

WYROK

Warszawa, dnia 12 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 9 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Arteria Customer Services

Sp. z o.o., Trimtab Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: PKP Intercity S.A.

z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy LOCKUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów naruszenia przepisu art. 226 ust. 2 b w zw.

z art. 112 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lockus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Krakowie z uwagi na brak spełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia w zakresie dysponowania personelem na stanowisku Kierownika Projektu Infolinii oraz Kierownika Nadzoru Infolinii, posiadającym aktualne certyfikaty Prince2 lub równoważne, z powodu wycofania zarzutu przez odwołującego;

2. oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Arteria Customer Services Sp. z o.o., Trimtab Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie,

i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Arteria Customer Services Sp. z o.o., Trimtab Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Arteria Customer Services Sp. z o.o., Trimtab Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie na rzecz wykonawcy LOCKUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

- Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi,

na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi obsługi infolinii „PKP Intercity” S.A.; znak sprawy: 24/WNP-025091/PRZ (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), c

wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U. S: 146/2024 455347-2024 z dnia 29 lipca 2024 r.

W dniu 6 listopada 2024 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty wykonawcy LOCKUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej „Lockus” lub „przystępujący”).

W dniu 18 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Arteria Customer Services Sp. z o.o., Trimtab Sp. z o.o. z siedzibą lidera

w Warszawie (dalej „odwołujący” lub „Konsorcjum”) zostało wniesione odwołanie

na czynności podjęte przez zamawiającego, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Lockus pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w przetargu w zakresie dysponowania odpowiednim personelem, jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, jak też z powodu tego, że celowo wprowadził on w błąd zamawiającego wskazując, że dysponuje konkretną osobą na stanowisko Kierownika Grupy, podczas gdy wskazana osoba nigdy nie czyniła z Lockus ustaleń odnośnie współpracy w przetargu („kłamstwo” przetargowe).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1.art. 226 ust. 2 b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Lockus z uwagi na brak spełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) w zakresie dysponowania personelem na stanowisku Kierownik Grupy, który „Posiada minimum 2 letnie doświadczenie w obsłudze infolinii pasażerskiej oraz minimum 1 rok doświadczenia w zarządzaniu zespołem call center liczącym minimum 15 konsultantów” (zarzut 1);
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a także art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”) poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Lockus pomimo, że oferta Lockus została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż Lockus - świadomie podał w wykazie osób (JEDZ) osobę, którą w ogóle nie dysponuje, a dodatkowo osoba ta nie spełnia warunków postawionych w SWZ dla Kierownika Grupy - czym spełnił przesłanki z art. 3 ust. 1 UZNK (zarzut 2);
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 2 a ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw.
z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Lockus pomimo, że w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału
w postępowaniu odnośnie Kierownika Grupy; jeżeli zamawiający nie uzna przesłanki
z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, to kwalifikacja zdarzenia opisanego w uzasadnieniu
w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp - jest bezsporna (zarzut 3);
- 4.art. 226 ust. 2 b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Lockus z uwagi na brak spełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego w SWZ w zakresie dysponowania personelem na stanowisku Kierownika Projektu Infolinii oraz Kierownika Nadzoru Infolinii; wskazane przez Lockus na tych stanowiskach osoby nie dysponują aktualnymi, wymaganymi przez zamawiającego certyfikatami Prince2 lub równoważnymi (zarzut 4).

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty Lockus; (2) dokonania ponownej oceny ofert; (3) odrzucenia oferty Lockus z uwagi na: (a) brak spełnienia warunków,
(b) zamierzone wprowadzenie zamawiającego w błąd, (c) czyn nieuczciwej konkurencji;
(4) dokonania wyboru oferty odwołującego.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący w pierwszej kolejności przypomniał treść warunku opisanego w Rozdziale VIII SWZ - Kwalifikacja podmiotowa wykonawców - pkt 2 d) ii e) o treści: „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia ww. warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje zespołem osób skierowanych do realizacji zamówienia składającym się z co najmniej: e) jednej osoby na stanowisku Kierownika grupy, posiadającej minimum 2 letnie doświadczenie w obsłudze infolinii pasażerskiej oraz minimum 1 rok doświadczenia w zarządzaniu zespołem call center liczącym minimum 15 konsultantów”.

W tej roli Lockus wskazał Pana G.W.. Co więcej, powtórzył w uzupełnieniu wykazu, że Kierownikiem Grupy będzie Pan G.W.. Pan W. świadczy usługi z branży contact center, na zasadach umowy B2B tj. prowadzi w tym zakresie działalność gospodarczą, nie jest stricte związany z określonym podmiotem. Jego profil można łatwo wyszukać na LinkedIn.

W dniu 29 sierpnia 2024 r. i ponownie 17 września 2024 r., Lockus opublikował, że poszukuje konkretnego pracownika tj. Lidera Projektu na Infolinię Pasażerską wskazując, że kandydat musi spełniać warunki postawione przez zamawiającego w SWZ dla Kierownika Grupy tj. przede wszystkim posiadać 2 letnie doświadczenie w obsłudze infolinii pasażerskiej.

Odwołujący w dniu 19 września 2024 r. zwrócił się więc do zamawiającego z pisemnym wnioskiem o weryfikację warunku udziału w postępowaniu w ofercie Lockus. Następnego dnia po piśmie odwołującego, zamawiający zwrócił się do Lockus z wezwaniem w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp tj. o uzupełnienie JEDZ, w szczególności wykazu osób w zakresie doświadczenia osób, w tym Kierownika Grupy. W dniu 26 września 2024 r. Lockus wskazał w uzupełnionym dokumencie JEDZ, że dysponuje odpowiednią osobą na to stanowisko, co jak się okazuje nie koresponduje z prawdą. Potwierdził on, że Kierownikiem Grupy będzie Pan G.W. i wpisał rzekome

doświadczenie tej osoby m.in. w infolinii na rzecz TUI.

Oświadczenia złożone przez Lockus w pierwotnym JEDZ, jak i późniejszym uzupełnieniu, okazały się nieprawdziwe. Wykonawca w sposób zamierzony dwukrotnie wprowadził zamawiającego w błąd, zarówno co do dysponowania osobą, jak i w odniesieniu do doświadczenia tej osoby. Odwołujący zaznaczył, że kolejne wezwanie o uzupełnienie JEDZ w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne w tej przedmiotowej sprawie.

Pełnomocnik odwołującego, Pan B.G., skierował do Pana G.W. propozycję współpracy w zakresie tego projektu, celem rozbudowania składu osobowego. W dniu 12 listopada 2024 r. zostało wysłane do tej osoby Zaproszenie do współpracy z prośbą, aby Pan W. potwierdził m.in. czy ma co najmniej dwuletnie doświadczenie w obsłudze infolinii pasażerskiej (biura podróży - przewoźnika np. TUI, linii lotniczej LOT lub obsługi kolejowej PKP). W odpowiedzi na to Zaproszenie, Pan G.W. odpowiedział, że nie posiada żadnego doświadczenia w tym zakresie (infolinia pasażerska). Odwołujący nadmieniał, że w wykazie osób, Lockus wskazał, że Pan W.

ma doświadczenie w obsłudze infolinii TUI, co stoi w sprzeczności z faktami. Dalsza wymiana korespondencji pomiędzy Panem G. a Panem W. odbywała się mailowo, pełnomocnik odwołującego zapytał: „Analizując Pańskie doświadczenie i biorąc pod uwagę trwający przetarg, widzimy możliwość nawiązania współpracy. Aby przejść do kolejnych ustaleń i omówienia warunków, potrzebujemy potwierdzenia, że żadna z firm konkurencyjnych nie prowadziła rozmów z Panem na temat tego przetargu oraz że nie jest Pan wskazany

w dokumentach przetargowych/ ofertach. Chodzi konkretnie o przetarg: „Świadczenie usługi obsługi infolinii PKP Intercity SA” (Nr postępowania: 24/WNP-025091/PRZ).” W odpowiedzi, 13 listopada 2024 r., Pan G.W. wyjaśnił: „Nie prowadziłem i nie prowadzę rozmów w sprawie tego konkretnego przetargu.” Tak więc, Lockus wykorzystał jego nazwisko, gdyż znał tą osobę jako współpracującego na B2B w innych projektach. Dodatkowo podał zupełnie fałszywe doświadczenie wskazanej osoby, wskazując, że ma doświadczenia w projekcie „infolinii pasażerskiej TUI”.

Mając na uwadze odpowiedź Pana G.W., pełnomocnik odwołującego zwrócił się z prośbą do tej osoby o podpisanie jednoznacznej deklaracji (oświadczenia),

że: nie prowadził i nie prowadzi żadnych rozmów z firmą Lockus Sp. z o.o. odnośnie

do postępowania oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Pan G.W. podpisał oświadczenie oraz odesłał je skanem do Bolesława G.ego.

Powyższe wskazuje, że: Lockus nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ale celowo wprowadził zamawiającego w błąd co do dysponowania osobą, ale także jego doświadczenia, które po prostu jest wymyślone.

Odwołujący wskazał, że jego zdaniem Lockus celowo, w sposób w pełni świadomy, podaje w wykazie osób doświadczenie, które jawnie nie spełnia warunków udziału

w przetargu. Takie działanie stanowi zdaniem odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał treść art. 3 ust. 1 UZNK, dalej wywodząc, że Lockus miał pełną świadomość swoich działań tj. nie dysponował określoną osobą i dwukrotnie zamieszczał

w internecie ogłoszenie, że poszukuje konkretnej osoby spełniającej wymagania dla roli Kierownika Grupy. Wskazanie w wykazie osób (JEDZ) osoby, którą nie dysponuje oraz potwierdzenie tego faktu w uzupełnieniu JEDZ z dnia 26 września 2024 r., dodatkowo wpisanie fałszywego doświadczenia osoby wskazanej jako Kierownik Grupy, przemawia za celowym, świadomym wprowadzeniem zamawiającego w błąd i spełnia przesłanki z art. 3 ust. 1 UZNK.

Zdaniem odwołującego Lockus wiedział, jak skomplikowany jest warunek udziału w zakresie tej osoby i, jako podmiot uczestniczący w zamówieniach publicznych, doskonale zdawał sobie sprawę, że dopuszcza się kłamstwa przetargowego, które stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Takie działanie jest ewidentnym naruszeniem interesu innego przedsiębiorcy (odwołującego, jak też innych wykonawców) i klienta (zamawiającego).

Na potwierdzenie, że takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 5/22. Podobnie

w wyroku z dnia 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1653/17, Izba również uznała, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji może zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Zaznaczył, że powyższe orzeczenie zachowuje aktualność pod rządami ustawy Pzp z 2019 r.

Zamawiający w SWZ, jako przesłanki wykluczenia, wskazał art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp. Podanie Pana G.W. w wykazie osób, pomimo że Lockus nie dysponował tą osobą oraz wskazana osoba nie posiada doświadczenia wymaganego przez zamawiającego, co zostało potwierdzone w uzupełnieniu JEDZ, które były spowodowane pismem odwołującego - stanowi w jego ocenie spełnienie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8

i art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i w konsekwencji, powinno powodować bezwzględnie wykluczenie Lockus z postępowania, a także odrzucenie jego oferty.

Dodatkowo nadmieniał, że po powzięciu wiedzy o praktykach Lockus w zakresie warunków udziału w postępowaniu, dokonał szczegółowej analizy także w zakresie innych aspektów. Wskazał, że na witrynie internetowej Lockus, podane jest, że Kierownik Projektu dysponuje certyfikatem Prince 2 Foundation, a zgodnie z wymaganiem SWZ

powinien posiadać Prince 2 Practitioner, czego potwierdzenie wymaga podania numeru certyfikatu tej osoby, ponieważ w świetle powyższych ustaleń, jest to jedyny sposób na jednoznacznie potwierdzenie deklaracji co do faktu ich pozyskania i aktualności. Analogicznie powinien zostać podany numer certyfikatu Prince 2 Foundation dla osoby, która ma pełnić rolę Kierownika Nadzoru Infolinii.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca LOCKUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 27 listopada 2024 r., w którym oświadczył, że wobec przedstawionych przez odwołującego, nieznanych zamawiającemu okoliczności i dowodów, uwzględniając brak uzasadnienia stanowiska przystępującego, ograniczone możliwości dowodowe po stronie zamawiającego oraz ewentualne koszty postępowania odwoławczego, zamawiający uwzględnia w całości odwołanie wniesione przez odwołującego.

Przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca Lockus, wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, w piśmie z 2 grudnia 2024 r. zgłosił sprzeciw wobec stanowiska zamawiającego z dnia 27 listopada 2024 r., w którym ten uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Ponadto, w piśmie z 5 grudnia 2024 r. przystępujący zaprezentował swoje stanowisko w sprawie oraz wniósł o przeprowadzenie dowodów w nim wymienionych, na okoliczności wskazane w piśmie.

W piśmie z 3 grudnia 2024 r. odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków: Pana G.W. oraz Pana J.K. na okoliczności wskazane w piśmie.

W piśmie z 9 grudnia 2024 r. odwołujący zaprezentował swoje stanowisko wobec twierdzeń Lockus, zawartych w piśmie z 5 grudnia 2024 r.

Odwołujący, na rozprawie w dniu 9 grudnia 2024 r. oświadczył, że cofa zarzut opisany jako 4. W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, stanowiskiem przystępującego, a także po wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Lockus, który zdaniem odwołującego nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu oraz dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji oraz w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie dysponowania określoną osobą, z którą de facto nie nawiązywał współpracy. Wskutek wskazanych w odwołaniu zaniechań zamawiającego, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, zawarcia umowy, jak też osiągnięcia zysku z tytułu jego realizacji. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła dowody z dokumentów przedstawionych przez odwołującego, załączonych do odwołania w postaci:

- 1.korespondencji mailowej pomiędzy B.G. a G.W.;
- 2.oświadczenia G.W.;

jak też przedłożonych na rozprawie:

- 3.zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z 9 grudnia 2024 r.;
- 4.oświadczenia złożonego przez J.K. dotyczącego kontaktów z G.W. w kontekście przetargu dla PKP IC z 9 grudnia 2024 r.

Izba dopuściła dowody z dokumentów przedstawionych przez Lockus, załączonych do pisma procesowego, jak też uzupełnionych na rozprawie:

- 1.Listu referencyjnego z dnia 20 maja 2024 roku;

2. Listu referencyjnego z dnia 19 listopada 2024 roku;
3. Oświadczenia CCTRAINING Szkolenie & Doradztwo Sp. j. z dnia 22 listopada 2024 r.;
4. Oświadczenia pana G.W. z dnia 22 listopada 2024 r.;
5. Oświadczenia pana G.W. z dnia 2 stycznia 2021 r.;
6. Umowy o świadczenie usług rekrutacyjnych z dnia 3 lipca 2023 r.;
7. Korespondencji mailowej z CC CCTRAINING Szkolenie & Doradztwo Sp. j. z dnia 29 sierpnia 2024 r. z profilem zawodowym pana G.W. wraz z dalszą kontynuacją korespondencji (uzupełnione na rozprawie);
8. Certyfikatu Prince 2 Practitioner dla Kierownika Projektu Infolinii;
9. Certyfikatu Prince 2 Foundation dla Kierownika Nadzoru Infolinii.

Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołującego oraz Lockus o przesłuchanie, w charakterze świadków osób przez nich wymienionych uznając, że wszelkie okoliczności, które wymagały ustalenia w niniejszej sprawie, zostały wykazane za pomocą innych dowodów. Tym samym wnioskowane dowody z zeznań świadków, stały się zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z zapisem w Rozdziale V SWZ jest świadczenie usługi obsługi infolinii „PKP Intercity” S.A.

Zgodnie z treścią dokumentacji postępowania, w tym w szczególności Rozdziałem VIII pkt 2, ppkt ii lit. e), zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w postępowaniu dysponował jedną osobą na stanowisku Kierownika Grupy, posiadającą minimum 2 letnie doświadczenie w obsłudze infolinii pasażerskiej oraz minimum rok doświadczenia w zarządzaniu zespołem call center liczącym minimum 15 konsultantów. Zamawiający nie modyfikował tego warunku udziału w trakcie trwania postępowania, jak również nie precyzował treści warunku w wyniku pytań wykonawców. W SWZ nie ma również definicji infolinii pasażerskiej.

Zamawiający w Rozdziale VIII pkt 3 lit. a i b dopuścił, aby wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 2 pkt 1) lit. c i d polegał na zdolnościach technicznych lub sytuacji ekonomicznej i finansowej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W takim wypadku wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, miał złożyć wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 5 do SWZ) lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Przystępujący, na wykazanie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie dysponowania osobą na stanowisku Kierownika Grupy, w ofercie złożonej w dniu 29 sierpnia 2024 r. wskazał osobę G.W., opisując jego doświadczenie. Osoba ta została wskazana jako dedykowana do pełnienia tej roli z ramienia wykonawcy, przy tym Lockus nie sprecyzował (gdyż zamawiający tego nie wymagał) sposobu dysponowania osobą Pana G.W.. Wraz z ofertą nie zostało też złożone żadne zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci.

W dniu 20 września 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ w zakresie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, poprzez wskazanie opisu doświadczenia każdej z osób wymienionych w wykazie. W ocenie zamawiającego, zamieszczony pierwotnie opis nie odpowiadał wymaganiom opisanym

w Załączniku nr 4 do SWZ, gdyż nie odnosił się do wszystkich wymagań określonych dla danego stanowiska, w sposób umożliwiający jednoznaczną weryfikację spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ. Odpowiadając na powyższe, przystępujący złożył uzupełniony zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego wykaz osób, wskazując na stanowisko Kierownika Grupy Pana G.W., przy czym w odniesieniu do jego doświadczenia pierwotny opis zawierał informacje ogólne o posiadaniu ponad 2 letniego doświadczenia

w obsłudze infolinii pasażerskiej oraz minimum 1 roku doświadczenia w zarządzaniu zespołem call center liczącym minimum 15 konsultantów. Z kolei zapis uzupełniony wskazywał na 2,5 roku doświadczenia w obsłudze infolinii pasażerskiej w projekcie obsługi infolinii dla Klienta TUI, polegającej na obsłudze lotów czarterowych dla międzynarodowego biura turystycznego w kilku językach europejskich i dodatkowo 5 lat doświadczenia w zarządzaniu ponad 100 osobowym zespołem konsultantów w projekcie obsługi infolinii dla Klienta Canal + na stanowisku Kierownika grupy w InTouch Contact Center.

W dniu 6 listopada 2024 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty wykonawcy Lockus.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Art. 226 pkt 2 lit. b ustawy Pzp nakazuje odrzucenie oferty, jeżeli ta została złożona przez wykonawcę niepełniającemu warunków udziału w postępowaniu. W myśl art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z kolei w ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp sprecyzowano, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca taką ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp nakazano odrzucenie oferty, jeżeli ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Z kolei przepis art. 109 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania. Zgodnie z pkt 8 tego przepisu zamawiający wyklucza z postępowania takiego wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Z kolei zgodnie z pkt 10 ustawodawca nakazał wykluczenie z postępowania takiego wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na wstępie skład orzekający pragnie przypomnieć, że rolą Izby nie jest zastępowanie zamawiającego, jego komisji przetargowej czy też kierownika zamawiającego w zadaniu, które zostało mu powierzone tj. w przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też weryfikacja informacji, które zostaną mu przekazane w toku postępowania. Jak wskazuje przepis art. 513 ustawy Pzp, Izba rozpoznaje odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, oceniając ich zgodność z prawem, w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba nie ma także uprawnień, aby badać prawdziwość złożonych w postępowaniu dokumentów, do tego bowiem celu zostały powołane inne organy, a ocenia wyłącznie przedstawione w sprawie dowody. Tym samym rozstrzygnięcie, które zapada przed Krajową Izbą Odwoławczą nie uwzględnia okoliczności czy ustaleń, które mogą poczynić w przyszłości organy takie jak prokuratura, do której stosowne zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa zdecydował się złożyć odwołujący.

Jak wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą oparte jest na tych samych podstawach, co inne postępowania

o charakterze kontrydiktoryjnym i - zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego

- ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Regulacje w tej materii zostały zawarte m.in. w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi,

że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z kolei niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie takich dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie. Izba nie ma bowiem odpowiednich instrumentów, aby w toku rozprawy odwoławczej wszelkie wątpliwości rozstrzygnąć, jej rola jak wspomniano wyżej ogranicza się bowiem do oceny dowodów przedłożonych przez strony.

W niniejszej sprawie ocena złożonych przez odwołującego oraz Lockus dowodów, prowadzi do uznania, że

sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 2 b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Lockus z uwagi na brak spełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego w SWZ w zakresie dysponowania personelem na stanowisku Kierownik Grupy. W dokumentacji postępowania, w Rozdziale VIII pkt 2, ppkt ii lit. e), zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej precyzując, że wymaga, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponował jedną osobą na stanowisku Kierownika Grupy, posiadającą minimum 2 letnie doświadczenie w obsłudze infolinii pasażerskiej oraz minimum rok doświadczenia w zarządzaniu zespołem call center liczącym minimum 15 konsultantów. Treść opisywanego wyżej warunku nie była modyfikowana w trakcie trwania postępowania, poszczególne zapisy nie zostały przez zamawiającego w żaden sposób opisane, w tym w szczególności zamawiający nie zdefiniował pojęcia „infolinii pasażerskiej”, nie ograniczał jej także do określonej branży. W tym zakresie również wykonawcy na etapie SWZ nie zgłaszali żadnych wątpliwości, ani też nie wnioskowali o doprecyzowanie ww. zapisów.

Lockus, na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku, w treści oferty złożonej w dniu 29 sierpnia 2024 r. wskazał na to stanowisko Pana G.W., opisując jego doświadczenie. Następnie zamawiający, w dniu 20 września 2024 r. wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ w zakresie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, poprzez wskazanie opisu doświadczenia każdej z osób wymienionych w wykazie. Wątpliwości zamawiającego budził pierwotny opis, zamieszczony w Załączniku nr 4 do SWZ, gdyż nie odnosił się do wszystkich wymagań określonych dla żądanych stanowisk, w sposób umożliwiający jednoznaczną weryfikację spełnienia wymagań, które zamawiający opisał w SWZ. Lockus, odpowiadając na powyższe wezwanie złożył uzupełniony zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego wykaz osób, nie dokonując żadnych zmian w zakresie wskazywanych osób, w tym potwierdził, że na stanowisko Kierownika Grupy dedykowany jest Pan G.W.. W uzupełnionym na wezwanie wykazie, jako opis doświadczenia Pana G.W. wskazano: „2,5 roku doświadczenia w obsłudze infolinii pasażerskiej w projekcie obsługi infolinii dla Klienta TUI polegającej na obsłudze lotów czarterowych dla międzynarodowego biura turystycznego w kilku językach europejskich, dodatkowo 5 lat doświadczenia w zarządzaniu ponad 100 osobowym zespołem konsultantów w projekcie obsługi infolinii dla Klienta Canal + na stanowisku Kierownika grupy w InTouch Contact Center”.

Wykonawca nie deklarował w treści Załącznika sposobu dysponowania osobą Pana G.W., przy czym nie budzi wątpliwości, że nie deklarował w treści JEDZ, ani też nie składał takiego oświadczenia wraz z ofertą, iż będzie polegał w tym zakresie na zdolnościach podmiotu trzeciego.

Dowody przedłożone w sprawie przez odwołującego, załączone do odwołania w postaci korespondencji mailowej pomiędzy Panem B.G. a Panem G. mają, w jego ocenie, wskazywać po pierwsze na to, że nazwisko Pana W. zostało wykorzystane przez Lockus bez jego wiedzy (przystępujący miał znać tą osobę jako współpracującego na B2B w innych projektach), o czym miało świadczyć stwierdzenie w mailu, że nie prowadził i nie prowadzi rozmów w sprawie tego konkretnego przetargu (korespondencja z 13 listopada 2024 r.). Co więcej, także sam opis doświadczenia, zamieszczony w Załączniku nr 4, miał być niezgodny z rzeczywistością w zakresie, w jakim przystępujący opisał, że Pan G.W. posiada doświadczenia w projekcie „infolinii pasażerskiej TUI”. To z kolei, zdaniem odwołującego potwierdza z jednej strony, że Lockus nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, jak też, że celowo wprowadził zamawiającego w błąd co do dysponowania osobą, ale także jego doświadczenia, które określa w treści odwołania jako „wymyślone”.

Zarzutów tych nie sposób podzielić z następujących powodów. W pierwszej kolejności nie sposób jest stwierdzić, że nazwisko Pana G.W. zostało wykorzystane przez Lockus bez jego wiedzy, w sposób dowolny i bez znajomości doświadczenia tej osoby wskazywanej przez przystępującego na stanowisko Kierownika Grupy. Świadczy o tym szereg dowodów, które przedłożył Lockus w toku postępowania odwoławczego w postaci: oświadczenia pana G.W., który odnosi się do złożonego 17 listopada 2024 r. oświadczenia, na treść którego powoływał się odwołujący wskazując, że to zostało złożone pod wpływem błędu. Ponadto z jego treści wynika, że rozmowy na temat udziału w postępowaniu prowadził z firmą CCTRAINING Szkolenia & Doradztwo sp. j. z siedzibą w Warszawie (dalej „CCT”), a nie bezpośrednio z firmą Lockus i wyraził zgodę na udział w postępowaniu. Przyznał, że z firmą Lockus nie prowadził w tej sprawie rozmów, ale w trakcie spotkań, które odbywały się z przedstawicielem CCT zobowiązał się, że umowę zawrze bezpośrednio z przystępującym. Co więcej Pan G.W.

podpisał w dniu 2 stycznia 2021 r. oświadczenie, w którym jako współpracownik CCT wyraził zgodę na udostępnianie jego wizerunku, w celu umieszczania go w ofertach, reklamach, serwisach społecznościowych na potrzeby współpracy z CCT, innymi podmiotami współpracującymi, w tym Klientom i spółkom zależnym. Nie budzi także wątpliwości, w świetle treści umowy o świadczenie usług rekrutacyjnych, zawartej w dniu 3 lipca 2023 r. w Krakowie pomiędzy Lockus a CCT, że ta ostatnia zajmowała się pozyskiwaniem kandydatów na stanowiska pracy, określane przez przystępującego. Z kolei z treści oświadczenia złożonego 22 listopada 2024 r. przez Panią Annę Karwacką, przedstawiciela spółki CCT wynika, że CCT pozyskiwała osoby również na potrzeby tego zamówienia. Pani Anna Karwacka deklaruje, że w tej sprawie prowadziła rozmowy z Pane.G., który wyraził zgodę na udział w postępowaniu i wymienienie go w wykazie osób. Dodatkowo także z przedłożonej korespondencji mailowej z dnia 29 sierpnia 2024 r. pomiędzy panią.A. i panią.B. i jako kontynuacja z dnia 23 września 2024 r. pomiędzy panią.A. i panią Moniką Fedyk-Sikorą wynika, że firma Lockus zajmowała się pozyskaniem osoby Pana G.W. do pracy w projekcie dla zamawiającego.

Odwołujący z kolei, odnosząc się do treści przedłożonych dowodów stwierdza, że skany dokumentów załączone do stanowiska przystępującego zostały „przygotowane” na potrzeby niniejszego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przy tym neguje ich wiarygodność, mnoży wątpliwości, nie przedstawiając jednak w sprawie żadnych rozstrzygających dowodów.

Odwołujący stwierdza także, że z załączonych przez Lockus dokumentów (abstrahując od ich „wiarygodności”) wynika wprost, że ten nie dysponuje osobą Pana G.W., gdyż w Wykazie osób wskazał go jako zasób własny, czyli dysponowanie bezpośrednie (na podstawie stosunku prawnego łączącego wykonawcę z tą osobą), podczas gdy takiego stosunku prawnego nie było w chwili złożenia oferty i nie ma także w chwili obecnej. Z kolei przystępujący nie przeczy, że nie jest aktualnie związany żadną umową z Pane.G., wskazuje jednakże i potwierdza to za pomocą szeregu dowodów przedłożonych w toku postępowania odwoławczego, że to firma CCT prowadziła z nim rozmowy na temat udziału w tym projekcie, spełniania przez niego wymagań i warunków, na jakich będzie odbywała się ta współpraca. Pan G.W., jako osoba prowadząca działalność gospodarczą i uczestnicząca w szeregu podobnych projektów, dla różnych firm, zobowiązał się ponadto do zawarcia umowy bezpośrednio z Lockus. Jakkolwiek wywody odwołującego, który przywołuje orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące na różnice pomiędzy dysponowaniem bezpośrednim a pośrednim pozostają aktualne, to jednak orzeczenia przez niego cytowane nie odnoszą się wprost do sytuacji, która ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

W tym miejscu należy przywołać uzasadnienie orzeczenia KIO z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2874/22, w którym za wyrokiem KIO z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 240/19, zachowującym moc na gruncie obecnie obowiązujących przepisów Izba stwierdziła, że „z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, gdy więź prawna łączy wykonawcę z podmiotem (osobą) dysponującą tymi właśnie osobami. Innym słowy wykonawca zawiera umowę z podmiotem (osobą fizyczną, prawną lub inną jednostką organizacyjną), w którego władaniu czy dyspozycji znajduje się osoba zdolna do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów zgodnie z art. 22a ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Z dysponowaniem pośrednim będziemy mieć do czynienia, gdy przykładowo podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w realizacji zamówienia, co z kolei przekłada się na obowiązek złożenia stosownego zobowiązania do udostępnienia zasobów. Od dysponowania pośredniego odróżnić należy dysponowanie bezpośrednie zasobami osobowymi, które - jak wskazano w przywołanym wyżej wyroku - O tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, rozstrzyga więź prawna pomiędzy nim a tymi osobami. Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowanie wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim przypadku ani podwykonawstwo, ani też w ogóle stosowanie art. 22a Prawa zamówień publicznych, gdyż nie występują zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia pozostaje także, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą. Może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie.”

Przenosząc powyższe na kanwę rozpoznawanej sprawy należy zatem stwierdzić, że w niniejszej sytuacji nie mamy do czynienia, jak wywodzi odwołujący z dysponowaniem pośrednim (w przypadku udostępnienia tej osoby przez podmiot trzeci, na podstawie więzi prawnej istniejącej pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim), ale z dysponowaniem bezpośrednim. Lockus, co wynika z treści złożonych dowodów, współpracuje z

zewnętrznym podmiotem tj. CCT, który specjalizuje się między innymi w wyszukiwaniu na rynku i kojarzeniu ze sobą osób i podmiotów świadczących usługi w zakresie call center i obsługi infolinii.

Z podmiotem tym współpracuje również pan G.W.. CCT nie jest zatem podmiotem udostępniającym potencjał, a jedynie rekrutującym pracowników lub łączącym dwa podmioty, które nawiązują współpracę bezpośrednio, pobierając z tego tytułu wynagrodzenie (o czym świadczy treść umowy o świadczenie usług rekrutacyjnych z 3 lipca 2023 r. przedstawionej jako dowód przez Lockus). W niniejszym postępowaniu, Lockus nie posiadając własnego potencjału o doświadczeniu wymaganym dla Kierownika Grupy, wystąpił do CCT przed terminem składania ofert o pozyskanie osoby, która posiadając odpowiednie, żądane doświadczenie, zostanie wskazana w ofercie na stanowisko Kierownika Grupy. Z treści oświadczenia złożonego przez Pana G.W., jak też złożonego przez przedstawiciela firmy CCT wynika z kolei, że Pan G.W., który prowadzi działalność gospodarczą i jak sam przyznał odwołujący współpracuje z różnymi podmiotami, uczestnicząc w wielu różnych projektach - zobowiązał się do zawarcia umowy bezpośrednio z Lockus. Nie może zatem być mowy w tym przypadku o dysponowaniu pośrednim, ani też o udostępnieniu potencjału przez firmę CCT.

Odnosząc się z kolei do samego opisu doświadczenia, jaki został zamieszczony w Załączniku nr 4, który to jak wskazywał odwołujący miał być niezgodny z rzeczywistością w zakresie, w jakim Lockus opisał, że Pan G.W. posiada doświadczenie w projekcie „infolinii pasażerskiej TUI” Izba stwierdziła, że zarzuty w tym zakresie nie znajdują oparcia w materiale dowodowym.

Odwołujący powoływał się w tym miejscu ponownie na korespondencję mailową, prowadzoną pomiędzy pełnomocnikiem odwołującego, Pan B.G. a Pane.G., w której ten odpowiadając na zaproszenie skierowane do niego w dniu 12 listopada 2024 r. do współpracy z prośbą, aby Pan W. potwierdził m.in. czy ma co najmniej dwuletnie doświadczenie w obsłudze infolinii pasażerskiej (biura podróży - przewoźnika np. TUI, linii lotniczej LOT lub obsługi kolejowej PKP) odpowiedział, że nie posiada żadnego doświadczenia w tym zakresie (infolinia pasażerska). Z kolei w wykazie osób, Lockus wskazał, że Pan W. ma doświadczenie w obsłudze infolinii TUI, co w ocenie odwołującego ma pozostawać w sprzeczności z faktami.

W tym miejscu należy wskazać, że zamawiający nie wymagał składania przez wykonawców, ani też nie żądał od przystępującego dodatkowych dowodów potwierdzających posiadane doświadczenie osób wskazanych w wykazie, w tym w odniesieniu do doświadczenia, którym legitymuje się Pan G.W.. Jednak przystępujący, w odpowiadając na zarzuty odwołującego, przedłożył w niniejszej sprawie dowody w postaci referencji w zakresie dwóch projektów, wymienionych w treści wykazu. Potwierdzają one bezspornie, że doświadczenie, którym legitymuje się wymieniona przez Lockus osoba wpisuje się w treść warunku udziału w postępowaniu.

Przy tym należy zwrócić uwagę, że zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie zdefiniował co rozumie pod pojęciem „infolinia pasażerska”, w szczególności nie ograniczał jej do określonej branży, zatem doświadczenie zdobyte w tym zakresie przy projekcie obsługi pasażerskiej firmy TUI - należy uznać za odpowiadające treści warunku.

Izba nie podziela także zastrzeżeń i wątpliwości odwołującego, który wskazuje na fakt wydawania referencji dla konkretnej osoby fizycznej, jako niespotykany w praktyce zamówień publicznych. Sam odwołujący zauważa bowiem w treści odwołania, że Pan G.W. świadczy usługi na rzecz różnych podmiotów, zawierając z nimi umowy bezpośrednio. Stąd też nie jest niczym niespotykanym na rynku, że prosi podmioty trzecie na rzecz których realizuje usługi, aby te, po zakończeniu realizacji projektów, wystawiły mu referencje.

Bez znaczenia dla oceny zarzutów w niniejszej sprawie jest też okoliczność, że spółka Premium Contact Sp. z o.o. to podmiot z 5000 zł. kapitału zakładowego, z siedzibą dokładnie w tej samej lokalizacji co CCT, zaś Pani A.K. w obydwu spółkach jest współnikiem obu spółek, upoważnionym do ich reprezentowania. Sam ten fakt nie stanowi przesłanki dla stwierdzenia, że wystawione referencje są niezgodne z rzeczywistością, zaś odwołujący nie przedkłada w sprawie żadnych dowodów, które wskazywałyby, że Pan G.W. nie nabył w związku z ich realizacją doświadczenia wymaganego przez zamawiającego.

Odwołujący kwestionuje również wartość dowodową referencji wystawionej przez Premium Contact Sp. z o.o. z tej przyczyny, że jak wynika z analizy sprawozdań finansowych tej spółki za lata 2021-2023, które jak stwierdza przeanalizował - nie jest możliwe realizowanie przez Premium Contact usługi obsługi infolinii pasażerskiej. Wskazuje przy tym na wysokość przychodów spółki Premium Contact w 2023 r. stwierdzając, że List referencyjny wystawiony 19

listopada 2024 r. zawiera nieprawdziwe informacje - spółka Premium Contact w całym

2023 r. miała wszystkie przychody wystarczające na zatrudnienie 1 osoby (tj. 51 tys. złotych, przy czym w sprawozdaniu finansowym jako wynagrodzenia wskazano jedynie 30 tys. złotych. Gdyby zatem przedmiotowy List Referencyjny zawierał prawdziwe informacje, to należałoby zatem przyjąć, że spółka Premium Contact zatrudniała wyłącznie Pana G.W.

i Pan G.W. w 2023 r. samodzielnie świadczył usługę obsługi infolinii pasażerskiej firmy TUI. Co oznaczałoby, że pracował w trybie 365 x 24, tj. pracował non stop cały 2023 rok i otrzymał za to 30 tys. zł. Trafnie jednak wskazał przystępujący, że wyłącznie biorąc pod uwagę zaprezentowane w sprawozdaniu dane, nie sposób na tej podstawie kwestionować treść przedłożonej referencji. Nie są bowiem znane ani szczegółowe zasady współpracy pomiędzy podmiotami, w tym zasady rozliczeń między nimi. Nie sposób też stwierdzić jednoznacznie, że Pan G.W. nie nabył stosownego doświadczenia, ani też wyciągnąć wniosku, że dowód w postaci referencji został przedłożony i przygotowany wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego.

Konsekwencją powyższych ustaleń jest także oddalenie podnoszonych przez odwołującego zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 UZNK poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Lockus pomimo, że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca ten świadomie podał w wykazie osób (JEDZ) osobę, którą w ogóle nie dysponuje, a dodatkowo osoba ta nie spełnia warunków postawionych w SWZ dla Kierownika Grupy.

Niezależnie od podnoszonej wyżej argumentacji, odnoszącej się do kwestii dysponowania przez Lockus osobą Pana G.W., jak też spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, opisanych w SWZ a odnoszących się do wymagań stawianych dla Kierownika Grupy dodać w tym miejscu należy, że sformułowany przez odwołującego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 UZNK nie zasługuje na uwzględnienie także z tej przyczyny, że odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił i nie wykazał jakiego to czynu nieuczciwej konkurencji miał dopuścić się wykonawca Lockus.

Jak wskazuje przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca taką ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w art. 3 ust. 1 UZNK zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d UZNK, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 UZNK. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu, ujętego w rozdziale 2 UZNK albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy.

W tym przypadku odwołujący, na którym w powyższym zakresie spoczywał ciężar dowodu tj. wykazania, że doszło w niniejszej sprawie do popełnienia przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, obowiązku temu nie sprostął. Odwołujący swoje stanowisko opierał na twierdzeniach, że Lockus, mając pełną świadomość, że nie dysponuje określoną osobą na stanowisko Kierownika Grupy, wskazał na to stanowisko Pana G.W.. Ponadto wywodził, że w odniesieniu do wskazanej osoby przystępujący świadomie wpisał fałszywe doświadczenie, opisując je wykazie osób (JEDZ). Tak skonstruowany zarzut należy uznać za zbyt ogólny, nie wskazujący bowiem jakiego to konkretnie czynu przystępujący się dopuścił, i już tylko z tego powodu zarzut taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się natomiast do argumentacji odwołującego, który celem wykazania czynu nieuczciwej konkurencji, powołuje się na okoliczności zamieszczania przez przystępującego ogłoszeń o poszukiwaniu osoby spełniającej wymagania dla roli Kierownika Grupy, co w jego ocenie miałyby świadczyć o tym, że przystępujący nie dysponował określoną osobą - Izba przyjęła wyjaśnienia Lockus złożone w piśmie procesowym, który wyjaśnił, że zgodnie z SWZ zamawiający wymagał wykazania się jedną osobą Kierownika grupy, co nie oznacza jednak, że w tak dużym projekcie jak objęte przedmiotem zamówienia, gdzie usługa świadczona jest w trybie 24/7 jedna osoba w roli Kierownika Grupy jest wystarczająca. Tym samym przystępujący, jeszcze przed złożeniem ofert, niezależnie od wykazania warunku, rozpoczął przygotowania do potencjalnej realizacji projektu. Z kolei ponowne ogłoszenie ukazało się po wygranej przez przystępującego aukcji elektronicznej, a zatem w chwili, gdy zwiększyło się prawdopodobieństwo wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Takie działanie należy uznać za w pełni racjonalne i uzasadnione w okolicznościach tej sprawy.

Nie sposób zarzucić także zamawiającemu naruszenie art. 226 ust 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w związku z art. 109

ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Lockus pomimo, że w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu odnośnie do Kierownika Grupy.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Natomiast zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, zamawiający wyklucza

z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zarzut tak sformułowany jest nietrafiony, gdyż jak wywiedziono wyżej Lockus wykazał w postępowaniu, składając odpowiednie dokumenty wymagane przez zamawiającego, że spełnia warunki udziału

w postępowaniu zakresie dysponowania odpowiednią osobą w roli Kierownika Grupy, a osoba ta ma odpowiednie doświadczenie i kompetencje. Celem potwierdzenia powyższego, przystępujący w toku prowadzonego postępowania przed Izba, przedłożył szereg dowodów potwierdzających, że zarzuty odwołującego sformułowane w odwołaniu są nietrafione.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający

w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty Lockus w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....