

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 lipca 2024 r.** przez wykonawcę: **GMSYNERGY Sp. z o.o., ul. Tuszyńska 6795-030 Rzgów** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Warmińsko-Mazurskie, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn** uczestnik po stronie zamawiającego – **Cristal Travelnet Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 34, 19 -300 Elk**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego: Województwo Warmińsko-Mazurskie, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Cristal Travelnet Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 34, 19 -300 Elk do złożenia JEDZ, pomimo że zgodnie z SWZ Zamawiający miał zażądać złożenia JEDZ od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, z uwagi na wycofanie zarzutu.

2. Uwzględnić częściowo zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez niezgodną z kryterium oceny ofert określonym w rozdziale XXXI., pkt 2. 2) SWZ ocenę doświadczenia koordynatora ds. organizacyjnych, w wyniku której oferta wykonawcy Cristal Travelnet Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 34, 19 -300 Elk otrzymała 50 pkt (tj. maksymalną liczbę pkt) w kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych”, podczas gdy Zamawiający w ogóle nie powinien przyznawać tej ofercie punktów w ramach przywołanego kryterium oraz zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Cristal Travelnet Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 34, 19 -300 Elk, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. kosztami postępowania obciąża Województwo Warmińsko-Mazurskie, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyni

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000, 00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę GMSYNERGY Sp. z o.o., ul. Tuszyńska 67, 95-030 Rzgów tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez GMSYNERGY Sp. z o.o., ul. Tuszyńska 67, 95-030 Rzgów tytułem wydatków pełnomocnika Odwołującego, jak i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.;

4.2. zasądza od **Województwa Warmińsko-Mazurskiego, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn** na rzecz **GMSYNERGY Sp. z o.o., ul. Tuszyńska 67, 95-030 Rzgów** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wydatków pełnomocnika Odwołującego.

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**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pn.: „Organizacja wyjazdu na targi/misję gospodarczą do Republiki Korei w ramach projektu „Promocja gospodarcza Warmii i Mazur 2024+”, numer postępowania ZP.272.1.57.2024, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.05.2024 r. pod nr OJ S 105/2024 322450-2024 przez: Województwo Warmińsko-Mazurskie, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn zwane dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „ustawy Pzp” albo „PZP” albo „pzp”.

W dniu 15.07.2024 r. (za pomocą Platformy Zakupowej:) Zamawiający poinformował o wyborze oferty

najkorzystniejszej: Cristal Travelnet Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 34, 19 -300 Elkzwana dalej: „Cristal Travelnet Sp. z o.o.” albo „Cristal Travelnet” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu ofert zajęła oferta GMSYNERGY Sp. z o.o., ul. Tuszyńska 67, 95-030 Rzgów zwana dalej: „GMSYNERGY Sp. z o.o.” albo „Odwolującym”.

Dnia 22.07.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 15.07.2024 r. złożyło GMSYNERGY Sp. z o.o. Sformułował:

- a)zarzut naruszenia **art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 239 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez niezgodną z kryterium oceny ofert określonym w rozdziale XXXI., pkt 2. 2) SWZ ocenę doświadczenia koordynatora ds. organizacyjnych, w wyniku której oferta wykonawcy Cristal Travelnet otrzymała 50 pkt (tj. maksymalną liczbę pkt) w kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych” , podczas gdy Zamawiający w ogóle nie powinien przyznawać tej ofercie punktów w ramach przywołanego kryterium;
- b)zarzut naruszenia **art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp** w zw. z **art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Cristal Travelnet, pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oraz doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- c)zarzut ewentualny naruszenia **art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Cristal Travelnet do złożenia JEDZ, pomimo że zgodnie z SWZ Zamawiający miał zażądać złożenia JEDZ od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona;
- d)zarzut naruszenia **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Cristal Travelnet, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwolujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a)unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Cristal Travelnet jako najkorzystniejszej,
- b)dokonał ponownego badania i oceny ofert,
- c)dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Cristal Travelnet ze względu na okoliczności wskazane w odwołaniu lub - ewentualnie - przyznał ofercie złożonej przez Cristal Travelnet w ramach kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych” 0 punktów i wezwał wykonawcę Cristal Travelnet do złożenia JEDZ,
- d)dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący wnosil ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - p.M. (adres do wezwania: Aleja Wilanowska 5/63, 02-765 Warszawa, względnie adres aktualnego pracodawcy: TIAS Kancelaria Księgowo - Prawna, Business Garden Warszawa, Al. Żwirki i Wigury 16A, 02-092 Warszawa) - dla wykazania faktów: braku doświadczenia polegającego na koordynowaniu 10 misji gospodarczych do krajów azjatyckich w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, powyżej minimum określonego przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, tj. powyżej 2 koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodną z kryterium oceny ofert określonym w rozdziale XXXI., pkt 2. 2) SWZ ocenę doświadczenia koordynatora ds. organizacyjnych, w wyniku której oferta wykonawcy Cristal Travelnet otrzymała 50 pkt (tj. maksymalną liczbę pkt) w kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych” , podczas gdy Zamawiający w ogóle nie powinien przyznawać tej ofercie punktów w ramach przywołanego kryterium, stwierdzić należy, co następuje.

1.Przedmiotem zamówienia jest organizacja wyjazdu na targi/misję gospodarczą do Republiki Korei w ramach projektu „Promocja gospodarcza Warmii i Mazur 2024+”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do SWZ.

2.Zamawiający w rozdziale XXXI., pkt 2. 2) SWZ określił kryterium oceny ofert „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych” o wadze 50 % i wskazał, że:

„2.1.W kryterium „Doświadczenie koordynatora ds. organizacyjnych” ocenie będzie podlegać liczba koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich, przez wskazanego w ofercie Koordynatora ds. organizacyjnych, w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, powyżej minimum określonego przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia tj. powyżej 2 koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich.

2.2.Zamawiający dokona oceny w oparciu o informacje zawartą w złożonym formularzu ofertowym. Wpisanie imienia i nazwiska Koordynatora ds. organizacyjnych jest obowiązkowe. W przypadku nie wpisania imienia i nazwiska Koordynatora, oferta Wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu.

2.3. Ocenie będzie podlegało maksymalnie 10 koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich przez wskazanego przez Wykonawcę Koordynatora ds. organizacyjnych powyżej minimum określonego przez Zamawiającego.

2.4. Za każdą podlegającą ocenie koordynowaną misję gospodarczą Wykonawca otrzyma 1 punkt. Liczba przyznanych punktów zostanie podstawiona do wzoru wskazanego poniżej.

2.5. Jeżeli Wykonawca nie wykaże dodatkowego doświadczenia podlegającego ocenie Koordynatora powyżej wymaganego minimum określonego przez Zamawiającego, w kryterium „Doświadczenie koordynatora ds. organizacyjnych” otrzyma 0 punktów bez podstawiania do wzoru.

Punkty w tym kryterium obliczone zostaną według wzoru:

$$\text{liczba punktów przyznanych badanej ofercie} \\ \text{liczba uzyskanych punktów} = \frac{\text{liczba punktów przyznanych badanej ofercie}}{\text{najwyższa liczba przyznanych punktów spośród badanych ofert}} \times 50$$

Wynik działania zostanie zaokrąglony do 2 miejsc po przecinku, maksymalna liczba punktów jaką można uzyskać - 50

Maksymalna liczba punktów jaką można uzyskać w kryterium: Doświadczenie koordynatora ds. organizacyjnych - 50.”

Dodatkowo w rozdziale V pkt 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 3 do SWZ) Zamawiający wskazał, że: „3. Koordynator ds. organizacyjnych musi posiadać doświadczenie tj. w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, koordynował co najmniej 2 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich;”

3. Na potrzeby oceny ofert w ramach ww. kryterium „Doświadczenie koordynatora ds. organizacyjnych” wykonawcy mieli złożyć oświadczenie w pkt 3 formularza ofertowego, którego wzór został zamieszczony w Załączniku nr 2 do SWZ:

„3. Oświadczamy, że Koordynatorem ds. organizacyjnych będzie (podać imię i nazwisko), który koordynował (wpisać liczbę) misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert powyżej wymaganego minimum tj. powyżej 2 koordynowanych misji gospodarczych.”

4. Wykonawca Cristal Travelnet w złożonej Ofercie, tj. w formularzu ofertowym, w pkt 3. złożył następujące oświadczenie:

„3. Oświadczamy, że Koordynatorem ds. organizacyjnych będzie M.S. (podać imię i nazwisko), który koordynował 10 (wpisać liczbę) misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert powyżej wymaganego minimum tj. powyżej 2 koordynowanych misji gospodarczych.”

Wykonawca Cristal Travelnet oświadczył zatem jasno i wyraźnie, że p.M., która będzie Koordynatorem ds. organizacyjnych, nie tylko spełnia minimalny wymóg określony

przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, tj. że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, koordynowała co najmniej 2 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich, ale również, że koordynowała 10 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, powyżej wymaganego minimum, tj. powyżej 2 koordynowanych misji gospodarczych. Innymi słowy wykonawca Cristal Travelnet oświadczył, że p.M. w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, koordynowała łącznie 12 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich (2 misje w ramach wymagania minimalnego i 10 misji powyżej wymaganego minimum).

5. Odwołujący, zaraz po zapoznaniu się z ofertą wykonawcy Cristal Travelnet, poinformował Zamawiającego, że zna panią Marię Steciuk, która jest tłumaczką języka koreańskiego. Odwołujący wskazał Zamawiającemu, że p.M. nie zajmuje się organizacją i koordynacją misji gospodarczych. Zgodnie z informacjami, jakie Odwołujący otrzymał bezpośrednio od p.M., osoba ta nie posiada doświadczenia w koordynacji 12 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich. Z tej przyczyny Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o odrzucenie oferty wykonawcy Cristal Travelnet i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący przekazał również Zamawiającemu korespondencję mailową pomiędzy p.A., prezesem zarządu Odwołującego, a p.M.. W ww. korespondencji Odwołujący załącza również do niniejszego odwołania. Jak wynika z powyższej korespondencji, p.M. zapytana wprost, czy nie posiada doświadczenia w koordynacji 12 misji do Azji, odpowiedziała jasno i wyraźnie, że: „Nie, w takim wymiarze nie.”

6. Reasumując, w świetle okoliczności przedstawionych powyżej, nie ma żadnych wątpliwości, że p.M., wbrew temu, co oświadczył w swojej ofercie wykonawca Cristal Travelnet, nie koordynowała łącznie 12 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich. Pani M.S. przyznała to wprost i wyraźnie w toku korespondencji z Odwołującym. Tym samym Zamawiający winien przynajmniej przyjąć, że wykonawca Cristal Travelnet nie wykazał dodatkowego doświadczenia podlegającego ocenie Koordynatora powyżej wymaganego minimum określonego przez Zamawiającego, i odpowiednio do przytoczonych powyżej postanowień SWZ w kryterium „Doświadczenie koordynatora ds. organizacyjnych” przyznać temu wykonawcy 0 punktów bez podstawiania do wzoru. Skoro bowiem oświadczenie złożone przez wykonawcę Cristal Travelnet w ofercie, dotyczące dodatkowego doświadczenia p.M., nie odpowiada rzeczywistości, to przynajmniej uznać należało, że wykonawca Cristal Travelnet nie wykazał tego dodatkowego doświadczenia - nie można bowiem wykazać tego, czego się nie posiada, względnie tego, co nie istnieje.

7. Zamawiający, po otrzymaniu powyższych informacji od Odwołującego, pismem z dnia 11 lipca 2024 r. wezwał

wykonawcę Cristal Travelnet do wyjaśnień, wskazując, że:

„W związku z zastrzeżeniami wniesionymi przez Wykonawcę będącego uczestnikiem ww. postępowania oraz otrzymaną korespondencją między uczestnikiem ww. postępowania a Panią M., której treść może podważać przedstawione w ofercie doświadczenie koordynatora, Zamawiający na podstawie z 223 ust. 1 ustawy PZP (Dz. U. z 2023 r, poz. 1605 z późn. zm.) w celu potwierdzenia doświadczenia koordynatora, żąda wyjaśnień dotyczących wskazanego w formularzu ofertowym doświadczenia koordynatora ds. organizacyjnych Pani M.S. w następującym zakresie:

- czy Pani M.S. posiada doświadczenie w koordynowaniu co najmniej 12 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich (minimum 2 koordynowane misje gospodarcze do krajów azjatyckich plus 10 koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich ponad wymagane minimum).”

Wykonawca Cristal Travelnet odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie i w piśmie z 12 lipca 2024 r. wskazał, że:

„W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z dnia 11.07.2024 r, potwierdzamy doświadczenie koordynatora Pani M.S. w złożonym formularzu ofertowym. Wyjaśniamy, że znana nam jest treść korespondencji pomiędzy Panią M. a Panią A.G.. Nasza koordynatorka odpowiedziała w sposób lakoniczny, ponieważ sądziła, że dotyczy to innego zamówienia, a poza tym nie chce współpracować z Panią A. i chciała uniknąć prowadzenia dalszej korespondencji.

W związku z powyższym potwierdzamy, że Pani M.S. posiada doświadczenie w koordynowaniu co najmniej 12 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich (minimum 2 koordynowane misje gospodarcze do krajów azjatyckich plus 10 koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich ponad wymagane minimum).”

Z okoliczności sprawy wynika, że Zamawiający zaakceptował powyższe wyjaśnienia wykonawcy Cristal Travelnet, gdyż nie tylko, że nie odrzucił jego oferty, to jeszcze wybrał ją jako najkorzystniejszą i przyznał jej 50 pkt (tj. maksymalną liczbę pkt) w kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych”. Tymczasem powyższe wyjaśnienia wykonawcy Cristal Travelnet nie zasługują na uwzględnienie i oceniać je trzeba jako kompletnie niewiarygodne.

Absurdalne i wprost sprzeczne z przytoczoną powyżej odpowiedzią p.M. jest stwierdzenie wykonawcy Cristal Travelnet, jakoby p.M. „odpowiedziała w sposób lakoniczny” na pytanie, czy posiada doświadczenie w zakresie koordynacji 12 misji gospodarczych do Azji. Pani M.S. napisała bowiem wprost, że nie posiada doświadczenia w takim wymiarze. Jej jasna odpowiedź: „Nie, w takim wymiarze nie” jest przy tym zgodna ze stanem faktycznym, gdyż we wcześniejszym mailu (zamieszczonym niżej w korespondencji) p.M. wyjaśniła, że: „(...) współpracując z zaprzyjaźnionym biurem podróży przy okazji tłumaczenia podczas misji gospodarczej zaczęłam się również zajmować kwestiami związanymi z koordynacją ze względu na kontakty i znajomość języka. Niestety, jak zresztą Pani zauważyła, nie jest to jednak główny profil mojej działalności i obecnie przez ogrom obowiązków związanych z moją stałą pracą i pracą tłumacza przysięgłego, moje możliwości wsparcia w tym zakresie są mocno ograniczone.” W tym miejscu Odwołujący wyjaśnia, że przedmiotowa misja gospodarcza, podczas której p.M. zaczęła się również zajmować kwestiami związanymi z koordynacją, miała miejsce w czerwcu 2023 roku, bowiem wówczas wykonawca Cristal Travelnet organizował misję do Republiki Korei dla Agencji Rozwoju Małopolski Zachodniej S.A., w czasie której p.M. była tłumaczem.

Równie absurdalne jest tłumaczenie wykonawcy Cristal Travelnet, że rzekoma lakoniczność odpowiedzi p.M. wynikała z jej przekonania, iż „dotyczy to innego zamówienia”. Przede wszystkim takie stanowisko nie ma żadnego oparcia w treści

korespondencji mailowej pomiędzy p.M. a panią A.G., gdyż nigdzie w jej treści nie podano jakiego zamówienia konkretnie dotyczy a p.A. wskazała tylko bardzo ogólnie, że Odwołujący bierze udział w postępowaniu na organizację misji z Korei do Polski i z Polski do Korei. Zatem na podstawie ww. korespondencji nie sposób było stwierdzić, o jakie zamówienie chodzi i p.M. nie mogła nabrać żadnych przekonań w tym zakresie. Ponadto kwestia doświadczenia, jakie posiada dana osoba, nie ma żadnego związku z tym jakiego zamówienia czy postępowania dotyczy korespondencja prowadzona z tą osobą. Gdyby p.M. posiadała doświadczenie w zakresie koordynacji 12 misji gospodarczych do Azji, to posiadałaby je niezależnie od tego, czy korespondencja z panią A.G. dotyczyłaby przedmiotowego postępowania czy jakiegokolwiek innego. Wykonawca Cristal Travelnet w swoich wyjaśnieniach forsuje natomiast absurdalną tezę, według której gdyby p.A. wskazała w swoim mailu na konkretne postępowanie, przy czym inne niż przedmiotowe postępowanie, to odpowiedź p.M. na pytanie o posiadane przez nią doświadczenie byłaby inna. Przy czym wykonawca Cristal Travelnet nawet nie usiłuje uzasadnić czy choćby wyjaśnić swojego stanowiska. To ostatnie jest zrozumiałe o tyle, że takie stanowisko jest po prostu nie do obrony. Posiadane doświadczenie jest bowiem pewna obiektywna cecha, która dana osoba posiada albo nie, bez względu na to, czy bierze ona udział w danym postępowaniu, czy w jakimś innym czy też w ogóle nie uczestniczy w żadnym postępowaniu.

Wyłącznie rozbawienie budzą tłumaczenia wykonawcy Cristal Travelnet jakoby przyczyną takiej, a nie innej odpowiedzi p.M. na pytanie dotyczące jej doświadczenia było to, że: „nie chce współpracować z Panią A. i chciała uniknąć prowadzenia dalszej korespondencji”. Zarówno p.M. jak i p.A. są dorosłymi ludźmi i jeśli faktycznie p.M. nie chciała współpracować z Panią A. i chciała uniknąć prowadzenia dalszej korespondencji, to mogła to napisać wprost, względnie po prostu przerwać prowadzoną korespondencję i nie odpowiadać na pytanie dotyczące jej doświadczenia. Twierdzenie, że p.M. oświadczyła nieprawdę co do posiadanego doświadczenia tylko po to, aby uniknąć prowadzenia dalszej

korrespondencji, nie ma żadnego oparcia w treści tej korespondencji, jest ponadto sprzeczne z elementarnymi zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Pani M.S. mogła usprawiedliwić brak chęci współpracy z panią A. na wiele innych, znacznie sensowniejszych sposobów, np. wskazując na szereg obowiązków związanych z jej stałą pracą i pracą tłumacza przysięgłego, o czym napisała zresztą we wcześniejszym mailu (zamieszczonym niżej w korespondencji): „(...) nie jest to jednak główny profil mojej działalności i obecnie przez ogrom obowiązków związanych z moją stałą pracą i pracą tłumacza przysięgłego, moje możliwości wsparcia w tym zakresie są mocno ograniczone.” Można jedynie retorycznie zapytać po co p.M. miałyby kłamać na temat swojego doświadczenia, skoro mogła się wytłumaczyć znacznie prościej i zgodnie z prawdą, względnie mogła się w ogóle nie tłumaczyć i po prostu przerwać korespondencję z panią A. Tym bardziej, że p.M. nie miała i nie ma żadnych zobowiązań wobec pani Agnieszki Gałkiewicz - Kłosińskiej i Odwołującego, w szczególności nie łączą ją z ww. żadne umowy, nie współpracował też z nimi wcześniej.

Najistotniejsze jest jednak to, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Cristal Travelnet w żaden sposób nie kwestionuje prawdziwości korespondencji mailowej pomiędzy panią Marią

Steciuk a p.A., tj. nie twierdzi, że korespondencja ta nie miała miejsca, względnie że została podrobiona lub przerobiona przez Odwołującego, tudzież że Odwołujący w jakikolwiek sposób przeinaczył treść tej korespondencji. Wręcz przeciwnie, wykonawca Cristal Travelnet przyznał wprost, że znana mu jest treść korespondencji pomiędzy panią M.S. a p.A., zatem potwierdził, że taka korespondencja miała miejsce oraz że jej treść była dokładnie taka, jak przekazana Zamawiającemu przez Odwołującego. Wykonawca Cristal Travelnet ograniczył się wyłącznie do całkowicie nieudolnej próby podważenia tego, co jasno i wyraźnie wynika z ww. korespondencji, rażąco wręcz nadinterpretując i przeinaczając słowa p.M.. Jest oczywiste, że Zamawiający nie powinien dać wiary takim wyjaśnieniom i powinien przyznać ofercie złożonej przez Cristal Travelnet w ramach kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych” 0 punktów.

8. Odwołujący, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę Cristal Travelnet, skierował do Zamawiającego kolejne pismo, w którym odniósł się do ww. wyjaśnień oraz dodatkowo wskazał odnośnie doświadczenia p.M., że jeszcze w listopadzie 2022r. nie miała ona w ogóle żadnego doświadczenia w zakresie koordynacji misji gospodarczych w Azji. Była tłumaczką z doświadczeniem w jednodniowych tłumaczeniach. Przez rok 2023 była zatrudniona na stałe w TIAS Kancelaria Księgowo - Prawna w Warszawie, gdzie na pełen etat wykonuje zawód tłumacza Nic się w tym zakresie nie zmieniło w 2024 r. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, iż to, że przy okazji współpracy z wykonawcą Cristal Travelnet p.M. pomogła w koordynacji wydarzenia, w żaden sposób nie oznacza, że przez kolejny rok zajmowała się koordynowaniem co najmniej 12 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich. Odwołujący załączył też korespondencję z panią M.S. z końca 2022 r., kiedy to szukał tłumacza i nawet w tym zakresie Pani M.S. była początkująca. Odwołujący łączy do odwołania powyższe pismo skierowane do Zamawiającego. W świetle ww. pisma oraz załączonej do niego korespondencji Odwołującego z panią M.S. z końca 2022 r. brak doświadczenia p.M. w zakresie koordynacji 12 misji gospodarczych do Azji nie budzi żadnych wątpliwości i jest spójny z tym, co wynika z oświadczenia samej zainteresowanej. Po raz kolejny potwierdza się zatem, że Zamawiający nie powinien dać wiary wyjaśnieniom wykonawcy Cristal Travelnet i powinien przyznać ofercie złożonej przez Cristal Travelnet w ramach kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych” 0 punktów.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Cristal Travelnet, pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oraz doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stwierdzić należy, co następuje.

9. Odwołujący podnosił, że w niniejszym stanie faktycznym brak doświadczenia p.M. w zakresie koordynacji 12 misji gospodarczych do Azji nie tylko oznacza brak podstaw do przyznania jakichkolwiek punktów ofercie Cristal Travelnet w kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych”, ale rodzi też daleko idące skutki względem dalszego uczestnictwa tej oferty w postępowaniu. Przedstawione bowiem przez wykonawcę Cristal Travelnet w jego ofercie oświadczenie co do doświadczenia p.M. w koordynowaniu 12 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich zawiera nieprawdziwe informacje i wprowadziło Zamawiającego w błąd.

10. Zgodnie z artykułem 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Opisane wyżej informacje i oświadczenia co do doświadczenia p.M. w koordynowaniu 12 misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich, zostały przekazane przez wykonawcę Cristal Travelnet w celu uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych”, a tym samym zyskania nieuczciwej przewagi nad konkurencją i uzyskania zamówienia. Z powyższych względów jest to działanie sprzeczne z dobrym obyczajem i co najmniej zagrażające interesom innych, rzetelnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sprzeczne z dobrym obyczajem jest również wprowadzenie w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia. Wykonawca Cristal Travelnet, który celowo lub niedbale przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z

rzeczywistością, dążąc do otrzymania dodatkowej punktacji w kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych”, dopuścił się niewątpliwie działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Celem było uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, traciła szanse na uzyskanie zamówienia. Bez wątpienia działanie wykonawcy Cristal Travelnet naruszało interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy mieli utrudniony dostęp do zamówienia. Naruszało także interes Zamawiającego, choćby poprzez narażenie go na realizację zamówienia przez osobę nieposiadającą pożądanego, fachowego doświadczenia i wysokich kompetencji.

11. Nie ma też żadnych wątpliwości, że przedstawienie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji co do doświadczenia p.M., jest działaniem niezgodnym z prawem. Dość wskazać, że zgodnie z art. 297 § 1 Kodeksu karnego przestępstwem jest przedłożenie podrobionego, przerobionego, poświadczającego nieprawdę albo nierzetelnego dokumentu albo nierzetelnego, pisemnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi - zamówienia publicznego. Jest poza jakimkolwiek sporem, że ww. informacje dotyczące doświadczenia p.M. zostały przedstawione Zamawiającemu właśnie w celu uzyskania zamówienia publicznego. Zatem również przesłanka bezprawności została w tym wypadku wypełniona.

12. Choć Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przewidział jako podstawy wykluczenia fakultatywnej przesłanki w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd, to jednak obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących doświadczenia wskazywanego na potrzeby kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych”. Sam fakt, że Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, nie oznacza, że nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. W tym zakresie bowiem właściwym instrumentem jest przesłanka z artykułu 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zatem możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

13. Odwołujący podziela stanowisko, iż: *„Brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia. Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p., związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.”* (Wyrok KIO z 21.01.2022 r., KIO 5/22). W tych warunkach oferta złożona przez wykonawcę Cristal Travelnet podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu ewentualnego, tj. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Cristal Travelnet do złożenia JEDZ, pomimo że zgodnie z SWZ Zamawiający miał zażądać złożenia JEDZ od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona naruszenia, stwierdzić należy, co następuje.

14. W tym miejscu, wyłącznie z daleko idącej ostrożności i na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą braku podstaw do odrzucenia oferty Cristal Travelnet na podstawie przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut ewentualny naruszenia przepisu art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i wskazuje, że w toku ponownego badania i oceny złożonych ofert wykonawca Cristal Travelnet powinien zostać wezwany do złożenia JEDZ.

15. W rozdziale XVI. SWZ Zamawiający wskazał m.in., że:

„1. Zgodnie z art. 139 ustawy Pzp, Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

2. Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „JEDZ”.

3. Zamawiający zażąda oświadczenia, o którym mowa w ust. 2 wyłącznie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.”

W świetle dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert, Wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona, jest wykonawca Cristal Travelnet. Zatem odpowiednio do przytoczonych powyżej postanowień SWZ Zamawiający winien zażądać złożenia JEDZ do tego wykonawcy. Jak natomiast wynika z udostępnionej Odwołującemu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Cristal Travelnet, Zamawiający nigdy nie wezwał wykonawcy Cristal Travelnet do

złożenia JEDZ jak i wykonawca CristalTravelnet nie złożył JEDZ bez wezwania (z własnej inicjatywy). Tym samym konieczne jest wystosowanie przez Zamawiającego odpowiedniego wezwania w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Cristal Travelnet, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości, stwierdzić należy, co następuje.

16.Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty CristalTravelnet jako najkorzystniejszej, przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie - art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności” (wyrok z 07.08.2015 r., sygn. akt: KIO 1573/15). **Zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert.** Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz - po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności - dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

17.Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez wykonawcę Cristal Travelnet powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą i jednocześnie jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Ewentualnie, w razie przyznania ofercie złożonej przez Cristal Travelnet w ramach kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych” 0 punktów, Zamawiający również jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający w dniu 23.07.2024 r. (za pomocą Platformy Zakupowej:) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25.07.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Cristal Travelnet Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Cristal Travelnet Sp. z o.o.

W dniu 31.07.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zarzuty zawarte w treści odwołania są zdaniem Zamawiającego niezasadne i nie zostały przez odwołującego udowodnione, wobec czego odwołanie winno zostać oddalone w całości. Z treści odwołania wynika, że zdaniem Odwołującego wskazany przez Wykonawcę Cristal Travelnet Spółka z o.o. koordynator ds. organizacyjnych Marta Steciuk, nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w koordynacji misji gospodarczych do krajów azjatyckich w wymaganym okresie czasu. Powyższe zdaniem Odwołującego winno skutkować odrzuceniem oferty ww. Wykonawcy lub ewentualnie przyznaniu mu 0 punktów. Odwołujący zarówno przed złożeniem odwołania, jak i w treści odwołania, nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie okoliczności na jakie się powołuje. Jednocześnie w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego, Wykonawca Cristal Travelnet Spółka z o.o. potwierdził doświadczenie zgłoszonego w ofercie koordynatora. Wobec powyższego, Zamawiający w sposób prawidłowy wybrał ofertę Wykonawcy Cristal Travelnet Spółka z o.o. jako najkorzystniejszą, brak było bowiem zdaniem Zamawiającego podstaw do odrzucenia ww. oferty lub przyznania Wykonawcy 0 punktów.

W dniu 19.08.2024 r. (e-mail) Cristal Travelnet Sp. z o.o. Przystępujący złożył stanowisko procesowe. Pismo procesowe zostało podpisane jak przystąpienie. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Organizacja wyjazdu na targi/misję gospodarczą do Republiki Korei w ramach projektu „Promocja gospodarcza Warmii i Mazur 2024 r.”. Jako jedno z kryteriów oceny ofert - prócz ceny, Zamawiający ustanowił „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych - waga 50%”, wskazując, że „2.1.W kryterium „Doświadczenie koordynatora ds. organizacyjnych ” ocenie będzie podlegać liczba koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich, przez wskazanego w ofercie Koordynatora ds. organizacyjnych, w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, powyżej minimum określonego przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia tj. powyżej 2 koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich.

2.2. Zamawiający dokona oceny w oparciu o informacje zawartą w złożonym formularzu ofertowym. Wpisanie imienia i nazwiska Koordynatora ds. organizacyjnych jest obowiązkowe. W przypadku nie wpisania imienia i nazwiska Koordynatora, oferta Wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu.

2.3. Ocenie będzie podlegało maksymalnie 10 koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich przez wskazanego przez Wykonawcę Koordynatora ds. organizacyjnych powyżej minimum określonego przez Zamawiającego.

2.4. Za każdą podlegającą ocenie koordynowaną misję gospodarczą Wykonawca otrzyma 1 punkt. Liczba przyznanych punktów zostanie podstawiona do wzoru wskazanego poniżej.

2.5. Jeżeli Wykonawca nie wykaże dodatkowego doświadczenia podlegającego ocenie Koordynatora powyżej wymaganego minimum określonego przez Zamawiającego, w kryterium „Doświadczenie koordynatora ds. organizacyjnych” otrzyma 0 punktów bez podstawiania do wzoru [...] Maksymalna liczba punktów jaką można uzyskać w kryterium: Doświadczenie koordynatora ds. organizacyjnych - 50.” (Rozdz. XXXI SWZ - Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert)

Zarzut nr 1 - rzekoma niezgodność oceny przez Zamawiającego oferty Przystępującego w ramach pozacenowego kryterium oceny oferty - doświadczenia koordynatora ds. organizacyjnych

W przedmiotowym postępowaniu kryterium oceny ofert, oprócz ceny, stanowiło „Doświadczenie koordynatora ds. organizacyjnych”. Ocenie podlegała liczba koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich, przez wskazanego w ofercie Koordynatora ds. organizacyjnych, w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, powyżej minimum określonego przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia tj. powyżej 2 koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich. Zgodnie z SWZ spełnianie pozacenowego kryterium oceny ofert miało być weryfikowane na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu oferty.

W pierwszej kolejności zaznaczył, że ustawodawca nie nakłada na zamawiających obowiązku potwierdzenia spełnienia kryteriów pozacenowych jakimiś konkretnymi dowodami. Wskazuje wyłącznie, iż opisując kryteria pozacenowe zamawiający powinien określić sposób sprawdzenia informacji (Wyrok KIO z 15.02.2021 r., KIO 126/21). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał, że punkty w ramach kryteriów oceny ofert będzie przyznawał na podstawie oświadczenia wykonawcy, złożonego w formularzu ofertowym. Przystępujący, podobnie jak i Odwołujący, złożył oświadczenie o posiadaniu przez osobę - Koordynatora ds. organizacyjnych wymaganego doświadczenia w koordynacji co najmniej 12 misji gospodarczych do krajów azjatyckich, w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert. Przystępujący wskazał jako osobę wyznaczoną do pełnienia roli Koordynatora ds. organizacyjnych i jednocześnie posiadającą wymagane doświadczenie, uprawniające do przyznania mu 50 pkt w ramach kryteriów oceny ofert, Marię Steciuk.

Dnia 11.07.2024 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do wyjaśnień: „W związku z zastrzeżeniami wniesionymi przez Wykonawcę będącego uczestnikiem ww. postępowania oraz otrzymaną korespondencją między uczestnikiem ww. postępowania a Panią M., której treść może podważać przedstawione w ofercie doświadczenie koordynatora, Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia doświadczenia koordynatora żąda wyjaśnień dotyczących wskazanego doświadczenia [...]”. Zamawiający nie żądał przy tym żadnych innych dowodów poświadczających posiadane przez koordynatora doświadczenia ani na etapie złożenia ofert, ani w ramach wyjaśnienia treści ofert. KIO w wyroku z 06.03.2023 r. stwierdziła, że: „z wezwania z (...) r. wynika, że Zamawiający wezwał Przystępującego wyłącznie do złożenia wyjaśnień. Jeśli Zamawiający oczekiwałby poparcia ich dowodami, to powinien jasno wyrazić to w treści wezwania. Twierdzenie, że mimo braku jednoznacznego oczekiwania Zamawiającego Przystępujący miał obowiązek złożenia dowodów do wyjaśnień nie ma oparcia w przepisach prawa. Z tego też względu nie ma podstaw do wyciągnięcia wobec Przystępującego negatywnych konsekwencji wynikających z niezłożenia dowodów do wyjaśnień” (Wyrok KIO z 06.03.2023 r., KIO 458/23) Zważyć należy, że czynność badania i oceny ofert, a także czynności będące jej konsekwencją należą do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania. Zamawiający dokonuje oceny składanych wyjaśnień w uwzględnieniu zasad Pzp, własnego doświadczenia oraz zasad logiki. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp służy więc usunięciu wątpliwości co do treści oferty, jeśli wykonawca tej wątpliwości nie usuwa, naraża się na to, że Zamawiający uzna treść oferty za niejednoznaczną, niepewną lub zrozumie ją inaczej niż wynika to z rzeczywistej woli wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień uznając je za wystarczające i obalające wątpliwość co do złożonego przez Przystępującego oświadczenia.

Podkreślenia wymaga, że oświadczenie własne wykonawcy jest traktowane na gruncie Pzp zarówno jako dowód potwierdzający określone fakty (Uchwała KIO z 7.05.2014 r., KIO/KU 40/14), jak również przedmiotowy środek dowodowy: „Nie istnieje zamknięty katalog przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotowym środkiem dowodowym może być zaświadczenie czy poświadczenie wystawione przez odrębny podmiot, ale także oświadczenie wykonawcy lub producenta. Wspólną cechą wszystkich przedmiotowych środków dowodowych jest, aby potwierdzały, że dane dostawy usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniały wymogi zamawiającego” (Wyrok KIO z 30.12.2022 r., KIO 3337/22). Nie sposób zatem uznać, że Przystępujący obowiązany był do przedstawienia innych dowodów w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, aniżeli własne oświadczenie.

Odwolujący, jako podstawę świadczącą o nieposiadaniu zadeklarowanego przez Przystępującego doświadczenia M.S., przyjął korespondencję e-mail wymienianą pomiędzy M.S. i A.G.. Powołana jako dowód niniejszym postępowaniu przez Odwołującego treść korespondencji nie potwierdza, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że M.S. nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Przedmiotowa korespondencja może dowodzić jedynie, że M.S. nie wyraża chęci współpracy z Panią A.G., jak to wyjaśnił Przystępujący w wyjaśnieniach treści oferty z 12.07.2024 r. Potwierdziła to M.S. we własnym oświadczeniu. **Dowód:** Oświadczenie M.S. - w załączeniu.

Co istotne, Przystępującego i Marię Steciuk łączy umowa współpracy na zasadzie wyłączności, dotycząca postępowań o udzielenie zamówień publicznych, stąd Przystępujący poczytuje uzasadnienie dla treści udzielonych przez Marię Steciuk odpowiedzi na zadane przez Agnieszkę Galkiewicz - Kłosińską pytania. Dlaczego konwersacja miała przebieg taki jaki miała, Przystępujący nie wie - te okoliczności wychodzą poza zakres wiedzy Przystępującego i nie mogą negatywnie wpływać na ocenę złożonego przez Przystępującego oświadczenia. W ocenie Przystępującego, przytoczona przez Odwołującego konwersacja nie może stanowić wystarczającego dowodu przesądzającego o nieposiadaniu doświadczenia w wymiarze zadeklarowanym przez Przystępującego, tym bardziej, że Przystępujący dysponuje dowodami potwierdzającymi posiadanie przez Marię Steciuk doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego do otrzymania 50 pkt w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert (o czym poniżej). Takiego dowodu nie może stanowić także informacja umieszczona przez Marię Steciuk na profilu LinkedIn, czy selektywnie wybrane ze względu na kontekst elementy prywatnej korespondencji z 2022 r. Zauważyć należy, że od listopada 2022 r. upłynęło już 20 miesięcy, podczas których, nawet jeżeli M.S. nie posiadała doświadczenia odpowiadającego wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, to miała wystarczająco dużo czasu aby takie doświadczenie nabyć. Warto zauważyć, że Zamawiający nie wymagał aby doświadczenie koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich dotyczyło jedynie misji podmiotów publicznych. Doświadczenie takie może być pozyskiwane więc zarówno w ramach misji gospodarczych organizowanych na rzecz podmiotu publicznego, jak i prywatnego.

Faktem jest, że M.S. w ramach współpracy z Przystępującym koordynowała następujące misje gospodarcze:

- 1) do Seulu, w terminie 12-17.06.2023, na rzecz Agencji Rozwoju Małopolski Zachodniej,
- 2) do Singapuru, w terminie 26-30.09.2023, na rzecz Agencji Rozwoju Małopolski Zachodniej,
- 3) do Korei Południowej Inczon, w terminie 11.04 - 15.04.2023, na rzecz Promotech-u (Klaster Budowlany),
- 4) do Tokio, w terminie 27.11 -03.12.2023, na rzecz Agencji Rozwoju Małopolski Zachodniej,
- 5) do Bangkoku, w terminie 6-10.09.2022, na rzecz Proteon Pharmaceuticals,
- 6) do Shenzhen (Chiny), w terminie 17-20.04.2023, na rzecz Bydgoskiego Klastra Budowlanego,
- 7) do Singapuru, w terminie 24.04 -30.04.2023, na rzecz Zielonego Pierścienia Tarnowa,
- 8) do Bangkoku, w terminie 31.10-04.11.2022, na rzecz Związku Sądowników RP,
- 9) do Bangkoku, w terminie 17-21.10.2022, na rzecz Stowarzyszenie Wolna Przedsiębiorczość.

Ponadto, M.S., w ramach wykonywanych zadań służbowych z tytułu zatrudnienia w firmie Tias Advisory sp. z o.o. pełniła funkcję koordynatorki następujących misji gospodarczych:

- 1) misja gospodarcza przedstawicieli Tias do Republiki Korei, w terminie 2-9 marca 2024r.,
- 2) misja gospodarcza przedstawicieli Tias do Republiki Korei, w terminie 23-26 kwietnia 2024 r.,
- 3) misja gospodarcza przedstawicieli Tias do Szanghaju, w terminie 24-27 czerwca 2024 r. **Dowód:** oświadczenie Spółki Tias Advisory sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - w załączeniu.

M.S., jak wynika z powyższego, posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w pełnieniu funkcji koordynatora ds. organizacyjnych, tj. pełniła nadzór nad przebiegiem i organizacją wydarzeń, towarzyszyła klientom podczas realizacji misji gospodarczej, koordynowała spotkania biznesowe z kontrahentami azjatyckimi, była odpowiedzialna za uzyskiwanie i przygotowywanie dokumentów, informacji wyjazdowych jak i innych dokumentów takich jak agendy spotkań zgodnie z etykietą obowiązującą w krajach azjatyckich. Kryterium oceny ofert zostało ukształtowane przez Zamawiającego, jako oświadczenie wiedzy co do istnienia okoliczności potwierdzających wymagane przez koordynatora ds. organizacyjnych doświadczenie. Przedstawienie dowodów potwierdzających wymagane doświadczenie, typu referencje, jest formalnie trudne, o czym zdaje sobie sprawę Zamawiający żądając jedynie stosownego oświadczenia wykonawcy w tym zakresie. Bowiem ogólną praktyką jest, że podmioty na rzecz których realizowane są misje gospodarcze wystawiają referencje na rzecz organizatora misji a nie koordynatorów wydarzenia.

Zarzut nr 2 - odrzucenie oferty Przystępującego jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (dalej jako: **ustawa uzk**). Czynem nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Aby uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy uzk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,

3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21.01.2022 r.: *„Zgodnie z artykułem 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wykonawca, który celowo lub niedbale przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami”* (Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2022 r., sygn. akt. KIO 5/22) .

Przystępujący nie dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami. Przede wszystkim, niezależnie od oceny oświadczeń Przystępującego, Przystępujący nie miał zamiaru swoim działaniem wprowadzić w błąd Zamawiającego w zakresie posiadanego doświadczenia przez Marię Steciuk. Wszystkie czynności podjęte przez Przystępującego były dokonywane rzetelnie oraz w dobrej woli, zgodnie z posiadaną przez Przystępującego wiedzą własną i informacjami pozyskanymi od M.S., a także jej pracodawcy. „Błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego. Błąd ma nastąpić przy przedstawianiu informacji. Wprowadzenie w błąd nie obejmuje zatem zatajenia wymaganych informacji” (Wyrok KIOz 05.01.2024r., KIO 3787/23). Nie sposób zatem przypisać Przystępującemu wprowadzania w błąd Zamawiającego, mającego prowadzić do czynu nieuczciwej konkurencji. Jak wynika z argumentacji podniesionej w pkt I niniejszego stanowiska, wbrew twierdzeniom odwołania, M.S. posiada stosowne doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Przystępujący nie zawarł w swoim oświadczeniu „nieprawdziwych informacji” więc nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd. W kontekście przedmiotowego zarzutu należy wskazać, że *„dopiero stwierdzenie zachowania sprzecznego z prawem pozwoli na ocenę zachowania wykonawcy pod kątem rzetelnego i niezafałszowanego współzawodnictwa oraz ustalenia czy te właśnie działania podjęte były w celu osiągnięcia korzyści wynikającej z uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji ma bowiem charakter oceny”* (Wyrok KIO z 13.02.2024 r., KIO 189/24). Należy więc stwierdzić, iż argumentacja Odwołującego w zakresie odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także wprowadzenia Zamawiającego w błąd jest całkowicie bezzasadna.

Zarzut nr 3 - niezasadność argumentacji w zakresie zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia JEDZ

Odwołujący, jako zarzut ewentualny, wskazuje na konieczność wezwania przez Zamawiającego Przystępującego do złożenia JEDZ w toku ponownego badania i oceny złożonych ofert. Powyższe twierdzenie również nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający dnia 02.07.2024 r. wystosował do Przystępującego wezwanie do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia JEDZ. Przystępujący złożył w wyniku powyższego wezwania wymagane dokumenty, w tym także oświadczenie JEDZ. Zatem nie istnieje konieczność złożenia przez Przystępującego kolejnego oświadczenia JEDZ w przypadku ewentualnego ponownego badania i oceny złożonych ofert. **Dowód:-** Wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 02.07.2024 r. - Oświadczenie JEDZ Przystępującego. (w aktach postępowania).

Zarzut nr 4 - bezpodstawność wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący twierdzi, że przedmiotowe postępowanie zostało udzielone w warunkach nierównego traktowania wykonawców, bez zachowania zasad uczciwej konkurencji, w wyniku czego rzekomo straciło walor przejrzystości. Jak stwierdza Odwołujący, zarzut ten nie ma charakteru samoistnego, ale jako związany z pozostałymi zarzutami odwołania, winien dzielić ich los - winien podlegać oddaleniu. Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia. Oferta Przystępującego uzyskała najwyższą ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Nie ma podstaw do tego aby uznać, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona, jak to wskazuje Odwołujący, ponieważ nie zaistniała żadna przesłanka uzasadniająca podjęcie takiej czynności przez Zamawiającego. Brak więc podstaw do unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert, jak żąda tego Odwołujący.

Podsumowując, Przystępujący wskazuje za wyrokiem Sądu Zamówień Publicznych dnia 10 sierpnia 2022 r., że: *„to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To odwołujący bowiem, a nie zamawiający, a tym bardziej przystępujący, wywodził z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący. [...] Jeszcze ważniejszym argumentem przemawiającym przeciwko przyjętej przez Krajową Izbę Odwoławczą na potrzeby niniejszego postępowania koncepcji rozkładu ciężaru dowodu jest to, że w istocie skonstruowała ona nie mające jakiegokolwiek oparcia w przepisach czy okolicznościach faktycznych domniemanie zasadności zarzutu odwołania, że inwestycja wykonana przez przystępującego (skarżącego) na rzecz gminy (...) nie obejmowała budowy lub przebudowy jednego budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 5 000 000 zł brutto. Jak wynika z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku Izba założyła, że już samo*

poddanie w wątpliwość przez odwołującego, że wartość prac wykonanych przez przystępującego w związku z przebudową któregoś z budynków w ramach inwestycji na rzecz gminy (...) wynosiła co najmniej 5 000 000 zł, oznaczało, że prace te wartości takiej nie osiągnęły. Jeżeli zaś zamawiający lub przystępujący twierdził inaczej, to zarzut odwołującego w tym zakresie powinien obalić wykazując, że wartość przebudowy jednego z budynków przekraczała wspomnianą kwotę. Izba przyjęła zatem domniemanie prawdziwości twierdzeń odwołującego podniesionych w odwołaniu. Odnosząc się do tak zarysowanego stanowiska wyjaśnić należy, że na gruncie przepisów kodeksu postępowania cywilnego wyróżnić możemy dwie zasadnicze grupy domniemań: domniemania prawne (art. 234 k.p.c.), gdzie sama ustawa, w razie ustalenia pewnego faktu, tzw. podstawy domniemania, nakazuje uznać za udowodniony inny fakt, tzw. wniosek domniemania oraz domniemania faktyczne (art. 231 k.p.c.), gdzie ustalenie określonych faktów, na podstawie wnioskowania sądu pozwala uznać za ustalone innych faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Nie wdając się w pogłębione rozważania tego zagadnienia podkreślić należy, że **brak jest przepisów, które mogłyby być podstawą do konstruowania domniemania prawnego nakazującego przyjąć za prawdziwe twierdzenia podniesione w odwołaniu** [podkr.wł.]” (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.08.2022 r., XXIII Zs 86/22. Ciężar dowodu w zakresie okoliczności uzasadniających zarzuty odwołania spoczywa na Odwołującym, a to oznacza, że to Odwołujący winien wykazać okoliczności faktyczne będące podstawą odwołania i uzasadniające jego wnioski. Tymczasem treść odwołania sprowadza się do demagogii mającej na celu zdyskredytowanie Przystępującego, która nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy.

W dniu 28.08.2024 r. (e-mail) Odwołujący złożył stanowisko procesowe (w związku z odroczeniem rozprawy). Wycofał zarzut zaniechania wezwania Cristal Travelnet do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej "JEDZ", tj. zarzut ewentualny naruszenia **art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp** w zw. z naruszeniem **art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Cristal Travelnet do złożenia JEDZ, pomimo że zgodnie z SWZ Zamawiający miał zażądać złożenia JEDZ od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Przystępujący jako strategię procesową obrał kierunek argumentacji, iż nie rozumie co oznacza słowo „koordynator”. Otóż za internetowym słownikiem języka polskiego:

„koordynator

1.«osoba lub instytucja **koordynująca jakieś działania**»

2.«czynnik warunkujący **harmonijne funkcjonowanie czegoś**» „,

(vide:)

Za internetową Encyklopedią Zarządzania:

„**Koordynator (nazywany również naturalnym liderem)** jest jedną z ról pełnionych w zespole, które zostały zdefiniowane przez M. Belbina. Umie on kierować zasobami ludzkimi i wykorzystywać je w odpowiedni sposób. Koordynator jest osobą silnie dominującą, otwartą, jak i również zrównoważoną. Posiada on predyspozycje do bycia naturalnym liderem grupy. Koordynator nie wymaga bezwzględnego posłuszeństwa członków zespołu. Dominuje on przez swój prestiż. Budzi też ogromny szacunek. Koordynator porządkuje cele w projekcie i nadaje im pierwszeństwo. Ustala plany do zrealizowania przez zespół oraz koordynuje pracę jego członków. Potrafi on słuchać przedstawianych mu uwag, a przekazanymi informacjami posługuje się głównie podczas procesu motywowania innych. Do ludzi i ich pracy podchodzi indywidualnie, dzięki czemu w zespole stawia na komunikowanie się. Zawsze uważnie słucha opinii i zdania współpracowników. W trakcie dyskusji zazwyczaj nie wysuwa własnych propozycji, najczęściej zadaje pytania. Koordynator często jest postrzegany jako zręczny manipulator. Interweniuje tylko w sytuacjach krytycznych (M. Belbin 2003, s. 94-95). **Istota koordynacji i zarządzania zespołem**

Koordynacja to proces, który polega na harmonijnym porozumiewaniu się, współpracy oraz efektywnym wykorzystywaniu zasobów w celu osiągnięcia określonych celów. Koordynacja jest kluczowym aspektem zarządzania zespołem, ponieważ umożliwia skuteczną i efektywną pracę grupy ludzi. Zarządzanie zespołem to kompleksowe podejście do organizacji pracy grupowej, które obejmuje planowanie, organizację, kontrolę oraz motywowanie członków zespołu. Koordynator pełni kluczową rolę w zarządzaniu zespołem, ponieważ to właśnie on odpowiada za koordynowanie działań, delegowanie zadań, rozwiązywanie konfliktów oraz utrzymanie odpowiedniej atmosfery i motywacji w zespole. Ważnym elementem zarządzania zespołem jest również umiejętność efektywnej komunikacji. Koordynator powinien być dobrym słuchaczem, umieć wyrazić swoje myśli i oczekiwania w sposób klarowny oraz umiejętnie rozwiązywać konflikty i problemy. Komunikacja jest kluczowym narzędziem koordynatora w budowaniu zaufania i efektywnej współpracy w zespole. Koordynator powinien również posiadać umiejętności organizacyjne, aby efektywnie planować pracę zespołu, wyznaczać cele oraz monitorować postępy. Ważne jest, aby koordynator umiał skutecznie delegować zadania, uwzględniając kompetencje i umiejętności poszczególnych członków zespołu. Zapewnienie odpowiednich zasobów oraz ustalenie priorytetów są również kluczowymi aspektami zarządzania zespołem. ” (vide:)

Odnosząc się do argumentacji

Przystępującego dotyczącej braku definicji koordynatora ds. organizacyjnych, która byłaby wyrażona wprost w treści kryterium oceny ofert - to należy stwierdzić, że kryterium oceny ofert, zostało wskazane w treści ogłoszenia o zamówieniu i SWZ, jest więc elementem dokumentacji postępowania i powinno być **odczytywane wraz z tą dokumentacją oraz w kontekście tej dokumentacji**. Ponadto kryterium oceny ofert ma podnosić jakość usługi zdefiniowanej w opisie przedmiotu zamówienia, nie może więc dotyczyć osoby która wyłącznie zarezerwowała nocleg w hotelu, czy umówiła spotkanie. W tym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia jest rozbudowany i zamawiający poprzez kryterium oceny ofert chciał zagwarantować sobie najwyższą jakość przy realizacji zamówienia publicznego. To dokumentacja postępowania, a przede wszystkim postanowienia Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 3 do SWZ, formułują rzeczywistą definicję koordynatora na gruncie przedmiotowego postępowania Przystępujący jako profesjonalista i stały uczestnik postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w sposób oczywisty zdaje sobie sprawę, że **kryteria muszą być związane z przedmiotem zamówienia**. Powyższe wynika wprost z art. 241 ustawy Pzp i zostało potwierdzone m.in. w opracowaniu UZP pn. "POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERT Poradnik z katalogiem dobrych praktyk", gdzie wskazano: "Ustawową zasadą jest, że kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 241 ustawy Pzp). Nie oznacza to, iż można powierzyć realizację zamówienia wykonawcy niewiarygodnemu. Jednak kwestię oceny wiarygodności wykonawcy należy oddzielić od kwestii jakości oferty"

Przedmiotowa zasada została potwierdzona także w orzecznictwie KIO: KIO 1128/22:

„Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 241 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert **muszą być związane z przedmiotem zamówienia**. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.”

KIO 1878/22: „Izba wskazuje, że zgodnie z art. 241 ust. 1 ustawy PZP, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Stosownie do art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP, kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

(...) **Izba zważa jednak, że wszystkie elementy jakie składają się na premiowane w kryterium doświadczenie kierownika/koordynatora stanowią elementy składające się na przedmiot zamówienia.”**

KIO 2203/23: „Izba wskazuje, że zasady ustanawiania kryteriów oceny ofert regulowane są przez stosowne przepisy ustawy P.z.p. I tak, zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy P.z.p., kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. W myśl art. 241 ust. 1, kryteria oceny ofert **muszą być związane z przedmiotem zamówienia,”**

Nawet więc jeśli z literalnej treści dokumentacji nie wynika wprost definicja koordynatora, to wykonawca, jako profesjonalista, powinien zdawać sobie sprawę z faktu, że kryterium oceny ofert musi być związane z przedmiotem zamówienia i ustanawiane jest w celu podniesienia jakości usługi stanowiącej przedmiot zamówienia-jest więc nierozdzielnie związane z przedmiotem zamówienia. Tak wskazuje ugruntowane orzecznictwo, prezentowane między innymi w wyroku SO w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, sygn. akt XXIII Zs 72/23: Przed wszystkim wskazać należy, że kryteria oceny ofert **muszą być związane ściśle z przedmiotem zamówienia**. Zasadniczo kryteria odnoszą się takich aspektów jak: cena, inne kryteria kosztowe, kryteria jakościowe, kryteria kontraktowe, oraz kryteria odnoszące się do osób, personelu

W treści SOPZ - Załącznika nr 3 do SWZ, Zamawiający wyraził swoje potrzeby oczekiwania dotyczące funkcji koordynatora, wskazując między innymi, że:

7. W dniu szkolenia, na ok. 1 godzinę przed rozpoczęciem wydarzenia odbędzie się kolejne, krótkie spotkanie z konferansjerem, aby dopracować szczegóły (m.in. próba mikrofonowa) oraz zaktualizować scenariusz w przypadku zaistnienia nieprzewidzianych wcześniej okoliczności. Koordynator ds. organizacyjnych odpowiada za ścisłą współpracę osób odpowiedzialnych za realizację wydarzenia z konferansjerem. (str. 14 SOPZ)

h. Koordynator ds. organizacji będzie pełnił nadzór nad przebiegiem całego wydarzenia oraz będzie towarzyszył Zamawiającemu podczas realizacji całej misji gospodarczej. (str. 23 SOPZ)

21 Koordynator ds. organizacyjnych **zapewni wsparcie uczestnikom misji w uzyskaniu odpowiednich dokumentów oraz udzieli informacji m.in. o wymogach wjazdowych do Republiki Korei (rodzaj i ważność dokumentów podróży, zasady bezpiecznego przeprowadzania rozmów telefonicznych i korzystania z Internetu, operacje finansowe, wymagane szczepienia i certyfikaty zdrowotne, obowiązki wizowe, produkty, które warto zabrać ze sobą do Republiki Korei).** Dodatkowo Wykonawca ureguje należność za nabycie niezbędnych wiz przez uczestników misji. (str. 34 SOPZ).

Wobec powyższego, dla osiągnięcia celów postępowania oraz w celu zapewnienia wysokiej jakości przedmiotu zamówienia, wykonawca obowiązany jest wskazać do realizacji zamówienia osoby, posiadające doświadczenie

korespondujące z zacytowaną treścią SOPZ, które faktycznie i realnie pełniły funkcję koordynatora. Funkcję koordynatora natomiast należy rozumieć w sposób opisany w SOPZ, a więc będzie to osoba, która pełniła nadzór nad przebiegiem całego wydarzenia, zapewniała wsparcie w uzyskaniu wszelkich niezbędnych dokumentów, szczepień, certyfikatów i posiada w tym względzie niezbędną wiedzę. Za taką osobą nie można z całą pewnością uznać osoby, która pełniła te funkcje jedynie w zakresie tytularnym i ograniczyła się do obecności na misji, dokonywaniu tłumaczeń czy spotkań z klientem - takie elementy odpowiadają bowiem funkcji tłumacza.

Przystępujący jako profesjonalista i stały uczestnik postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w sposób oczywisty zdaje sobie sprawę, że kryteria mają podnosić jakość zamówienia opisanego w opisie przedmiotu zamówienia, nie może to być umówienie brunch-u, lunch-u, czy rezerwacja noclegu w hotelu, bo to potrafi każdy konsument i nie taki zresztą jest w tym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia. Koordynowaniem misji gospodarczej nie jest też udział w targach, wystawach, konferencjach, bo to również potrafi każdy konsument i nie taki zresztą jest w tym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia, więc nie podnosi jakości wykonania przedmiotowego zadania publicznego.

Powyższe znajduje szerokie odzwierciedlenie w orzecznictwie, np.: KIO 1128/22:

„Izba podkreśla, że istotą zamówień publicznych jest stworzenie transparentnego, jasnego i przejrzystego modelu gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający w ramach zamówień publicznych nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiązań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznymi, środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym (lokalnym). Nie ulega wątpliwości, że kryteria pozacenowe to określone parametry/właściwości dotyczące przedmiotu zamówienia. Celem wprowadzenia takich kryteriów co do zasady winno być uzyskanie przez zamawiających świadczenia o możliwie najwyższej jakości za proporcjonalnie najniższą cenę czyli realizacja szeroko pojętej zasady efektywności zakupów finansowych ze środków publicznych. Weryfikacja kryteriów pozacenowych dotyczy zawsze konkretnego postępowania i konkretnych potrzeb i celów zamawiającego, jakie zostały przyjęte na etapie doboru takich kryteriów i które to cele i potrzeby mają zostać zrealizowane w ramach wdrożenia takich pozacenowych kryteriów oceny ofert. Przy czym zaznaczyć należy, że wprowadzenie kryterium pozacenowego może mieć potencjalnie charakter dyskryminujący i powodować ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom działającym na rynku. Uzasadnieniem potencjalnie dyskryminującego pozacenowego kryterium ofert jest właśnie wykazanie przez instytucje publiczne rzeczywistych i uzasadnionych potrzeb jakie mają być zrealizowane w interesie publicznym. Nie chodzi jednakże o ogólne stwierdzenie zamawiającego, iż otrzymuje lepszą jakość, bardziej zaspokaja swoje potrzeby, ale o wskazanie w jaki sposób dane kryterium pozacenowe przekłada się na lepszy jakościowo, technicznie czy funkcjonalnie przedmiot zamówienia. Bez identyfikacji ulepszonej wartości gospodarczej świadczenia, jaką otrzyma zamawiający poprzez zastosowanie określonych kryteriów pozacenowych, ich wprowadzenie jest wyłącznie czynnością pozorną, a tym samym powoduje nieuzasadnione dyskryminowanie wykonawców działających na rynku.”

KIO 3667/21: „Nie ulega wątpliwości, że kryteria pozacenowe to określone parametry/właściwości dotyczące przedmiotu zamówienia. Celem wprowadzenia takich kryteriów co do zasady winno być uzyskanie przez zamawiających świadczenia o możliwie najwyższej jakości za proporcjonalnie najniższą cenę czyli realizacja szeroko pojętej zasady efektywności zakupów finansowych ze środków publicznych. Weryfikacja kryteriów pozacenowych dotyczy zawsze konkretnego postępowania i konkretnych potrzeb i celów zamawiającego, jakie zostały przyjęte na etapie doboru takich kryteriów i które to cele i potrzeby mają zostać zrealizowane w ramach wdrożenia takich pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Wybór kryteriów musi być uzasadniony uzyskaniem lepszego jakościowo świadczenia dla Zamawiającego, a tym samym lepszemu zaspokojeniu potrzeb publicznych.

Gdyby opierać się wyłącznie na formalnym związku kryterium jakościowego z przedmiotem zamówienia, bez wykazania w jaki sposób dobór takich kryteriów przełoży się na lepszą jakość świadczenia, to dochodziłoby, zdaniem Izby, to istotnego i nieuprawnionego ograniczenia dostępu do zamówień publicznych pomimo braku uzasadnienia takiego ograniczenia. Sam związek kryteriów z przedmiotem zamówienia nie jest bowiem elementem wystarczających do takich działań. Konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego swoistego związku przyczynowego pomiędzy danym parametrem technicznym, a przewidywana lepsza jakością świadczenia. To bowiem gwarantuje rzeczywiste przełożenie wybranych kryteriów na jakość świadczenia.”

KIO 3489/20: „Kryteria oceny ofert są uzasadnione bowiem dają Zamawiającemu gwarancję, że świadczona usługa wykonywana jest w sposób zapewniający najwyższą jakość usług”.

Odwolujący dodatkowo przedstawił kolejne dowody na potwierdzenie zarzutu, iż przystępujący Cristal Travelnet, złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oraz doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w rankingu złożonych ofert zajął drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuszczył w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwana dalej: „SWZ”, oferty Przystępującego, tj. formularza ofertowego zawierającego oświadczenie co do kryterium pozacenowego w pkt 3, jak i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nadto, Izba dopuściła dowód z zeznań świadka, tj. z przesłuchania w charakterze świadka Panią.M. - na okoliczności wskazane w uzasadnieniu, tj. dla wykazania faktów: braku doświadczenia polegającego na koordynowaniu 10 misji gospodarczych do krajów azjatyckich w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, powyżej minimum określonego przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, tj. powyżej 2 koordynowanych misji gospodarczych do krajów azjatyckich.

Izba w zakresie niniejszego dowodu wskazuje, iż wyłączenie dowodu ze świadków ponad lub przeciwko podstawie dokumentu dotyczy jedynie zawartych w dokumencie oświadczeń woli. Przy czym, w przedmiotowym stanie faktycznym pomiędzy spierającymi się stronami sporna była jedynie treść dokumentów (formularza ofertowego, oświadczenia zawierającego listę misji gospodarczych w piśmie procesowym Przystępującego, korespondencji, kopii umów złożonych przez Odwołującego) dotycząca wyłącznie opisu stanu faktycznego (czy Pani M.S. ma doświadczenie polegającego na koordynowaniu 10 misji gospodarczych do krajów azjatyckich w okresie ostatnich 3 lat liczonych), czyli zawierającego jedynie oświadczenie wiedzy, które z wykorzystaniem dowodu z zeznań świadków może być bez przeszkód korygowany ponad lub przeciwko treści takiego dokumentu (tak wprost m. in. K. K., Wokół sporu o ograniczenie dowodowe przeciwko i ponad podstawę dokumentu (próba podsumowania), w: Księga pamięci ku czci W. B., Ł. 1998, s. 163 i nast. oraz H. M., Ograniczenia dowodowe przeciwko podstawie lub ponad podstawę dokumentu a postulat wykrycia prawdy w procesie cywilnym, NP., 1961, nr 3, s. 352). (Podobnie w wyroku KIO z 27.04.2017 r., sygn. akt: KIO 742/17).

W tym zakresie, Izba wskazuje, że samopisemne oświadczenie złożone wcześniej przez świadka, tj. p.M. (oświadczenie z 31.07.2024 r. /wpływ do KIO 05.08.2024 r./, złożone dodatkowo wraz z pismem procesowym Przystępującego) jest mało wiarygodne, gdyż przed Izbą obowiązuje zasada bezpośredniości dowodowej, a jak ostatecznie ustalono nie istniały uzasadnione przeszkody w przeprowadzeniu dowodu bezpośrednio, w sposób pozwalający na ocenę wiarygodności dowodu. (podobnie w wyroku KIO z dnia 30.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2112/13; KIO 2114/13; KIO 2121/13).

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) korespondencja e-mailowa pomiędzy p.A., prezesem zarządu Odwołującego, a p.M. z 02.07.2024 r.,
- 2) pismo Odwołującego skierowane do Zamawiającego, dotyczące m.in. wyjaśnień oferty złożonych przez wykonawcę Cristal Travelnet wraz z korespondencją e-mailową z 13.11. 2022 r.

Nadto, Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony do pisma procesowego Przystępującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) oświadczenie p.M. (wpłynęło również oddzielnie do Izby także 05.08.2024 r.);
- 2) oświadczenie Spółki Tias Advisory Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie w dniu 22.08.2024 r. przez Odwołującego:

- 1) korespondencja e-mailowa ze Stowarzyszeniem Bydgoski Klaster Przemysłowy na okoliczność tego, że koordynatorem misji gospodarczej odnośnie poz. 6 z listy misji gospodarczych przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym była p. I.W.,
- 2) korespondencja e-mailowa ze Związkiem Sądowników RP na okoliczność tego, że koordynatorem misji gospodarczej odnośnie poz. 8 z listy misji gospodarczych przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym był p. T.D..

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony do pisma procesowego Odwołującego z 28.08.2024 r. na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) dowód nr 3 - korespondencja z Agencją Rozwoju Małopolski Zachodniej S.A., z której jednoznacznie wynika że koordynatorem misji gospodarczej była p. A.C., i że ten zamawiający nie znał p. M.S., odnośnie poz. 1, 2 i 4 z listy misji gospodarczych przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym,

2) dowód nr 4 - umowa Przystępującego z Agencją Rozwoju Małopolski Zachodniej S.A. nr **UMOWA NR ARMZ.272.2.2023**, z której jednoznacznie wynika że koordynatorem misji gospodarczej była p. A.C., i że p. M.S. podczas tej misji była tłumaczem, odnośnie poz. 1 z listy misji gospodarczych przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym,

3) dowód nr 5 - umowa Przystępującego z Agencją Rozwoju Małopolski Zachodniej S.A. nr **UMOWA NR ARMZ.272.4.2023**, z której jednoznacznie wynika że koordynatorem misji gospodarczej była p. A.C., i że ten zamawiający nie znał p. M.S., odnośnie poz. 4 z listy misji gospodarczych przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym,

4) Dowód nr 6 - umowa Przystępującego z Agencją Rozwoju Małopolski Zachodniej S.A. nr **UMOWA NR ARMZ.272.3.2023**, z której jednoznacznie wynika że koordynatorem misji gospodarczej była p. A.C., i że ten zamawiający nie znał p. M.S., odnośnie poz. 2 z listy misji gospodarczych przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym,

5) Dowód nr 7 - korespondencja ze Związkiem Sadowników RP, z której jednoznacznie wynika że koordynatorem misji gospodarczej był p. T.D., i że ten zamawiający nie znał p. M.S., odnośnie poz. 8 z listy misji gospodarczych przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym,

6) Dowód nr 8 - korespondencja ze Stowarzyszeniem Bydgoski Klaster Przemysłowy Dolina Narzędziowa, z której jednoznacznie wynika że koordynatorem misji gospodarczej była p. I.W., i że ten zamawiający nie znał p. M.S., odnośnie poz. 6 z listy misji gospodarczych przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym,

7) Dowód nr 9 - umowa Przystępującego ze Stowarzyszeniem Bydgoski Klaster Przemysłowy Dolina Narzędziowa, z której jednoznacznie wynika że koordynatorem misji gospodarczej był p. I.W., i że ten zamawiający nie znał p. M.S., odnośnie poz. 6 z listy misji gospodarczych przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym,

8) Dowód nr 10 - korespondencja z Polskim Klastrem Budowlanym, z której jednoznacznie wynika że Klaster nie organizował misji gospodarczej dla firmy Promotech i nie posiada żadnej informacji w zakresie organizacji misji gospodarczej do Korei Południowej, w konsekwencji że ten zamawiający nie znał p. M.S., odnośnie poz. 3 z listy misji gospodarczych przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym,

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie w dniu 28.08.2024 r. przez Przystępującego:

- protokół zdawczo-odbiorczy złożony na okoliczność tego, iż wskazana w liście przedstawionej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym poz. 3 PROMOTECH (Klaster Budowlany) de facto dot. Klastra Obróbki Metali na rzecz Promotech.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego oraz pisma procesowego Odwołującego, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) **art. 16 pkt 1-3** w zw. z **art. 239 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez niezgodną z kryterium oceny ofert określonym w rozdziale XXXI., pkt 2. 2) SWZ ocenę doświadczenia koordynatora ds. organizacyjnych, w wyniku której oferta wykonawcy Cristal Travelnet otrzymała 50 pkt (tj. maksymalną liczbę pkt) w kryterium „Doświadczenie Koordynatora ds. organizacyjnych”, podczas gdy Zamawiający w ogóle nie powinien przyznawać tej ofercie punktów w ramach przywołanego kryterium;

2) **art. 16 pkt 1-3** w zw. z **art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp** w zw. z **art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Cristal Travelnet, pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oraz doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3) **art. 16 pkt 1-3** w zw. z **art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Cristal Travelnet do złożenia JEDZ, pomimo że zgodnie z SWZ Zamawiający miał zażądać złożenia JEDZ od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (ewentualny);

4) **art. 16 pkt 1 i 2** w zw. z **art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Cristal Travelnet, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego oraz pisma procesowego Odwołującego. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego. Przystępujący złożył w formularzu

ofertowym w pkt 3 oświadczenie, zgodnie z którym: „Oświadczamy, że Koordynatorem ds. organizacyjnych będzie M.S. (podać imię i nazwisko), który koordynował 10 (wpisać liczbę) misjami gospodarczymi do krajów azjatyckich w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert powyżej wymaganego minimum tj. powyżej 2 koordynowanych misji gospodarczych.” Niniejsze oświadczenie rozwinął w swoim piśmie procesowym w ramach którego przedstawił listę misji gospodarczych w ramach których p.M. współpracowała z Przystępującym

- 1) do Seulu, w terminie 12-17.06.2023, na rzecz Agencji Rozwoju Małopolski Zachodniej,
- 2) do Singapuru, w terminie 26-30.09.2023, na rzecz Agencji Rozwoju Małopolski Zachodniej,
- 3) do Korei Południowej Inczon, w terminie 11.04 - 15.04.2023, na rzecz Promotech-u (Klaster Budowlany),
- 4) do Tokio, w terminie 27.11 -03.12.2023, na rzecz Agencji Rozwoju Małopolski Zachodniej,
- 5) do Bangkoku, w terminie 6-10.09.2022, na rzecz Proteon Pharmaceuticals,
- 6) do Shenzhen (Chiny), w terminie 17-20.04.2023, na rzecz Bydgoskiego Klastra Budowlanego,
- 7) do Singapuru, w terminie 24.04 -30.04.2023, na rzecz Zielonego Pierścienia Tarnowa,
- 8) do Bangkoku, w terminie 31.10-04.11.2022, na rzecz Związku Sądowników RP,
- 9) do Bangkoku, w terminie 17-21.10.2022, na rzecz Stowarzyszenie Wolna Przedsiębiorczość.

Ponadto, M.S., w ramach wykonywanych zadań służbowych z tytułu zatrudnienia w firmie Tias Advisory sp. z o.o. pełniła funkcję koordynatorki następujących misji gospodarczych:

- 1) misja gospodarcza przedstawicieli Tias do Republiki Korei, w terminie 2-9.03.2024r.,
- 2) misja gospodarcza przedstawicieli Tias do Republiki Korei, w terminie 23-26.04.2024 r.,
- 3) misja gospodarcza przedstawicieli Tias do Szanghaju, w terminie 24-27.06.2024 r.

W dalszej kolejności, Izba wskazuje, że Odwołujący w ramach pisma procesowego z 28.08.2024 r. wycofał zarzut trzeci ewentualny, w konsekwencji w tym zakresie Izba umorzyła przedmiotowe postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo Izba wskazuje, że po zamknięciu rozprawy wpłynął wniosek Odwołującego o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy. W zakresie niniejszego wniosku Izba wydała oddzielne postanowienie z 30.08.2024 r. w ramach którego odmówiła otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy. Niniejsze postanowienie znajduje się w aktach postępowania.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu drugi, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Wobec braku jednoznacznego sformułowania w SWZ (Rozdz. XXXI pkt 2.2, czy też Rozdz. V pkt 3), co Zamawiający rozumie przez doświadczenie w koordynacji misji gospodarczych nie można uznać, że oświadczenie złożone przez Przystępującego stanowiło informacje wprowadzające w błąd. Izba uznała, że wobec niejednoznaczności tego sformułowania wątpliwości stąd wynikające należy rozpatrywać na korzyść Przystępującego. Izba rozumie argumentację Odwołującego z rozprawy z 22.08.2024 r., jak i pisma procesowego z 28.08.2024 r., tj. odnoszenie tego sposobu rozumienia do przedmiotu zamówienia określonego w tym przedmiotowym postępowaniu. Jednakże, Izba uznała, że takie działanie w tym stanie faktycznym byłoby zbyt daleko idącym i skutki nie byłyby adekwatne do istniejących braków w sposobie rozumienia, czy też braku definicji koordynacji misji gospodarczych. W tym zakresie kwestia ta była niedookreślona i mogła to być także misja zdalna, nie koniecznie wyjazdowa, czy też koordynacja, pomoc w rezerwacji miejsc hotelowych, zakupie biletów lotniczych, przygotowaniu zaproszeń, formułowaniu e-maili, czy też nawiązywaniu kontaktów, umawianiu spotkań. Izba zastrzega, że dotyczy to tylko tego stanu faktycznego, a jej stanowisko wynika, z tzw. swoistej „świętej zasady”, że wszelkie niejednoznaczności należy rozpatrywać na korzyść Wykonawców. Zostało to celnie wskazane przykładowo w wyroku KIO z 16.04. 2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: "Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców". Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: "Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego.". Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: "Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)" oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: "Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja

Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów". Podobnie w wyroku KIO z dnia 11.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1905/19. Izba naturalnie pamięta stanowisku SN, że brak wyjaśnień niejednoznacznych postanowień SWZ stanowi przejaw niedochowania należytej staranności zawodowej (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, OSNC-ZD 2015, nr 3, poz. 46, z dnia 18 lutego 2016 r., II CSK 197/15, nie publ., z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15), jednakże w jej ocenie, ewentualna sankcja jaka wynikałaby względem Przystępującego byłaby zbyt dotkliwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu pierwszego i czwartego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające częściowemu uwzględnieniu.

W ocenie Izby przeprowadzony dowód z zeznań świadka jest kluczowy i potwierdził, że z 12 przywołanych w piśmie procesowym Przystępującego misji gospodarczych, czyli 2 wymaganych dla minimum oraz 10 dodatkowych, świadek ma doświadczenie w 4 misjach gospodarczych. Inaczej mówiąc spełnia wymóg 2 minimalnych oraz 2 dodatkowych (z 10 wskazanych w ofercie). Świadek potwierdził, że brał udział w misji gospodarczej wskazanej przez Przystępującego w jego piśmie procesowym pod poz. 1 oraz trzech dla firmy Tias Advisory Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. To ostatnie dodatkowo potwierdziło oświadczenie tego Wykonawcy załączone do pisma procesowego Przystępującego. Odnosnie misji gospodarczych wskazanych przez Przystępującego w jego piśmie procesowym pod poz. od 2 do 9 świadek nie był w stanie odnieść się do tego, czy brał w nich udział. Jak stwierdził też, że w zakresie misji gospodarczych od 2 do 9 nie rezerwował miejsc w hotelu, nie kupował też biletów lotniczych, udzielał jedynie „przyjacielskich” porad. Stwierdził też, że sformalizowany charakter relacji z Przystępującym nastąpił przy okazji misji gospodarczej pod poz. 1. Stwierdził również, że nie kontaktował się ze wskazanymi z listy od poz. 2 do 9 Zamawiającymi. Stwierdził dodatkowo, że nie miał kontaktu z uczestnikami misji gospodarczych od poz. 2 do 9, a wyłącznie z Przystępującym. Nadto, na pytanie Zamawiającego, czy konsultując się z Przystępującym miał świadomość, że pytania są zadawane, dotyczą którejkolwiek z misji gospodarczych od poz. 2 do 9, stwierdził, że pytania były wyrwane z kontekstu. Stwierdził też, że nie jest w stanie przyporządkować porad jakich udzielał Przystępującemu do wszystkich ze wskazanych z listy misji gospodarczych. Świadek co prawda oświadczył, że współpracował z Przystępującym w zakresie formułowania zaproszeń, e-maili, czy nawiązywaniu kontaktów, ale nie był w stanie określić, że miało to miejsce w misjach gospodarczych od poz. 2 do 9. W konsekwencji powyższego, Izba uznała, że należy uwzględnić częściowo zarzut, jak i odwołanie. Zamawiający musi na nowo przeliczyć punktację w kryterium pozacenowym. Przy czym, Izba nie widzi podstaw do przyznania Przystępującemu 0 punktów, a jedynie zmniejszenie punktacji, uwzględniając, że z 10 dodatkowych misji gospodarczych rozprawa i zeznania świadka potwierdziły, że świadek koordynował 2 dodatkowe (z wszystkich 4 potwierdzonych przez świadka, 2 podstawowe na potwierdzenie wymogu minimalnego, a 2 dodatkowe). Jednocześnie, w ocenie Izby, kluczowe znaczenie dla przedmiotu sporu ma dowód z zeznań świadka, albowiem Izba uznała, że dowody przedłożone przez Odwołującego wraz z jego stanowiskiem pisemnym z 28.08.2024 r. są składane na okoliczność sposobu rozumienia doświadczenia w koordynacji misji gospodarczych w rozumieniu przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że Przystępujący rozumiał to w szerokim tego słowa znaczeniu. Pojęcie koordynacji misji gospodarczych nie zostało doprecyzowane w SWZ. Z tych względów, w ocenie Izby dowody złożone przez Odwołującego są irrelewantne, a kluczowe znaczenie mają zeznania świadka.

Jednocześnie, z uwagi na potwierdzenie tego zarzutu i zmianę punktacji, Izba uznała, że potwierdzeniu podlegał także zarzut czwarty, który ma charakter wynikowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a i b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji. Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, czyli łącznie 18 600, 00 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 p 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz 2437).

Jednocześnie Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów w oparciu o § 7 ust. 5 wskazanego wyżej rozporządzenia. Uznając, że przemawia za tym rodzaj uwzględnionego zarzutu, jego waga, jak i sytuacja procesowa, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu (zmiana punktacji). Przede wszystkim uwzględniony zarzut Odwołującemu daje szansę na osiągnięcie celu wynikającego z wniesionego odwołania. Odwołujący skutecznie podważył dokonaną ocenę oferty Przystępującego i wybór jego oferty przez Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....