Sygn. akt: KIO 1287/19

WYROK

z dnia 23 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2019 r. przez wykonawcę IT Works S.A., ul. St. Skarżyńskiego 9, 31-866 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź, ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź,

przy udziale wykonawcy K2 Dystrybucje K. P. Sp. j., ul. Śląska 53, 81-304 Gdynia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy K2 Dystrybucje K. P. Sp. j., ul. Śląska 53, 81-304 Gdynia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź, ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź, i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez IT Works S.A., ul. St. Skarżyńskiego 9, 31-866 Kraków, tytułem wpisu od odwołania;

3.2 zasądza od Zamawiającego PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź, ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź, na rzecz Odwołującego - IT Works S.A., ul. St. Skarżyńskiego 9, 31-866 Kraków kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986 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 Łodzi.

Przewodniczący: .....

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź, ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup usługi outsourcingu Contact Center dla Telefonicznego Centrum Zgłoszeniowego PGE Dystrybucja S.A.". Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.05.2019 r. pod numerem S93-225823-2019.

Zamawiający w dniu 26.06.2019 r. przekazał wykonawcy IT Works S.A., ul. St. Skarżyńskiego 9, 31-866 Kraków (dalej jako Odwołujący) informację o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy K2 Dystrybucja Spółka Jawna K. P. (dalej jako K2). Od tej czynności Odwołujący wniósł w dniu 8.07.2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w Postępowaniu wykonawcy K2, mimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niewykluczenie z udziału z Postępowania wykonawcy K2, mimo iż podając informacje dotyczące spełnienia warunków wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niewykluczenie z udziału z Postępowania wykonawcy K2, mimo iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu i zaniechanie prowadzenia postępowania wyjaśniającego względem wykonawcy K2, mimo iż w analogicznej sytuacji takie postępowanie prowadził względem Odwołującego,

- art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie badania treści oferty K2 w zakresie możliwości jej realizacji zgodnie ze zobowiązaniem złożonym w formularzu ofertowym o realizacji usługi zgodnie z warunkami SIWZ w zakresie zatrudniania na umowę o pracę całego zespołu dedykowanego do świadczenia usług w miejscu wskazanym przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- dokonania powtórnego badania i oceny oferty K2 Dystrybucja Spółka Jawna K. P. zgodnie z zarzutami i argumentacją wskazaną w niniejszym odwołaniu,

- wykluczenia z udziału w Postępowaniu K2 Dystrybucja Spółka Jawna K. P. oraz odrzucenie jej oferty,

- wybór oferty najkorzystniejszej.

<u>Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.</u>

Odwołujący wskazuje, że K2 nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z częścią 4 SIWZ „Warunki udziału Wykonawców w Postępowaniu" w pkt 4.1.2. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy

spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące między innymi posiadania wiedzy i doświadczenia. Warunkiem stawianym przez Zamawiającego jest zrealizowanie przez Wykonawcę, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizowanie, z należytą starannością, co najmniej dwóch usług o podobnym charakterze w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przy czym:

1) co najmniej jedna usługa została zrealizowana dla firmy z sektora energetycznego, przy realizacji której brało udział minimum 50 konsultantów,

2) co najmniej jedna usługa była realizowana w trybie 24h/7 dni w tygodniu przez cały rok,

3) łączna wartość wszystkich zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 2 lat usług o podobnym charakterze wynosiła co najmniej 3.000.000 zł brutto.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił w SIWZ, że usługi o podobnym charakterze - to usługi związane z obsługą telefoniczną w zakresie obsługi spraw technicznych. Na potwierdzenie spełniania warunku wykonawcy mieli złożyć razem z ofertą wykaz wykonanych co najmniej dwóch usług o podobnym charakterze w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie, przy czym

dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego wykonano usługi, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnych charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. Odwołujący informuje, że wykonawca K2 złożył wraz z ofertą wykaz obejmujący trzy pozycje:

- usługę na rzecz Energa Operator S.A. (dalej „Usługa nr 1"),

- usługę na rzecz Systell Spółka z o.o. Spółka komandytowa (dalej „Usługa nr 2"),

- usługę na rzecz Energa Obrót S.A. (dalej „Usługa nr 3").

Zdaniem Odwołującego usługi te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający zaniechał ich poprawnego badania.

Odwołujący podnosi, że usługa nr 1 dotyczy dwóch oddzielnych umów - umowy Nr N/1/0136/2018 oraz umowy Nr P/1/0012/2019, których przedmiotem jest Obsługa Telefonicznego Centrum Zgłoszeniowego w obszarze telefonicznego numery alarmowego 991 i związanych kanałów elektronicznych - w zakresie zgłoszeń awaryjnych. Wskazuje, że K2 oświadczyło, że usługi te były realizowane w trybie 24h/7 dni w tygodniu przez cały rok, brało w nich udział 82 konsultantów, wartość zamówienia wyniosła 11.451.300 zł brutto, a usługi te były realizowane od 1 lutego 2019 do 30 czerwca 2021. Na potwierdzenie powyższego K2 złożyło referencję od odbiorcy usługi, wystawioną w dniu 24 kwietnia 2019 roku. Zdaniem Odwołującego, referencja potwierdza należyte wykonanie usług, ale nie wynika z niej ani data realizacji usługi, ani zakres jej wykonania ani też jej wartość, jak również ilość konsultantów rzeczywiście świadczących usługę. Podnosi, że usługa nr 1 bezspornie dotyczy usługi świadczonej na rzecz sektora energetycznego oraz jest usługą podobną w rozumieniu SIWZ. Odwołujący zaznacza jednakże, że usługa jest świadczona na podstawie dwóch odrębnych umów, które nie stanowią swojej bezpośredniej kontynuacji. O ile umowa dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia N/1/0136/2018 świadczona była na podstawie zapytania ofertowego, w przetargu niepublicznym, o tyle umowa P/1/0012/2019 została zawarta na skutek odrębnego postępowania udzielanego w trybie przetargu publicznego sektorowego, prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego. Odwołujący podnosi, że jest to istotne, gdyż druga ze wskazanych umów mogła być zawarta najwcześniej w dniu 18 czerwca 2019 r., a zatem na dzień złożenia ofert nie była ona jeszcze przez K2 realizowana. Wartość tej umowy, (wartość oferty K2) zgodnie z informacją dotyczącą postępowania dostępną publicznie, wynosi przeszło 9.000.000 zł brutto. Odwołujący wskazuje, że przedłożona przez tego wykonawcę referencja, wystawiona w kwietniu 2019 roku dotyczy realizacji pierwszej umowy z Usługi nr 1, która świadczona była od 1 lutego 2019 roku do 30 czerwca 2019 roku, czyli dotyczyć może jedynie okresu niecałych 3 miesięcy jej świadczenia. Jej wartość - nieznana Zamawiającemu (gdyż nie prowadził postępowania wyjaśniającego w tym zakresie), aby mogła spełniać warunek udziału, powinna, na dzień składania ofert w Postępowaniu być zrealizowana w takiej wartości, by łącznie z inną usługą podobną z wykazu w sumie wynosiła 3.000.000 zł brutto. Odwołujący podkreśla, że w dniu 19 czerwca 2019 roku Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dopytując się Odwołującego, który w swojej ofercie powołał się na usługę ciągłą, jaka wartość usługi realizowanej przypadała na okres ostatnich trzech lat.

Zamawiający w wezwaniu: „Biorąc pod uwagę iż, Wykonawca miał przedstawić usługi o podobnym charakterze w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający prosi o wyjaśnienie jaka kwota przedstawionych usług przypada na okres ostatnich trzech lat". Odwołujący podnosi także, że zgodnie z literalną treścią wymogu, Zamawiający wymagał wykazania się zrealizowaniem usług (nawet gdy chodzi o usługi o charakterze ciągłym), co oznaczało, że wartość zamówienia wskazana w wykazie nie powinna dotyczyć całej wartości umowy, ale wartości zrealizowanej usługi i to na dzień składania ofert. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że wartość usług referencyjnych w przypadku usług realizowanych miała dwa punkty graniczne w czasie: nie należało wliczać do tej wartości usług realizowanych na trzy lata przed dniem wszczęcia Postępowania, to jest przed dniem 15.05.2019, oraz usług, które mają być świadczone po dniu składania ofert, to jest po dniu 18.06.2019 r. Z tego wywodzi, że w przypadku K2 jedyna wartość usługi, na którą mógł się powołać ten Wykonawca dotyczyła umowy N/1/0136/2018, ale już nie umowy P/l/0012/2019, która zgodnie z informacjami dotyczącymi przetargu w jakim została zawarta, miała się rozpocząć dopiero z dniem 1.07.2019 r., a zatem na dzień składania ofert, była co najwyżej zawarta pomiędzy stronami, ale nie była realizowana. Zdaniem Odwołującego, nawet jeżeli uznać, że usługi referencyjne mogą być sumą realizacji dwóch lub więcej umów, to w żadnej mierze usługi przyszłe, jeszcze nie zrealizowane, nie mogą stanowić potwierdzenia posiadania doświadczenia, a jedynie pewną zdolność do zawarcia umowy (kolejnej, jeszcze nie realizowanej) w określonym stanie faktycznym i formalnym (tak wyrok Izby z dnia 23 kwietnia 2019 roku w sprawie o sygnaturze KIO 579/19). Wskazuje, że warunek udziału określony przez Zamawiającego, jak wynika z literalnego brzmienia zapisu SIWZ, wprost dotyczył umiejętności nabytych w ramach realizacji usługi o określonej wartości, warunkach, zasadach i w określonym czasie, przy wykorzystaniu określonej liczby osób. Stąd uznać należy nie tylko, że powołana przez K2 usługa nie potwierdza zarówno warunku zrealizowania przez 24h/7 dni w tygodniu przez cały rok, ani też sumarycznie wraz z pozostałymi usługami nie potwierdza wymaganej przez Zamawiającego wartości minimalnej 3.000.000 zł brutto dla usług podobnych w okresie 2 lat. Usługa ta była bowiem realizowana krócej niż rok, a K2 nie wykazało, jaka była wartość usługi zrealizowanej na dzień wykazania spełniania warunku udziału. Zdaniem Odwołującego sposób przedstawienia spełniania warunku w tym zakresie przez K2 wskazuje na zamiar wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, bez prowadzenia dalszych uzupełnień w zakresie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący podnosi, że K2 przedstawiło dwie różne usługi, świadczone na podstawie dwóch różnych, nie będących kontynuacją umów, jako jedną usługę ciągłą. Odwołujący wywodzi, że nie jest tak, że referencyjna usługa (jako jedna) świadczona jest od 1 lutego 2019 roku do 30 czerwca 2021 na bazie umowy i aneksu do niej, ale na podstawie dwóch oddzielnych umów udzielanych w postępowaniach publicznych, przy czym drugie postępowanie prowadzone było w trybie dialogu konkurencyjnego, a na dzień złożenia ofert, umowa o jego wykonanie (od 1 lipca 2019 roku) co najwyżej została zawarta. Odwołujący podnosi, że nawet jeżeli usługi te w momencie składania odwołania świadczone są tak, jak gdyby były one usługa ciągłą, to K2 nie był uprawniony do wskazywania umowy P/1/0012/2019 jako umowy realizowanej i to jako ciągłość w stosunku do umowy N/1/0136/2018. Umowy te mogą mieć różne warunki świadczenia, a referencja dotycząca umowy N/l/0136/2018 nie może w żaden sposób dotyczyć nierozpoczętej jeszcze usługi z umowy P/1/0012/2019. Wywodzi, że K2 jest tego świadomy, a zatem sposób przedstawienia daty realizacji zamówienia (usługi) tworzy wrażenie inne niż rzeczywistość, co ma istotny wpływ na wynik Postępowania. Odwołujący powołuje się na wyroki KIO 34/19 i KIO 929/19. Zdaniem Odwołującego wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przesłanki wykluczenia zostały spełnione, albowiem trudno wskazywać, że K2 wykazując spełnianie warunków nie był świadomy, że wskazuje jako zrealizowaną usługę referencyjną usługę, która dopiero będzie przez niego realizowana, a wystawiona przez odbiorcę usługi referencja nie może dotyczyć usługi jeszcze nie zrealizowanej. Dalej Odwołujący wskazuje, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość, czy wskazana liczba konsultantów (82) jest liczbą konsultantów z jednej z umów, czy też K2 zsumował liczbę konsultantów z dwóch umów, zaliczając niektóre osoby (czy też wszystkie z nich) podwójnie. Odwołujący podnosi, że zgodnie z dostępną dokumentacja postępowań referencyjnych, wykonawcy biorący udział w postępowaniach mieli wykazać się dysponowaniem potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą wykonywać lub uczestniczyć w realizacji zamówienia między innymi:

- zespołem pracowników, zatrudnionych na podstawie umów cywilno-prawnych w charakterze konsultantów telefonicznych. Estymacja liczby wymaganych pracowników do realizacji usługi leży po stronie wykonawcy;

- zespołem pracowników, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, w charakterze kadry szkoleniowej o udokumentowanych kwalifikacjach pedagogicznych lub trenerskich. Estymacja liczby wymaganych pracowników do realizacji usługi leży po stronie wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że ponieważ K2 nie rozpoczął jeszcze świadczenia tej usługi na dzień składania ofert, wszelkie informacje o liczbie konsultantów realizujących tę umowę są jedynie informacjami potencjalnymi i na ich podstawie nie można uznać, że usługę będzie realizowało

82 konsultantów. W zakresie usług zrealizowanych na podstawie umowy N/1/0136/2018, z opisu przedmiotu zamówienia dostępnego na stronach internetowych odbiorcy usługi również wynika, że to wykonawca zobowiązany był do samodzielnej estymacji ilości potrzebnych konsultantów na bazie własnych doświadczeń z prowadzonych projektów - w oparciu o dane historyczne za rok 2018, dotyczące liczby zgłoszeń oraz wymaganych standardów jakościowych. W opinii Odwołującego Zamawiający w żaden sposób nie potwierdził, że K2 wykazał w tym zakresie spełnianie warunków udziału.

Dalej, wskazując na powołane wyżej pismo z dnia 19.06.2019 r. kierowane przez Zamawiającego do Odwołującego, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu brak należytego badania oferty K2 w zakresie spełniania przez K2 warunków udziału w postępowaniu, mimo iż analogiczne badanie w zakresie wartości oferty przeprowadził w odniesieniu do Odwołującego. Odwołujący podnosi, że stanowi to naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu. O ile bowiem w odniesieniu do Odwołującego Zamawiający badał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wartość zamówienia faktycznie zrealizowanego dla usług o charakterze ciągłym, o tyle w odniesieniu do K2 badania takiego zaniechał, przyjmując, że wartość zamówienia wskazana w tabeli dla tej pozycji wraz z pozostałymi pozwala na spełnienie zastrzeżenia w warunku udziału w postępowaniu „Łączna wartość wszystkich zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 2 lat usług o podobnym charakterze wynosiła co najmniej 3.000.000 zł brutto."

Odwołujący podnosi, że wykonawca K2 jako usługę nr 2 wskazał zamówienie na obsługę infolinii w zakresie spraw technicznych, realizowaną od 1.02.2017 roku do 31.01.2019 r. Usługa ta została zakończona. K2 twierdzi w wykazie, że była ona realizowana w trybie 24h/7 dni w tygodniu przez cały rok, w jej realizacji brało udział 8 konsultantów, a wartość tego zamówienia wyniosła 1 107 000 zł brutto. Na potwierdzenie należytej realizacji usługi K2 przedstawił dokument „Poświadczenie należytego wykonania usługi zamówienia Obsługa infolinii w zakresie spraw technicznych". Odwołujący wskazuje, że oświadczenie to samo w sobie nie zawiera żadnych innych informacji potwierdzających oświadczenia K2, poza potwierdzeniem należytego wykonania usługi. Odwołujący wskazuje, że przedstawiony dokument jest podpisany przez osobę o nieczytelnym podpisie i bez wskazania jej funkcji, a zamówienie nie było zamówieniem publicznym, zatem w zakresie przedstawionych informacji Zamawiający mógł polegać jedynie na oświadczeniu K2, a nie dokonał żadnych czynności dalszego potwierdzenia spełniania warunków w tym zakresie. Odwołujący wskazuje, że aby móc potwierdzić spełnianie warunków udziału przez K2, Zamawiający powinien był - w kontekście Usługi nr 2 - przeprowadzić badanie dotyczące co najmniej wartości zrealizowanej usługi, a także jej przedmiotu - wystawca referencji nie wskazał bowiem, że K2 świadczył na jego rzecz usługi związane z obsługą telefoniczną w zakresie obsługi spraw technicznych, ale wskazał, że wykonawca K2 „współpracował z Systell spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w zakresie realizacji usług polegających na obsłudze telefonicznej infolinii w zakresie spraw technicznych" a nie, że tą usługę realizował, a takiego doświadczenia właśnie wymagał Zamawiający. Z tego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, względnie w zakresie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wskazuje, że spółka Systell sp. z o.o. sp. k. świadczy usługi organizacji i wdrażania call center, a także świadczenia usług dla klientów w zakresie automatyzacji usług. Zdaniem Odwołującego wątpliwym jest, że K2 mógł świadczyć usługi podobne na rzecz tego podmiotu. Zamawiający wymagał natomiast, jak wyżej wskazano, że dowody należytego wykonania mają być wystawione przez podmiot, na rzecz którego wykonano usługi. Odwołujący podnosi, że jeżeli zatem K2 jedynie współpracowało z Systell sp. z o.o. sp. k. przy realizacji usług telefonicznych w zakresie obsługi spraw technicznych na rzecz klienta Systell sp. z o.o. sp. k., czy też był jego podwykonawcą, to usługa taka nie może być uznana za spełniająca warunek udziału w postępowaniu. Usługi bowiem były realizowane na rzecz innego podmiotu, będącego klientem Systell sp. z o.o. sp.k.

W odniesieniu do usługi nr 3, realizowanej na rzecz dla firmy z sektora energetycznego, Odwołujący podnosi, że jej zakres nie mieści się w definicji usługi podobnej wskazanej przez Zamawiającego w SIWZ, zatem w całości nie może być ona brana przez Zamawiającego pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału przez K2. Odwołujący wskazuje, że przedmiotem usługi było prowadzenie kampanii lojalizacyjnych, a nie realizacja usług polegających na obsłudze telefonicznej infolinii w zakresie spraw technicznych, co potwierdza zarówno opis zamówienia zamieszczony w wykazie, jak i treść przedstawionego od odbiorcy usługi „Potwierdzenia należytego wykonania usług zamówienia „Lojalizacja klientów indywidualnych” na rzecz Energa Operator SA. Odwołujący podkreśla, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył wyłącznie doświadczenia nabytego w zdefiniowanych przez Zamawiającego usługach podobnych, a nie wszystkich usługach

możliwych do świadczenia z użyciem infolinii. Z tego wywodzi, że nie ma znaczenia dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani wartość tej usługi ani też użyta do tego ilość konsultantów.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi, że podobnie jak w przypadku usługi nr 1 Zamawiający zaniechał zbadania wartości usługi zrealizowanej w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a także przyjął jako właściwą referencję dotycząca usługi o charakterze ciągłym wystawionej w dniu 29.10.2018 r., podczas, gdy w przypadku usług ciągłych referencja przedstawiana przez wykonawcę nie powinna być wystawiona wcześniej niż na 3 miesiące przed terminem składania ofert, co wynika z Rozporządzenia Ministra

Rozwoju z dnia 26.07.2016 roku w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z oświadczeniem K2 usługa jest realizowana od 1.03.2015 do 31.01.2020 roku.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał prawidłowego badania oferty K2 w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący przywołuje, że warunkiem stawianym przez Zamawiającego jest zrealizowanie przez wykonawcę, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizowanie, z należytą starannością, co najmniej dwóch usług o podobnym charakterze w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przy czym:

1) co najmniej jedna usługa została zrealizowana dla firmy z sektora energetycznego, przy realizacji której brało udział minimum 50 konsultantów - Odwołujący wskazuje, że o ile Usługa nr 1 w zakresie umowy N/1/0136/2018 była realizowana jako jedyna wskazana usługa o podobnym charakterze dla firmy z sektora energetycznego, to Zamawiający nie zbadał, czy przy jej realizacji brało udział minimum 50 konsultantów, czy wskazana liczba konsultantów jest liczbą łączną wymaganą dla tej umowy oraz umowy nr P/1/0012/2019, która do dnia składania ofert nie była jeszcze realizowana. Zamawiający nie zbadał również wartości zrealizowanej na dzień składania ofert umowy N/1/0136/2018 celem ustalenia, czy jej wartość sumowana z ewentualnie innymi zrealizowanymi usługami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu potwierdza zrealizowanie usług podobnych o wartości minimalnej 3.000.000 zł brutto;

2) co najmniej jedna usługa była realizowana w trybie 24h/7 dni w tygodniu przez cały rok - Odwołujący podnosi, że warunek ten mogłaby spełniać Usługa nr 2, o ile Zamawiający odpowiednio przeprowadziłby postępowanie w zakresie badania oferty i ustalił, czy wskazana przez wystawcę referencji „współpraca" była w rzeczywistości realizacją usługi; Usługa nr 1 natomiast nie była świadczona przez K2 przez cały rok, tylko od 1.02.2019 roku;

3) Łączna wartość wszystkich zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 2 lat usług o podobnym charakterze wynosiła co najmniej 3.000.000 zł brutto - Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie przeprowadził badania w tym zakresie, przyjmując bezpodstawnie, że wskazane przez K2 wartości umów dla Usługi nr 1

i Usługi nr 2 obejmują okres pomiędzy trzema latami przed wszczęciem Postępowania i dniem składania ofert, podczas gdy część Usługi nr 1 z umowy P/l/0012/2019 nie była przez K2 realizowana na dzień składania ofert i nie jest bezpośrednią kontynuacją umowy N/1/0136/2018.

Odwołujący podnosi, że dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że usługi o podobnym charakterze to usługi związane z obsługą telefoniczną w zakresie obsługi spraw technicznych - w tym zakresie warunku udziału nie spełnia Usługa nr 3 i jako taka nie może być przez Zamawiającego brana pod uwagę dla jakiegokolwiek innego zastrzeżenia dotyczącego warunku, to jest czasu realizacji, wartości i ilości konsultantów.

Dalej Odwołujący informuje, że Zamawiający zgodnie z SIWZ wymagał by usługa będąca przedmiotem Postępowania była świadczona w Lubartowie przy ul. Nowodworskiej 8, w lokalach wyposażonych przez Zamawiającego (pkt 3.5.1 SIWZ). Dodatkowo wymagał, by wszystkie osoby realizujące umowę były zatrudnione na umowę o pracę i stanowiły dedykowany personel Wykonawcy (pkt 5.9. SIWZ). Jednocześnie rozpoczęcie świadczenia usługi musi nastąpić od dnia 10 września 2019 roku. Wykonawca K2 składając ofertę oświadczył natomiast w pkt 4 formularza ofertowego, że oferuje realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, tym samym uznać należy, że K2 zapewnia Zamawiającemu realizację umowy przez osoby zatrudnione na umowę o pracę, ale również w miejscu wskazanym przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że K2 w tym zakresie wprowadza Zamawiającego w błąd, co skutkować powinno zastosowaniem względem niego art. 24 ust. 1

pkt 17 ustawy Pzp. Podkreśla, że przepis ten nie odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, ale każdej informacji mającej istotny wpływ na decyzje Zamawiającego dotyczące wyniku postępowania, a taką niewątpliwie jest oświadczenie i zobowiązanie wykonawcy do realizacji usługi zgodnie z wszelkimi wymogami SIWZ.

Odwołujący wywodzi, że jest rzeczą powszechnie znaną, że do tej pory K2 świadczyło usługi głównie poprzez osoby niezatrudnione na umowę o pracę, a jedynie na inne umowy cywilnoprawne. Co więcej nie posiada w Lubartowie zespołu konsultantów w ilości wymaganej przez Zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że K2 oświadczyło, że nie będzie korzystał ani z podwykonawców ani z udostępnionego w inny sposób personelu, co oznacza, że sam gwarantuje realizację umowy z Zamawiającym w sposób wymagany. Odwołujący zaznacza, że zamiana umów cywilno-prawnych na umowy o pracę w pełnym wymiarze godzin i zorganizowanie zespołu do świadczenia usług na miejscu wskazanym przez Zamawiającego (poprzez zatrudnienie nowych pracowników albo delegowanie już zatrudnionych osób) pociągałoby za sobą takie koszty, które nie mogłyby gwarantować Zamawiającemu realizacji usługi zgodnie z jego założeniami i w cenie zaoferowanej przez K2. Odwołujący podkreśla, że bazując na własnym doświadczeniu związanym z realizacją usług dla Zamawiającego na zasadach analogicznych do określonych dla przedmiotowego postępowania, w celu zapewnienia odpowiedniego zespołu dodatkowego dla zapewnienia jakości świadczenia usług, począwszy od 25.06.2019 r. prowadzi na terenie Lubartowa i okolic rekrutację poprzez dostępne kanały internetowe. Poza osobami zatrudnionymi już przez Odwołującego, zainteresowanie zawarciem umowy o pracę dla oferowanych stanowisk konsultantów jest znikome. Jednakże Odwołujący dysponuje już całym wymaganym i przeszkolonym zespołem, budowanym w ciągu lat świadczenia usługi dla PGE Dystrybucja. Wskazuje, że K2 takiego zespołu nie posiada i nie jest to oczywiste, czy na moment ewentualnego zawarcia umowy z Zamawiającym taki zespół już by posiadał, nie prowadząc, według wiedzy Odwołującego, na terenie Lubartowa i okolic rekrutacji. Powołuje się na wyrok KIO 45/19 i KIO 819/19.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 19.07.2019 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpienie zgłosił wykonawca K2 Dystrybucje K. P. Sp. j., ul. Śląska 53, 81-304 Gdynia, wnioskując o oddalenie odwołania.

W dniu rozprawy Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy przed KIO strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencji Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismem zgłaszającego przystąpienie oraz złożonymi dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Izba wskazuje na następujące postanowienia SIWZ.

4.1.2 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy pzp dotyczące:

(...)

b) - posiadania wiedzy i doświadczenia. Warunkiem stawianym przez Zamawiającego jest zrealizowanie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizowanie, z należytą starannością, co najmniej dwóch usług o podobnym charakterze w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przy czym:

1) co najmniej jedna usługa została zrealizowana dla firmy z sektora energetycznego, przy realizacji której brało udział minimum 50 konsultantów,

2) co najmniej jedna usługa była realizowana w trybie 24h/7 dni w tygodniu przez cały rok,

3) łączna wartość wszystkich zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 2 lat usług o podobnym charakterze wyniosła co najmniej 3 000 000 PLN brutto,

4) Zamawiający wyjaśnia, że usługi o podobnym charakterze - to usługi związane z obsługą telefoniczną w zakresie obsługi spraw technicznych.

Wykonawca K2 Dystrybucje K. P. Sp. j., ul. Śląska 53, 81-304 Gdynia celem wykazania spełniania ww. warunków złożył wykaz wykonanych usług, w którym wskazano:

1. Na rzecz: Energa Operator SA. „Obsługa Telefonicznego Centrum Zgłoszeniowego w obszarze telefonicznego numeru alarmowego 991 i związanych kanałów elektronicznych - w zakresie zgłoszeń awaryjnych. Zamówienia realizowane na podstawie postępowań przetargowych: Nr N/1/0136/2018, Nr P/1/0012/2019". Realizowana przez 24h/7 przez cały rok. 82 konsultantów biorących udział w realizacji. Wartość zamówienia 11 451 300 zł brutto. Realizowane od 01.02.2019 do 30.06.2021.

2. Na rzecz: Systell Spółka z o.o. Spółka komandytowa. „Obsługa Infolinii w zakresie spraw technicznych". Realizowana 24h/7 przez cały rok przez 8 konsultantów. Wartość zamówienia 1 107 000 zł. Data realizacji od 01.02.2017 r. do 31.01.2019 r.

3. Na rzecz: Energa Obrót SA. „Lojalizacja Klientów Indywidualnych". Nieralizowana przez 24h/7. Realizowana przez 115 konsultantów. Wartość zamówienia: 10 945 724 zł brutto. Data realizacji od 01.03.2015 r. do 31.01.2020 r.

Na potwierdzenie usługi nr 3 wykonawca K2 złożył referencje wystawione w dniu 29.10.2018 r.

Termin składania ofert wyznaczono na dzień 18.06.2019 r.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Ad zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, mającego polegać na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy K2 Dystrybucje K. P. Sp. j., ul. Śląska 53, 81-304 Gdynia (dalej jako K2 albo Przystępujący), pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Rzeczony zarzut Izba omawia jako pierwszy, gdyż jego uwzględnienie zadecydowało o kierunku orzeczenia. Uznając zarzut za zasadny, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że bezsporną była okoliczność, iż Przystępujący w wykazie usług zrealizowanych/realizowanych w pozycji pierwszej wskazał usługę o nazwie „Obsługa Telefonicznego Centrum Zgłoszeniowego w obszarze telefonicznego numeru alarmowego 991 i związanych kanałów elektronicznych - w zakresie zgłoszeń awaryjnych. Zamówienia realizowane na podstawie postępowań przetargowych: Nr N/1/0136/2018, Nr P/1/0012/2019", realizowaną na rzecz Energa Operator S.A. Dalej, jak wynika ze złożonej przez Przystępującego na posiedzeniu przed KIO umowy, usługa, której dotyczyło postępowanie Nr P/1/0012/2019 r. zawarta została w dniu 24.06.2019 r. na czas określony od dnia 1 lipca 2019 r. do dnia 30 czerwca 2021 r. (§ 15 ust. 1 umowy). Podsumowanie ww. okoliczności pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że wykonawca K2 podając w wykazie usług, że realizuje

usługę na podstawie postępowania Nr P/1/0012/2019, podał nieprawdziwe informacje - gdyż usługa, której dotyczyło postepowanie Nr P/1/0012/2019 r. nie była jeszcze realizowana - w dniu składania ofert wykonawca nie zawarł jeszcze nawet umowy na realizację tej usługi. Co więcej nie pozostawia również wątpliwości, że na skutek tak przedstawionej informacji Zamawiający został wprowadzony w błąd - Zamawiający bowiem w odpowiedzi na odwołanie opisał, jak odczytywał wykaz usług złożony przez Przystępującego. Na stronie 2 odpowiedzi na odwołanie wskazał, że „Z przedstawionych dokumentów wynika również, że czynności w ramach postępowania przetargowego P/1/0012/2019 realizowane są dopiero od 18 czerwca 2019 roku, a zatem usługa realizowana na podstawie postępowania N/1/0136/2018 - zaliczona na poczet spełniania wymagań Zamawiającego - zgodnie z informacjami zawartymi w wykazie, realizowana była od 1 lutego 2019 r. do 18 czerwca 2019 r. (...) Biorąc zatem pod uwagę wartość wskazaną w pozycji pierwszej wykazu to jest 11 451 300 zł brutto i uwzględniając, że wynagrodzenie wynikające z postępowania P/1/0012/2019 wynosi 9 298 800 zł brutto, kwota przypadająca na realizację usługi świadczonej od 1 lutego 2019 r. do 18 czerwca 2019 r. stanowi 2 152 500 zł brutto". Z powyższego wynika, że Zamawiający błędnie przyjął, że usługa na podstawie postępowania N/1/0136/2018 została zrealizowana w całości i zaliczył całą wartość tej usługi (2 152 000 zł) na poczet doświadczenia Przystępującego. Tymczasem, z treści umowy dotyczącej ww. usługi (złożonej przez Przystępującego wraz z pismem procesowym) wprost wynika, że ww. kwota stanowi całkowite wynagrodzenie (§ 10 ust. 1), a umowa została zawarta na okres od dnia 14.01.2019 r. do dnia 30.06.2019 r. Co za tym idzie, Zamawiający winien był wziąć pod uwagę wartość usług zrealizowanych do dnia 17 czerwca 2019 r. (włącznie) - jak sam bowiem zasadnie wskazał w odpowiedzi na odwołanie, „wykonawca może powołać się na doświadczenie wynikające z umów będących w trakcie realizacji, ale tylko co do zakresu, w jakim umowę już wykonał, tylko w takim zakresie nabył faktycznie doświadczenie" (por. też np. wyroki KIO 2559/18, KIO 532/14).

Reasumując, wykonawca K2 wskazując w wykazie usług, że realizuje usługę na podstawie postępowania przetargowego P/1/0012/2019 r. - na którą jeszcze nawet nie zawarł umowy, przedstawił informację, której skutkiem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Uznać należy również, iż taki sposób przedstawienia informacji był celowy - wykonawca miał bowiem pełną świadomość, że jeszcze nie realizuje usługi na podstawie ww. postępowania przetargowego, zaś formułując oświadczenie w wykazie w ww. sposób mógł powołać się (niezasadnie) na łączną wartość usługi ciągłej - w części większości zrealizowanej oraz tej części, co do której nie podpisał jeszcze umowy. Ustalenia te nakazują stwierdzenie, że zaistniała przesłanka wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Dodać należy, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd w ww. zakresie skutkować mogło niezasadnym uznaniem, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności warunek określony w pkt 4.1.2.b.3, dotyczący łącznej wartości usług podobnych zrealizowanych w przeciągu ostatnich dwóch lat. Wykonawca K2 bowiem w ocenie Izby powołał się na tylko jedną dodatkową usługę podobną - usługę nr 2, realizowaną na rzecz Systell Sp. z o.o. Sp.k. Jednakże usługa ta realizowana była od 01.02.2017 r. - zatem wcześniej niż dwa lata przed dniem składania ofert, wobec czego do wartości zrealizowanej usługi nie powinny być wliczone miesiące luty, marzec, kwiecień, maj i 17 dni czerwca. Takie rozumienie SIWZ wynika z pisma, które skierował Zamawiający do Odwołującego, gdzie nakazał wyjaśnienie - „biorąc pod uwagę, iż wykonawca miał przedstawić usługi o podobnym charakterze w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający prosi o wyjaśnienie, jaka kwota przedstawionych usług przypada na okres ostatnich trzech lat". Z treści powyższego zapytania, jasno wynika, iż Zamawiający brał pod uwagę wartość usług realizowanych w przeciągu wskazywanego okresu (w przypadku warunku 4.1.2.b.3 - 2 lata). Co za tym idzie, Zamawiający nie będąc wprowadzony w błąd co do wartości usługi nr 1 i po prawidłowym wyliczeniu wartości usługi nr 3 mógłby dojść do przekonania, że wykonawca K2 nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie jednak od tej okoliczności, jak wskazano powyżej, Przystępujący K2 w wykazie usług wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem ziściły się przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, wobec czego Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji.

Izba za nieudowodnione uznała twierdzenia Odwołującego w zakresie liczby konsultantów wykonujących usługę wskazaną w pkt 1 wykazu usług złożonego przez K2. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, poprzestając jedynie na bezpodstawnym podważeniu wiarygodności oświadczenia w wykazie usług. Podnoszona w toku rozprawy okoliczność, iż zgodnie z umowami o świadczenie usługi nr 1, zamawiający wymagał minimum 40 konsultantów świadczących usługę, nie pozwala na stwierdzenie, że Przystępujący nie delegował do wykonania usługi większej liczby konsultantów niż wymagana. Nie jest zasadnym również podnoszenie, że Przystępujący nie potwierdził, że usługę nr 1 zgodnie z wykazem usług realizowało 82 konsultantów, albowiem zgodnie z SIWZ wykonawcy zobligowani byli jedynie do przedłożenia referencji na potwierdzenie należytego wykonania umowy, bez określenia szczegółowych warunków ich wykonywania, co odpowiada celowi referencji (por. np. wyrok KIO 845/18, KIO 1116/18). Informacje o przedmiocie, wartości oraz

podmiocie, na rzecz którego usługi referencyjne były realizowane, zgodnie z pkt 5.6.1 SIWZ miały znaleźć się w wykazie usług. Załącznik nr 7 do SIWZ, stanowiący ów wykaz, zawierał również pole do wskazania liczby konsultantów oraz informacji, czy zamówienie było prowadzone 24h/7 dni przez cały rok. W zakresie tych informacji Zamawiający opierał się na oświadczeniu wykonawcy zawartym w wykazie, co zresztą koresponduje z dyspozycją § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126).

Za bezzasadne należy uznać również zarzuty odwołania dotyczące usługi nr 2. Odwołujący wywodził, że zgodnie z przedłożonymi referencjami Przystępujący nie wykonywał rzeczonej usługi na rzecz Systell Sp. z o.o. Sp. k. ale współpracował w jej wykonaniu, wobec czego nie można uznać, że wykazał realizację usługi, bowiem jedynie współpracował albo pozostawał tylko podwykonawcą, a usługa była świadczona na rzecz innego podmiotu niż Systell. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że wykonawca nie kształtuje treści referencji na które się powołuje, a które ze swojej natury wystawiane są przez podmiot trzeci. Dalej, ze złożonego przez Odwołującego dowodu, w postaci wydruków ze strony systell.pl nie wynika, że Przystępujący nie mógł na rzecz tego podmiotu wykonywać usługi nr 2 - „Obsługa infolinii w zakresie spraw technicznych" jako wykonawca albo podwykonawca. Należy zwrócić uwagę, że prowadzona infolinia, zgodnie z oświadczeniem Przystępującego, prowadzona była przez ośmiu konsultantów, nie była to zatem usługa bardzo rozbudowana - wobec braku dowodów przeciwnych nie można wykluczyć, że była to infolinia dla klientów Systell, dla których podmiot ten organizował „Contact Center" - zgodnie z dowodami złożonymi na rozprawie przez Odwołującego. Charakter usług świadczonych przez Systell pozwala również na przyjęcie, że Przystępujący organizował infolinię jako podwykonawca - wówczas referencje wystawione przez wykonawcę należy uznać za wystarczające. Pozbawione bowiem podstaw jest twierdzenie, że referencja wystawiona może być jedynie przez odbiorcę docelowego usługi i że wykonawca nie może wystawić referencji swemu podwykonawcy (por. np. KIO 1864/11). Za nieskuteczne należy również uznać podważanie złożonych referencji poprzez wskazywanie na nieczytelność podpisu i brak wskazania funkcji osoby je podpisującej. Rozporządzenie o dokumentach nie określa formy referencji i nie można uznać za wystarczające dla poważenia ich wiarygodności jedynie wskazania na ww. okoliczności, bez wykazania żadnej inicjatywy dowodowej, której to ciężar spoczywał na Odwołującym, jako wywodzącym z nich daleko idące wnioski. Wobec powyższego Izba uznała, że brak jest podstaw dla stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał zrealizowania usługi nr 2.

W zakresie zarzutu dotyczącego usługi nr 3, Izba uznała, iż Odwołujący zasadnie podnosi, że usługa ta nie może być skutecznie powołana dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotem tej usługi była „Lojalizacja klientów indywidualnych", czyli usługa o charakterze marketingowym. W świetle pkt 4.1.2.b.4 SIWZ, precyzyjnie określającego, że jako usługę podobną należy rozumieć usługi związane z obsługą telefoniczną w zakresie obsługi spraw technicznych, nie można za usługę podobną uznać usługi o charakterze marketingowym, niezależnie od tego, czy rozmowy z klientami dotyczyły również parametrów sprzedawanej usługi. Sprzedaż, przedłużanie bądź zmiany umów nie mogą być uznane za obsługę spraw technicznych. Marketingowy charakter usługi świadczonej na rzecz Energa Obrót potwierdzają złożone przez Odwołującego dowody - SIWZ dla postępowania ZP/03/DSTZRM/2016: „Przedmiotem zamówienia jest realizacja telefonicznej kampanii lojalizacji konsumentów Energa Obrót S.A.", informacja do postepowania ZP/04/EOB-DZO/2018: „Przedmiotem zamówienia jest realizacja telefonicznej kampanii sprzedażowej w 2019 r.(...)", ogłoszenie o zamówieniu 2017/S 177-363247: „Przedmiotem zamówienia jest realizacja w 2018 r. telefonicznej kampanii sprzedażowej..)''. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, że rzeczona usługa nosi charakter usługi podobnej w rozumieniu SIWZ i poczytał ją w poczet doświadczenia Przystępującego.

Ponadto potwierdza się również podnoszony zarzut nieuprawnionego uznania za właściwą referencję dotyczącą usługi nr 3, pomimo wystawienia jej w dniu 29.10.2018 r. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) w przypadku świadczeń ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wobec powyższego niewątpliwie Przystępujący powinien zostać wezwany do złożenia aktualnego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Mając jednakże na uwadze, że Izba uznała, iż Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, powyższe ustalenia pozostają bez wpływu na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, Izba uznała, iż podlega on oddaleniu. Jak wskazano powyżej, Izba nie uznała za skuteczne podważenia powołania się przez Przystępującego na usługę nr 2 - usługa ta zaś pozwala na wykazanie się doświadczeniem określonym w pkt 4.1.2.b.2 - usługa realizowana w trybie 24h/7 dni w tygodniu, przez cały rok. Nie dowiedziono również, że nie była to usługa podobna. Dalej, dla wykazania doświadczenia z pkt 4.1.2.b.1 Przystępujący powołał usługę wykonywaną dla Energa Operator - bezspornie podobną i realizowaną dla firmy z sektora energetycznego. Jak Izba ustaliła powyżej - Odwołujący nie podważył skutecznie, że świadczyło ją mniej niż wymaganych minimum 50 konsultantów. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie spełnia warunków określonych w pkt 4.1.2.b. 1 i 2 SIWZ. Pozostał warunek pkt 4.1.2.b.3 - łączna wartość wszystkich zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich dwóch lat usług o podobnym charakterze wyniosła co najmniej 3 000 000 zł brutto. W tym zakresie ustalenia Izby różnią się od ustaleń Zamawiającego, który dla ustalenia doświadczenia Przystępującego założył, że całość pierwszej części usługi nr 1 została zrealizowana i przyjął wartość 2 152 500,00 zł, co stanowi wartość całej umowy. Jak wskazano powyżej, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę wartość usługi rzeczywiście zrealizowanej, tj. do dnia 1.02.2019 r. do 17.06.2019 r. Należy zatem wyliczyć wartość usługi zrealizowanej do 17.06.2019 r. W zaokrągleniu 17 z 30 dni to 57%. Wartość miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy wynosiła 430 500,00 zł brutto, 57% tej kwoty to 245 385,00 zł. Łączna wartość rzeczywiście zrealizowanej usługi nr 1 wynosi zatem 1 967 385,00 zł. Sumując tę kwotę z wartością usługi nr 2 - 1 107 000,00 zł, wartość usług wynosi ponad 3 min zł, zgodnie z warunkiem 4.1.2.b.3. Izba zauważa okoliczność, iż część usługi nr 2 była realizowana wcześniej niż 2 lata przed składaniem ofert, jednakże okoliczność ta została podniesiona przez Odwołującego dopiero na rozprawie i należy uznać powołanie jej za nieuprawnione rozszerzenie zarzutu, wobec czego nie może być brana pod uwagę. Brak charakteru usługi podobnej w przypadku usługi nr 3 nie wpływa na powyższe ustalenie, gdyż wystarczające było zrealizowanie dwóch usług podobnych. Mając na uwadze powyższe, Izba nie miała podstaw dla uznania, że Zamawiający dopuścił się zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wobec niespełniania warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić jednakże należy, iż rzeczony zarzut pozostaje całkowicie niezależny od powyżej omówionego, potwierdzonego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp - stwierdzenia, iż Przystępujący przedstawił informacje wprowadzając Zamawiającego w błąd, wobec czego podlega wykluczeniu z postępowania.

Za niepotwierdzony Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (postawiony w uzasadnieniu odwołania) oraz zarzut 7 ust. 1 ustawy Pzp, mające polegać na zaniechaniu wezwania do wyjaśnień Przystępującego, w sytuacji gdy do wyjaśnień wezwany został Odwołujący. Jak wynika z brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wzywa m.in. do udzielenia wyjaśnień w przypadku gdy złożone dokumenty m.in. „budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości". Co za tym idzie, Zamawiający może skorzystać z uprawnienia nadanego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, celem wyjaśnienia powstałych wątpliwości. Zgodzić się należy z Odwołującym, że zaniechanie wezwanie do wyjaśnień jednego z wykonawców, gdy wezwano drugiego, budziłoby podejrzenie nierównego traktowania wykonawców - gdyby ich sytuacja była analogiczna. Jak jednak ustalono w toku rozprawy, Odwołujący w złożonym przez siebie wykazie usług nie podał dokładnej wartości realizowanych usług a posłużył się zwrotami „ponad (...) zł". Taki sposób przedstawienia wartości usługi uniemożliwił Zamawiającemu ustalenie wartości usług zrealizowanych w okresie ostatnich 3 lat. Podobna wątpliwość nie powstała w odniesieniu do Przystępującego, podał on bowiem w wykazie konkretne kwoty, dzięki którym Zamawiający mógł dokonać stosownych obliczeń. Błędny wynik tych obliczeń, spowodowany wprowadzeniem Zamawiającego w błąd przez Przystępującego, nie pozwala na jednoczesne stwierdzenie, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości i wezwać przystępującego do wyjaśnień. Wobec powyższego nie można również uznać, by zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowiło przejaw nierównego traktowania wykonawców i naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia w ww. zakresie. Zarzuty te Odwołujący opiera o okoliczność, iż zgodnie z pkt 3.5.1. SIWZ Zamawiający wymagał, by usługa będąca przedmiotem postępowania świadczona była w Lubartowie przy ul. Nowodworskiej 8, w lokalach wyposażonych przez Zamawiającego, jak również wymagał zatrudnienia osób realizujących usługę na umowę o pracę oraz dedykowania ich do realizacji tego zamówienia (5.9 SIWZ). W ocenie Izby powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Taka konkluzja podyktowana została następującymi ustaleniami. Po pierwsze, oba ze wskazanych wymogów dotyczą etapu realizacji zamówienia - wykonawca zobowiązany jest zapewnić zespół przygotowany do realizacji usługi w terminie 21 dni od dnia zawarcia umowy - zgodnie z pkt 11.1 OPZ, stanowiącego załącznik do umowy. Po drugie, Zamawiający w zakresie zdolności zawodowej do wykonania zamówienia wymagał wykazania dysponowania jedynie trzema osobami o odpowiednich kompetencjach kierowniczych - pkt

4.1.2.c. SIWZ. Przy tak sformułowanych warunkach udziału w postępowaniu i OPZ, Zamawiający nie był uprawniony do badania dysponowania zespołem przeznaczonym do realizacji zamówienia, opierał się na oświadczeniu wykonawcy o zdolności do realizacji zamówienia na warunkach SIWZ, a Przystępujący nie mógł zostać zobowiązany do wykazywania zdolności do realizacji zamówienia w zakresie innym, niż określały to warunki udziału w postępowaniu. Okoliczność, że zapewnienie zespołu do realizacji zamówienia ma mieć miejsce w terminie 21 dni od zawarcia umowy uniemożliwia również dowodzenie, że Przystępujący nie jest w stanie takiego zespołu zapewnić. Powoływane przez Odwołującego okoliczności, iż usługa będzie realizowana w Lubartowie, a pracownicy mają być zatrudnieni na umowę o pracę, nie stanowią przeszkody, której odpowiednio przygotowany wykonawca nie jest w stanie pokonać - a przynajmniej Odwołujący nie wykazał, by było inaczej. Przedłożone na rozprawie dowody w postaci rezultatów poszukiwań pracowników w regionie Lubartowa, nie są przydatne dla potwierdzenia zarzutu Odwołującego, chociażby wobec podniesionej przez Przystępującego okoliczności, iż zatrudnieni konsultanci nie muszą mieszkać w Lubartowie. Ponadto nie wiadomo również, jakie wynagrodzenie oferował Odwołujący, co może mieć zasadniczy wpływ na zainteresowanie ofertą i ilość zgłoszeń. Dowody te ponadto nie odnoszą się do możliwości rekrutacyjnych Przystępującego, a jedynie Odwołującego. Mając powyższe na uwadze Izba uznała zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 27 ust. 1 ustawy Pzp za bezpodstawne.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: .....