

**WYROK**  
**z dnia 17 czerwca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez **wykonawcę S Mont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. M. Karłowicza 11a/9** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Instytut Badawczy – Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytut Metali Nieżelaznych Oddział w Legnicy, ul. Złotoryjska 89**

przy udziale wykonawcy **Outworking Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Langiewicza 2/10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1508/21 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie w zakresie zarzutu, że Komisja przetargowa z opóźnieniem przesyłała odwołującemu dokumenty związane z zgromadzonymi dokumentami w postępowaniu przetargowym Outworking spółka akcyjna utrudniając wniesienie odwołania, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania odrzuca na podstawie art. 528 ust. 3 ustawy,**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę S Mont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. M. Karłowicza 11a/9 i:**
  - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S Mont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. M. Karłowicza 11a/9 tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. Zasadza od **wykonawcy S Mont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. M. Karłowicza 11a/9** na rzecz **zamawiającego – Instytut Badawczy – Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytut Metali Nieżelaznych Oddział w Legnicy, ul. Złotoryjska 89** kwotę 545 zł 70 gr (słownie: pięćset czterdzieści pięć złotych siedemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na najem pracowników do realizacji prac przy procesach produkcyjnych i pomocniczych zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 marca 2021 r. za numerem 2021/S 050-124932.

W dniu 6 maja 2021 r. na platformie zakupowej zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 10 maja 2021 r. drogą elektroniczną, a w dniu 12 maja 2021 r. pisemnie odwołujący S Mont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach złożył wniosek o udostępnienie mu dokumentów w trybie art. 96 ust. 3 ustawy. W dniu 14 marca 2021 r. zamawiający wezwał S Mont do wskazania adresu poczty elektronicznej, na którą ma być przekazana dokumentacja. W dniu 18 marca 2021 r. S Mont podał adres poczty elektronicznej. W dniu 19 marca 2021 r. zamawiający udostępnił żadaną dokumentację.

W dniu 20 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez S Mont spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. M. Karłowicza 11a/9. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika, dla którego do odwołania nie dołączono pełnomocnictwa. W dniu 24 maja 2021 r. odwołujący uzupełnił braki formalne odwołania dołączając pełnomocnictwo dla podpisującego odwołanie z dnia 29 grudnia 2016 r. udzielone przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS oraz dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu w dniu 20 maja 2021 r.

W dniu 26 maja 2021 r. Prezes Izby wezwał odwołującego do uzupełnienia braków formalnych tj.- dowodu uiszczenia wpisu w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania.

W dniu 28 maja 2021 r. odwołujący przedstawił dowód uiszczenia wpisu w wysokości 15 000zł. wskazujący na to, że wpis został uiszczony w dniu 28 maja 2021r.

Zamawiający potwierdził, że otrzymał kopię odwołania w dniu 20 maja 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodność z przepisami ustawy przez:

- Doprowadzenie do sytuacji w której firma podczas wizji lokalnej próbuje zwerbować pracowników odwołującego
- Długi okres oczekiwania na dokumentację, który zawęży odwołującemu czas na wniesienie odwołania
- Brak reakcji komisji przetargowej na informacje o sytuacji która miała miejsce podczas wizji lokalnej
- Brak sprawdzenia załącznika nr 6 który wskazuje że firma Outworking SA dysponuje pracownikami którzy są zatrudnieni u odwołującego na umowę o prace
- Podejrzenie o zdobycie w sposób niejasny informacji odnośnie kwoty z obowiązującej z

odwołującym umowy ( stąd tak niska różnica w cenie 1 rbh)

- Podejrzanie o zdobycie w sposób niejasny informacji pracowników odwołującego ( Imię, nazwisko oraz stanowisko pracy i posiadane kwalifikacje zawodowe)

- Brak Odpowiednich referencji przekazanych przez firmę Outworking SA

Odwołujący uważa, że przetarg o nr TZDH/02/2021, narusza ustawę przez:

- Przedstawiciel firmy Outworking SA w dniu 30.03.2021 w obecności przedstawiciela firmy zamawiającej podczas wizji lokalnej na obiektach nagabywał pracowników odwołującego, którzy są zatrudnieni na umowę o pracę w spółce odwołującej się. Pracownicy odwołującego wykonują prace na podstawie umowy z zamawiającym o takim samym charakterze. Przedstawiciel firmy Outworking rozdawał swoje wizytówki oraz informował pracowników odwołującego o chęci ich zatrudnienia.

Złożona oferta cenowa przez firmę Outworking Sp. z o.o. jest bardzo zbliżona do ceny z umowy którą obecnie realizuje odwołujący, a dokładniej niższa 0 0,18 zł (brutto) za 1 rbh przy cenie za 60,27 zł ( brutto) co według nas jest niemożliwością o wytypowanie oferty o tak zbliżonym poziomie.

Na liście pracowników przedstawionych przez spółkę Outworking SA znajduje się 22 pracowników z czego zatrudnionych na podstawie umowy o prace na dzień 20.05.2021 jest 16 pracowników spółki odwołującego.

Komisja przetargowa z opóźnieniem przesyłała odwołującemu dokumenty związane z zgromadzonymi dokumentami w postępowaniu przetargowym Outworking SA

Dane pracowników odwołującego takie jak Imię Nazwisko, stanowisko oraz kwalifikacje zawodowe zostały zdobyte w sposób niejasny przez firmę Outworking SA

Firma Outworking SA przekazała w załączniku nr 3 referencje które nie są tożsame z przedmiotem zamówienia

Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania przetargowego, wyłączenie z postępowania firmy Outworking SA ul. Langiewicza 2/10

W dniu 07.04.2021 została przeprowadzona anonimowa rozmowa z przedstawicielem firmy Outworking, który rozdawał wizytówki podczas wizji lokalnej, pracownik ten wyrażał się pewnie o tym że to jego firma będzie wykonywała umowę której termin składania ofert jeszcze nie minął.

W dniu 19.04.2021 pracownik odwołującego w rozmowie z p. M. M. przedstawił informację o przebiegu wizji lokalnej, na której przedstawiciel firmy Outworking rozdawał swoje wizytówki i chciał zatrudnić naszych pracowników, którzy pracują na takim samych stanowiskach co w/w postępowaniu. Pomimo tego komisja przetargowa nie dokonała żadnych kroków do wyjaśnienia tej sytuacji.

W dniu 10.05.2021 spółka odwołującego wysłała emaila do p. M. K. z IMN w sprawie o wskazanie procedur związanych z udostępnieniem dokumentacji przetargowej w sprawie

zabezpieczenia i wynajmu pracowników obsługi technologicznej w IMN Legnica. Z powodu braku odpowiedzi w dniu 12.05.2021 odwołujący skierował wniosek w formie papierowej do zamawiającego o udostępnienie dokumentów z przeprowadzonego postępowania wraz załącznikami firmy Outworking SA. Wniosek został skierowany z powodów podejrzeń o naruszenie ustawy PZP które odwołujący chciał rozwiązać. W dniu 14.05.2021 otrzymał odpowiedź na emaila z dnia 10.05.2021 od zamawiającego, na jaki adres email ma zostać udostępniona dokumentacja. Z powodu braku odpowiedzi w dniach 17.05.2021 oraz 18.05.2021 odwołujący ponawiał wiadomości email o udostępnienie informacji wraz z informacją na jaki adres przesłać dokumentację. Dopiero w dniu 19.05.2021 o godzinie 13:54 została przekazana mu dokumentacją o którą tak długo wnioskował.

Na podstawie Specyfikacji Warunków Zamówienia pkt. IX/B/2/C który stanowi o wykazie osób do realizacji zamówienia publicznego, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami” odwołujący poinformował, że firma Outworking SA nie dysponuje osobami które wyszczególniła w załączniku nr 6 do SWZ, z 22 osób wyszczególnionych aż 16 osób jest zatrudnionych w spółce odwołującego na podstawie ważnej umowy o pracę. Są to osoby, które są oddelegowane do wykonywania bieżącej umowy o takim samym charakterze co postępowanie nr TZDH/02/2021, więc komisja przetargowa na pewno miała informacje, że te osoby są u odwołującego zatrudnione na podstawie umów o pracę. Po rozmowie z niektórymi pracownikami odwołującego, odwołujący otrzymał informację, że nie przekazali swoich danych osobowych, stanowiska oraz kwalifikacji przedstawicielowi firmy Outworking.

Firma Outworking SA przekazała referencje na których widnieje informacja do oddelegowania do pracy tymczasowej pracowników do firm zajmujących się kosmetykami samochodowymi oraz gospodarką odpadów. Według pkt SWZ VII/2/d/a który wskazuje, że należy przedstawić referencje o należytej wykonanej umowie tożsamej z przedmiotem zamówienia (Praca w przemyśle hutniczym).

Przekazane w odwołaniu zarzuty na przeprowadzone postępowanie jasno i wyraźnie wskazują że zostało popełnione wiele błędów i nadużyć zarówno ze strony Outworking SA jak zamawiającego. Odwołujący uważa, że została pokrzywdzony w tym postępowaniu i dlatego wnosi o unieważnienie postępowania oraz o wyłączenie z przyszłych postępowań w tym przetargu firmy Outworking SA.

Jeżeli w toku postępowania odwoławczego od przetargu wystąpi konieczność dostarczenia dodatkowych dowodów w sprawie, takie dowody zostaną niezwłocznie dostarczone przez odwołującego.

W dniu 21 maja 2021 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 24 maja 2021r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Outworking Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Langiewicza 2/10 wno-

sząc o oddalenie odwołania. Przystępujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Oferta ta została uznana za najkorzystniejszą. Z tego względu przystępujący uważa, że ma interes w podtrzymaniu decyzji zamawiającego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 kwietnia 2021 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Do przystąpienia dołączono dowody przekazania kopii stronom.

Pismem z dnia 4 czerwca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o :

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy albowiem zostało ono wniesione po terminie lub
2. oddalenie w całości zarzutów odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający podniósł, że odwołujący nie wskazuje w treści odwołania czynności zamawiającego lub zaniechania, które stanowi podstawę jego wniesienia. Obowiązek taki wynika wprost z art.516 pkt 7 ustawy. Zamawiający podniósł zatem, iż odwołanie nie spełnia warunków określonych w art. 516 ustawy w pkt 7 oraz określonych w pkt 1, 2, 4, 6 i 10. W odwołaniu nie wskazano bowiem: adresu poczty elektronicznej odwołującego oraz imienia i nazwiska przedstawiciela (przedstawicieli), numeru telefonu oraz adresu poczty elektronicznej zamawiającego, numeru w Krajowym Rejestrze Sądowym, a w przypadku jego braku - numeru w innym właściwym rejestrze, ewidencji lub NIP odwołującego niebędącego osobą fizyczną, wskazania numeru publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz nie wskazano okoliczności prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Zamawiający w dniu 6 maja 2021r. poinformował podmioty biorące udział w postępowaniu o dokonany wyborze oferty najkorzystniejszej, zawiadomienie to zostało przesłane wykonawcom oraz zostało opublikowane na stronie postępowania. Zawiadomienie to stanowi w ocenie zamawiającego podstawę do wniesienia odwołania. Z jego treści odwołujący powziął bowiem informację, iż żadne oferty nie zostały odrzucone, a oferta Outworking SA została uznana za najkorzystniejszą. Tak więc termin do wniesienia odwołania winien być liczony od dnia 6.05.2021r. i upływał w dniu 17.05.2021r. Odwołanie zatem zostało złożone po terminie. Pierwszym zarzutem jest cyt. „doprowadzenie do sytuacji w której firma (zamawiający wyjaśnił, iż chodzi tu o firmę konkurencyjną dla odwołującego) podczas wizji lokalnej próbuje zwerbować pracowników”. Zgodnie z zapisem SWZ Rozdział IV pkt 3 ppkt 7 w niniejszym postępowaniu warunkiem koniecznym do złożenia oferty było odbycie wizji lokalnej celem zapoznania się z miejscem oraz warunkami realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu nieprawidłowości w zakresie wizji lokalnej polegające na tym, iż inny wykonawca w trakcie jej odbywania wg twierdzeń odwołującego, rozdawał

jego pracownikom wizytówki i mówił o możliwości zatrudnienia. Abstrahując od prawdziwości powyższych twierdzeń oraz od oceny ich ewentualnego wpływu na możliwość przypisania zamawiającemu naruszenia konkretnego przepisu ustawy zamawiający podniósł, iż kwestionowana wizja lokalna odbyła się w dniu 30.03.2021r. tak więc termin do wniesienia odwołania zgodnie z art. 515 ust 3 pkt 1 ustawy upłynął w dniu 9 kwietnia 2021r. Tak więc odwołanie winno zostać odrzucone jako wniesione po terminie. Zamawiający do dnia otrzymania kopii odwołania nie został poinformowany przez odwołującego o zaistniałej sytuacji. Pracownik zamawiającego, Pani M. M., zaprzecza twierdzeniom, iż poinformowano ją o tym fakcie telefonicznie. Dodatkowo zamawiający przypomniał, iż komunikacja z wykonawcami miała się odbywać w tym postępowaniu przez platformę zakupową lub elektronicznie - Rozdział X pkt 1 SWZ.

Drugim zarzutem jest cyt. „ długi okres oczekiwania na dokumentację, który zawężył nam czas na wniesienie odwołania”. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało opublikowane oraz przesłane wykonawcom w dniu 6 maja br. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji, który dostarczył osobiście w siedzibie zamawiającego w dniu 12.05.2021r. Zamawiający wezwał go do wskazania adresu na który ma zostać przesłana dokumentacja poprzez maila z dnia 14.05.2021r. Wykonawca wskazał ten adres dopiero w dniu 18.05.2021r., w odpowiedzi zamawiający przekazał wnioskowane dokumenty dnia 19.05.2021r. na wskazany przez wykonawcę adres e-mail. Zamawiający podniósł, iż czynnością, która stanowi podstawę wniesienia odwołania jest dokonane zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, a więc termin do jego wniesienia upłynął w dniu 17 maja 2021r. Wykonawca niezależnie od otrzymania dokumentacji od zamawiającego winien wnieść odwołanie w terminie, a ewentualnie uzupełnić zarzuty po otrzymaniu dokumentacji. Tak więc odwołanie winno zostać odrzucone jako wniesione po terminie. Dodatkowo w tym miejscu zamawiający podniósł, iż zgodnie z treścią art. 74 ust 2 ustawy załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Wykonawca winien zatem zwrócić się do zamawiającego o udostępnienie ofert niezwłocznie po ich otwarciu, które w tym postępowaniu nastąpiło w dniu 19.04.2021, a Zamawiający winien je udostępnić. Odwołujący zwrócił się o udostępnienie ofert dopiero w dniu 12.05.2021r.

Trzecim podnoszonym zarzutem jest cyt. „brak reakcji komisji przetargowej na informacje o sytuacji która miała miejsce podczas wizji lokalnej”. Zamawiający jak przedstawił powyżej zaprzecza, by do dnia otrzymania kopii odwołania został poinformowany o zarzutach odwołującego w zakresie wizji lokalnej.

Czwarty zarzut – cyt. „brak sprawdzenia załącznika nr 6 który wskazuje że firma Outworking SA dysponuje pracownikami którzy są zatrudnieni u nas na umowę o pracę”. Członkowie

Komisji przetargowej nie kwestionowali danych zawartych w załączniku nr 6 do oferty. W kwestionowanym obecnie załączniku należało wykazać pracownika z imienia i nazwiska, posiadanych kwalifikacji i uprawnień oraz wskazać podstawę do dysponowania danym pracownikiem – rodzaj umowy. W ocenie członków komisji przetargowej załącznik ten został prawidłowo wypełniony przez firmę Outworking i potwierdzał spełnianie warunku zdolności technicznej i zawodowej.

Kolejny zarzut – cyt. „podejrzenie o zdobycie w sposób nie jasny informacji odnośnie kwoty z obowiązującej z nami umowy ( stąd tak niska różnica w cenie 1 rbh)”. Zamawiający podniósł, iż dotychczasowy wykonawca usługi będącej przedmiotem zamówienia został wybrany w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych informacja o udzielonym zamówieniu była dostępna zarówno na stronie internetowej zamawiającego jak i opublikowana dnia 08.07.2020r. na stronie Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. Dodatkowo umowa w sprawie zamówienia publicznego jest jawna, tak więc niezrozumiałym jest stawianie tego zarzutu.

Kolejny zarzut – cyt. „podejrzenie o zdobycie w sposób nie jasny informacji naszych pracowników ( Imię, nazwisko oraz stanowisko pracy i posiadane kwalifikacje zawodowe).” Zamawiający nie miał powodów, ani żadnych informacji, by przed dokonaniem wyborem oferty najkorzystniejszej kwestionować dane zawarte w załączniku nr 6 do oferty.

Ostatnim zarzutem jest cyt. „brak Odpowiednich referencji przekazanych przez firmę Outworking SA”. Przedmiotem zamówienia jest najem pracowników do realizacji prac przy procesach produkcyjnych i pomocniczych. Zamawiający wymagał wykazania się zdolnością techniczną lub zawodową i w tym celu Wykonawca winien wykonać 1 usługę trwającą minimum 1 miesiąc i obejmującą minimum 750 roboczogodzin lub o wartości co najmniej 50 tys. zł, tożsamą z przedmiotem zamówienia oraz wykazać dysponuje dwudziestoma dwoma (22) pracownikami, przewidzianymi do wykonania zamówienia, posiadającymi następujące minimalne uprawnienia i kwalifikacje określone w SWZ. Usługa tożsama z przedmiotem zamówienia, to najem pracowników do realizacji prac przy procesach produkcyjnych i pomocniczych. Do tego należało wykazać jej odpowiednią wielkość. W ocenie zamawiającego firma Outworking SA wykazała spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w SWZ.

W ocenie zamawiającego wniesione odwołanie dotyczy dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 515 ust. 1 ustawy odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej czyli winno zostać wniesione do dnia 17 maja 2021r. Zatem zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy zamawiający wniósł, by Izba odrzuciła odwołanie, gdyż zostało one wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.



Z ostrożności procesowej zamawiający odniósł się do pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu. Dowody na potwierdzenie powyższych zarzutów znajdują się w dokumentacji postępowania przesłanych do KIO w dniu 04.06.2021r.

Jednocześnie Zamawiający podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą przesłanki umożliwiające zadośćuczynienie żądaniu zawartemu w odwołaniu tj. unieważnienie postępowania przetargowego, wyłączenie z postępowania firmy Outworking SA ul. Langiewicza 2/10 61-502 Poznań NIP 7831730153. Zgodnie z treścią art. 554 ust. 3 ustawy uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta: nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Nie zachodzą też przesłanki określone w art. 255 ustawy określające sytuacje, w których następuje obligatoryjne unieważnienie postępowania.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania wniesionego po terminie, a ewentualnie oddalenie odwołania. Przystępujący przyłączył się do stanowiska zamawiającego

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Na podstawie dokumentacji postępowania złożonej przez zamawiającego:

Informacja z otwarcia ofert z 19 kwietnia 2021 r. :

Złożono dwie oferty:

Outworking S.A. ul. Langiewicza 2/10 61-502 Poznań - 2 431 299,67 zł

S Mont Sp. z o.o. ul. Karłowicza 11A/9 40-145 Katowice - 2 438 765,25 zł

Załącznik nr 8 - protokół wizji lokalnej z dnia 30 kwietnia 2021 r. dotyczył zapoznania się trzech osób ze strony Outworking z miejscem, wymaganiami procesu oraz technologią produkcji zamawiającego, warunkami realizacji zamówienia.

Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił 6 maja 2021 r.

Odwołujący złożył wniosek datowany na dzień 10 maja 2021 r. o udostępnienie mu dokumentacji postępowania. Według dokumentacji zamawiającego wniosek ten został złożony elektronicznie w dniu 12 maja 2021 r.

W dniu 14 maja 2021 r. zamawiający drogą elektroniczną prosił o wskazanie adresu e-mail, na który należy przesłać dokumentację.

W dniu 17 maja 2021 r. R. S. napisał – proszę o udostępnienie dokumentów przetargowych na ten adres – przy czym adres nie został podany i w dniu 18 maja 2021r. ponowił tę wiadomość wskazując adres r..s.@rsmont.pl. Pomiędzy stronami nie było sporne, że zamawiający przekazał dokumentację w dniu 19 maja 2021 r.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 20 maja 2021 r., w odwołaniu odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania i wyłączenie z postępowania przystępującego, w słowie końcowym odwołujący doprecyzował żądanie odwołania wnosząc o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego z postępowania.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba ustaliła, że odwołujący w zakresie zarzutów:

- Przedstawiciel firmy Outworking SA w dniu 30.03.2021 w obecności przedstawiciela firmy zamawiającej podczas wizji lokalnej na obiektach nagabywał pracowników odwołującego, którzy są zatrudnieni na umowę o pracę w spółce odwołującej się. Pracownicy odwołującego wykonują prace na podstawie umowy z zamawiającym o takim samym charakterze. Przedstawiciel firmy Outworking rozdawał swoje wizytówki oraz informował pracowników odwołującego o chęci ich zatrudnienia.

- Złożona oferta cenowa przez firmę Outworking Sp. z o.o. jest bardzo zbliżona do ceny z umowy którą obecnie realizuje odwołujący, a dokładniej niższa 0,18 zł (brutto) za 1 rbh przy cenie za 60,27 zł (brutto) co według nas jest niemożliwością o wytypowanie oferty o tak zbliżonym poziomie.

- Na liście pracowników przedstawionych przez spółkę Outworking SA znajduje się 22 pracowników z czego zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na dzień 20.05.2021 jest 16 pracowników spółki odwołującego.

- Dane pracowników odwołującego takie jak Imię Nazwisko, stanowisko oraz kwalifikacje zawodowe zostały zdobyte w sposób niejasny przez firmę Outworking SA

- Firma Outworking SA przekazała w załączniku nr 3 referencje które nie są tożsame z przedmiotem zamówienia, stwierdziła, że zarzut nagabywania przez przystępującego pracowników odwołującego do zmiany zatrudnienia i zarzuty złożenia oferty cenowej zbliżonej do ceny z umowy, którą obecnie realizuje odwołujący, niejasnego zdobycia danych pracowników odwołującego (imienia, nazwiska, stanowiska i kwalifikacji zawodowych) przez przystępującego wpisują się w zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, mimo wiedzy zamawiającego, że oferta została złożona w czynnie nieuczciwej konkurencji, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy. Izba ustaliła, że zarzut wskazania na 22 pracowników przystępującego 17 pracowników zatrudnionych przez odwołującego oraz zarzut przekazania referencji nie tożsamych z przedmiotem zamówienia wpisują się w zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego przez zamawiającego mimo, że nie spełniał on warunków udziału w postępowaniu tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy.

Tym samym oba zarzuty dotyczą zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego, co w konsekwencji doprowadziło, do wadliwego w ocenie odwołującego wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zatem czynność odrzucenia oferty jest czynnością, o której zamawiający informuje wykonawców z mocy ustawy. Zaniechanie tej czynności również wynika z informacji o wyniku postępowania, gdyż jeśli zamawiający nie dokonał odrzucenia, to taka informacja nie zostanie podana w informacji o wyniku postępowania, co oznacza, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej stanowi informację o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty.

W myśl art. 515 ust. 1 ustawy odwołanie wnosi się:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie:

a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowania jest postępowanie dotyczącym zamówienia, którego wartość przekracza progi unijne. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej drogą elektroniczną w dniu 6 maja 2021, tym samym termin na wniesienie odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty upływał w dniu 16 maja 2021 r., ten dzień przypadał na dzień ustawowo wolny od pracy tj. niedzielę, zatem, zgodnie z art. 509 ust. 2 ustawy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 17 maja 2021 r. jako pierwszym dniem po dniu wolnym od pracy. Odwołanie zostało wniesione w dniu 20 maja 2021 r., a więc trzy dni po upływie terminu zawitego na wniesienie odwołania. Termin zawity jest terminem tego rodzaju, że jeśli upłynie nie podlega przywróceniu. Ustawodawca nie uzależnił też upływu tego terminu od momentu udostępnienia wykonawcy dokumentacji postępowania, ani nie przewidział znanej procedurze cywilnej czy administracyjnej instytucji przywrócenia terminu do wniesienia odwołania. W konsekwencji dla oceny zarzutów jako spóźnionych nie ma znaczenia, kiedy odwołujący dostał dokumentację postępowania. Zwłaszcza, że co najmniej zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej w czynnie nieuczciwej konkurencji tj. przez próbę „podkupienia” pracowników odwołującego, odwołujący był w stanie sformułować bez dostępu do dokumentacji postępowania, na podstawie relacji własnych pracowników po wizji lokalnej przystępującego. Z tego względu Izba

w sentencji orzekła o odrzuceniu zarzutów odwołania we wskazanym wyżej zakresie.

Co do zarzutu, że Komisja przetargowa z opóźnieniem przesyłała odwołującemu dokumenty związane z zgromadzonymi dokumentami w postępowaniu przetargowym Outworking spółka akcyjna, zarzut został poniesiony w terminie według ustaleń Izby odwołujący podał, że wystąpił do zamawiającego o udostępnienie dokumentów w dniu 10 maja 2021 r., Izba nie odnalazła w dokumentacji zamawiającego, dowodu wskazującego na złożenie przez odwołującego pisma w tym dniu. Jest natomiast dowód przesłania wniosku z dnia 10 maja 2021 r. drogą elektroniczną w dniu 12 maja 2021 r. Zatem najwcześniej od dnia 13 maja 2021 r. zamawiający mógł popaść w zwłokę z przekazaniem odwołującemu dokumentacji, tym samym odwołanie wniesione w dniu 20 maja 2021 r. jest odwołaniem wniesionym w ustawowym 10 dniowym terminie, tym samym Izba rozpoznała ten zarzut merytorycznie.

Izba ustaliła, że w dniu 6 maja 2021 r. był to czwartek, z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji odwołujący wystąpił w środę 12 maja 2021 r., czyli po upływie 6 dni od daty powzięcia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. W dniu 14 maja 2021 r. (piątek) zamawiający wystąpił do odwołującego o podanie adresu e-mail na który ma być przesłana dokumentacja, odwołujący tej informacji udzielił w dniu 18 maja (wtorek), a w dniu 19 maja została mu przekazana dokumentacja.

Izba zatem nie dopatrzyła się zwłoki w działaniu zamawiającego, zamawiający na wniosek zareagował w ciągu 2 dni od jego złożenia i przekazał dokumentację następnego dnia po uzyskaniu adresu e-mail. Natomiast odwołujący nie wykazał, że wniosek rzeczywiście złożył w dniu 10 maja 2021 r. osobiście, taka informacja nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji zamawiającego. Tym samym to odwołujący 6 dni zwlekał z pozyskaniem dokumentacji od zamawiającego, a później sam utrudnił sobie przekazanie informacji w dniu 17 maja nie podając adresu e-mail. Z tego względu zarzut należało oddalić jako niezasadny, w ocenie Izby zamawiający nie naruszył zasady przejrzystości postępowania i zasady jawności. Nadto Izba zauważa, że zarzut jako samodzielny nie mógłby być uwzględniony także z tego względu, że dokumentacja odwołującemu została przekazana przed wniesieniem odwołania, a więc z postawionym zarzutem nie mogło być skorelowane jakiegokolwiek żądanie, o którym Izba mogłaby wydać rozstrzygnięcie.

Biorąc pod uwagę fakt, że zarzuty odwołania dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia tej oferty okazały się spóźnione, to Izba nie oparła się na dowodach z umów o pracę na okres próbny, oświadczeń osób fizycznych oraz listy pracowników S Mont, którzy wcześniej byli zatrudnieni u Ekonowy, gdyż dowody te nie dotyczyły faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy.

Z mocy art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) Izba ustaliła, że właściwym dla rozpoznania skargi na przedmiotowe orzeczenie będzie Sąd Okręgowy w Warszawie, a termin na wniesienie skargi wynosi 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu kosztów dojazdu w kwotach 251, 70 zł. koszt dojazdu i 294zł. koszt noclegu – łącznie 545, 70zł. zgodnie ze złożonymi rachunkami.

**Przewodniczący:.....**