtowałaby się na poziomie odpowiednio 58.600,00 zł i 61.056,18 zł.

Znalazł zaś potwierdzenie, w ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Analiza zachowania Przystępującego na gruncie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kształt Konsorcjum i podział usług zaproponowanych do realizacji przez każdego członka tegoż Konsorcjum, przy uwzględnieniu daty rozpoczęcia działalności przez poszczególne spółki skłania do stwierdzenia, że skład osobowy Konsorcjum został dobrany w taki sposób, aby istotną część zamówienia realizowały spółki, które mogą dokonywać nieopodatkowanej sprzedaży usług. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że każda ze spółek, biorąc pod uwagę przedmiot prowadzonej działalności, mogłaby wykonać przedmiotowe zamówienie samodzielnie.

Wobec takiego zachowania dochodzi do sytuacji, iż w istocie Przystępujący w warunkach zamówienia publicznego, gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie konkuruje tak jak inni wykonawcy ceną brutto a ceną netto, bowiem poprzez powołanie grupy spółek (częstokroć na potrzeby tylko danego zamówienia, biorąc pod uwagę powoływane limity) i dobieranie ich składu na potrzeby konkretnego zamówienia może zaproponować zamawiającemu realizację przedmiotu zamówienia za cenę netto. Jednocześnie uzyskując w ten sposób przewagę w wysokości 23% dla tej części usług, które nie podlegają opodatkowaniu, zyskuje możliwość nałożenia na daną usługę marży w wysokości niespotykanej w tego rodzaju usługach, zapewniając sobie możliwość generowania zysku na poziomie niedostępnym dla innych wykonawców. Powyższe działanie nie tylko zakłóca, ale i wypacza uczciwą konkurencję, uniemożliwiając rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo. Izba zdecydowanie sprzeciwia się takim praktykom. W konsekwencji bowiem powyższe doprowadzi do unicestwienia konkurencji, albo konieczności mnożenia siostrzanych spółek w celu uzyskania zwolnienia z podatku VAT, co wpływa na zafałszowanie obrazu rzeczywistości gospodarczej.

Stąd też we wskazanych okolicznościach, w ocenie Izby, pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji, które na gruncie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. konstytuują następujące elementy: 1) aktywność w związku z działalnością gospodarczą (co wynika z art. 1 ustawy), 2) sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, 3) zagrożenie naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, zostało wypełnione, a opisane zachowanie stanowi delikt nieuczciwej konkurencji. Nie powinno bowiem budzić wątpliwości, zdaniem Izby, że uczciwość kupiecka stanowiąca desygnat pojęcia „dobre obyczaje” w działalności handlowej została złamana, a przez to w danym segmencie rynku naruszono interesy innych przedsiębiorców, powodując zagrożenie dla ich dalszego funkcjonowania. W przedmiotowym postępowaniu doszło zatem do złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jej odrzuceniem.

Pierwszą i zasadniczą cechą czynności pozornej stanowi brak zamiaru wywołania skutków prawnych. Osoba składająca oświadczenie woli, w każdym wypadku pozorności, nie chce, aby powstały te skutki prawne, które normalnie prawo z tego typu oświadczeniem łączy (art. 83 § 1 k.c.).

Mając powyższe na względzie nie sposób się zgodzić się z twierdzeniem, że Konsorcjum zostało założone dla pozorów. Z pewnością jego członkowie zakładali i dążyli do skutecznego udziału w przedmiotowym postępowaniu i wywołania skutków prawnych związanych ze złożeniem oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Okoliczności przeciwnej Odwołujący nie wykazał, a co więcej, odwołując się do

racjonalności wykonawców biorących udział w postępowaniu, na próżno szukać uzasadnienia dla tak postawionej tezy.

W orzecznictwie sądowoadministracyjnym oraz w piśmiennictwie wskazuje się, że „*przepisy prawa podatkowego nie zawierają norm zakazujących lub nakazujących określone zachowanie podatnika, lecz jedynie normy określające konsekwencje zachowań podatnika na gruncie prawa podatkowego. Na gruncie prawa podatkowego nie może znaleźć zastosowania art. 58 § 1 k.c.*” (wyroki NSA: z dnia 29 maja 2002 r., sygn. akt: III SA 2602/00, M. Pod. 2002, nr 10, s. 39, z glosą B. Brzezińskiego, POP 2003, z. 1, s. 83; z dnia 31 stycznia 2002 r., sygn. akt: I SA/Gd 771/01, Dor. Pod. 2003, nr 2, poz. 64; z dnia 7 lipca 2005 r., sygn. akt: FSK 2561/04, LEX nr 173217; M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, s. 287). Przepisów prawa podatkowego nie można zatem obejść, gdyż nie zawierają one zakazów i nakazów, które takim obejściem byłyby zagrożone. Obejście prawa podatkowego stanowi autonomiczną instytucję prawa podatkowego (P. Karwat, *Obejście prawa podatkowego. Natura zjawiska i sposoby przeciwdziałania mu*, Warszawa 2003, s. 87–99; M.T. Zalewski, *Obejście ustawy podatkowej*, Prz. Pod. 1998, nr 7, s. 7–8).

Izba podziela przytoczone wyżej poglądy, co w konsekwencji stoi na przeszkodzie stwierdzeniu naruszenia przepisu art. 58 § 1 k.c. Nietrafność podniesionych zarzutów naruszenia art. 83 § 1 k.c. i art. 58 § 1 k.c. czyni zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp chybionym.

Zaś wobec potwierdzenia się zarzutów naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zaistniały podstawy do uznania zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za trafny.

Odwołujący na marginesie podniósł, że oferta Przystępującego złożona została w imieniu i na rzecz lidera Konsorcjum. Twierdzenia powyższe są nieuprawnione biorąc pod uwagę, że w treści oferty wskazano, że Outworking Sp. z o.o. Sp.k. działa jako przedstawiciel Konsorcjum. Nadto, stosując reguły wykładani oświadczeń woli (art. 65 k.c.), uwzględniając treść oferty i dołączonych do niej dokumentów i oświadczeń, nie budzi wątpliwości, że oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp również okazał się chybiony. Odwołujący bowiem nie wykazał, iż wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w oparciu o kryteria niewymienione w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: