

Sygn. akt: KIO 2490/17

WYROK
z dnia 13 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

**Członkowie: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Impel Defender Security Partner Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Security Partner Sp. z o.o., sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Security Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Monitoring Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, ITM Poland S.A., z siedzibą w Zielonej Górze,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Portu Wojennego Gdynia,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Impel Defender Security Partner Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Security Partner Sp. z o.o., sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Security Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Monitoring Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, ITM Poland S.A., z siedzibą w Zielonej Górze i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Impel Defender Security Partner Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Security Partner Sp. z o.o., sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Security Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Monitoring Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, ITM Poland S.A., z siedzibą w Zielonej Górze** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Impel Defender Security Partner Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Security Partner Sp. z o.o., sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Security Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Monitoring Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, ITM Poland S.A., z siedzibą w Zielonej Górze** na rzecz zamawiającego Komendy Portu Wojennego Gdynia kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdyni**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 27 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Impel Defender Security Partner Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Security Partner Sp. z o.o., sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Security Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, Impel Monitoring Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą we Wrocławiu, ITM Poland S.A., z siedzibą w Zielonej Górze (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Komendzie Portu Wojennego Gdynia (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „**ustawa Pzp**”) poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy, mimo że ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego i mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienie;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę, mimo że ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 91 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Konsorcjum DGP Security Partner Sp. z o.o. ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice; Przedsiębiorstwo Usługowe GOS - ZEC Sp. z o.o. ul. Ostrowska 474A, 61-324 Poznań; Derśław Sp. z o.o. Zawada 26, 28-230 Połaniec; Garda Sp. z o.o. ul. Plac Kaszubski 15 lok. 3, 81-350 Gdynia (dalej „**Wykonawca DGP**”) ; (ii) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert; (iii) dokonanie czynności wykluczenia Wykonawcy DGP; (iv) dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy DGP; (v) dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (rozdz. XI) kryteriami, którymi Zamawiający kierował się przy wyborze oferty najkorzystniejszej były cena oraz średnia wieku pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca DPG jak i Odwołującego przewidzieli do realizacji zamówienia pracowników o takiej samej średniej wieku tj. 50 lat. Ocena ofert w tym kryterium była dla obu wykonawców jednakowa i każdy z nich otrzymał po 2,8 pkt.

Odwołujący podniósł, że oświadczenie wybranego Wykonawcy DPG, że przewidział do realizacji przedmiotu zamówienia osoby o średniej wieku 50 lat jest nieprawdziwe i stanowi informację, która wskutek jego lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadziła w błąd Zamawiającego i miała istotny wpływ na wynik postępowania — oferta Wykonawcy DPG została oceniona jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, że do realizacji zamówienia w zakresie części I wymagana jest obsada osobowe na poziomie 200 osób. Wielkość tejże obsady wynika z uwzględnienia i przeliczenia wszystkich wymagań i potrzeb Zamawiającego ujawnionych w toku postępowania. Osoby te zobowiązane są posiadać kwalifikacje, umiejętności i doświadczenie dające gwarancję należytego wykonania umowy. Wśród wskazanych kwalifikacji szczególnej uwagi wymaga obowiązek realizacji zamówienia przy udziale kwalifikowanych pracowników ochrony posiadających zezwolenie na posługiwanie się bronią. Ponadto Zamawiający postawił szczególne i trudne warunki realizacji zamówienia w zakresie dyspozycyjności, zmianowości oraz systemu czasu pracowników ochrony oraz warunków zatrudnienia. Zamawiający wymaga świadczenia usługi przez 24 godziny na dobę, w systemie zmianowym przez różne formacje. Przywołane powyżej wymogi dotyczące minimalnego poziomu potencjału kadrowego narzucają najwyższy poziom zaangażowania środków i potencjałów Wykonawców w realizację zamówienia. Tym samym, w ocenie Odwołującego, ze względu na swój rozmiar i zakres, zamówienie to dostępne jest wyłącznie dla wykonawców dysponujących największymi potencjałami kadrowymi oraz sprzętowymi. Prawidłowa realizacja zamówienia wymusza na wykonawcy zlokalizowanie ww. potencjałów w okolicach chronionych obiektów oraz stałej ich dyspozycji w tym regionie.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wskazał, że Wykonawca DPG, pomimo deklaracji złożonych ofercie, nie ma faktycznych i rzeczywistych możliwości realizacji zamówienia przy wykorzystaniu potencjału osobowego rzędu 200 osób o średniej wieku 50 lat na obiektach Zamawiającego tj. na obiektach znajdujących się w północnej Polsce. Aktualna i bieżąca działalność Wykonawcy DPG w zakresie usług ochrony w ww. regionie ogranicza się do

jednego kontraktu realizowanego na rzecz Zamawiającego. Kontrakt ten obsługiwany jest przez 14 osób. Wykonawca DPG nie posiada innych umów na ochronę w tym regionie. Wykonawca ten w ww. regionie nie posiada również innych struktur lub możliwości pozwalających na pozyskanie ww. potencjału osobowego.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Odwołującego Wykonawca DPG nie ma faktycznej i rzeczywistej możliwości realizacji zamówienia na poziomie i z wykorzystaniem potencjału zadeklarowanego w ofercie i wymaganego przez Zamawiającego. Ponadto, ewentualna relokacja potencjału kadrowego, którym dysponuje Wykonawca DPG w innych regionach Polski, w okolicę siedziby Zamawiającego i chronionych obiektów, jak wskazuje wysokość ceny ofertowej Wykonawcy DPG, nie została skalkulowana w cenie ofertowej i tym samym nie jest rozważana przez wybrane konsorcjum.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że potwierdzeniem powyższych twierdzeń o braku rzeczywistych możliwości realizacji zamówienia przez Wykonawcę DPG jest okoliczność, że wykonawca ten prowadzi agresywne i niezgodne z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, działania zmierzające do przejęcia pracowników Odwołującego. Wykonawca DPG prowadzi rekrutację wśród pracowników Odwołującego aktualnie zatrudnionych do ochrony Komendy Portu Wojennego oraz namawia pracowników Odwołującego do rozwiązywania umów o pracę, oferując wyższe wynagrodzenia z jednoczesnym zachowaniem miejsca wykonywania pracy tj. obsługi kontraktu na rzecz Zamawiającego. Działania te mają charakter masowy i są skierowane do wszystkich pracowników Odwołującego dotychczas obsługujących kontrakt na rzecz Komendy Portu Wojennego. W ocenie Odwołującego celem tychże działań jest przysporzenie wykonawcy DPG korzyści polegającej na pozyskaniu nowego klienta oraz związanych z obsługą tego klienta zysków finansowych. Działania takie świadczą nie tylko o tym, że Wykonawca DPG nie posiada potencjału wystarczającego do obsługi przedmiotowego zamówienia, ale stanowią również czyn nieuczciwej konkurencji. Próba podkupienia pracowników lub odbicia klientów konkurencyjnego przedsiębiorcy jest uznawana za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa ta w art. 12 określa dwa rodzaje zachowań stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji. Ust. 1 tego artykułu stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest nakłanianie osoby świadczącej na rzecz przedsiębiorcy pracę, na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego, do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych albo innych obowiązków umownych, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy. Według ust. 2 natomiast czynem nieuczciwej konkurencji jest także nakłanianie klientów przedsiębiorcy lub innych osób do rozwiązania z nim umowy albo

niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy.

W ocenie Odwołującego ustawa określa zatem czyn nieuczciwej konkurencji polegający na nakłanianiu pracowników do niewykonywania lub nienależytego wykonywania obowiązków pracowniczych lub innych obowiązków umownych. Czyn określony w ustawie dotyczy zatem nie tylko osób pozostających w stosunku pracy, ale również osób współpracujących z danym przedsiębiorcą na podstawie umów cywilnoprawnych. Odwołujący wskazał, że w świetle poglądów prezentowanych w doktrynie w zakresie nakłaniania do niewykonywania obowiązków pracowniczych lub innych obowiązków umownych mieści się także nakłanianie do rozwiązania czy wypowiedzenia umowy. Czynem nieuczciwej konkurencji będzie zatem działanie polegające na namawianiu pracownika do rozwiązania stosunku pracy w celu zaszkodzenia przedsiębiorcy lub osiągnięcia korzyści przez inny podmiot. Może to być połączone z nakłanianiem do rozpoczęcia zatrudnienia u innego pracodawcy.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego Wykonawca DPG działając lekkomyślnie lub niedbale przedstawił w toku postępowaniu informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do osób, które zostały przewidziane do realizacji zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że oferta Wykonawcy DPG powinna zostać odrzucona, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 12 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków przetargu; (ii) ofertę Odwołującego oraz ofertę wykonawcy DPG na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie usługi w zakresie ochrony osób i mienia świadczone przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (Sufo) na rzecz Komendy Portu Wojennego Gdynia i Jednostek Wojskowych Będących na zaopatrzeniu gospodarczym w m. Gdynia (cz. I), m. Gdańsk (cz. II), m. Hel (cz. III). Zamówienie zostało podzielone na 3 części.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 65 853 658, 53 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 54 000 000 zł.

W dziale X SIWZ Zamawiający określił Kryteria oceny ofert. Kryteria to: (i) cena – 95% (95 pkt); (ii) średnia wieku pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia – 5% (5 pkt). W przypadku zaproponowania przez wykonawcę średniej wieku pracowników na poziomie 50 lat, wykonawca otrzymywał 2,8 pkt.

W załączniku nr 1 do umowy Zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający w Rozdziale VII opisał Warunki realizacji zamówienia. W pkt 7 Zamawiający wskazał, że wykonawca najpóźniej 10 dni przed rozpoczęciem realizacji zamówienia przedstawi listę zawierającą skład osobowy pracowników z podaniem m.in. imienia i nazwiska, stanowiska (pełniona funkcja) podczas realizacji zamówienia, data i miejsca urodzenia.

W załączniku nr 2 do SIWZ – ogólne warunki umowy w §5 Zamawiający określił zobowiązane wykonawcy. W ust. 16 Zamawiający wskazał, że wykonywanie umowy przez pracowników ochrony o średniej wieku pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia nie większej niż lat (zgodnie ze złożoną ofertą).

W części I zamówienia Wykonawca DPG zaproponował cenę 44 310 423,36 zł., średnią wieku pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia na 50 lat. Wykonawca ten otrzymał 95 pkt w kategorii cena oraz 2,8 pkt w kategorii średnia wieku pracowników.

Odwołujący za część I zamówienia zaproponował cenę 44 559 681,92 zł oraz średnią wieku pracowników przeznaczonych do realizacji zamówienia na 50 lat. Odwołujący otrzymał 94,47 pkt w kategorii cena oraz 2,8 pkt w kategorii średnia wieku pracowników.

W części I zamówienia na najkorzystniejszą została uznana oferta Wykonawcy DPG.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego

zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia wykonawcy DPG z postępowania oraz odrzucenia oferty Wykonawcy DPG, którego oferta została zaklasyfikowana na miejscu pierwszym. Ustalenie, że Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę skutkowałoby koniecznością nakazania Zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Pierwszy z przywołanych przepisów stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki: (1) musi dojść w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do złożenia przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp informacji wprowadzających w błąd zamawiającego; (2) złożenie takich informacji przez wykonawcę było wynikiem jego lekkomyślności lub niedbalstwa; oraz (3) złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania. Weryfikacji więc podlegają okoliczności faktyczne zawarte w dokumentacji ofertowej danego wykonawcy. Obowiązkiem zaś wykonawcy składającego odwołanie na czynności zamawiającego jest wykazanie w toku postępowania odwoławczego, okoliczności potwierdzających wszystkie trzy przesłanki konieczne do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie*

zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

W niniejszym postępowaniu to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, iż Wykonawca DPG składając ofertę złożył oświadczenia bądź dokumenty, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na wynik postępowania. Jednakże w toku postępowania odwoławczego Odwołujący nie złożył Izbie żadnych dowodów na poparcie tez zawartych w treści odwołania. Na pytanie Izby skierowane do pełnomocnika Odwołującego o przedłożenie dowodów na poparcie stawianych zarzutów wobec Wykonawcy DPG, Odwołujący oświadczył, że takich dowodów nie posiada na rozprawie. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów na uprawdopodobnienie swoich twierdzeń o braku faktycznych i rzeczywistych możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę DPG przy wykorzystaniu potencjału osobowego rzędu 200 osób o średniej wieku 50 lat na obiektach Zamawiającego. Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że spełniona została pierwsza z przesłanek koniecznych do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp tj. nie wykazał, że Wykonawca DPG przedstawił informację mogące wprowadzić Zamawiającego w błąd. Nie można bowiem uznać zarzutu za zasadnego w oparciu wyłącznie o gołosłowne twierdzenia wykonawcy konkurującego w tym samym postępowaniu przetargowym. Takie działanie Izby stanowiłoby naruszenie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp i wypaczałoby sens postępowania odwoławczego przed Izba. Postępowania, w którym wykonawca zarzucając naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp zobowiązany jest przeprowadzić dowód na wykazanie zasadności swoich twierdzeń, nie zaś opierać się na subiektywnych i niepopartych twierdzeniach co do wykonawcy konkurencyjnego. Tym samym, wobec braku wykazania przez Odwołującego pierwszej z przesłanek koniecznych do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba uznała, że powyższych zarzut nie potwierdził się.

Co się zaś tyczy zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp to wskazać należy w pierwszej kolejności, że przepis ten stanowi o obowiązku odrzucenia przez Zamawiającego oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „**UZNK**”). Odwołujący argumentował, że konkurencyjny wykonawca składając ofertę w postępowaniu dopuszcza się czynu nieuczciwej

konkurencji poprzez próbę „podkupienia pracowników” Odwołującego i oferowania im wyższego wynagrodzenia z utrzymaniem dotychczasowego zatrudnienia u Zamawiającego. Powyższe czynności stanowią, w ocenie Odwołującego, naruszenie art. 12 ust. 1 i 2 UZNK.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zgodnie z art. 12 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest nakłanianie osoby świadczącej na rzecz przedsiębiorcy pracę, na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego, do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych albo innych obowiązków umownych, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy. Ust. 2 stanowi zaś, czynem nieuczciwej konkurencji jest także nakłanianie klientów przedsiębiorcy lub innych osób do rozwiązania z nim umowy albo niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy.

Roszczenia z art. 12 UZNK są roszczeniami przedsiębiorcy przeciwko osobie trzeciej zakłócającej wiążące przedsiębiorcę stosunki umowne. Przepis czyni deliktem nieuczciwej konkurencji nakłanianie osób świadczących pracę lub klientów do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Skutek w postaci zakłócenia funkcjonowania umowy nie musi wystąpić. Elementem koniecznym do stwierdzenia naruszenia przez Wykonawcę DPG art. 12 UZNK było wykazanie w pierwszej kolejności przed Izbą, iż wykonawca ten rzeczywiście nakłaniał osoby świadczące pracę na rzecz Odwołującego do rezygnacji z pracy i podjęcia pracy w Wykonawcy DPG tak, aby ten mógł złożyć oświadczenie co do zasobu kadrowego przeznaczonego na realizację zamówienia. Jednakże Odwołujący nie podjął żadnego postępowania dowodowego w powyższej kwestii, ograniczając się wyłącznie do ogólnych stwierdzeń zawartych w odwołaniu. W ocenie Izby wobec braku wykazania w toku postępowania odwoławczego przesłanek koniecznych do stwierdzenia naruszenia art. 12 UZNK, zarzut uznać należy za niezasadny. Jak Izba wskazała powyższej, stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wymaga przedłożenia przez wykonawcę wiarygodnych i rzeczowych dowodów, które mogłyby potwierdzić zasadność zarzutów. Stwierdzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wiąże się z poważnymi konsekwencjami dla przedsiębiorcy, jego renomy i dobrego imienia, to zaś implikuje konieczność przeprowadzenia dogłębnego i starannego postępowania dowodowego i wykazania przez wykonawcę ponad wszelką wątpliwość, że określone działania konkurencyjnego wykonawcy rzeczywiście miały miejsce. W niniejszym postępowaniu Odwołującego takiego postępowania dowodowego nie przeprowadził, a tym samym Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 2 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....