

Sygn. akt: KIO 282/18

WYROK
z dnia 1 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2018 r. przez Odwołującego: BLS International Services Limited z siedzibą statutową w G-4B-1 Extension, Mohan Co-operative Indl. Estate, Mathura Road New Delhi – 110044, Indie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Federacji Rosyjskiej z siedzibą w Moskwie, ul. Klimaszkina 4, 123557 Moskwa, Federacja Rosyjska

przy udziale wykonawcy: VF Services LLC z siedzibą w Moskwie, ul. Szabołowska 31, budynek 5, 115162 Moskwa, Federacja Rosyjska, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Federacji Rosyjskiej z siedzibą w Moskwie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (zamówienie na usługi społeczne) na „Usługi przyjmowania wniosków wizowych na rzecz polskich placówek zagranicznych w Federacji Rosyjskiej”; znak sprawy: AMB.MOSK.741.1.2017 (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 grudnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 242 - 504189. Zamawiający – Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Federacji Rosyjskiej została wskazana przez Ministra Spraw Zagranicznych, na podstawie art. 16 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, jako zamawiający właściwy do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i udzielenia zamówienia publicznego na usługi przyjmowania wniosków wizowych na rzecz następujących polskich placówek zagranicznych w Federacji Rosyjskiej: 1) Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Federacji Rosyjskiej z siedzibą w Moskwie; 2) Konsulatu Generalnego Rzeczypospolitej Polskiej w Sankt Petersburgu, 3) Konsulatu Generalnego Rzeczypospolitej Polskiej w Kaliningradzie, 4) Konsulatu Generalnego Rzeczypospolitej Polskiej w Irkucku (*zarządzenie nr 39 Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 8 listopada 2017 r. w sprawie wskazania zamawiającego właściwego do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i udzielenia zamówienia publicznego na usługi przyjmowania wniosków wizowych na rzecz polskich placówek zagranicznych w Federacji Rosyjskiej*). Postępowanie prowadzone jest przez Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Federacji Rosyjskiej na rzecz ww. placówek zagranicznych.

I. W dniu 14 lutego 2018 r. wykonawca: spółka BLS International Services Limited z siedzibą statutową w G -4B -1 Extension, Mohan Co-operative Indl. Estate, Mathura Road New Delhi-110044, Indie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu, polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, pomimo że Odwołujący złożył obszernie i wyczerpujące wyjaśnienia na ten temat wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających wyliczenia ceny;

- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że treść oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 12 grudnia 2017 r. (dalej „SIWZ”), pomimo że oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego stawiane w SIWZ;
- 3) ocenie ofert w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców;
- 4) wyborze oferty wykonawcy VF Services LLC jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, pomimo że Odwołujący złożył obszernie i wyczerpująco wyjaśnienia na ten temat wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających wyliczenia ceny;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego i bezprawne uznanie, że jest ona niezgodna z ustawą;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego i bezprawne uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- 2) powtórzenia badania i oceny ofert;
- 3) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

ewentualnie:

- 1) unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- 2) powtórzenia badania i oceny ofert;

- 3) wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wykazania spełnienia wymagań wskazanych w punkcie 4.8 SIWZ dotyczących obowiązku wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie: a) pobierania danych biometrycznych oraz b) przetwarzania dokumentacji wizowej na rzecz właściwej placówki dyplomatycznej lub konsularnej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) dowodu z zeznań świadka: J. A. M. (adres do doręczeń: Bis International Services limited 1st Floor, Vijaya Building, Barakhambha Road, New Delhi- 110001, 011-43750006 / 43760006 - na okoliczność awarii technicznej u Odwołującego, która doprowadziła do niedoręczenia Zamawiającemu wyjaśnień w dniu 30 stycznia 2018 r. oraz podjęcia prób przez Odwołującego wysłania wyjaśnień do Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2018 r.;
- 2) dowodu w postaci zrzutu ekranu (ang. screen shot) wraz z tłumaczeniem przysięgłym - na okoliczność awarii technicznej u Odwołującego, która doprowadziła do niedoręczenia wyjaśnień do Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2018 r.;
- 3) dowodu w postaci pisma Odwołującego - wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny wraz z dowodem doręczenia o godz. 8:32 w dniu 31 stycznia 2018 r. do Zamawiającego - na okoliczność złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oraz braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) dowodu w postaci oświadczenia Odwołującego z dnia 30 stycznia 2018 r. (Załącznik nr 4a do SIWZ) w przedmiocie zakresu czynności, które miały być wykonywane przez podwykonawcę PWPW - na okoliczność posiadania doświadczenia w zakresie świadczenia usług outsourcingu wiz, będących przedmiotem Postępowania, a tym samym wypełnienia obowiązku osobistego wykonania przez Odwołującego kluczowych części zamówienia wskazanych w punkcie 4.8 SIWZ;
- 5) dowodu w postaci pisma Odwołującego z dnia 29 stycznia 2018 r. dotyczącego wyjaśnień na temat kalkulacji ceny na okoliczność posiadania doświadczenia w zakresie świadczenia usług outsourcingu wiz, będących przedmiotem Postępowania, a tym samym wypełnienia obowiązku osobistego wykonania przez Odwołującego kluczowych części zamówienia wskazanych w punkcie 4.8 SIWZ;
- 6) dowodu w postaci porozumienia z ALMAVIVA oraz listu intencyjnego PWPW na okoliczność wypełnienia obowiązku osobistego wykonania przez Odwołującego kluczowych części zamówienia wskazanych w punkcie 4.8 SIWZ.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego odrzucenie jego oferty jest bezzasadne, ponieważ zawiera ona prawidłowo obliczoną cenę, jej treść i dodatkowe wyjaśnienia złożone w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę potwierdzają, że cena uwzględnia realne okoliczności wpływające na wycenę zamówienia. Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, tym samym naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w Postępowaniu, pomimo że oferta ta nie podlegała odrzuceniu. Powyższe działanie Zamawiającego polegało w szczególności na uznaniu oferty Odwołującego za ofertę z rażąco niską ceną, podczas gdy oferta ta takiej rażąco niskiej ceny nie zawierała. Powyższym działaniem Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący nie mógł konkurować w Postępowaniu pomimo, iż złożył niewadliwą oraz nie podlegającą odrzuceniu ofertę, która winna zostać uznana za najkorzystniejszą w toku Postępowania.

Wskazany przez Zamawiającego jako podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, „który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, co oznacza, biorąc pod uwagę przesłankę, jaką wprowadził Ustawodawca, że odrzucenie nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych, niewpływających na treść złożonej oferty. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 marca 2013 r. KIO 598/13, KIO 600/13.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 30 stycznia 2018 r. wysłał wyjaśnienia do Zamawiającego za pośrednictwem elektronicznej skrzynki email, jednak z uwagi na niespodziewaną awarię techniczną całej sieci Internetowej u Wykonawcy, a zatem z przyczyn technicznych, niezależnych od Wykonawcy, nie doszło do ich doręczenia Zamawiającemu w dniu 30 stycznia 2018 r. Co istotne, po powzięciu informacji o awarii technicznej Odwołujący podjął próbę wysłania w dniu 30 stycznia 2018 r. pisemnych wyjaśnień do Zamawiającego za pośrednictwem faxu. Z uwagi jednak na fakt, iż biuro Zamawiającego było już zamknięte, żaden z pracowników Zamawiającego nie odpowiedział na połączenie telefoniczne, wskutek czego niemożliwe było już dostarczenie wyjaśnień do Zamawiającego za pośrednictwem faxu w dniu 30 stycznia 2018 r.

Dowody:

- 1) dowód z zeznań świadka: J. A. M.;
- 2) dowód - screenshot (zrzut ekranu) oraz wyjaśnienia Odwołującego wraz z tłumaczeniem przysięgłym.

Odwołujący podkreślił, iż dołożył wszelkich starań, aby doręczyć Zamawiającemu wyjaśnienia w możliwie jak najszybszym terminie, co nastąpiło w dniu 31 stycznia 2018, już o godz. 8:32.

Dowód:

pismo Odwołującego z dnia 29 stycznia 2018 r. - wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny wraz z dowodem doręczenia o godz. 8:32 do Zamawiającego.

Odwołujący powołał się na stanowisko przedstawione przez Izbę w wyroku z dnia 11 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 110/14, zgodnie z którym dla skutecznego złożenia oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej miarodajna jest chwila, w której "wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej". W dniu 30 stycznia 2018 r. pracownik Odwołującego - Pani J. A. M. wysłała do Zamawiającego email zawierający pisemne wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny, jednak z uwagi na w/w problemy techniczne sieci Internetowej nie został on doręczony Zamawiającemu.

Dowody:

- 1) dowód z zeznań świadka: J. A. M.;
- 2) dowód - screenshot (zrzut ekranu) oraz wyjaśnienia Odwołującego wraz z tłumaczeniem przysięgłym.

W związku z awarią sieci Internetowej Odwołującego nie otrzymał on żadnego komunikatu ze skrzynki Zamawiającego, informującego o braku doręczenia Zamawiającemu wiadomości email wraz z wyjaśnieniami w sprawie rażąco niskiej ceny. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 31 marca 2017 r. sygn. akt KIO 504/17.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i bezprawne uznanie, że jest ona niezgodna z ustawą oraz niezgodna z SIWZ.

a) Pobieranie danych biometrycznych oraz przetwarzanie dokumentacji wizowej na rzecz właściwej placówki dyplomatycznej lub konsularnej.

Zamawiający zastrzegł w punkcie 4.8. SIWZ obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi w zakresie:

- pobierania danych biometrycznych;
- przetwarzania dokumentacji wizowej na rzecz właściwej placówki dyplomatycznej lub konsularnej.

Według Zamawiającego z załączonych przez Odwołującego porozumień wynika, że Odwołujący zamierzał rzekomo powierzyć kluczowe części zamówienia podmiotom trzecim, tj.:

- MVA i PIASI - wybór i ocenę wykwalifikowanej kadry pracowniczej do obsługi procesu wizowego;
- PWPW - rejestrację biometryczną;
- ALMAVIVA - działania związane z zarządzaniem usługami i personelem, w tym odbieranie dokumentacji do wysłania do ambasady, włączenie danych osobowych i danych biometrycznych do systemu serwerów, wysyłanie i pobieranie dokumentów zawartych w paszportach, zwrot paszportów.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający błędnie zinterpretował treść ww. porozumień. Wszystkie wymagane czynności związane z pobieraniem danych biometrycznych mają zostać wykonane osobiście przez Odwołującego. W ofercie z dnia 11 stycznia 2018 r. na stronach 185 i 186 Odwołujący dokładnie opisał procedurę pobierania tych danych. Jak zostało to szczegółowo opisane i przedstawione w ofercie, Odwołujący posiada bardzo duże doświadczenie w zakresie świadczenia usług związanych z wizami. Wsparcie podwykonawców ma polegać wyłącznie na dostarczeniu infrastruktury w uzgodnionym zakresie, tj. rozwiązań technicznych oraz innych środków, a nie na wykonaniu kluczowych dla Zamawiającego czynności. Powyższe odnosi się również do wymogu przetwarzania dokumentacji wizowej na rzecz właściwej placówki dyplomatycznej lub konsularnej tj. Odwołujący miał dokonać tych czynności osobiście. Wynika to również z dokumentów dostarczonych do Zamawiającego w dniu 31 stycznia 2018 r.

Odnosnie MVA i PIASI, Odwołujący wyjaśnił, iż zakres zadań, które miały być powierzone tym podmiotom przez Odwołującego wynika z załączników do zawartych porozumień, przedłożonych Zamawiającemu. Zdaniem Odwołującego żadne z zadań powierzonych tym podmiotom nie wchodzi w zakres zadań zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez Wykonawcę.

Dowody:

- 1) Porozumienie z MVA;
- 2) Porozumienie z PIASI.

W załączniku do porozumienia z ALMAVIVA z dnia 8 stycznia 2018 r. zostało jednoznacznie uzgodnione pomiędzy Stronami, że ALMAVIVA „zapewnia wsparcie związane ze stronami internetowymi, wsparcie techniczne dla zarządzania stron, zarządzania systemem czasu na stronie internetowej” (pkt 2) oraz że poniesie koszty w celu wykonania działań,

przeznaczonych do osobistego wykonania przez Odwołującego (pkt 4 oraz „Zakres pracy BLS:”).

Dowód:

- Porozumienie z ALMAVIVA

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dokonał wnikliwej oceny przedstawionych dokumentów, co doprowadziło do błędnego stwierdzenia, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ i narusza bezwzględne przepisy aktualnie obowiązującego prawa, z uwagi na fakt, że rzekomo podmiot trzeci miał wykonywać kluczowe części zamówienia zastrzeżone przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez Wykonawcę.

b) List intencyjny PWPW

Odwołujący podkreślił, iż wbrew błędnemu rozumieniu Zamawiającego, Odwołujący jest w pełni zdolny do wykonania czynności mających na celu przeprowadzenie rejestracji biometrycznej i nie polega w tym zakresie na zasobach PWPW. Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący w zakresie czynności polegających na rejestracji biometrycznej zamierza polegać na zasobach podmiotów trzecich. Tego rodzaju stwierdzenie nie wynika z żadnego dokumentu złożonego przez Odwołującego w toku Postępowania. Powyższe potwierdza treść oświadczenia Odwołującego z dnia 30 stycznia 2018 r. (Załącznik nr 4a do SIWZ), składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, dotyczącego spełniania warunków, z którego wynika, że PWPW jest wyłącznie odpowiedzialne za zapewnienie rozwiązań biometrycznych oraz rozwiązań IT, a nie za rejestrację biometryczną.

Dowód:

- oświadczenie Odwołującego z dnia 30 stycznia 2018 r. wraz z pismem wyjaśniającym Odwołującego

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, iż podmiot ALMAVIVA również został wskazany przez Odwołującego jako udzielający wsparcia w zakresie zbieżnym z PWPW (tak: oświadczenie Odwołującego z dnia 30 stycznia 2018 r.), czego Zamawiający w ogóle nie uwzględnił odrzucając ofertę Odwołującego. PWPW zostało wymienione wyłącznie uzupełniająco jako dodatkowy podmiot podwykonawczy, którego nie można utożsamiać z podmiotem wyłącznie wykonującym czynności wskazane w treści oświadczenia Odwołującego z dnia 30 stycznia 2018 r. Poleganie na zasobach PWPW miało mieć jedynie znaczenie marginalne i zostało uwzględnione jako dodatkowe w niniejszym Postępowaniu, abstrahując od możliwości i potencjału samego Odwołującego oraz podmiotu ALMAVIVA.

Dowód:

- pismo Odwołującego z dnia 29 stycznia 2018 r.

Co istotne, samo PWPW w liście intencyjnym nie wskazało jakoby miało być odpowiedzialne za rejestrację biometryczną. Z treści tego pisma wynika gotowość do udostępnienia Odwołującemu konkretnych maszyn.

Dowód:

- list intencyjny PWPW

W świetle tak rozbieżnej interpretacji Zamawiającego od rzeczywistej treści pism Odwołującego, w pełni zasadnym było by zatem oczekiwanie od Zamawiającego żądania wyjaśnień od Odwołującego w zakresie korzystania z zasobów PWPW w wykonaniu zamówienia. Z treści pisma odrzucającego ofertę Odwołującego wynika wprost, że Zamawiający nie podjął starań mających na celu wyjaśnienie roli PWPW w Postępowaniu, przez co błędnie o priori założył, że PWPW jest odpowiedzialne za rejestrację biometryczną.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego Zamawiający niewystarczająco rzetelnie dokonał analizy przedłożonych przez Odwołującego dokumentów, przyjmując, że Odwołujący miał zamiar przekazać wykonanie kluczowych części zamówienia zastrzeżonych w treści SIWZ do osobistego wykonania wykonawcy osobom trzecim. Zamawiający przedwcześnie podjął decyzję o rozstrzygnięciu Postępowania, co doprowadziło do naruszenia przepisów prawa. Zamawiający powinien był dokonać dalszej analizy oferty jednocześnie zwracając się o potrzebne wyjaśnienia. Odwołujący podkreślił, iż aktywnie współpracował z Zamawiającym, udzielając wszelkich wyjaśnień oraz przedkładając niezbędne dokumenty. Na Zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp daje uprawnienie Zamawiającemu do żądania wyjaśnień połączone jednocześnie z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty.

II. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na piśmie, natomiast stanowisko w sprawie przedstawił ustnie na rozprawie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. W dniu 19 lutego 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca: VF Services LLC z siedzibą w Moskwie.

Ww. wykonawca przedstawił swoje stanowisko w sprawie w piśmie z dnia 22 lutego 2018 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy VF Services LLC z siedzibą w Moskwie, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania, a także dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem.

Izba odmówiła dopuszczenia dowodu z zeznań świadka: J. A. M., wnioskowanego przez Odwołującego na okoliczność awarii technicznej, która doprowadziła do niedoręczenia Zamawiającemu wyjaśnień w dniu 30 stycznia 2018 r. oraz podjęcia prób przez Odwołującego wysłania wyjaśnień do Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2018 r. Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Mając to na uwadze Izba uznała, iż przeprowadzenie dowodu z zeznań ww. świadka, zamieszkałego w Indiach, spowodowałoby nieuzasadnioną zwłokę w postępowaniu. Wymaga wskazania, iż pierwsza z okoliczności, na którą dowód ten miałby zostać przeprowadzony (awaria techniczna), miała być wykazana innym dowodem złożonym przez Odwołującego (załączonym do odwołania), tj. tzw. zrzutem ekranu wraz z wyjaśnieniami Odwołującego. Jeżeli chodzi o drugą z okoliczności (podjęcie przez Odwołującego prób wysłania wyjaśnień do Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2018 r.), to podstawowym dowodem, jaki powinien być zostać w tym zakresie przedstawiony, było potwierdzenie wysłania wiadomości emailowej wraz z wyjaśnieniami w dniu 30 stycznia 2018 r. Mając przy tym na uwadze konieczność sprawnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba za niedopuszczalne uznała przeprowadzenie dowodu, który spowodowałby znaczną zwłokę w postępowaniu, a nadto wnioskowany był na potwierdzenie okoliczności, z których jedna powinna zostać wykazana innym podstawowym w tym zakresie dowodem, tj.

wydrukiem wiadomości email, a na drugą okoliczność Odwołujący przedstawił inny dowód w postaci tzw. zrzutu ekranu wraz z wyjaśnieniami.

Z dokumentacji Postępowania wynika w szczególności, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami SIWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przyjmowania wniosków wizowych w rozumieniu art. 43 Wspólnotowego Kodeksu Wizowego, w tym pobieranie od wnioskodawców i dostarczanie przedstawicielstwu dyplomatycznemu i polskim urzędom konsularnym danych biometrycznych niezbędnych do wydania wiz Schengen oraz wniosków na wize krajowe na rzecz Zamawiającego – Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Federacji Rosyjskiej z siedzibą w Moskwie oraz na rzecz Konsulatu Generalnego RP w Sankt Petersburgu, Konsulatu Generalnego RP w Irkucku i Konsulatu Generalnego RP w Kaliningradzie (pkt 4.1 SIWZ).

Zgodnie z pkt 4.8 SIWZ Zamawiający zastrzega, obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi (wyklucza powierzenie wykonania nw. części zamówienia podwykonawcy). Przez kluczowe części zamówienia Zamawiający rozumie:

- a) pobieranie danych biometrycznych
- b) przetwarzanie dokumentacji wizowej na rzecz właściwej placówki dyplomatycznej lub konsularnej.

Jeżeli wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, to zastosowanie będzie mieć pkt 10.1 lit. i) SIWZ (Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez Wykonawcę firm podwykonawców).

Zgodnie z pkt 6.3 SIWZ w przypadku, gdy Zamawiający lub Wykonawca będą przekazywali oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdzi fakt ich otrzymania.

Zgodnie z pkt 7.8 SIWZ Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1.2 i 7.1.3 SIWZ, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, złożone w oryginale.

Zgodnie z pkt 8.1 ppkt 1 – 3 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt 7.1.2 – 7.1.3 SIWZ oraz wykazania braku podstaw wykluczenia określonych w pkt 7.1.1 SIWZ, Wykonawcy muszą złożyć wraz z ofertą aktualne na dzień składania ofert:

- 1) oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ (ppkt 1);
- 2) oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4a do SIWZ (ppkt 2);
- 3) w przypadku polegania Wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1.2 – 7.1.3 SIWZ – pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia lub inny dowód potwierdzający, że realizując zamówienie, Wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zobowiązanie innego podmiotu składane jest w oryginale (ppk 3).

W treści formularza ofertowego jako podwykonawcę Odwołujący wskazał PWPW (Polską Wytwórnię Papierów Wartościowych), której ma zostać powierzona następująca część zamówienia: stworzenie oraz obsługa strony internetowej, dostawa urządzeń do pobierania danych biometrycznych.

Wraz z ofertą Odwołujący złożył między innymi: oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ, wypełniony załącznik nr 4a do SIWZ (Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu), wypełniony załącznik nr 5 do SIWZ (Wykaz usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert stosownie do dyspozycji pkt 7.1.2 SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu), dokument „Zgodność z warunkami udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia”, oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp (załącznik nr 7a do SIWZ), oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp (załącznik nr 7b do SIWZ), oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp (załącznik nr 7c do SIWZ), pełnomocnictwa oraz sporządzone w języku angielskim umowy z partnerami: Almoviva S.p.A., MVA International oraz Philippine Interactive Audiotext Service, Inc.

W treści oświadczenia złożonego na formularzu stanowiącym załącznik 4 do SIWZ jako podmiot, na które zasoby powołuje się Odwołujący, wskazany został wyłącznie sam Odwołujący (pkt 3 oświadczenia).

W pkt 2 (tabela) oświadczenia stanowiące załącznik nr 4a do SIWZ Odwołujący wskazał, iż w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej lub sytuacji ekonomicznej lub finansowej, będzie polegał na zasobach następujących podmiotów:

- 1) BLS International Services Private Limited (Odwołujący) – główna umowa o świadczenie usług wizowych,
- 2) MVA International – partner zapewniający usługi wizowe,
- 3) Almoviva – partner zapewniający usługi wizowe
- 4) PWPW – partner zapewniający rozwiązania biometryczne
- 5) PIASI – partner zapewniający usługi wizowe.

W wykazie usług (załącznik nr 5 do SIWZ) Odwołujący wskazał następujące usługi:

- 1) Usługa wykonywana na rzecz Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Współpracy (Królestwo Hiszpanii) - od 12 grudnia 2016 r. do 12 grudnia 2021 r.;
- 2) Usługa wykonywana na rzecz Ambasady Włoch (Bahrajn) – od 1 stycznia 2014 r. do 31 grudnia 2018 r.;
- 3) Usługa wykonywana na rzecz Ambasady Włoch (Tunis) – od 10 czerwca 2014 r. do 9 czerwca 2019 r.

W dokumencie „Zgodność z warunkami udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia” w odniesieniu do spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp (warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej) Odwołujący wskazał:

- 1) BLS świadczy usługi rzecz Rządu Hiszpanii na podstawie globalnego Ekskluzywnego Kontraktu;
- 2) Almoviva świadczy usługi outsourcingu procesu wizowego dla Ambasady Włoch w Tunezji;
- 3) MVA świadczy usługi outsourcingu procesu wizowego dla Ambasady Włoch w Bahrajnie;
- 4) PIASI świadczy usługi outsourcingu procesu wizowego dla Ambasady Włoch w Filipinach.

Oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp (załącznik nr 7a do SIWZ) zostały podpisane w imieniu: Odwołującego, Philippine Interactive Audiotext Services, Inc (PIASI), MVA Internationals oraz Almoviva.

Oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp (załącznik nr 7b do SIWZ) zostały podpisane w imieniu: Odwołującego, Philippine Interactive Audiotext Services, Inc (PIASI), MVA Internationals oraz Almaviva.

Oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp (załącznik nr 7c do SIWZ) zostały podpisane w imieniu: Odwołującego, Philippine Interactive Audiotext Services, Inc (PIASI), MVA Internationals oraz Almaviva.

Do oferty zostały także dołączone pełnomocnictwa do występowania w imieniu Wykonawcy w Postępowaniu, sporządzone na formularzu stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, podpisane w imieniu Philippine Interactive Audiotext Services, Inc (PIASI), MVA Internationals oraz Almaviva.

Pismem z dnia 23 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W treści pisma Zamawiający wskazał termin złożenia wyjaśnień, tj. do 30 stycznia 2018 r. Ponadto, zgodnie z treścią wezwania, wyjaśnienia winny zostać złożone drogą emailową, faxem lub pocztą.

Wyjaśnienia stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie zostały doręczone Zamawiającemu drogą email w dniu 31 stycznia 2018 r. o godz. 8:32.

Pismem z dnia 24 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia w formie oryginału następujących dokumentów:

- 1) oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ;
- 2) oświadczenia dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ;
- 3) pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia lub innego dowodu potwierdzającego, że realizując zamówienie, Wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w związku z poleganiem Wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji tych podmiotów, w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1.2 – 7.1.3.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący udzielił pismem z dnia 30 stycznia 2018 r., do którego załączył:

- 1) wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ - w odniesieniu do którego Odwołujący stwierdził, iż „potwierdza, że nie tylko BLS, ale także wszystkie strony trzecie w odniesieniu do zasobów, o które zabiega BLS, nie są objęte przepisami art. 25a ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych „Podstawy wykluczenia z postępowania”;

2) „pisemne zobowiązanie (dowody) dotyczące BLS oraz partnerów BLS do alokacji zasobów i innych zobowiązań są ujmowane w:

- a) Porozumieniu podpisanym pomiędzy BLS International Services Limited, a MVA International W.L.L. (MVA)
- b) Porozumieniu podpisanym pomiędzy BLS International Services Limited, a Philippine Interactive Audiotext Services, INC. (PIASI)
- c) Porozumieniu podpisanym pomiędzy BLS International Services Limited and Almagiva SpA (Almagiva)
- d) List intencyjny z Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. (PWPW).”

W treści ww. pisma w pkt 5 została zawarta tabela, w której Odwołujący wskazał, które z ww. dokumentów należy traktować jako pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia, tj. w przypadku: MVA – Porozumienie z MVA, PIASI – Porozumienie z PIASI oraz Almagiva – porozumienie z Almagiva. W tabeli tej wskazano również w których fragmentach ww. porozumień zawarto informacje odpowiednio o: zakresie zasobów innego podmiotu, dostępnych Wykonawcy (wiersz nr 2), sposobie wykorzystania zasobów innego podmiotu przez kontrahenta podczas realizacji zamówienia publicznego (wiersz nr 3) oraz zakresie i okresie uczestnictwa innego podmiotu w realizacji zamówień publicznych (wiersz nr 4).

W tabeli składającej się na treść oświadczenia złożonego na formularzu stanowiącym załącznik nr 4a do SIWZ Odwołujący wskazał następujące podmioty:

MVA International – 1. Wsparcie w identyfikacji właściwych lokalizacji dla Punktów Przyjmowania Wniosków Wizowych, 2. Współpraca w selekcji oraz ewaluacji Kadry Pracowniczej;

Almagiva – 1. Zapewnienie wsparcia IT, 2. Zbiór dokumentów od Aplikantów celem wysłania do Ambasady, 2. Pobieranie opłat i przesyłanie na konto Ambasady/Konsulatu;

PWPW – Zapewnienie rozwiązań biometrycznych oraz rozwiązań IT;

PIASI – 1. Identification of suitable location(s) for Vusa Applications Centre(s), 2. Cooperate in selection and assessment of credentials of Specialized Human Cadre(s).

W pkt 3 oświadczenia złożonego na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ Odwołujący – zamiast samego siebie (jak to miało miejsce w przypadku pierwszego oświadczenia złożonego wraz z ofertą) – tym razem wskazał następujące podmioty: MVA International, Almagiva SpA, Philippines Interactive Audiotext Services, INC oraz Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. (PWPW).

W treści listu intencyjnego PWPW została zawarta oferta współpracy, w szczególności w następujących obszarach: stworzenie oraz zarządzanie stroną internetową oraz rejestracja biometryczna. Stwierdzono, iż warunki współpracy będą omawiane.

W załączniku do porozumienia z MVA (Załącznik A Zakres prac) ustalono, iż do obowiązków tego podmiotu należeć będzie: pomoc w identyfikacji odpowiedniego miejsca (miejsc) dla obiektów wizowych (PPWW) w Rosji oraz współpraca „przy wyborze i ocenie mandatów specjalistycznych Kadr(y) Ludzki zgodnie z życzeniem Ambasady w codziennych operacjach (PPWW) w Rosji”.

W załączniku do porozumienia z PIASI (Załącznik A Zakres prac) ustalono, iż do obowiązków tego podmiotu należeć będzie: pomoc „w identyfikacji odpowiedniej lokalizacji dla Punkt (ów) Przyjmowania Wniosków Wizowych (PPWW) w kraju (ów), gdzie są obecne wraz ze swoim lokalnym doświadczeniem” oraz współpraca „przy wyborze i ocenie wykwalifikowanej Kadry Pracowniczej, jako pożądane przez Ambasadę dla codziennej pracy Punktu Przyjmowania Wniosków Wizowych w kraju, w którym posiadają obecność oraz dostęp do Spótek Rekrutacyjnych, z racji istniejącego ugruntowania.”

W załączniku do porozumienia z AmavivA (Załącznik A Zakres prac) ustalono następujący zakres obowiązków:

- wsparcie związane ze stronami internetowymi, wsparcie techniczne dla zarządzania stron, zarządzania systemem czatu na stronie internetowej (pkt 2);
- dostarczenie niezbędnej wiedzy o rynku na temat przyszłych Usług Aplikacji Wizowych na całym świecie (pkt 3);
- poniesienie pełnych inwestycji „w celu wykonania działań związanych z zarządzaniem usługami i jego personelem, włącznie z:
 - Akceptacja użytkownika.
 - Odebraniem dokumentacji do wysłania do Ambasady.
 - Włączenie danych osobowych i danych biometrycznych do wyznaczonego systemu serwerów rządowych.
 - Pobieranie opłat i przekazywanie Ambasady i / lub opłat konsularnych na wskazane konto Ambasady lub Konsulatu Kraju Obsługi.
 - Wysyłanie i pobieranie dokumentów zawartych w paszportach.
 - Zwrot paszportów”
- poniesienie pełnych inwestycji „w celu wykonania działań związanych z instalacją sprzętu i oprogramowania na potrzeby usług, a mianowicie:
 - Komputer/Skaner/Czytniki biometryczne na stanowiskach

- Instalacja przełącznika telefonicznego
- Instalacja połączenia z Internetem
- Wdrażanie systemów bezpieczeństwa przeciwko wtargnięciom cybernetycznym
- Instalacja lokalnego systemu bezpieczeństwa (kamery/systemy)
- Msza [*ang. mass*] zgodnie z lokalnymi i lokalnymi przepisami dotyczącymi usług z udziałem użytkowników zewnętrznych.”

Pismem z 5 lutego 2018 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako podstawę prawną Zamawiający wskazał:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. 1) Uzasadniając zaistnienie pierwszej z ww. przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) Zamawiający stwierdził, co następuje:
 „Wykonawca złożył ofertę z ceną 4 165 200,00 Euro brutto, która była niższa o 61,4% od wartości zamówienia (10 789 374,61 Euro brutto), co wzbudziło wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w tym w Istotnych Postanowieniach Umowy.

W związku z powyższym, Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, z uwzględnieniem czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wykonania zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający podkreślił w treści wezwania, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Poinformował również, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający przesłał Wykonawcy drogą elektroniczną w dniu 23 stycznia 2018 r. na adres e-mail wskazany w ofercie do osoby uprawnionej do kontaktów z Zamawiającym, wyznaczając siedmiodniowy termin udzielenia odpowiedzi, mając na uwadze realny czas niezbędny Wykonawcy na przygotowanie i przesłanie wyjaśnień w powyższym zakresie.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy należało dostarczyć Zamawiającemu na adres e-mail: moskwa.amb.outsourcing@msz.gov.pl, faksem na numer (+7 495) 231 15 55 lub pocztą na adres Ambasady RP w Moskwie, adres: ul. Klimaszkina 4, 123557 Moskwa, Federacja Rosyjska, z dopiskiem: „Wyjaśnienie dotyczące wyliczenia ceny w postępowaniu na „Usługi przyjmowania wniosków wizowych na rzecz polskich placówek zagranicznych w Federacji Rosyjskiej; znak sprawy: AMB.MOSK.741.1.2017” w terminie do dnia 30 stycznia 2018 r.

Wykonawca przesłał wyjaśnienia rażąco niskiej ceny drogą elektroniczną w dniu 31 stycznia 2018 roku o godz. 8:32, nie dochowując tym samym wskazanego w wezwaniu terminu do złożenia wyjaśnień.

Mając na uwadze zasadę równego traktowania Wykonawców oraz fakt, że złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z uchybieniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego jest tożsame w skutkach z ich brakiem i stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy (zob. wyrok KIO z 10 października 2014 r. o sygn. akt KIO 2003/14 lub wyrok KIO z dnia 31 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 504/17), Zamawiający odrzucił ofertę jak na wstępie.”

Ad. 2) W odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający stwierdził, co następuje:

„Zgodnie z treścią SIWZ, Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą w formie oryginału aktualnych na dzień składania ofert m. in. następujących oświadczeń i dokumentów:

- 1) oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ,
- 2) oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie dot. spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik 4a do SIWZ,
- 3) pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia lub innego dowodu potwierdzającego, że realizując zamówienie, Wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów w związku z poleganiem Wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji tych podmiotów, w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1.2-7.1.3 SIWZ.

Wykonawca w załączonym do oferty oświadczeniu składanym na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp dotyczącym spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazał cztery inne

podmioty w poz. 2-4, na których zasobach polega w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej lub sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W pozycji 1 Wykonawca błędnie wskazał samego siebie.

Zgodnie z treścią SIWZ, Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musiał udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, złożone w oryginale.

Wykonawca nie złożył wraz z ofertą aktualnych na dzień składania ofert pisemnych zobowiązań podmiotów, na zasobach których polega w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Załączone do oferty dokumenty w formie kopii poświadczonych za zgodność przez Wykonawcę złożone w języku obcym były nieczytelne i zostały złożone bez wymaganego tłumaczenia na język polski.

Należało mieć na uwadze, że w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia. Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, co zostało ujęte w treści SIWZ. Jednocześnie, Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Wskutek braku załączenia do oferty pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich, na zasoby których Wykonawca powołał się w dołączonym do oferty oświadczeniu stanowiącym wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym m. in doświadczenia Wykonawcy, Zamawiający mając na uwadze dyspozycję art. 82 ust. 3 ustawy, która wskazuje, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust 3 ustawy do uzupełnienia brakujących pisemnych zobowiązań w celu ustalenia zakresu prac, jaki Wykonawca zamierzał powierzyć tym innym podmiotom. Nadmienić należy, że niezależnie od powyższego w treści Formularza Ofertowego w pkt dotyczącym podwykonawcy Wykonawca wskazał tylko jeden podmiot (i zakres prac).

Z treści oferty złożonej przez Wykonawcę, jak i oświadczeń dołączonych do oferty oraz zobowiązań przedłożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2018 r. wynika fakt polegania przez BLS International Services Ltd., na potencjale podmiotów trzecich w zakresie doświadczenia, co wykonawca potwierdził składając dowody, w formie:

- a) Porozumienia podpisanego pomiędzy BLS International Services Limited a MVA International W.L.L (zwanej dalej MVA),
- b) Porozumienia podpisanego pomiędzy BLS International Services Limited a Philippine Interactive Audiotext Services, INC. (zwanej dalej PIASI),
- c) Porozumienia podpisanego pomiędzy BLS International Services Limited a ALMAVIVA SpA (zwanej dalej ALMAVIVA),
- d) Listu intencyjnego z Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. (zwanej dalej PWPW).

Z treści wymaganych przez Zamawiającego pisemnych zobowiązań miało wynikać, że Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz, że stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów na etapie realizacji, w szczególności:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego,
- c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

Jednocześnie, w pkt. 4.8 SIWZ Zamawiający zastrzegł, obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi w zakresie:

- a) pobierania danych biometrycznych;
- b) przetwarzania dokumentacji wizowej na rzecz właściwej placówki dyplomatycznej lub
- c) konsularnej.

Z porozumień zawartych pomiędzy Wykonawcą a podmiotami trzecimi wynika, iż BLS International Services Ltd., zamierza powierzyć kluczowe części zamówienia zastrzeżone w treści SIWZ do osobistego wykonania przez Wykonawcę podmiotom trzecim, tj.:

MVA i PIASI - wybór i ocena wykwalifikowanej kadry pracowniczej do obsługi procesu wizowego,

PWPW - rejestracja biometryczna,

ALMAVIVA - działania związane z zarządzaniem usługami i personelem, w tym m.in.: odbieranie dokumentacji do wysłania do ambasady, włączenie danych osobowych i danych biometrycznych do systemu serwerów, wysyłanie i pobieranie dokumentów zawartych w paszportach, zwrot paszportów.

Dodatkowo wskazać należy, że załączony list intencyjny od PWPW nie spełnia wymogu zobowiązania podmiotu trzeciego, który miał jednoznacznie wskazywać zakres

przekazywanych zasobów, sposób ich wykorzystania oraz zakres i okres udziału PWPW przy realizacji zamówienia, a jedynie jest pismem potwierdzającym chęć współpracy ze strony PWPW.

Tym samym, oferta BLS International Services Ltd. nie odpowiada treści SIWZ i narusza bezwzględnie przepisy ustawy, gdyż w świetle aktualnie obowiązującego prawa nie ma możliwości, by podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby Wykonawcy w zakresie doświadczenia wykonywał usługę w zakresie kluczowych części zamówienia zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez samego Wykonawcę, z którym zawarta będzie umowa.

Abstrahując od powyższego należy także wskazać, iż Wykonawca w sposób nieadekwatny (w niewielkim zakresie) powołuje się na podwykonawstwo w stosunku do prac, do których odnosi się warunek (tj. przyjmowanie wniosków wizowych na rzecz placówki dyplomatycznej lub konsularnej), co świadczy o braku realnego powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, co z kolei stanowi obejście wymogu podwykonawstwa zawartego w art. 22 a ust. 4 ustawy. Z przedmiotowego przepisu wynika bowiem obowiązek rzeczywistego uczestnictwa podmiotów udostępniających swoje zasoby w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie rzeczowym pokrywającym się z udostępnionym doświadczeniem.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

1. Zarzut dotyczący odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 z związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

- zarzut uznany przez Izbę za niezasadny.

Z regulacji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający obowiązany jest do odrzucenia na tej podstawie oferty nie tylko w sytuacji, gdy ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, iż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale również w sytuacji nie udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień. Zdaniem Izby z drugim z wymienionych powyżej przypadków mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Skład orzekający podziela przy tym pogląd, zgodnie z którym złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego należy traktować na równi z sytuacją, w której wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone przez wykonawcę. Niewątpliwie w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest regulacji dotyczących instytucji przywrócenia terminu. Zdaniem Izby powyższe związane jest z ogólnym

założeniem, jakie powinno przyświecać wykładni przepisów tejże ustawy, wywodzonym z celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest efektywne i sprawne udzielenie zamówienia publicznego. Działanie zamawiających nakierowane jest nie tylko na uzyskanie świadczenia odpowiedniego pod względem jakości i ceny, ale również na możliwie szybkie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku upływu terminu wyznaczonego na udzielenie odpowiedzi na wezwanie zamawiający nie może pozostawać w niepewności wyrażającej się w oczekiwaniu na doręczenie przez wykonawcę wyjaśnień. Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to należałoby odpowiedzieć na pytanie, jak długo zamawiający obowiązany byłby się wstrzymać z podjęciem następnym kroków w postępowaniu, w tym z podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty takiego wykonawcy oraz dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, iż zagadnienia te nie zostały uregulowane przez ustawodawcę, jak i mając na uwadze podstawowe zasady udzielania zamówień, należy zdaniem Izby uznać, iż przekroczenie wyznaczonego przez zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień należy traktować tak jak sytuację zaniechania złożenia tychże wyjaśnień przez wykonawcę.

W niniejszej sprawie Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 23 stycznia 2018 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W treści pisma Zamawiający wskazał termin złożenia wyjaśnień, tj. do 30 stycznia 2018 r. Wyjaśnienia stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie zostały doręczone Zamawiającemu drogą email w dniu 31 stycznia 2018 r. o godz. 8:32, a zatem wyjaśnienia zostały złożone po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. W związku z powyższym decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 z związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy ocenić jako prawidłową i zgodną z przepisami ustawy Pzp.

Należy również zauważyć, iż nawet przyjęcie w ww. zakresie poglądu prezentowanego przez Odwołującego, nie zmieniałoby dokonanej oceny działania Zamawiającego. Zgodnie z poglądem Odwołującego istnieje możliwość poddania ocenie wyjaśnień złożonych po terminie, w przypadku gdy uchybienie terminu jest nieznaczne i nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy, który to dochował niezbędnych aktów staranności. Po pierwsze, Odwołujący uzasadniając zaistniałe opóźnienie i brak jego winy w spowodowaniu tego opóźnienia wskazał na mającą miejsce awarię techniczną. Temu twierdzeniu Odwołującego przeczy jednak treść dowodu przez niego złożonego wraz z odwołaniem, tj. zrzut ekranu oraz wyjaśnienia Odwołującego, z których wynika, iż w dniu 30 stycznia 2018 r. nie miała miejsca awaria techniczna, lecz odbywały się tego dnia u Odwołującego prace konserwacyjne, z powodu których musiał zostać wyłączony Internet. Istotą przeprowadzania prac konserwacyjnych jest ich wcześniejsze zaplanowanie, a wiedzę tą Odwołujący powinien był

wykorzystać przy dokonaniu wyboru sposobu i czasu przesłania Zamawiającemu wyjaśnień. Po drugie, rzeczą powszechnie stosowaną w procedurach zamówień publicznych, jak i przewidzianą w treści SIWZ obowiązującej w Postępowaniu, jest żądanie potwierdzenia otrzymania wiadomości przez drugą stronę, czego Odwołujący zaniechał. Po trzecie, Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, iż w ogóle podjął próbę wysłania wyjaśnień drogą emailową w dniu 30 stycznia 2018 r. Dowód taki nie został złożony pomimo zarządzenia przez Izbę przerwy w rozprawie w celu umożliwienia Odwołującemu przedstawienie takiego dowodu. Po czwarte, twierdzeniom Odwołującego o braku możliwości przesłania Zamawiającemu fax-u po godzinach jego urzędowania zaprzeczył sam Zamawiający. Po piąte, Odwołujący w żaden sposób, aż do dnia złożenia odwołania nie próbował wyjaśnić Zamawiającemu zaistniałej sytuacji. Odwołujący przesłał Zamawiającemu odpowiedź na wezwanie następnego dnia rano, nie dołączając do niej żadnych wyjaśnień dotyczących zaistniałego opóźnienia. Powyższe okoliczności nakazują poważnie wątpić co do tego, czy Odwołujący w ogóle podjął próbę wysłania wiadomości w dniu 30 stycznia 2018 r., skoro przez tak długi okres czasu, a nadto wobec wniesienia środka ochrony prawnej, nie przedstawił podstawowego dowodu w tym zakresie, tj. potwierdzenia wysłania wiadomości email wraz z wyjaśnieniami w dniu 30 stycznia 2018 r. Z pewnością jednak, ww. okoliczności świadczą o niedochowaniu przez Odwołującego należytej staranności, jaka wymagana jest od wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z uznaniem, iż Odwołujący zamierza powierzyć kluczowe części zamówienia podmiotom trzecim, w tym zarzut zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie

- zarzuty uznane przez Izbę za zasadne.

Podsumowując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził: „Tym samym, oferta BLS International Services Ltd. nie odpowiada treści SIWZ i narusza bezwzględnie przepisy ustawy, gdyż w świetle aktualnie obowiązującego prawa nie ma możliwości, by podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby Wykonawcy w zakresie doświadczenia wykonywał usługę w zakresie kluczowych części zamówienia zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez samego Wykonawcę, z którym zawarta będzie umowa.”

Jak wskazano powyżej w pkt. 4.8 SIWZ Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi w zakresie:

- a) pobierania danych biometrycznych;

- b) przetwarzania dokumentacji wizowej na rzecz właściwej placówki dyplomatycznej lub konsularnej.

Jak ponadto wskazał Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego: „Z porozumień zawartych pomiędzy Wykonawcą a podmiotami trzecimi wynika, iż BLS International Services Ltd., zamierza powierzyć kluczowe części zamówienia zastrzeżone w treści SIWZ do osobistego wykonania przez Wykonawcę podmiotom trzecim, tj.:

MVA i PIASI - wybór i ocena wykwalifikowanej kadry pracowniczej do obsługi procesu wizowego,

PWPW - rejestracja biometryczna,

ALMAVIVA - działania związane z zarządzaniem usługami i personelem, w tym m.in.: odbieranie dokumentacji do wysłania do ambasady, włączenie danych osobowych i danych biometrycznych do systemu serwerów, wysyłanie i pobieranie dokumentów zawartych w paszportach, zwrot paszportów.

Dodatkowo wskazać należy, że załączony list intencyjny od PWPW nie spełnia wymogu zobowiązania podmiotu trzeciego, który miał jednoznacznie wskazywać zakres przekazywanych zasobów, sposób ich wykorzystania oraz zakres i okres udziału PWPW przy realizacji zamówienia, a jedynie jest pismem potwierdzającym chęć współpracy ze strony PWPW.”

Zdaniem składu orzekającego Izby wyłącznie na podstawie złożonych przez Odwołującego dokumentów nie jest możliwe stwierdzenie, że Odwołujący zamierzał powierzyć realizację kluczowych części zamówienia podmiotom trzecim.

Jeżeli chodzi o podmioty MVA i PIASI, to wskazane przez Zamawiającego zadania, jakie miałyby być wykonane przez te podmioty (wybór i ocena wykwalifikowanej kadry pracowniczej do obsługi procesu wizowego) nie stanowią żadnej z czynności zastrzeżonych przez Zamawiającego jako kluczowe części zamówienia w pkt 4.8 SIWZ.

W odniesieniu do podmiotu Almayiva, zdaniem Izby uszło uwadze Zamawiającego, iż w treści porozumienia nie zostało wskazane, iż podmiot ten będzie realizował zadania wymienione przez Zamawiającego w treści uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, lecz że jest on odpowiedzialny za poniesienie inwestycji w celu realizacji tych zadań. W treści porozumienia przed wymienieniem zadań wskazano, iż chodzi o poniesienie inwestycji w celu ich wykonania, a ponadto zadania te zostały następnie wskazane jako wchodzące w zakres obowiązków Odwołującego. Jeżeli zatem podmiot Almayiva miałby wyłącznie dokonać inwestycji na rzecz realizacji tych zadań, w tym zadań stanowiących

kluczowe części zamówienia zastrzeżone przez Zamawiającego w pkt 4.8 SIWZ, to taki stan rzeczy nie świadczyłby o sprzeczności oferty z treścią SIWZ w zakresie zastrzeżenia osobistego wykonania części zamówienia.

W odniesieniu do podmiotu PWPW należy wskazać, iż w treści formularza oferty został on wskazany jako podwykonawca. Jednocześnie wskazano część zamówienia, jaka miałaby temu podmiotowi zostać powierzona, tj. stworzenie oraz obsługa strony internetowej i dostawa urządzeń do pobierania danych biometrycznych. Ponadto, w treści uzupełnionego formularza złożonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4a do SIWZ Odwołujący wskazał, iż do zadań PWPW należeć będzie zapewnienie rozwiązań biometrycznych oraz rozwiązań IT. Zadania te nie są tożsame z czynnościami zastrzeżonymi przez Zamawiającego do osobistego wykonania (pobieranie danych biometrycznych oraz przetwarzanie dokumentacji wizowej na rzecz właściwej placówki dyplomatycznej lub konsularnej). Zapewnienie urządzenia do pobierania danych nie stanowi czynności pobierania danych. Ponadto z treści złożonego listu intencyjnego wynika jedynie rozpoczęcie negocjacji co do ewentualnej późniejszej współpracy. Dokument ten z pewnością nie stanowi zobowiązania tego podmiotu do oddania swoich zasobów na czas realizacji zamówienia. Jednocześnie w jego treści nie wskazano, iż PWPW będzie wykonywać czynności polegające na rejestracji biometrycznej, a jedynie że oferuje współpracę w tym obszarze.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie wykazał wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby treść złożonych przez Odwołującego dokumentów mogła co najwyżej stanowić podstawę do uznania, iż zachodzą w tym zakresie pewne wątpliwości.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, iż zarzut dotyczący odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 z związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jest niezasadny, a zatem podjęta w tym zakresie przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty jest prawidłowa i powinna się ostać. W związku z tym uznanie za zasadne zarzutów odnoszących się do drugiej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, albowiem wobec uznania za niezasadny pierwszego zarzutu odrzucenie oferty Odwołującego pozostaje w mocy. W konsekwencji odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 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, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: