

**Sygn. akt: KIO 1820/21
KIO 1821/21
KIO 1834/21**

**WYROK
z 6 sierpnia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński
Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 24 lipca 2021 r. i 3 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 czerwca 2021 r. przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VF Worldwide Holdings Ltd Jumeirah Lakes Towers z siedzibą w Dubaju oraz VF Consulting Services LLC z siedzibą w Kijowie (KIO 1820/21),
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Global Visa Center World (Hellas) S.A. z siedzibą w Atenach oraz GVCW Operations Ltd z siedzibą w Nikozji (KIO 1821/21),
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Capago S.A. z siedzibą w Gif-Sur-Yvette oraz FE SGS Ukraine z siedzibą w Odessie (KIO 1834/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Kijowie, przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TLS Group S.A. z siedzibą w Luksemburgu, TLScontact Maroc S.A.R.L. z siedzibą w Casablance, TLScontact Ukraine LLC z siedzibą w Kijowie, Personnel Service S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Visa Staff Sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńsku zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1820/21, KIO 1821/21 i KIO 1834/21 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VF Worldwide Holdings Ltd Jumeirah Lakes Towers z siedzibą w Dubaju oraz VF Consulting Services LLC z siedzibą w Kijowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1834/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania o sygn. akt KIO 1820/21 i KIO 1834/21.
2. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1821/21 w zakresie zarzutów o numerach: 1, 4 oraz 5 i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
 - 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Global Visa Center World (Hellas) S.A. z siedzibą w Atenach oraz GVCW Operations Ltd z siedzibą w Nikozji,
 - 1.3 dokonanie ponownej czynności oceny ofert.
3. Odrzuca odwołanie o sygn. akt KIO 1821/21 w zakresie zarzutu nr 3.
4. W pozostałym zakresie oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1821/21.
5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1820/21 obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VF Worldwide Holdings Ltd Jumeirah Lakes Towers z siedzibą w Dubaju oraz VF Consulting Services LLC z siedzibą w Kijowie i 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.
6. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1821/21 obciąża w 7/10 odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Global Visa Center World (Hellas) S.A. z siedzibą w Atenach oraz GVCW Operations Ltd z siedzibą w Nikozji oraz w 3/10 zamawiającego: Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Kijowie i:
 - 6.1 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 6.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 580 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset osiemdziesiąt złotych zero groszy).
7. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1834/21 obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Capago S.A. z siedzibą w Gif-Sur-Yvette oraz FE SGS Ukraine z siedzibą w Odessie i 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. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1820/21

KIO 1821/21

KIO 1834/21

Uzasadnienie

Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Kijowie z siedzibą w Kijowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługi przyjmowania wniosków wizowych oraz wniosków o zezwolenie uprawniające do małego ruchu granicznego na rzecz polskich placówek zagranicznych na Ukrainie”, numer: AMB.KIJÓ-WK.741.2.2020, zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 252-637573.

KIO 1820/21

21 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: VF Worldwide Holdings Ltd Jumeirah Lakes Towers z siedzibą w Dubaju oraz VF Consulting Services LLC z siedzibą w Kijowie (dalej: Konsorcjum VF lub Odwołujący VF), wnieśli odwołanie o sygn. akt KIO 1820/21 wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TLS Group S.A. z siedzibą w Luksemburgu, TLScontact Maroc S.A.R.L. z siedzibą w Casablance, TLScontact Ukraine LLC z siedzibą w Kijowie, Personnel Service S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Visa Staff Sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńsku (dalej: Konsorcjum TLS lub Przystępujący TLS), ponieważ zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności ze względu na fakt, że Konsorcjum TLS zaproponowało w swojej ofercie wynagrodzenie w wysokości 0 euro za wykonanie jednej z dwóch kluczowych usług będących przedmiotem postępowania tj. za świadczenie usług przyjmowania wniosków o wydanie zezwolenia

uprawnającego do przekraczania granicy w ramach małego ruchu granicznego (dalej: Wnioski MRG);

2. art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TLS, w sytuacji gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku ze złożeniem oferty sprzedaży jednej z dwóch kluczowych usług poniżej rzeczywistych rynkowych kosztów jej świadczenia, co wynikało jednoznacznie z wyjaśnień złożonych w toku postępowania przez Konsorcjum TLS, oraz celem eliminacji konkurentów z postępowania (art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: Uznk);
3. art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TLS, w sytuacji gdy jej treść była niezgodna z treścią SIWZ; wbrew treści SIWZ Konsorcjum TLS złożyło ofertę z wynagrodzeniem za przyjęcie 45 100 wniosków MRG za 0 euro, mimo, że z wyjaśnień Konsorcjum TLS wynikało oszacowanie kosztów związanych z wykonaniem tej usługi na 213 964,00 euro; SIWZ nie dopuszczał, aby koszty, jakie wykonawcy będą ponosić w związku z przyjmowaniem wniosków MRG były pokrywane z innych źródeł, w tym przychodów uzyskiwanych z przyjmowania wniosków wizowych;
4. art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TLS, w sytuacji gdy jej treść była sprzeczna z Pzp, w tym z art. 2 pkt 13 Pzp, ponieważ Konsorcjum TLS złożyło ofertę z wynagrodzeniem za przyjęcie 45 100 Wniosków MRG w wysokości 0 euro, przy jednoczesnym braku wykazania przez Konsorcjum TLS w postępowaniu możliwości uzyskania w związku z tym jakiegokolwiek innej formy świadczenia wzajemnego ze strony Zamawiającego oraz przy braku wykazania, że mimo zaoferowania ceny za przyjmowanie wniosków MRG na poziomie 0 euro Konsorcjum TLS odniosłoby z tego tytułu jakąkolwiek korzyść gospodarczą, co wyłączało element odpłatności i wzajemności takiego zobowiązania, które to dwa elementy stanowią essentialia negotii zamówienia publicznego;
5. art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TLS z postępowania, mimo niezłożenia przez Konsorcjum TLS prawidłowego dowodu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 7.1.2. SIWZ i niewykazanie przez Konsorcjum TLS spełniania warunku udziału w postępowaniu;

6. art. 138r ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji wybór oferty Konsorcjum TLS jako najkorzystniejszej, mimo że ta oferta winna była uzyskać 0 punktów za kryterium doświadczenia (zamiast przyznanych 28), z uwagi na fakt że dostarczone dowody (tj. listy referencyjne) nie spełniały wymagań określonych w punkcie 7.1.2. SIWZ, a tym samym nie mogły być uznane przez Zamawiającego za potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie;
7. art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TLS, w sytuacji, gdy Konsorcjum TLS nie będzie w stanie złożyć wymaganych w SIWZ oświadczeń przed zawarciem umowy, w szczególności, oświadczenia że nie prowadzi działalności godzącej wizerunek Rzeczypospolitej Polskiej (zgodnie z pkt 18.3 lit. a) oraz, że brak jest konfliktu interesów w rozumieniu pkt 18.3 lit. c) SIWZ;
8. art. 24 ust. 5 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz z art. 24aa ust. 1 Pzp w związku z § 7 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TLS z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum TLS, z uwagi na niezłożenie prawidłowego dowodu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia Konsorcjum TLS z postępowania, zgodnie z punktem 8.2.2 oraz 8.9.2 lit. b i 8.10 SIWZ i w konsekwencji niewykazanie przez Konsorcjum TLS, że nie zachodziły przesłanki do wykluczenia go z postępowania;
9. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp pozostające w związku z naruszeniem przez Zamawiającego innych przepisów wskazanych w powyższych zarzutach, polegające na tym, że w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów doszło również do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu i w konsekwencji do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący VF wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. wykluczenia Konsorcjum TLS z postępowania na podstawie art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp;

3. odrzucenia oferty Konsorcjum TLS na podstawie przepisów art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp; art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp; art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp;
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

Ponadto Odwołujący VF wniósł o:

1. zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego,
2. przeprowadzenie przez Izbę dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

KIO 1821/21

21 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Global Visa Center World (Hellas) S.A. z siedzibą w Atenach oraz GVCW Operations Ltd z siedzibą w Nikozji (dalej: Konsorcjum Global Visa lub Odwołujący Global Visa), wnieśli odwołanie o sygn. akt KIO 1821/21 wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 138r ust. 1 Pzp oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego Global Visa, mimo że złożył on wyjaśnienia dotyczące ceny zawartej w ofercie Odwołującego i wyjaśnienia te potwierdzały, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 138r ust. 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego Global Visa jako najkorzystniejszej, mimo, że Odwołujący Global Visa spełniał warunki udziału w zamówieniu oraz jego oferta była zgodna z SIWZ, nie zawierała rażąco niskiej ceny oraz powinna uzyskać najwyższą ilość punktów spośród wszystkich złożonych ważnie ofert;
3. art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, a także art. 7 oraz art. 138k Pzp przez sformułowanie wezwania do wyjaśnienia i ponownego wezwania do wyjaśnienia w sposób nieprecyzyjny, ogólny oraz zawierający żądanie niemożliwych do uzyskania przez Odwołującego Global Visa dowodów z umów o pracę, a zatem przez wezwanie go do przedstawienia dokumentów niewynikających z przepisów prawa ani z treści SIWZ, które to działanie doprowadziło do znacznego i niezgodnego z przepisami prawa oraz treścią SIWZ zawężenia możliwości wykazania przez Odwołującego Global Visa, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

4. art. 89 ust. 1 w zw. z art. 138r ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego Global Visa w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu;
5. art. 7 oraz art. 138k, a także art. 138r ust. 2 Pzp przez przyjęcie wobec Odwołującego Global Visa wymogów nie wynikających z przepisów prawa, ani nie przewidzianych w treści SIWZ, a wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej;
6. art. 84 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 138r ust. 1, a także art. 7 oraz art. 138k Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum TLS oraz nierówne traktowanie wykonawców w procesie oceny ofert, w szczególności na etapie oceny wyjaśnień wykonawców i dopuszczenie do oceny zmienionej w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum TLS (w zakresie ceny za obsługę wniosków MRG);
7. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 138r ust. 1 Pzp przez dopuszczenie do oceny oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty częściowej Konsorcjum TLS, mimo, że nie obejmowała ona świadczenia usług w zakresie wniosków MRG;
8. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 138r ust. 1 Pzp przez dopuszczenie do oceny oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum TLS, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim za świadczenie usług dotyczących wniosków MRG wykonawca zaoferował cenę 0 zł;
9. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 138r ust. 1 Pzp przez dopuszczenie do oceny oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum TLS, która zawierała rażąco niską cenę w zakresie usług dotyczących wniosków MRG w wysokości 0 zł;
10. art. 90 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i dopuszczenie do oceny oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum TLS, mimo niezłożenia w terminie do dnia 6 maja 2021 roku, godz. 14:00 wyjaśnień, do czego wykonawca ten był wzywany pismem Zamawiającego z 30 kwietnia 2021 r.

Odwołujący Global Visa wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Global Visa,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum TLS jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ lub zawierającej rażąco niski koszt,

4. odrzucenia oferty Konsorcjum TLS wobec nieterminowego wniesienia wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny,
5. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Global Visa,
6. wyboru oferty Odwołującego Global Visa jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
7. ewentualnie - wezwania Odwołującego do złożenia dalej idących wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w tym dowodów, złożonych Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Ponadto Odwołujący Global Visa wniósł o:

1. zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego,
2. przeprowadzenie przez Izbę dowodu z dokumentacji postępowania oraz dowodów wskazanych w treści odwołania.

KIO1834/21

21 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Capago S.A. z siedzibą w Gif-Sur-Yvette oraz FE SGS Ukraine z siedzibą w Odessie (dalej: Konsorcjum Capago lub Odwołujący Capago), wnieśli odwołanie o sygn. akt KIO 1834/21 wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań zamawiającego zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w związku z pkt 12.1.2 i 8.1.3 tiret drugie SIWZ w zw. z art. 7 Pzp przez nieuzasadnione przyjęcie, że Odwołujący Capago nie przedstawił dowodów, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ, a w konsekwencji nieuzasadnioną odmowę przyznania Odwołującemu Capago pełni punktów w ramach kryterium oceny Doświadczenia Wykonawcy w sytuacji, w której jeden z członków konsorcjum – Capago S.A. - legitymował się doświadczeniem określonym w SIWZ, Odwołujący Capago nie był w stanie uzyskać innych dokumentów z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze, a Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnienia przyczyn złożenia oświadczenia;

względnie (na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1)

2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 138g i art. 138m Pzp w zw. z pkt 12.1.2, pkt 9.1, pkt 8.1.3 tiret drugie SIWZ i pkt 3 Załącznika nr 5a do SIWZ przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie przyczyn złożenia

oświadczenia wykonawcy w celu spełnienia kryterium Doświadczenia Wykonawcy zamiast innych dowodów, mimo tego, że postanowienia SIWZ w tym zakresie nie wskazywały wprost na konieczność odrębnego uzasadnienia złożenia oświadczenia wykonawcy wraz z przytoczeniem stosownych dowodów, do postępowania nie miał zastosowania art. 25 Pzp i przepisy wydane na jego podstawie, a ponadto postanowienia SIWZ wskazywały wprost na możliwość uzupełniania i wyjaśniania dowodów składanych w celu spełnienia kryterium Doświadczenia Wykonawcy, co stanowiło jednocześnie naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący Capago wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności przyznanie Odwołującemu Capago 28 pkt w ramach kryterium Doświadczenie Wykonawcy;

względnie (wyłącznie w przypadku uznania przez Izbę braku podstaw do uznania oświadczenia wykonawcy co do wykonanych usług):

3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności: nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących przyczyn braku możliwości uzyskania dokumentów, o których mowa w pkt 8.1.3 tiret pierwsze SIWZ.

KIO 1820/21

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący VF wskazał m.in.:

Rażąco niska cena oferty Konsorcjum TLS.

W postępowaniu przyjmowanie wniosków MRG stanowiło jeden z dwóch kluczowych elementów przedmiotu zamówienia. SIWZ nie przewidywał świadczenia żadnych innych usług, oprócz przyjmowania wniosków wizowych oraz wniosków MRG. Konsorcjum TLS zaoferowało cenę jednostkową brutto za przyjęcie jednego wniosku MRG za cenę 0 euro i tak też wyceniło całkowitą wartość tej usługi w okresie trwania umowy (45 100 wniosków za 0 euro). Zamawiający miał obowiązek zbadania poszczególnych elementów cen składowych stanowiących składniki ceny ofertowej Konsorcjum TLS. W szczególności,

zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, był zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, co też wydarzyło się w postępowaniu.

Konsorcjum TLS złożyło wyjaśnienia 19 kwietnia 2021 r. oraz 5 maja 2021 r., po ponownym wezwaniu ze strony Zamawiającego.

W sposób całkowicie nieuprawniony Zamawiający uznał wyjaśnienia Konsorcjum TLS za wystarczające i nie odrzucił oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę.

Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum TLS nie tylko były ogólne, ale też sugerowały, że zastosowana zaoferowana stawka 0 euro mogła zostać zaproponowana za świadczone usługi MRG, albowiem Konsorcjum TLS nie będzie ponosił w tym zakresie dodatkowych kosztów, ponieważ dla celów MRG będzie wykorzystywać te same placówki, personel i sprzęt etc., który posiada dla potrzeb świadczenia usługi wizowej. Było to twierdzenie nieprawdziwe i niemające pokrycia w faktach - Konsorcjum TLS w dalszej korespondencji z Zamawiającym wyceniło te koszty na ponad 213 tysięcy euro.

W zakresie możliwości ustalenia, że cena oferty danego wykonawcy była rażąco niska należało brać pod uwagę nie tylko różnicę pomiędzy cenami ofertowymi wykonawców, która może wskazywać na rynkowość zaoferowanej ceny, ale w szczególności - należało ocenić czy w świetle udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień jest on w stanie za zaoferowaną cenę wykonać zamówienie.

Mimo, że cena oferty Konsorcjum TLS była zbliżona do cen ofert innych wykonawców (w tym Odwołującego), mogła być uznana za rażąco niska, jeżeli po stronie tego wykonawcy brak było przesłanek, uzasadniających jej skalkulowanie przez tego wykonawcę na takim niskim poziomie.

Konsorcjum TLS miało obowiązek wykazać, że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty, a wykonawca osiągnie przy tym zysk. Temu obowiązkowi Konsorcjum TLS nie sprostało. Przy tak ustalonych przez wykonawcę kosztach wykonania zamówienia bezsporne jest, że Konsorcjum TLS w ofercie nie wykazało ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, przerzucając część z nich sztucznie do innej części zamówienia. Jak wskazała KIO w jednym z orzeczeń, nie mogła być zaakceptowana sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podał w ofercie cenę która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania. Zamawiający zaniechał jednak odrzucenia oferty Konsorcjum TLS z postępowania.

Konsorcjum TLS dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji

W ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że zaoferowanie w ofercie złożonej przez Konsorcjum TLS ceny jednostkowej brutto za przyjęcie jednego wniosku MRG w kwocie 0 euro spełniało przesłanki uznania za czyn nieuczciwej konkurencji.

Konsorcjum TLS będzie de facto skłonne świadczyć usługę na rzecz Zamawiającego nieodpłatnie (gratis), czyli z całą pewnością poniżej realnych rynkowych kosztów jakie będą

związane z jej świadczeniem, które to koszty samo Konsorcjum TLS oszacowało na kwotę 213 964,00 euro w całym okresie wykonywania umowy. Kwota ta podzielona przez zakładaną w SWZ ilość wniosków MRG dawałaby cenę jednostkową równą 4.74 euro za przyjęcie jednego wniosku. To właśnie ta kwota powinna zostać wpisana w kolumnie E tabeli formularza oferty Konsorcjum TLS w miejsce wpisanej kwoty „0”. 4,74 euro za przyjęcie jednego wniosku MRG jest rzeczywistą ceną jednostkową brutto świadczenia tej usługi przez Konsorcjum TLS i przy tym jedną z najwyższych kwot jednostkowych świadczenia tej usługi (drugą najwyższą w kolejności) w porównaniu do cen jednostkowych zaproponowanych przez pozostałych oferentów. Powyższego nie zmienia wyartykułowany przez Konsorcjum TLS w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z 19 kwietnia 2021 r. zamiar pokrywania kosztów związanych z wykonywaniem usługi przyjmowania wniosków MRG z przychodów z tytułu świadczenia usługi przyjmowania wniosków wizowych.

Konsorcjum TLS zastosowało nieuczciwy względem pozostałych oferentów, jak również względem Zamawiającego, „zabieg sprzedażowy”, mający na celu stworzenie po stronie Zamawiającego błędnego wrażenia, że usługę przyjmowania wniosków MRG otrzyma od Konsorcjum TLS za darmo.

Jedynym przypadkiem, w którym wskazanie kwoty 0 euro za wykonanie usługi można by uznać za nienaruszające zasad uczciwej konkurencji, byłaby sytuacja, w której Konsorcjum TLS wykazałoby, że z powodu jakichś szczególnych, właściwych tylko sobie okoliczności nie będzie ponosić absolutnie żadnych kosztów związanych ze świadczeniem usługi przyjmowania wniosków.

Swoje założenia dotyczące pokrycia kosztów związanych z wnioskami MRG oraz wygenerowaniem zysku z realizacji umowy, Konsorcjum TLS oparło na nieuzasadnionym (zwłaszcza od strony formalnoprawnej, ale również faktycznej) założeniu, że liczba wniosków wizowych oraz wniosków MRG będzie taka jak Zamawiający wskazał w SIWZ (odpowiednio 2 745 000 oraz 45 100). Konsorcjum TLS nie wzięło pod uwagę, że wskazane przez Zamawiającego w SIWZ liczby miały jedynie charakter orientacyjny i zostały podane tylko w celu porównania ofert i określenia maksymalnego wynagrodzenia wykonawców. W przypadku zmiany proporcji pomiędzy liczbą wniosków wizowych, a wniosków MRG (co zawsze może się zdarzyć w okresie 3 letniej współpracy), założenia i wyliczenia Konsorcjum TLS nie będą miały żadnej wartości. Może się bowiem okazać, że usługa „subsydiowana” wzrośnie do takiego poziomu albo usługa „odpłatna” spadnie do takiego poziomu, że generowane przez MRG koszty nie będą mogły zostać pokryte z przychodów z usług wizowych. Wówczas zawarte w wyjaśnieniach Konsorcjum TLS oświadczenia, że: „Konsorcjum nie będzie korzystało z innych źródeł finansowania niż wynagrodzenie umowne oraz wykona umowę przy założeniu osiągnięcia określonego zysku” okazałaby się nieprawdziwe.

Konsorcjum TLS w ocenie Odwołującego uznało usługę MRG za „pomijalną” jedynie w oparciu o hipotetyczne liczby wniosków wskazane w SIWZ. Tymczasem nawet jeżeli liczby te wynikały z historycznych danych Zamawiającego, to w kontekście dynamicznych i nieoczekiwanych zmian zachodzących ostatnio na świecie (pandemia koronawirusa, sytuacja polityczna na Białorusi czy zagrożenie konfliktem zbrojnym na Ukrainie), należało założyć, że proporcje między dwoma usługami objętymi zamówieniem, również mogą się zmienić i to w znacznym stopniu. Konsorcjum TLS wskazało w wyjaśnieniach, że subsydiowanie usługi MRG nie będą stanowiły dla niego problemu w sytuacji gdy będzie to 1,6% wszystkich wniosków wizowych wskazanych w SIWZ. Jednak taki udział wniosków MRG w ogólnej puli wniosków objętych przedmiotem zamówienia nie został zagwarantowany. Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że w przypadku zaburzenia ww. proporcji kalkulacje Konsorcjum TLS okażą się błędne.

Konsorcjum TLS złożyło ofertę niezgodną z SIWZ

Niezgodność oferty konsorcjum z SIWZ polegała m.in. na niezgodności zobowiązania wykonawcy z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekiwał Zamawiający i które opisał w SIWZ.

Zamawiający wymagał w SIWZ podania przez wykonawców „ceny jednostkowej euro brutto rozumianej jako opłaty pobieranej od jednego przyjętego wniosku o zezwolenie uprawniające do MRG, zgodnie z punktem 1.1. OPZ” oraz „wartości euro brutto za przyjęte wnioski o zezwolenie uprawniające do MRG w okresie trwania umowy”. W odniesieniu do wniosków MRG (identycznie zresztą jak w przypadku usługi przyjmowania wniosków wizowych), Zamawiający posłużył się pojęciami ceny i wartości. Zgodnie z definicją zawartą w ustawie z 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (dalej: Ustawa o cenach) cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, które kupujący jest zobowiązany zapłacić (...) za towar lub usługę. Nie sposób przy cenie określonej na 0 złotych (0 euro) mówić o jakimkolwiek zobowiązaniu do zapłaty. Co za tym idzie oferta Konsorcjum TLS w tym zakresie nie miała żadnej wartości ekonomicznej.

W wyjaśnieniach z 19 kwietnia 2021 r. Konsorcjum TLS napisało w zakresie stawki 0 euro za obsługę wniosków MRG: „Wszystkie koszty związane z obsługą przyjmowania wniosków jest powiązane z kosztem, które Konsorcjum i tak musiałoby ponieść z uwagi na realizowanie umowy w zakresie wniosków wizowych”. Powyższe sformułowanie sugerowało, że w związku z usługą MRG Konsorcjum TLS nie będzie ponosiło żadnych (przyporządkowanych tej usłudze) kosztów, gdyż wszystkie koszty ponosić będzie przy obsłudze wniosków wizowych i niejako przy okazji wykorzysta to dla celów MRG. Idąc dalej, oznaczać to może, że MRG z punktu widzenia Konsorcjum TLS będzie usługą bezkosztową i dlatego zaoferowało ją w gratisie. Jednak w innym miejscu tych samych wyjaśnień konsorcjum TLS wskazało, że z tytułu realizacji wniosków MRG osiągnie zysk.

Wskazanie w ofercie kwoty 0 euro stanowiło naruszenie Pzp

W zakresie zarzutu Odwołujący wskazał, że kwota zero nie ma wartości ekonomicznej i nie jest wyrazem zobowiązania do zapłaty przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy określonej sumy pieniężnej z tytułu realizacji określonej usługi. Tym samym wpisanie wartości 0 euro spowodowało, że oferta nie wypełniała wymogu wyceny usług i podania ich ceny w ofercie. W konsekwencji Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum TLS, jako sprzeczną z Pzp.

Konsorcjum TLS nie złożyło dowodów potwierdzających spełnienie przez to konsorcjum warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 7.1.2. SIWZ.

Zgodnie z punktem 7.1.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu, o których mowa art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykazali, że posiadają niezbędne doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonali lub wykonują należycie co najmniej jedną usługę polegającą na przyjmowaniu wniosków wizowych na rzecz placówki dyplomatycznej albo konsularnej Państwa strefy Schengen, stosownie do dyspozycji art. 43 Wspólnotowego Kodeksu Wizowego, gdzie w ramach jednej usługi (umowy) wykonawca przyjął na rzecz jednego podmiotu (placówki dyplomatycznej albo konsularnej) co najmniej 10 000 wniosków wizowych w okresie nie dłuższym niż 12 kolejnych miesięcy, niezależnie od tego czy usługa była/jest świadczona na podstawie umowy zawartej bezpośrednio z tą placówką, czy też na podstawie umowy zawartej z innym podmiotem (np. Ministerstwem Spraw Zagranicznych danego państwa strefy Schengen lub innym urzędem tego państwa).

Celem wykazania spełniania warunku każdy wykonawca miał obowiązek wymienić w Załączniku nr 5 do SIWZ co najmniej jedną usługę oraz złożyć dowód, o którym mowa w punkcie 8.1.3 SIWZ potwierdzający, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Konsorcjum TLS w załączniku nr 5 do SIWZ wskazało usługę wykonywaną przez spółkę TLScontact Maroc (SARLAU) na rzecz "Ambasady Niemiec" oraz złożyło list referencyjny z 12 lutego 2021 r. wystawiony przez Ambasadę Niemiec w Rabacie wskazujący, że TLScontact Maroc SARLAU prowadził punkty przyjmowania wniosków wizowych w Rabacie, Marrakeszu i Tangerze „w imieniu władz Niemiec w Maroko”. Treść listu referencyjnego złożonego przez Konsorcjum TLS jako dowód na okoliczność wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.1.2. SIWZ stała w sprzeczności z wymogiem SIWZ polegającym na obowiązku wykazania, że dana usługa była świadczona na rzecz placówki dyplomatycznej albo konsularnej państwa strefy

Schengen, czyli w tym przypadku — na rzecz placówki dyplomatycznej albo konsularnej Niemiec w Maroko.

Treść listu referencyjnego skutkowałą także nieprawdziwością oświadczenia Konsorcjum TLS zawartego w Załączniku nr 5 do SIWZ - w kolumnie zatytułowanej „Placówka dyplomatyczna albo konsularna państwa strefy Schengen, na rzecz której wykonana została lub nadal jest wykonywana usługa przyjmowana wniosków wizowych stosownie do dyspozycji art. 43 KW”. Konsorcjum TLS wpisało w tym Załączniku, że świadczyło usługę dla Ambasady Niemiec, ale z listu referencyjnego wynikało, że nie dla Ambasady Niemiec, lecz dla Rządu Niemiec w Maroko.

Nieprawdziwość oświadczenia złożonego przez Konsorcjum TLS w załączniku nr 5a do SIWZ była najdobitniej widoczna w przypadku francuskiego listu referencyjnego. Był on wydany przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych Francji i stanowił o pracy dla Rządu Francuskiego, podczas gdy Konsorcjum TLS wpisało w wykazie, że świadczyło usługi na rzecz Ambasady Francji.

Konsorcjum TLS złożyło błędne listy referencyjne

Zgodnie z punktem 12.1.2. SIWZ ocenie punktowej podlegać mogły wyłącznie usługi spełniające wymagania określone w punkcie 7.1.2 SIWZ, jednakże inne od tych, które zostały wskazane w wykazie usług wykonanych lub wykonywanych składanym w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (załącznik nr 5 do SIWZ).

Celem uzyskania punktów w ramach kryterium oceny doświadczenia wykonawcy, Konsorcjum TLS złożyło wraz z ofertą Załącznik nr 5a do SIWZ, w którym wskazało trzy usługi wykonywane na rzecz Ambasady Francji, Konsulatu Włoch oraz Konsulatu Belgii, bez wskazania w Załączniku nr 5a do SIWZ lokalizacji tych placówek.

Do Załącznika nr 5a dołączone zostały listy referencyjne wydane przez Konsulat Republiki Włoch w Casablance (list referencyjny z 10 lutego 2021 r.), Konsulat Królestwa Belgii w Casablance (list referencyjny z 9 lutego 2021 r.) oraz Ministerstwo Spraw Zagranicznych Republiki Francji (list referencyjny z 9 lutego 2021 r.). Treść wszystkich trzech ww. listów referencyjnych złożonych przez Konsorcjum TLS celem potwierdzenia wykonywania usług punktowanych przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny doświadczenia wykonawcy była sprzeczna z wymogiem SIWZ polegającym na obowiązku wykazania, że dana usługa była świadczona na rzecz placówki dyplomatycznej albo konsularnej państwa strefy Schengen, czyli odpowiednio w przypadku Konsorcjum TLS placówki dyplomatycznej albo konsularnej Republiki Włoskiej, Królestwa Belgii oraz Republiki Francji w Maroko. Wszystkie trzy ww. listy referencyjne wskazywały, że usługi zrealizowane zostały na rzecz odpowiednio: Rządu Włoskiego w Maroko, Rządu Francuskiego w Maroko oraz Rządu Królestwa Belgii w Maroko.

Zdaniem Odwołującego nie można było utożsamiać wymogu z punktu 7.1.2. SIWZ oraz Załącznika nr 5a do SIWZ dotyczącego świadczenia usługi na rzecz placówki dyplomatycznej albo konsularnej państwa strefy Schengen, a świadczeniem usługi na rzecz Rządu państwa strefy Schengen. Zamawiający uznał jednak potwierdzenie realizacji usług na rzecz rządów ww. państw za równoznaczne z ich świadczeniem na rzecz placówek dyplomatycznych albo konsularnych tych państw. Skutkiem było bezzasadne przyznanie ofercie Konsorcjum TLS punktów za doświadczenie.

Treść ww. trzech listów referencyjnych skutkowałą także nieprawdziwością oświadczenia Konsorcjum TLS zawartego w Załączniku nr 5a do SIWZ - w kolumnie zatytułowanej „Placówka dyplomatyczna albo konsularna państwa strefy Schengen, na rzecz której wykonana została lub nadal jest wykonywana usługa przyjmowania wniosków wizowych stosownie do dyspozycji art. 43 KW”. Konsorcjum TLS wpisało w Załączniku, że świadczyło usługi dla Ambasady Francji, Konsulatu Włoch oraz Konsulatu Belgii. Żeby oświadczenie to było prawdziwe powinno było wpisać odpowiednio: Rząd Francji, Rząd Królestwa Belgii oraz Rząd Republiki Włoch.

Konsorcjum TLS podało w Załączniku nr 5a do SIWZ nieprawdziwe dane (a przynajmniej niezgodne z treścią załączonych listów referencyjnych), przez co Zamawiający nie powinien był przyznać temu wykonawcy żadnych punktów za doświadczenie, zamiast przyznać je w maksymalnej wysokości.

Biorąc pod uwagę, że dokumenty na potwierdzenie spełnienia punktowanych kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu, a jedynie wyjaśnieniom w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, uznać należało, że wykaz usług złożony przez Konsorcjum TLS (Załącznik nr 5a do SIWZ, jak i dowody w postaci złożonych listów referencyjnych obarczone były nieusuwalną wadą uniemożliwiającą przyznanie punktów.

W odniesieniu do francuskiego listu referencyjnego przedstawionego przez Konsorcjum TLS Odwołujący wskazał ponadto, że polskie tłumaczenie dokumentu jest niezgodne z oryginalnym, angielskim brzmieniem. Tekst angielski wskazuje na realizację usług na rzecz Rządu Francji w Maroku, a polskie tłumaczenie wskazywało na świadczenie usługi na rzecz Misji Francji w Maroku.

Odwołujący podkreślił również, że sprzeczności w sformułowaniach listu referencyjnego oraz przekłamanie w tłumaczeniu na język polski spowodowały, że tak naprawdę nie wiadomo na rzecz kogo TLS Contact Maroc (SARLAU) świadczył usługę opisaną w liście - czy na rzecz francuskich misji dyplomatycznych w Maroku (wskazanych w oryginalnym języku listu w liczbie mnogiej), czy też na rzecz rządu francuskiego. Rozbieżność skutkowałą całkowitą nieprzydatnością listu referencyjnego z punktu widzenia przyznania punktacji za doświadczenie. Zamawiający nic dostrzegł jednak tej rozbieżności i przyznał Konsorcjum TLS za ww. usługę 9 punktów.

Odwołujący wskazał również na nieprawidłowość w odniesieniu do belgijskiego listu referencyjnego Konsorcjum TLS. List potwierdzał, że TLScontact, zarządzał Punktem Przyjmowana Wniosków Wizowych w Casablance w imieniu Rządu Królestwa Belgii w Maroko. Tłumaczenie dokumentu na język polski również było przekłamane i nie miało żadnego związku z oryginalnym sformułowaniem w języku angielskim stanowiąc, że "TLS Contact świadczy usługi na rzecz Misji Francji w Maroko od stycznia 2017".

Powyższe dowodziło całkowitej bezzasadności przyznania Konsorcjum TLS kolejnych 9 punktów za realizację usługi opisanej w liście referencyjnym z 9 lutego 2021 r. wydanym przez Konsulat Królestwa Belgii w Casablance. Analogiczny zarzut, jak w przypadku francuskiego i belgijskiego listu referencyjnego Konsorcjum TLS Odwołujący podniósł również wobec listu referencyjnego wydanego przez Konsulat Republiki Włoskiej w Casablance.

Konsorcjum TLS nie będzie w stanie złożyć wymaganych przez SIWZ oświadczeń przed zawarciem Umowy.

Zgodnie z SIWZ, przed podpisaniem umowy z Zamawiającym wykonawca zobowiązany będzie oświadczyć, że nie prowadzi działalności godzącej wizerunek Rzeczypospolitej Polskiej (pkt 18.3 lit. a SIWZ) oraz, że brak jest konfliktu interesów w rozumieniu (pkt 18.3 lit. c SIWZ). Zdaniem Odwołującego Konsorcjum TLS nie będzie w stanie złożyć w sposób rzetelny tych oświadczeń. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał złożone jako dowód do odwołania publikacje z mediów ukraińskich (www.antikor.com.ua, www.znaj.ua) w których zarzucono jednemu z konsorcjantów wchodzących w skład Konsorcjum TLS m. in. korupcję oraz inną działalność przestępczą.

Odwołujący wskazał ponadto, że zaistnieje również konflikt interesów przejawiający się tym, że jeden z konsorcjantów Konsorcjum TLS, świadczący usługi pośrednictwa pracy pracowników ukraińskich w Polsce zyska dostęp do systemu obsługi wizowej. Odwołujący przytoczył również szereg publikacji medialnych, z których wynikały poważne zarzuty wobec jednej z osób związanych z Konsorcjum TLS.

Odwołujący wskazał, że niezrozumiałym jest dlaczego ww. opisany konflikt interesów nie został dostrzeżony przez Zamawiającego. Trudno również w kontekście przytoczonych powyżej publikacji (także tych sprzed ogłoszenia postępowania) mówić o możliwości złożenia przez Konsorcjum TLS oświadczeń wymaganych przez SIWZ. W tej sytuacji zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum TLS powinna zostać odrzucona.

Konsorcjum TLS nie złożyło odpowiednich dowodów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

Zgodnie z punktem 8.2. SIWZ wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza był zobowiązany do złożenia Zamawiającemu na jego wezwanie

dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, w tym dokumentów potwierdzających, że nie otwarto jego likwidacji lub upadłości.

Zgodnie z pkt 8.9.2 lit. b) SIWZ, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zastosowanie miały przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów). W takiej sytuacji, wykonawca był zobowiązany przekazać Zamawiającemu m.in. dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

17 maja 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum TLS m.in. do złożenia oświadczeń lub dokumentów wskazanych m.in. w pkt 8.2.2 SIWZ, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, w tym dokumentów potwierdzających, że nie otwarto jego likwidacji lub upadłości. W odpowiedzi Konsorcjum TLS przedstawiło dwa oświadczenia dla konsorcjantów zarejestrowanych na Ukrainie tj. TLScontact Ukraine LLC oraz Visa Staff Sp. z o.o. zgodnie z którymi wobec wskazanych spółek nie otwarto likwidacji oraz nie toczy się żadne postępowanie restrukturyzacyjne, w szczególności dotyczące zaspokojenia w ramach układu wierzycieli w drodze likwidacji majątku. Wskazane oświadczenia zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji ww. członków Konsorcjum TLS.

Zgodnie z § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów złożenie oświadczenia przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy jest możliwe wyłącznie wówczas gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę w ogóle nie wydaje się dokumentów potwierdzających, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Na Ukrainie możliwe jest uzyskanie zaświadczenia z jednolitego rejestru przedsiębiorstw, w stosunku do których zostało wszczęte postępowanie upadłościowe. W rezultacie, wykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania powinno być zostać udowodnione przez Konsorcjum TLS przez przekazanie Zamawiającemu odpowiednich dokumentów urzędowych potwierdzających, że wobec TLScontact Ukraine LLC oraz Visa Staff Sp. z o.o. nie ogłoszono upadłości.

Możliwość złożenia przez wykonawcę oświadczenia przed notariuszem lub innym podmiotem nie stanowi alternatywy do obowiązku przekazania Zamawiającemu dokumentu urzędowego wydawanego przez odpowiednie organy państwa. Tym samym, wobec brzmienia § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, złożenie Zamawiającemu oświadczeń złożonych przed notariuszem zawierających informacje, że wobec określonych członków Konsorcjum TLS nie otwarto likwidacji nie mogło być uznane za należyte

wypełnienie obowiązku przedstawienia odpowiednich dowodów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Na podstawie ww. oświadczeń przedstawionych przez Konsorcjum TLS nie dało się ustalić czy zostały one rzeczywiście złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę tych członków Konsorcjum TLS. W szczególności, dokumenty przekazane przez Konsorcjum TLS nie zawierały tłumaczenia dokumentu, z którego wynikałoby, że zostało ono złożone przed właściwym organem.

W postępowaniu naruszono zasadę równego traktowania

Zamawiający zignorował i nie wziął pod uwagę bardzo poważnych przesłanek, których należyta ocena prawna skutkować powinna wykluczeniem Konsorcjum TLS z postępowania albo odrzuceniem jego oferty. Przesłanki te były zdaniem Odwołującego oczywiste i dotyczyły szczegółowo omówionych wyżej zarzutów odwołania (wycena części oferty za 0 euro, brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, konflikt interesów, czyn nieuczciwej konkurencji, wadliwe listy referencyjne skutkujące błędną oceną punktową oferty itd.).

15 lipca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut naruszenia 138 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający przeprowadził analizę oferty Konsorcjum TLS pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny, w związku z wyceną usługi rozpatrywania wniosków MRG za cenę brutto 0 euro. Wykonawca był dwukrotnie wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

8 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum TLS do złożenia wyjaśnień oraz dowodów. W odpowiedzi wykonawca wskazał, że wszystkie koszty związane z obsługą przyjmowania wniosków były powiązane z kosztami, które i tak musiałby ponieść z uwagi na realizowanie umowy w zakresie wniosków wizowych. Zamawiający ocenił, że wyjaśnienia były niewystarczające i 30 kwietnia 2021 r. zwrócił się o złożenie dowodów i dodatkowych wyjaśnień, w tym wyspecyfikowania kosztów ponoszonych tytułem świadczenia usługi przyjmowania wniosków MRG. Wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia i dowody 6 maja 2021 r. Konsorcjum TLS wskazało, że koszty z tytułu realizacji zamówienia w odniesieniu do obsługi wniosków MRG wynosić będą poniżej 1% wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Koszty te znajdowały pokrycie w zakładanych zyskach.

Zgodnie z OPZ wnioski MRG będą rozpatrywane jedynie przez 3 z 18 punktów przyjmowania wniosków. Szacunkowa maksymalna ilość przyjętych wniosków o zezwolenie

uprawniające do MRG wynosiła 45 100, co stanowiło ok. 1,6% szacunkowej maksymalnej ilości przyjętych wniosków wizowych w okresie trwania umowy (2 745 000). Przyjęta szacunkowa ilość wniosków objętych zamówieniem wynikała z doświadczenia Zamawiającego związanego z realizacją aktualnie wykonywanej, analogicznej umowy. Pozycja MRG w odniesieniu do ceny całkowitej oferty nie miała charakteru istotnego elementu ceny.

Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ sankcji w postaci odrzucenia oferty za zaoferowanie ceny 0 euro za rozpatrzenie wniosku.

Zamawiający przyznał punkty w kryterium ceny oceniając całkowity koszt wykonania zamówienia, a nie zaoferowane ceny jednostkowe. Żaden przepis prawa nie zabraniał zastosowania ceny 0 euro za poszczególne usługi. Ustawa o cenach, definiując cenę, odwołuje się do wartości, wyrażonej w jednostkach pieniężnych. Ustawa o cenach nie postawiła jednak wymogu, aby wartość ta została wyrażona w jednostkach wyższych od zera. Tym samym wartość 0 zł spełniła definicję ceny w rozumieniu tej ustawy.

Zarzutu naruszenia art 138r ust. 1 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem i twierdzeniem Odwołującego jakoby Konsorcjum TLS oferując za usługę obsługi wniosków MRG za 0 euro dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W postępowaniu nie wystąpiła żadna z przesłanek wynikających z powyższej, ustawowej definicji. Okoliczność, że jeden z elementów ceny został wyceniony na 0 euro nie była w tym przypadku istotna z uwagi na fakt, że ocenie podlegała łączna cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający nie przewidział w treści SIWZ sankcji w postaci odrzucenia oferty za zaoferowanie ceny 0 euro za rozpatrzenie wniosku oraz nie odnosił się do kwestii rozróżniania źródeł pokrywania kosztów ponoszonych przez wykonawcę w związku z realizacją usługi przyjmowania wniosków wizowych oraz wniosków MRG.

Zarzut naruszenia art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4 Pzp

Zgodnie z § 11 Istotnych postanowień umowy wynagrodzenie wykonawcy będzie stanowiło iloczyn liczby przyjętych wniosków wizowych/wniosków o zezwolenie na MRG oraz opłaty jednostkowej za każdy z tych wniosków. W ust. 2 wskazane zostało, że za wykonanie przedmiotu umowy wykonawca otrzyma łączne wynagrodzenie (brutto) nie wyższe niż podane w treści oferty. Konsorcjum TLS wskazało w treści oferty cenę za rozpatrzenie

wniosku wizowego w wysokości 12,25 euro brutto i za wniosek MRG 0 euro brutto, podstawą do przyznania punktów w kryterium cena była łączna cena brutto za wykonanie zamówienia. W związku z tym umowa będzie zawierała obydwie elementy stanowiące essentialia negotii zamówienia publicznego tj. odpłatność i wzajemność.

Zarzut naruszenia art 138r ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp Konsorcjum TLS na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.1.2 SIWZ złożyło wykaz usług zawierający jedną pozycję oraz załączyło dowód określający jej należyte wykonanie (załącznik nr 5 do SIWZ). W wykazie została wskazana usługa realizacji wniosków wizowych na rzecz Ambasady Republiki Federalnej Niemiec w Rabacie przez wchodzący w skład konsorcjum TLSContact Maroc (Sarlaw). Zamawiający dokonał badania treści dokumentów łącznie. Z oświadczenia wykonawcy wynikało, że w wymaganym okresie na rzecz Ambasady Niemiec w Maroko zostało zrealizowane 17299 wniosków. Treść referencji potwierdzała należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie. Z tego względu Zamawiający uznał, że Konsorcjum TLS wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu niezależnie od tego, czy usługa była świadczona na podstawie umowy zawartej bezpośrednio z Ambasadą Niemiec w Maroko, czy też na podstawie umowy zawartej z innym podmiotem (np. Ministerstwem Spraw Zagranicznych lub innym urzędem tego państwa).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt a Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych sporządzonej w Wiedniu 18 kwietnia 1961 r. (Dz.U.1965.37.232) funkcje misji dyplomatycznej obejmują m.in. reprezentowanie państwa wysyłającego w państwie przyjmującym. Usługa wskazana w wykazie była realizowana na rzecz Ambasady Republiki Federalnej Niemiec w Rabacie i świadczona na podstawie umowy zawartej z Rządem Niemiec. Zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu przewidział taką możliwość. W związku z czym brak było podstaw do kwestionowania referencji Konsorcjum TLS.

Zarzut naruszenia art. 138r ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp

Zamawiający w pkt 12.2.1 SIWZ opisał zasady przyznawania punktów w kryterium Doświadczenie Wykonawcy. W jego ramach Zamawiający dokonał oceny złożonej oferty opierając się na informacji umieszczonej przez wykonawcę w Wykazie usług podlegających ocenie w kryterium Doświadczenie Wykonawcy (Załącznik nr 5a do SIWZ), których należyte wykonanie lub wykonywanie zostało każdorazowo potwierdzone stosownymi dowodami, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ. Referencje miały stanowić potwierdzenie należytego wykonania usług.

Konsorcjum TLS w złożonym wykazie stanowiącym Załącznik 5a do SIWZ, wskazał trzy usługi realizowane przez wchodzącą w skład konsorcjum TLSContact Maroc (Sarlaw)

na rzecz Ambasady Francji w Maroko, Konsulatu Włoch w Casablance, Konsulatu Belgii w Casablance. Wszystkie te usługi odpowiadały wymogom SIWZ oraz zostały należycie potwierdzone złożonymi referencjami. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego wskazującą na wady tych referencji. Zamawiający wskazał ponadto, że zauważył nieistotne błędy w tłumaczeniu referencji na język polski, ale nie stanowiły one przeszkody do bezspornego ustalenia treści dokumentów.

Zarzut naruszenia art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2

Zamawiający na podstawie otrzymanych w postępowaniu dokumentów nie miał żadnych podstaw ani dowodów do uznania, że w związku z wyborem oferty Konsorcjum TLS jako najkorzystniejszej istnieją okoliczności uniemożliwiające wykonawcy złożenie oświadczenia, o którym mowa w pkt 18.3 SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 24 aa ust. 1 Pzp w związku z § 7 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Mając na uwadze specyfikę procedury zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej progi z art. 138g Pzp, Zamawiający szczegółowo opisał w SIWZ środki dowodowe, których złożenia wymagał w postępowaniu.

Konsorcjum TLS wraz z ofertą załączyło odpowiednio Wyciąg z Jednolitego Państwowego Rejestru Osób Prawnych, Osób Fizycznych Przedsiębiorców i Organizacji Społecznych TLS Contact sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie (Ukraina), opatrzone datą 23 lutego 2021 r., z wpisem „Brak danych” w miejscu informacji o otwarciu likwidacji. Na stronach 72-73 oferty załączono Wyciąg z Jednolitego Państwowego Rejestru Państwowego Osób Prawnych, Osób Fizycznych — Przedsiębiorców i Formacji Społecznych Viza Staff sp. z o.o.(Ukraina) z wpisem o braku informacji w miejscu danych o likwidacji podmiotu, opatrzone datą 10 lutego 2021 r. W związku z powyższym Konsorcjum TLS nie było zobowiązane do składania tych samych dokumentów na etapie wezwania do złożenia dokumentów z 17 maja 2021 r.

W konsekwencji w ocenie Zamawiającego nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut wynikowy wobec powyższych czyli zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Pisemne stanowisko wobec zarzutów odwołania złożył 15 lipca 2021 r. również Przystępujący TLS. W zaprezentowanej argumentacji Przystępujący TLS poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

KIO 1821/21

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Global Visa wskazał m.in.:

Odwołujący zaoferował cenę w wysokości 20 745 350,00 euro brutto, w tym stawki w wysokości 7,5 EUR brutto za jeden wniosek wizowy oraz 3,5 euro brutto za jeden wniosek MRG. Oferta Odwołującego Global Visa zawierała cenę najniższą ze wszystkich złożonych ofert wykonawców, jednak została w sposób nieuzasadniony odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp i nie została przez Zamawiającego oceniona. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego Global Visa nie przywołał podstawy prawnej art. 138r ust. 2, gdyż nie przewidział dodatkowych przesłanek odrzucenia ofert poza wynikającymi z Pzp, w tym w szczególności z art. 89. Mimo nieokreślenia przedmiotowych, dodatkowych przesłanek w SIWZ, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Global Visa powołał się na nieokreślone w SIWZ podstawy, wykraczające poza zakres art. 89 Pzp, a tym samym sprzeczne z art. 138r ust. 2 Pzp.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zadania kwotę 73 617 929,69 euro, co oznaczało, że biorąc pod uwagę złożone oferty wszystkich wykonawców, założony przez Zamawiającego budżet znacząco przewyższał kwotę potrzebną do realizacji przedmiotu zamówienia. Oferty złożone przez wykonawców były zbliżone w zakresie ceny całkowitej. Różnica pomiędzy średnią arytmetyczną cen ofert wszystkich wykonawców, wynoszącą 30 370 378,00 euro a kwotą przeznaczoną na realizację przedmiotu zamówienia wynosiła 43 247 551,69 euro. Różnica ta stanowiła blisko 58% założonej przez Zamawiającego wartości.

Zamawiający, mimo przeszacowania wartości zamówienia, pismem z 8 kwietnia 2021 roku wezwał Odwołującego Global Visa do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający swoim wezwaniem objął całą cenę wynikającą z oferty Odwołującego Global Visa, tj. 20 745 350,00 euro brutto, a swoje wątpliwości oparł na dysproporcji w stosunku do przyjętej przez siebie wartości zamówienia w kwocie 73 617 929,69 euro brutto.

Wezwanie było ogólne i nie precyzowało, w jaki sposób oraz w oparciu o jakie dokumenty Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty Odwołującego Global Visa. Zamawiający powtórzył jedynie wynikający z art. 90 ust. 1 Pzp zakres oczekiwanych wyjaśnień oraz wskazał powinność uwzględnienia, czy ceny oferty obejmowały wszystkie koszty wykonania Zadania wynikające z SIWZ, w szczególności: utworzenia i utrzymania PPWW, uruchomienia witryny internetowej, wyposażenia PPWSS w sprzęt i oprogramowanie niezbędne do pobierania identyfikatorów biometrycznych, zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, zatrudniania osób niekaranych o odpowiednich kwalifikacjach, tj. posiadających wykształcenie minimum średnie, znajomość języka polskiego i ukraińskiego na poziomie

komunikatywnym w mowie i piśmie, zapewniania wszystkich technicznych o organizacyjnych środków bezpieczeństwa wymaganych do ochrony danych osobowych, prowizji bankowych za przelewy dokonywane z tytułu pobierania opłat konsularnych, tj. opłat wizowych i opłat za zezwolenia MRG.

Zamawiający oparł swoje wątpliwości wyrażone w treści wezwania wyłącznie w odniesieniu do szacowania wartości zamówienia oraz, że dotyczyły one całej ceny oferty Odwołującego Global Visa.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący Global Visa pismem z 19 kwietnia 2021 roku złożył wyjaśnienia dotyczące sposobu ustalenia ceny oferty, w których potwierdził, że przy obliczaniu ceny uwzględnił wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, w tym OPZ, jak również w Istotnych Postanowieniach Umowy. Odwołujący Global Visa szczegółowo omówił sposób wyliczenia zaoferowanej ceny, odnosząc się do wszystkich podniesionych przez Zamawiającego kwestii.

W odniesieniu do kwestii wynajmu powierzchni nieruchomości, w których otwarte mają być PPWW Odwołujący Global Visa odwołał się do obliczeń kosztów najmu dla powierzchni biurowych we wszystkich 18 lokalizacjach. Uzasadniając wyliczenia wskazał, że na potrzeby przygotowania oferty nawiązał współpracę z doświadczonym i renomowanym operatorem nieruchomości działającym na rynku ukraińskim, tj. Expandia LLC Advisory & Transaction Services, który we współpracy z Odwołującym Global Visa analizował przyjęte stawki rynkowe najmu powierzchni biurowych. Nadto Odwołujący wskazał również na prowadzone we współpracy z ww. podmiotem dodatkowe analizy uzyskanych danych.

W zakresie kosztów zatrudnienia personelu Odwołujący Global Visa wskazał, że przyjęte koszty zatrudniania personelu w sposób istotny przewyższały wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę z uwzględnieniem wymagań dla zatrudnianego personelu wynikających z SIWZ, jak również wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego na Ukrainie. Celem przyjęcia odpowiednich kosztów i zaoferowania odpowiedniej ceny, Odwołujący Global Visa nawiązał współpracę z EBS Kiev, ukraińską firmą specjalizującą się w świadczeniu usług korporacyjnych, takich jak zarządzanie finansami, księgowość, usługi podatkowe i audytowe, outsourcing płac, doradztwo HR oraz usługach prawnych. Odwołujący wszelkie dane uzyskane od ww. podmiotu dodatkowo zweryfikował. Odwołujący Global Visa przyjął spełnianie wszystkich warunków wynikających z SIWZ, w tym dotyczących kwalifikacji zatrudnianego na umowę o pracę personelu.

W odniesieniu do uruchomienia strony internetowej oraz kosztów oprogramowania, Odwołujący uzasadniając zaoferowaną cenę, uwzględniającą oszczędności wynikające z jego indywidualnych możliwości, wskazał m.in., że dysponuje platformą operacyjną Global Visa Application (GVApp9), która została opracowana przez Odwołującego Global Visa i jest

z powodzeniem wykorzystywana w 71 różnych lokalizacjach na całym świecie. Odwołujący wskazał, że w związku z dysponowaniem zasobami własnymi, w tym wynikających z własności intelektualnej oraz odpowiedniej kadry stanowiącej wewnętrzny zespół specjalistów Global Visa, wymagania opisane w SIWZ w odniesieniu do tej części zamówienia będą mogły zostać wykonane przez Odwołującego w praktyce bez dodatkowych kosztów.

Odwołujący uwzględnił również wszystkie koszty związane z zapewnieniem sprzętu (w tym sprzętu umożliwiającego pobieranie danych biometrycznych) spełniającego wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. W zakresie bezpieczeństwa organizacyjnego i technicznego Odwołujący Global Visa, posiadający certyfikat ISO 27001:2013 dotyczący systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji (ISMS) oraz certyfikat ISO 9001:2015 dotyczący systemu zarządzania jakością (SZJ wyjaśnił, że uwzględnił w ofercie m.in.: (i) zatrudnienie agenta ochrony w każdym PPWW, (ii) monitoring CCTV w każdym PPWW, (iii) zapewnienie sejfów do przechowywania dokumentów, w tym paszportów, (iv) korzystanie z renomowanych operatorów kurierskich (w celu m.in. przekazywania wniosków wizowych oraz paszportów), którzy dodatkowo będą sprawdzani pod kątem bezpieczeństwa. Odwołujący wskazał także na okoliczność korzystania przez Odwołującego z usług Microsoft Azure, jak również OTE (największego operatora telekomunikacyjnego w Grecji).

Dodatkowo, celem wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, Odwołujący Global Visa przedstawił rozbicie ceny ofertowej, w tym dla kosztów opisanych powyżej. Dla pewności co do kalkulacji w oparciu, o które ustalono cenę ofertową, przychody z realizacji zostały oszacowane również przy założeniu, że liczba wnioskodawców będzie mniejsza o 35% w stosunku do szacunkowej maksymalnej liczby wnioskodawców wskazanej w SIWZ.

Do wyjaśnień Odwołujący Global Visa dołączył także dowody w postaci ofert wynajmu nieruchomości oraz danych dotyczących wynagrodzenia minimalnego na Ukrainie, wynagrodzenia przeciętnego i rozpiętości wynagrodzeń w odniesieniu do średniej wynagrodzeń wraz z premiami.

Mimo powyższych wyjaśnień, Zamawiający pismem z 30 kwietnia 2021 roku ponownie wezwał Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Zamawiający, nie podając powodów ani kryteriów oceny wskazał, że przedstawione dotychczas dowody były niewystarczające. Dodatkowe wyjaśnienia, do których Zamawiający wzywał Odwołującego dotyczyć miały:

1. podstawy obliczenia ceny najmu lokali, w których ma zostać zlokalizowanych 18 PPWW;

2. stawek wynagrodzenia dla pracowników PPWW z przedstawieniem wykazu ilościowego zatrudnionych pracowników z dodatkowym podziałem na wykonywane funkcje i lokalizacje PPWW;
3. kosztów zabezpieczenia wniosków przekazywanych drogą korespondencyjną, zgodnie z pkt 6 OPZ;
4. kosztów szkolenia personelu w tym, o których mowa w pkt 8.7.3 OPZ.

Wskazując na oczekiwane dowody i wyjaśnienia Zamawiający przykładowo wymienił m.in. umowę przedwstępną najmu, a także zawarte umowy o pracę.

Odwołujący Global Visa, w odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z 6 maja 2021 roku podtrzymał w całości dotychczas złożone wyjaśnienia i stanowisko, o którym mowa powyżej oraz odniósł się do wszystkich dodatkowych kwestii wskazanych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał m.in., że cena ofertowa została przyjęta w oparciu o analizę kosztów dla poszczególnych lokalizacji PPWW, a jednocześnie dodatkowo wyjaśnił, że podmiot współpracujący, tj. Expandia LLC Advisory & Transaction Services, należący do CBRE, tj. jednej z największych spółek doradczych specjalizujących się w rynku wynajmu nieruchomości, przeprowadziła badanie rynku, w tym potwierdzenie cen we wszystkich lokalizacjach PPWW. Odwołujący potwierdził dodatkowo, że ustalenia w zakresie warunków zatrudnienia personelu poczynione we współpracy z firmą EBS Kiev obejmowały uwzględnienie wszelkich wymogów wynikających z SIWZ, w tym średniego wykształcenia, niekaralności oraz posługiwania się językiem polskim i ukraińskim w mowie i piśmie w stopniu komunikatywnym.

Odwołujący Global Visa wyjaśnił ponadto, że w zakresie wskazanych w wezwaniu przez Zamawiającego zawartych umowach o pracę przepisy prawa, ani postanowienia SIWZ nie zobowiązywały Odwołującego do ich zawierania na ówczesnym etapie postępowania, co jednocześnie oznaczało, że ich brak nie mógł stanowić dowodu na nieprawidłowość przyjętej przez Odwołującego ceny. Odwołujący Global Visa wskazał również, że zawarcie wskazanych umów o pracę było ponadto niemożliwe z uwagi na brak możliwości określenia terminu realizacji umowy o udzielenie zamówienia z uwagi na toczące się dopiero postępowanie o jego udzielenie. Odwołujący Global Visa wyjaśnił również, że koszty zabezpieczenia wniosków przekazywanych drogą korespondencyjną, zgodnie z pkt 6 OPZ zostały uwzględnione w przekazanym rozbiciu ceny ofertowej, które zawierała w tabeli pozycję Transport (bezpieczny transport akt do i z Konsulatu dedykowanym pojazdem) oraz pozycję Usługa kurierska (od satelitarnego VAC do centralnego VAC i z powrotem) opiewające na łączną wartość w wysokości 100 860,00 euro.

Wraz ze złożonymi wyjaśnieniami Odwołujący Global Visa złożył następujące dowody:

1. Korespondencję z Expandia LLC Advisory & Transaction Services wraz z tłumaczeniami,
2. Oferty wynajmu nieruchomości,
3. Kalkulację cen wynajmu nieruchomości dla wszystkich PPWW,
4. Zestawienie pracowników dla wszystkich PPWW,
5. Informacje dotyczące wysokości wynagrodzenia za pracę na Ukrainie na poszczególnych stanowiskach pracy istotnych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia.

Złożone jako dowód wyliczenie kosztów zatrudnienia pracowników zgodnie z wymogami SIWZ wskazywało zatrudnienie zaledwie 22 pracowników za miesięczne wynagrodzenie w wysokości 200 euro, 18 pracowników za miesięczne wynagrodzenie w wysokości 250 euro oraz aż 406 pracowników za miesięczne wynagrodzenie w wysokości 300 euro, a nadto 6 pracowników za miesięczne wynagrodzenie w wysokości 350 euro oraz 5 pracowników za miesięczne wynagrodzenie 450 euro. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę obecne minimalne wynagrodzenie obowiązujące na Ukrainie w kwocie około 180 euro, cena oferty przyjęta przez Odwołującego Global Visa opierała się na założeniu, że żaden z członków personelu planowanego do zatrudnienia przez Odwołującego Global Visa nie zostanie zatrudniony za minimalne wynagrodzenie. Najniższe stawki planowane były dla zaledwie 22 z łącznej liczby 457 pracowników (pracownicy ochrony) i były wyższe od wynagrodzenia minimalnego.

W zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum TLS Odwołujący Global Visa podniósł, co następuje.

Odwołujący Global Visa zakwestionował możliwość złożenia prawidłowej oferty z ceną 0 euro na obsługę wniosków MRG, przy czym argumentacja była podobna do argumentacji Odwołującego VF (KIO 1820/21).

Odwołujący Global Visa zarzucił Konsorcjum TLS czyn nieuczciwej konkurencji związany z zaoferowaną ceną.

W ocenie Odwołującego Global Visa oferta Konsorcjum TLS nie dotyczyła świadczenia tego rodzaju usług na rzecz Zamawiającego, stanowiła więc ofertę częściową, a zatem nie była zgodna z treścią SIWZ i również z tego powodu należało ją odrzucić. Tak istotny błąd w ofercie Konsorcjum TLS nie mógł zostać usunięty w wyniku wyjaśnień wykonawcy, a zatem oferta ta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający ponownie wezwał Konsorcjum TLS do złożenia wyjaśnień i dowodów w terminie do 6 maja 2021 r., podnosząc, że wykonawca winien wskazać, w którym elemencie ceny oferty uwzględnił koszty związane z przyjmowaniem wniosków MRG.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Konsorcjum TLS 5 maja 2021 roku przedstawiło tabelaryczne zestawienie kosztów związanych z realizacją zadania w przedmiocie wniosków wizowych oraz w ramach wniosków MRG. Wykonawca wskazał w pozycji „Obsługa MRG” sumę kosztów w wysokości 213 964,00 EUR. Tym samym w toku wyjaśnień Konsorcjum TLS dokonało zmiany swojej oferty po upływie terminu na jej złożenie. W pierwotnie bowiem złożonej ofercie, wobec wpisania wartości 0 EUR w formularzu oferty w polu dot. wniosków MRG Konsorcjum TLS nie przewidziało świadczenia tego rodzaju usług, bądź przyjęło rażąco niską cenę tego elementu. Powyższe, w związku z obowiązywaniem art. 84 ust. 1 Pzp, stanowiło niedozwoloną zmianę oferty, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 138r ust. 1 Pzp.

Wyjaśnienia TLS zostały doręczone Zamawiającemu 11 maja 2021 r. Wobec powyższego pismo wykonawcy było spóźnione, a Konsorcjum TLS nie złożyło skutecznie wyjaśnień, do których złożenia wzywał Zamawiający. 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, wobec nieudzielenia przez Konsorcjum TLS wyjaśnień w terminie, Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę tego wykonawcy. Zaniechanie tej czynności i wybór oferty TLS jako najkorzystniejszej również i z tego powodu był obarczony wadą.

11 czerwca 2021 roku Zamawiający powiadomił o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez Konsorcjum TLS. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że oferta spełniała wszystkie wymagania określone w SIWZ i otrzymała w sumie 98,68 punktów. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał również, że oferta Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp podlegała odrzuceniu. Zamawiający podkreślił, że wobec zbyt ogólnych wyjaśnień Odwołującego Global Visa, Zamawiający ponownie wezwał go do złożenia wyjaśnień i dowodów, precyzując pytania dotyczące kalkulacji ceny w tym dotyczące przyjętych kosztów pracy na poziomie 5 942 815,00 EUR oceniając je jako zaniżone. Zamawiający, wskazując, że „w grudniu 2021 r. zaplanowane jest kolejne podwyższenie płacy minimalnego wynagrodzenia do poziomu 6500 UAH, co w przeliczeniu wyniesie około 194 euro”. Zamawiający wbrew złożonym wyjaśnieniom i dowodom, a w szczególności kalkulacji Odwołującego Global Visa

dot. kosztów pracy uznał, że „przyjęte przez Wykonawcę stawki wynagrodzeń są bardzo zbliżone do minimalnego wynagrodzenia na Ukrainie”.

Odwołujący Global Visa podkreślił, że 89% planowanego personelu zatrudnionego do realizacji zadania będzie miało wynagrodzenie o 67% wyższe od wynagrodzenia minimalnego obowiązującego na Ukrainie. Ponadto umowa na realizację przedmiotu zamówienia przewidywała mechanizmy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany przepisów regulujących wynagrodzenie minimalne zarówno w Polsce jak i na Ukrainie. Zamawiający pominął tę kwestię i odniósł się tylko do potencjalnej zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia, abstrahując od zmiennego kursu wymiany walut, co potwierdzało, że rozważania Zamawiającego były arbitralne i nie mogły wyznaczać jego decyzji.

W projekcie umowy Zamawiający zobowiązał się, że w przypadku zmiany w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, wykonawca będzie uprawniony do otrzymania dodatkowego wynagrodzenia. W konsekwencji uzasadnienie Zamawiającego nie wskazywało, że oferta Odwołującego Global Visa zawierała rażąco niską cenę. Ponadto jako jedną z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego wskazywało zarzut, że Odwołujący nie uwzględnił ewentualnych zmian w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, która to okoliczność stanowi podstawę do zwiększenia wynagrodzenia należnego Odwołującemu Global Visa na podstawie umowy.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Global Visa wskazał, że „mając na uwadze charakter świadczonej usługi i jej znaczenia dla prestiżu Państwa Polskiego, Zamawiający wymaga od Wykonawcy zapewnienia jak najmniejszej rotacji pracowników, w szczególności przez odpowiednią politykę placową i politykę kadrową odpowiadającą stosownym ukraińskim przepisom dotyczącym zatrudnienia”. Tym samym podstawą odrzucenia oferty Odwołującego Global Visa było kryterium nie wynikające z przepisów prawa, ani z treści SIWZ, wobec czego tak przyjęta decyzja o odrzuceniu oferty była bezpodstawną. W świetle powyższego Zamawiający nie ustalił, że zaoferowana cena oferty Odwołującego była rażąco niska. Zamawiający sformułował nieuzasadnione i bezpodstawne obawy, co do okoliczności nie wynikających z postępowania o udzielenie zamówienia, co nie mogło obciążać Odwołującego Global Visa.

Zamawiający, niezgodnie ze stanem faktycznym, stanął również na stanowisku, że Odwołujący Global Visa nie przedstawił „dowodów uprawniających do założenia załozonego poziomu wynagrodzeń”. Tymczasem, przyjmując poziom wynagrodzeń zdecydowanie wyższy od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, Odwołujący złożył także dowody, że kwoty przyjęte przez Odwołującego w ofercie odpowiadają

wysokości wynagrodzenia otrzymywanego przez osoby na stanowiskach pracy odpowiadającym wymaganiom wskazanym w SIWZ.

Zamawiający wskazał, że odnosząc się do pozostałych ofert wykonawców przyjęte przez Odwołującego „stawki wynagrodzeń są rażąco zaniżone”. Tymczasem Odwołujący Global Visa udowodnił, że przyjęte przez niego stawki wynagrodzeń były zgodne z realiami rynku pracy na Ukrainie, zgodne z obowiązującymi przepisami prawa oraz potwierdzone przez Odwołującego. Oznacza to, że nie były one rażąco zaniżone, a ocena nie mogła być oparta wyłącznie na odniesieniu do pozostałych ofert, skoro Zamawiający dysponował wyjaśnieniami i dowodami złożonymi przez Odwołującego.

W podsumowaniu uzasadnienia, Zamawiający wskazał, że: „należało uznać, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe, a załączone dowody nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska”. Konkluzja Zamawiającego była zatem niespójna z jego wcześniejszymi wywodami. Stanowisko Zamawiającego było wewnętrznie sprzeczne. Zamawiający odwołał się do nieokreślonych i pozaprawnych przesłanek dokonywania oceny ofert, nie wynikających ponadto z SIWZ. Zamawiający w sposób sprzeczny ze stanem faktycznym podniósł, że Odwołujący przyjął wynagrodzenia bliskie wynagrodzeniu minimalnemu (co było twierdzeniem bezzasadnym) jednocześnie konkludując, że powodem odrzucenia oferty nie była zawarta w niej rażąco niska cena, a niezłożenie dowodów na brak takiej ceny.

15 lipca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Odwołujący Global Visa za wykonanie zamówienia zaoferował cenę brutto 20 745 350,00 euro, która była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz o ponad 30 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Mając na uwadze dyspozycję art. 90 Pzp Zamawiający 8 kwietnia 2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny, wyznaczając termin na ich złożenie do 19 kwietnia 2021 r.

Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego Global Visa były niewystarczające. Nie załączono stosownych dowodów, poza zapewnieniami o prawidłowym skalkulowaniu ceny oferty, załączeniem tabeli z przyjętymi kosztami i wskazaniem wysokości płacy minimalnej na Ukrainie oraz przykładowych cen najmu powierzchni biurowej dla kilku lokalizacji (Kijowa, Lwowa, Odessa, Iwano-Frankowska) w formie wydruków ze strony internetowej pośrednika nieruchomości, podczas gdy zamówienie obejmować miały 18 lokalizacji PPWW i ceny najmu na Ukrainie różniły się znacząco w zależności od położenia.

Zamawiający działając ze świadomością, że ciężar dowodu w zakresie wykazania braku rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, 30 kwietnia 2021 r. ponownie wezwał Odwołującego do przedstawienia dowodów na potwierdzenie prawidłowości swojej kalkulacji. Dodatkowo doprecyzował elementy wyceny wymagające wyjaśnień.

Odwołujący Global Visa w odpowiedzi złożył wyjaśnienia, w których potwierdził gotowość realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę oraz załączył tabelę z przyjętymi stawkami wynagrodzeń dla poszczególnych stanowisk określając poziom miesięcznych wynagrodzeń na poziomie od 200 euro w przypadku 22 pracowników, 250 dla 18 pracowników, 300 euro dla 406 pracowników, 350 dla 6 pracowników i 450 dla 5 pracowników. Prognozowane przez Odwołującego zatrudnienie konieczne do realizacji zamówienia obejmowało 457 etatów. Przy trzyletnim okresie trwania umowy łączna kwota przyjęta na wynagrodzenia wynosiła 5 931 396,00 euro.

Odwołujący Global Visa nie złożył przy tym żadnych dowodów uprawdopodobniających prawidłowość przyjętych stawek za wynagrodzenia, które były bardzo zbliżone do stawki minimalnego wynagrodzenia na Ukrainie.

Wątpliwości Zamawiającego wzbudziło ponadto oświadczenie Odwołującego Global Visa, że nie będzie ponosił kosztów z tytułu przeszkolenia pracowników.

Zgodnie z obowiązującymi na Ukrainie regulacjami, minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 6000 UAH co w przeliczeniu na euro daje kwotę około 180 euro. Na grudzień 2021 r. zapowiadane jest kolejne podwyższenie minimalnego wynagrodzenia do poziomu 6500 UAH, czyli około 194 euro. Należało mieć na uwadze, że umowa będzie realizowana od listopada 2021 r.

Doświadczenia Zamawiającego dotyczące zatrudniania pracowników na umowę o pracę na terytorium Ukrainy oraz zaobserwowane zasady obowiązujące na rynku pracy potwierdzały, że stawki minimalnego wynagrodzenia są oferowane pracownikom bez kwalifikacji i doświadczenia. Mając na uwadze charakter świadczonej usługi mającej znaczenie dla prestiżu Państwa Polskiego oraz wymagania określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz Istotnych Postanowieniach Umowy, Zamawiający powziął poważne wątpliwości czy za cenę ujętą w ofercie usługa będzie prawidłowo realizowana.

Zamawiający odniósł również przyjętą przez Odwołującego Global Visa kwotę planowanych wynagrodzeń (5 931 396,00 euro) w trakcie trzyletniego okresu realizacji umowy, do wyliczeń wynagrodzeń przedstawionych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Konsorcjum Capago na ten cel przewidziało kwotę 12 855 491,00 euro przy zatrudnieniu 536 osób, BLS na wynagrodzenie przewidziało kwotę 15 467 400,00 euro przy zatrudnieniu 533 pracowników, Konsorcjum TLS koszty pracy wyceniło na poziomie 9 808 636,00 euro przez cały okres realizacji umowy i planowało zatrudnienie 436 osób. Kwota przyjęta przez Odwołującego Global Visa wydawała się zatem rażąco niska

w porównaniu do wyliczeń pozostałych wykonawców. W związku z tym oferta podlegała odrzuceniu.

Zamawiający mając na uwadze treść otrzymanych wyjaśnień Odwołującego Global Visa, otrzymanych 19 kwietnia 2021 r., w wezwaniu do złożenia dodatkowych wyjaśnień z 30 kwietnia 2021 r., pomocniczo wskazał przykładowe dowody, którymi Odwołujący mógł posłużyć się na potwierdzenie prawidłowości przyjętych wyliczeń. Dowodami w ocenie Zamawiającego mogły być np. zawierane umowy o pracę. Odpowiednio zanonimizowany dokument uprawdopodobniłby przyjętą wysokość stawek wynagrodzeń. Zamawiający nie przewidywał żadnych negatywnych konsekwencji za brak złożenia przykładowych umów o pracę. Katalog dowodów miał charakter otwarty i Odwołujący Global Visa miał w tym zakresie pełną dowolność. Treścią wezwania Odwołujący został zobowiązany do wykazania, że przyjęte stawki wynagrodzeń były rzeczywiste tj. poparte praktyką i doświadczeniem wykonawcy lub podmiotu (pośrednika pracy) z usług którego zamierzał korzystać w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający oceniając kwestię zaoferowania przez Odwołującego Global Visa rażąco niskiej ceny oparł się o postanowienia OPZ oraz IPU dotyczące kwalifikacji i warunków pracy pracowników skierowanych do realizacji zamówienia. Zgodnie z pkt 8.7.1 OPZ przy realizacji zamówienia, wykonawca zapewni zatrudnianie osób niekaranych, a także schludną prezencję pracowników w trakcie wykonywania czynności służbowych związanych z realizowanym zamówieniem, o odpowiednich kwalifikacjach, tj. posiadających wykształcenie minimum średnie, znajomość języka polskiego i ukraińskiego na poziomie komunikatywnym w mowie i piśmie. Z kolei zgodnie z § 4 ust. 7 IPU wykonawca zobowiązuje się dołożyć również wszelkich starań dla utrzymania stabilności dysponowania personelem i zapobieżenia jego nadmiernej rotacji, a to w szczególności przez odpowiednią politykę płacową i politykę kadrową odpowiadającą w szczególności stosownym ukraińskim przepisom dotyczącym zatrudnienia. W ocenie Zamawiającego Odwołujący Global Visa składając ofertę w postępowaniu nie zapoznał się z treścią dokumentacji (SIWZ, IPU).

W zakresie zarzutów dotyczących zaoferowania przez Konsorcjum TLS ceny 0 euro za obsługę wniosków MRG Zamawiający przedstawił argumentację analogiczną jak w przypadku odpowiednich zarzutów odwołania KIO 1820/21.

Zamawiający wskazał ponadto, że oferta Konsorcjum TLS nie była ofertą częściową gdyż obejmowała całość przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie usługi rozpatrywania wniosków MRG za cenę brutto 0 euro stanowiło jego wycenę. Podanie kwoty 0 euro wskazywało jaką wartość przedstawiała dla wykonawcy i nie stanowiła braku wyceny elementu oferty.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający wskazał, że Konsorcjum TLS na wezwanie do wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny z 30 kwietnia 2021 r. udzieliło odpowiedzi w wyznaczonym terminie, tj. 6 maja 2021 r. o godzinie 12:39 przesyłając wyjaśnienia i dowody na adres email Ambasady RP w Kijowie. Pismo, na które powołał się Odwołujący opatrzone prezentatą z datą 11 maja 2021 r. stanowiło oryginał przekazanych wcześniej wyjaśnień.

Pisemne stanowisko wobec zarzutów odwołania złożył 15 lipca 2021 r. również Przystępujący TLS. W zaprezentowanej argumentacji Przystępujący TLS poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący ponadto zakwestionował interes Odwołującego Global Visa do podnoszenia zarzutów przeciwko ofercie TLS oraz udziałowi TLS w postępowaniu. W uzasadnieniu swojego stanowiska Przystępujący TLS wskazał m. in.:

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TLS z postępowania nie wyrządziło ani nie mogło wyrządzić Odwołującemu żadnej szkody. Podkreślić należy, że oferta Odwołującego Global Visa, w świetle zaoferowanych przez niego warunków realizacji zamówienia oraz przedstawionego do oceny w ramach kryteriów oceny ofert doświadczenia Odwołującego, w razie braku jej odrzucenia, byłaby ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem dla uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego nie miało najmniejszego znaczenia, czy którakolwiek z ofert mniej korzystnych, w tym oferta Konsorcjum TLS, zostanie odrzucona czy też nie. Odwołującemu Global Visa przysługiwał wobec tego środek ochrony prawnej w postaci odwołania do Prezesa KIO wyłącznie w odniesieniu do czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, w takim bowiem zakresie Odwołujący Global Visa ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący, aby uzyskać zamówienie, będzie musiał tylko przywrócić swoją ofertę do postępowania, gdyż w takim wypadku automatycznie znajdzie się ona na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Odwołujący zaoferował bowiem najniższą cenę, przedstawił do oceny doświadczenie skutkujące przyznaniem maksimum punktów w ramach kryterium oceny ofert, a ponadto zaoferował:

1. jakość PPWW we wszystkich lokalizacjach na terytorium Ukrainy skutkującą otrzymaniem maksimum punktów w ramach kryterium oceny ofert,
2. bezpłatne powiadomienia SMS o zmianie statusu wniosku wizowego skutkujące otrzymaniem maksimum punktów w ramach kryterium oceny ofert.

Dla Odwołującego było zatem kompletnie obojętne, czy oferta Konsorcjum TLS zostanie odrzucona czy nie, gdyż jest ona ofertą mniej korzystną. Interesu w atakowaniu oferty Konsorcjum TLS Odwołujący Global Visa nie mógł uzasadnić dążeniem do unieważnienia postępowania i szansą na uzyskanie zamówienia w ewentualnym powtórzonym postępowaniu, gdyż nawet w razie odrzucenia oferty Konsorcjum TLS w postępowaniu pozostają dwie inne oferty (konsorcjum VF oraz konsorcjum Capago), które nie zostały odrzucone i nie są atakowane przez Odwołującego. Co więcej, oferta konsorcjum Capago była tańsza od oferty Konsorcjum TLS, zatem Zamawiający na pewno ma środki, żeby w razie czego ją właśnie wybrać jako najkorzystniejszą.

Wskazane w odwołaniu przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego TLS w żaden sposób ani nie uniemożliwiły Odwołującemu Global Visa uzyskania zamówienia, ani nawet nie utrudniły jego uzyskania. Odwołujący nie miał zatem interesu, aby kwestionować poprawność oferty złożonej przez Konsorcjum TLS.

KIO 1834/21

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Capago wskazał m.in.:

8 kwietnia 2021 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz wyliczenia ceny. Pytania Zamawiającego dotyczyły tego, czy Capago S.A. złożyło ofertę samodzielnie, czy wspólnie z FE SGS Ukraine, kwestii reprezentacji Capago S.A. oraz przede wszystkim wyliczenia ceny oferty. Odwołujący przekazał Zamawiającemu w wyznaczonym terminie wyjaśnienia. 30 kwietnia 2021 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Co istotne, wezwanie dotyczyło wyłącznie kwestii dotyczących wyliczenia ceny oferty.

11 czerwca 2021 roku Zamawiający opublikował zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawierające zestawienie dotyczące oceny poszczególnych ofert. Ofercie złożonej przez Odwołującego Capago przyznano maksymalną liczbę punktów w ramach wszystkich kryteriów oceny, z wyłączeniem Doświadczenia Wykonawcy. W ramach tego kryterium Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 punktów z 28 punktów możliwych do uzyskania, umieszczając adnotację: „brak dowodów, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ”.

16 czerwca 2021 roku Odwołujący wezwał Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i zaprzestania naruszenia prawa, jednak Zamawiający do dnia złożenia odwołania nie wykonał powyższego żądania.

2. Postanowienia SIWZ w zakresie kryterium Doświadczenia Wykonawcy W punkcie 12.1.2 SIWZ Zamawiający określił zasady oceny ofert w kryterium Doświadczenia Wykonawcy. Zgodnie z postanowieniami tego punktu: „Zamawiający dokona oceny złożonych ofert na podstawie informacji zamieszczonych przez Wykonawcę w Wykazie usług podlegających ocenie w kryterium Doświadczenie Wykonawcy (Załącznik nr 5a do SIWZ), których należyte wykonanie lub wykonywanie zostanie każdorazowo potwierdzone stosownymi dowodami, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ (...) Zamawiający informuje, że Załącznik nr 5a do SIWZ - Wykaz usług wykonanych lub wykonywanych podlegających ocenie w kryterium Doświadczenie Wykonawcy - nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wobec tego art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy nie będzie miał do niego zastosowania, a jedynie art. 87 ust. 1 ustawy.

Ocenie punktowej podlegać będą wyłącznie usługi spełniające wymagania określone w pkt 7.1.2 SIWZ, jednakże inne od tych wskazanych w Wykazie usług wykonanych lub wykonywanych, składanym w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu (załącznik nr 5 do SIWZ). Wykonawca na podstawie jednej umowy może wykazać tylko jedną usługę.

Punkty będą przyznawane wyłącznie za inne usługi dodatkowe należycie wykonane lub wykonywane ponad minimalną wymaganą liczbę usług określoną w pkt 7.1.2 SIWZ, zgodnie z przyjętym sposobem oceny:

- 1 usługa dodatkowa – 9 punktów,
- 2 usługi dodatkowe – 18 punktów,
- 3 usługi dodatkowe i więcej - 28 punktów.

W przypadku umów dłuższych niż 1 rok Zamawiający przy punktacji brał będzie pod uwagę tylko jeden 12-miesięczny okres wskazany przez Wykonawcę. Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium Doświadczenie Wykonawcy wynosi 28 pkt”.

Punkt 12.1.2 SIWZ odsyłał do dowodów, o których mowa w pkt 8.1.3 SIWZ, który stanowił, że: „Dowodami, o których mowa w niniejszym punkcie, są:

– referencje bądź inne dokumenty - wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane;

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

– oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w tiret pierwsze powyżej”.

Punkt 3 Załącznika nr 5a do SIWZ stanowił natomiast, że: „Niniejszy wykaz usług, jak również dowody określające, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie nie będą podlegały uzupełnieniom lub wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, a jedynie w trybie art. 87 ust.1 ustawy”.

W punkcie 9.1 SIWZ, Zamawiający wskazał: „Jeżeli Wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów wskazanych w pkt 8 SIWZ, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, lub jeżeli te oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”.

Co istotne, zgodnie z pkt 7.10 SIWZ badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu miało nastąpić po dokonaniu oceny ofert i miało dotyczyć wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza.

Postępowanie jest prowadzone w trybie określonym w art. 138g i nast. Pzp, tj. w trybie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Zgodnie z art. 138m Pzp do zamówień na usługi społeczne przepisy art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b oraz art. 32-35 stosuje się odpowiednio. Z powyższego wynikało, że do zamówień na usługi społeczne nie mają zastosowania przepisy art. 25-26 Pzp.

Z uwagi na brak zastosowania do postępowań prowadzonych w trybie określonym w art. 138g i nast. Pzp art. 25 Pzp, do postępowania nie miało zastosowania również rozporządzenie w sprawie dokumentów. Podstawą jego wydania był bowiem art. 25 ust. 2 Pzp. W konsekwencji postanowienie punktu 8.1.3 tiret drugie SIWZ należało interpretować w sposób autonomiczny, co powoduje również brak możliwości odniesienia do tego postanowienia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie ww. rozporządzenia. Z zawartego w SIWZ sformułowania „oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w tiret pierwsze powyżej” nie wynikał wprost obowiązek przedstawienia odrębnego oświadczenia dotyczącego braku możliwości uzyskania dokumentów wraz

z dowodami na jego poparcie. Oświadczenie Zamawiającego zawarte w treści SIWZ w związku z uwagami powyższymi należy zgodnie z dyspozycją art. 65 § 1 Kc interpretować wprost, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, a dopiero w razie wątpliwości (których literalne brzmienie nie wywoływało) sięgać po dalej idące metody wykładni, zgodnie z zasadą interpretatio cessat in claris i zgodnie z zasadą usprawiedliwionych oczekiwań adresata oświadczenia. W dawniejszym orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmowano, że zgodnie z zasadą clara non sunt interpretanda (albo równoważną: de claris non sunt interpretanda) wykładni nie podlegają oświadczenia, których treść jest jasna. Co więcej, pkt 3 Załącznika nr 5a do SIWZ wprost wskazywał na możliwość uzupełniania lub wyjaśniania dowodów dołączonych do wykazu usług.

Od podmiotu zagranicznego, jak w przypadku skarżącego konsorcjum, nawet przy zastosowaniu miernika najwyższej staranności, nie sposób było wymagać, że w braku odpowiedniego zastrzeżenia w SIWZ, przy jednoczesnym braku stosowania ww. rozporządzenia, przedstawi on dodatkowe dokumenty w tym zakresie. W konsekwencji należało uznać za całkowicie nieuprawnioną adnotację umieszczoną przez Zamawiającego w zestawieniu porównawczym ofert dotyczącą braku dowodów, o których mowa w pkt 8.1.3 SIWZ. Dowód w zakresie posiadanego doświadczenia został przedstawiony przez Odwołującego i wobec braku obowiązku złożenia dodatkowego oświadczenia oraz niezastosowania procedury uzupełnień lub wyjaśnień określonej w SIWZ, powinien być uznany przez Zamawiającego jako potwierdzający uzyskanie maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium Doświadczenia Wykonawcy.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej, Odwołujący oświadczył, że z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie był w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w tiret pierwsze pkt 8.1.3 SIWZ.

Capago S.A. i FE SGS Ukraine rozpoczęły rozmowy w przedmiocie wzajemnej współpracy w projekcie 29 stycznia 2021 roku, mając na względzie to, że żaden z podmiotów z osobna nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Decyzja o wspólnym udziale w postępowaniu została podjęta 1 lutego 2021 r. Pierwotny termin złożenia ofert przypadł przy tym na 19 lutego 2021 r. Po zapoznaniu się z warunkami SIWZ Odwołujący uznali, że w świetle posiadanego doświadczenia zawodowego z uwagi na zbliżający się termin, konieczność przetłumaczenia dokumentów oraz konieczność przesłania ich do FE SGS Ukraine z odpowiednim wyprzedzeniem, uwzględniającym możliwe opóźnienie kuriera, jak również czas konieczny na skompletowanie dokumentacji, utrudnienia w funkcjonowaniu urzędów wystawiających referencję między innymi z powodu COVID-19, obiektywnie nie było możliwe uzyskanie i przedstawienie dokumentów referencji. W ocenie Odwołującego, wysyłka materiałów do FE SGS Ukraine musiała nastąpić najpóźniej 12 lutego 2021 roku

w celu dochowania pierwotnego terminu, co dawało ok. 8-10 dni roboczych na skompletowanie dokumentacji. Ocena ta pozostała aktualna po wydłużeniu terminu składania ofert - z uwagi na krótki czas wydłużenia. Mając na uwadze powyższe Odwołujący Capago zdecydował, że zostanie przedstawione oświadczenie wykonawcy na poparcie złożonego wykazu usług.

Niezależnie od powyższego, przedstawiciele Capago S.A. przeświadczeni na podstawie postanowień SIWZ o możliwości uzupełnienia lub wyjaśnienia dowodów przedstawionych na poparcie wykazu usług, rozpoczęli proces uzyskiwania od swoich kontrahentów dokumentów referencji (w czasie umożliwiającym ich wydanie w toku normalnych czynności). Ta procedura została rozpoczęta właśnie w celu możliwego uzupełnienia dokumentacji, zgodnie ww. z literalnym brzmieniem SIWZ.

Dokumenty referencji zostały wydane w języku francuskim lub francuskim i angielskim przez Ambasadę Francji w poniższych datach (w kolejności alfabetycznej, zaczynając od lokalizacji placówki dyplomatycznej w danym państwie):

1. Azerbejdżan – data wydania: 26 lutego 2021 r.; data doręczenia Capago S.A.: 2 marca 2021 r.;
2. Bénin - data wydania: 24 marca 2021 r.; data doręczenia Capago S.A.: 6 marca 2021 r.;
3. Burkina Faso - data wydania: 3 marca 2021 r.; data doręczenia Capago S.A.: 15 marca 2021;
4. Gwinea - data wydania: 8 marca 2021 r.; data doręczenia Capago S.A.: 15 marca 2021 r.;
5. Katar - data wydania: 7 marca 2021 r.; data doręczenia Capago S.A.: 8 marca 2021 r.;
6. Kuwejt - data wydania: 2 marca 2021 r.; data doręczenia Capago S.A.: 8 marca 2021 r.;
8. Mali - data wydania: 3 marca 2021 r.; data doręczenia Capago S.A.: 15 marca 2021 r.;
9. RPA - data wydania: 23 marca 2021 r.; data doręczenia Capago S.A.: 24 marca 2021 r.;

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył stosowne dowody do odwołania.

Termin składania ofert został wyznaczony na 5 marca 2021 r. W celu dochowania terminu złożenia oferty Capago S.A. zmuszone było przesać oryginalną dokumentację do FE SGS Ukraine z odpowiednim wyprzedzeniem. Capago S.A. przekazało ją 24 lutego 2021 r. Do tego czasu nie uzyskało jeszcze żadnego z dokumentów referencji, więc było

zmuszone złożyć oświadczenie, o którym mowa w pkt 8.1.3 tiret drugie SIWZ. Należy przy tym podkreślić, że nawet gdyby Capago S.A. otrzymało referencje, musiałyby one zostać jeszcze należycie przetłumaczone i nadane z odpowiednim wyprzedzeniem do konsorcjanta SGS przed datą składania ofert.

Oferta Odwołującego została złożona 3 marca 2021 r.

Z powyższego wynikało, że Odwołujący z należytą starannością podjął środki w celu pozyskania referencji przed złożeniem oferty, ale nie było to możliwe z powodów obiektywnych, utrudnień w funkcjonowaniu urzędów i placówek dyplomatycznych z powodu COVID-19, w tym pracy zdalnej, a także zwykłej zwłoki po stronie kontrahentów Capago S.A. Przyjmuje się, że przyczyny obiektywne to każde powody niezależne od wykonawcy. Będą one natomiast uzasadnione, jeśli skutecznie uniemożliwią otrzymanie dokumentu podstawowego. Obie te przesłanki zaistniały w sprawie.

W ocenie Odwołującego również, z uwagi na brak zastosowania art. 25 Pzp i wydanego na jego podstawie rozporządzenia w sprawie dokumentów, oraz ze względu na konieczność tłumaczenia niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy, brak było podstaw do uznania za spóźnione przedstawionych wyżej dowodów na poparcie braku obiektywnych możliwości przedstawienia referencji.

Odwołujący podjął starania w celu pozyskania referencji i w związku z ich nieuzyskaniem w sposób uprawniony posłużył się oświadczeniem własnym. W konsekwencji należało uznać za spełnione określone w pkt 8.1.3 tiret drugie SIWZ przesłanki przedstawienia oświadczenia wykonawcy w miejsce innych dowodów.

Z uwagi na tryb, w jakim prowadzone jest postępowanie Zamawiającego nie obowiązywała procedura badania warunków udziału w postępowaniu przez wzywaniem wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do składania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i brak podstaw do wykluczenia. Zamawiający mógł więc wezwać dowolnych wykonawców na dowolnym etapie postępowania do złożenia tych dokumentów, oczywiście działając zgodnie z zasadą równego traktowania. Zamawiający nie był także obowiązany do stosowania procedury uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec braku zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp kluczowe znaczenie dla oceny obowiązku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia braków w ofercie miały postanowienia SIWZ.

Obowiązkiem wykonawców było złożenie wraz z załącznikiem nr 5A do oferty dowodów, o których mowa w pkt 8.1.3 SIWZ. Pkt 9.1 SIWZ przewidywał natomiast obowiązek Zamawiającego w zakresie m.in. wezwania do uzupełnienia oferty lub udzielenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów wskazanych w pkt 8 SIWZ. Interpretacja postanowień SIWZ zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, proporcjonalności

i przejrzystości, określonymi w art. 7 ust. 1 Pzp, prowadziła do wniosku, że odesłanie do pkt 8.1.3 SIWZ w zakresie dowodów w przedmiocie doświadczenia wykonawcy, spowodowało objęcie ich zakresem zastosowania pkt 9.1 SIWZ. Za taką wykładnią SIWZ przemawia również sposób sformułowania odesłania zawartego w pkt 12.1.2 SIWZ („potwierdzone stosownymi dowodami, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ”). Odesłanie nie mówi o dowodach „takich jak te, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ”, ale bezpośrednio o dowodach określonych w tym postanowieniu. Za przedstawioną wykładnią przemawia również adnotacja umieszczona przez Zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty („brak dowodów, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ”). Odnosi się ona bezpośrednio do dowodów określonych w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ, a nie do dowodów, o których mowa w art. 12.1.2 SIWZ, zawierającym odesłanie do ww. postanowienia. Nie było więc w żaden sposób uzasadnione różnicowanie obowiązków Zamawiającego w odniesieniu do badania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do przedstawienia wykazu wykonanych usług z załączeniem dowodów (załącznik nr 5 do SIWZ) od analogicznych dokumentów przedstawianych w celu przeprowadzenia oceny punktowej oferty.

Zamawiający w razie wątpliwości, co do istnienia podstaw do złożenia oświadczenia Odwołującego dołączonego do wykazu usług (załącznik nr 5A do SIWZ), w braku wyraźnego postanowienia SIWZ, że oświadczenie to miało stanowić osobny dokument składany wraz z ofertą, miał obowiązek wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co do podstaw skorzystania z prawa złożenia oświadczenia wykonawcy zamiast złożenia referencji lub ewentualnie do uzupełnienia oferty o brakujące dowody. Z przedstawionych wyżej przyczyn, związanych w szczególności z brakiem zastosowania art. 26 Pzp do procedury zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi, za zbędne należy uznać poczynione w pkt 12.1.2 SIWZ zastrzeżenie, że „Załącznik nr 5a do SIWZ - Wykaz usług wykonanych lub wykonywanych podlegających ocenie w kryterium Doświadczenie Wykonawcy - nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wobec tego art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy nie będzie miał do niego zastosowania, a jedynie art. 87 ust. 1 ustawy”. Ten przepis w ogóle nie miał zastosowania do postępowania.

Z uwagi na zawarte w SIWZ bezpośrednie odesłanie do art. 87 ust. 1 Pzp obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie istnienia przesłanek do złożenia oświadczenia wykonawcy zamiast innych dowodów wynikał również z tego przepisu. Stanowi on, że: w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Osoby prawne wchodzące w skład konsorcjum Odwołującego, będące podmiotami zagranicznymi i nie korzystające wcześniej z pomocy prawnej w Polsce, mogły jedynie dosłownie rozumieć postanowienie pkt 8.1.3 tiret drugie SIWZ, z którego nie wynikał wprost obowiązek wykazania przesłanek złożenia oświadczenia wykonawcy.

Z samego postanowienia pkt 12.1.2 SIWZ wynikało przy tym jednoznacznie, że do określonych tam dowodów zastosowanie będzie miał art. 87 ust. 1 Pzp, a więc że będą one podlegały uzupełnieniom lub wyjaśnieniom w trybie tego przepisu. W ocenie Odwołującego Capago, stanowiło to wyraz wprowadzenia w SIWZ procedury uzupełniania lub wyjaśniania dowodów przedstawionych w celu oceny kryterium doświadczenia, do czego Zamawiający miał prawo w związku z zastosowaniem szczególnego trybu postępowania, unormowanego w art. 138g i nast. Pzp. Powyższą wykładnię potwierdzało wprost brzmienie punktu 3 Załącznika nr 5a do SIWZ, zgodnie z którym „Niniejszy wykaz usług, jak również dowody określające, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należy nie będą podlegały uzupełnieniom lub wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, a jedynie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy”. Powyższe sformułowanie, umieszczone na dokumencie wypełnianym przez wykonawcę, wprost wskazywało na możliwość uzupełniania lub wyjaśniania dowodów określających wykonywanie usług.

15 lipca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie o sygn. akt KIO 1834/21 wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Mając na uwadze specyfikę procedury zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej progi z art. 138g Pzp, Zamawiający w SIWZ opisał środki dowodowe, których złożenia w postępowaniu wymaga, posiłkując się katalogiem dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów). Zamawiający w opisie kryterium Doświadczenie Wykonawcy w pkt 12.1 SIWZ wskazał, że w ramach tego kryterium dokona oceny złożonych ofert na podstawie informacji umieszczonych przez wykonawcę w Wykazie usług podlegających ocenie w kryterium Doświadczenie Wykonawcy (Załącznik nr 5a do SIWZ), których należyte wykonanie lub wykonywanie zostanie każdorazowo potwierdzone stosownymi dowodami, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ.

Zamawiający nie przyznał punktów ofercie złożonej przez Konsorcjum Capago w kryterium Doświadczenie Wykonawcy (Załącznik nr 5a do SIWZ), w związku z brakiem złożenia wraz z wykazem usług dowodów, o których mowa powyżej. Złożone wraz z ofertą oświadczenie własne Odwołującego o głównych usługach świadczonych w ramach umów outsourcingu

na zbieranie i przetwarzanie wniosków wizowych Schengen i krajowych wniosków wizowych, opatrzone datą 24 lutego 2021 r. nie spełniało określonych w SIWZ wymagań i nie stanowiło dowodu, o którym mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ.

Zamawiający oceniając załączone do oferty oświadczenie własne Odwołującego stwierdził, że nie zawierało ono informacji o należyтым wykonaniu wymienionych usług, a także uzasadnienia przyczyny o obiektywnym charakterze, na podstawie której Odwołujący nie załączył do oferty referencji bądź innych dowodów, o których mowa w 8.1 ppkt 3 SIWZ.

Odesłanie w treści pkt 12.1.2 SIWZ, w opisie kryterium Doświadczenie Wykonawcy do treści pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ służyło jedynie odesłaniu do definicji pojęcia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie lub wykonywanie wskazanej w wykazie usługi. Zastosowana przez Odwołującego interpretacja rozszerzająca treści SIWZ, że samo odesłanie do punktu odnoszącego się do definicji pojęcia przesądza o podstawie wezwania do uzupełnienia dokumentów przewidzianej w przypadku opisu warunku zamówienia, była w ocenie Zamawiającego błędna. Zamawiający w treści pkt 12.1.2 SIWZ wyraźnie wskazał, że Załącznik nr 5a do SIWZ - Wykaz usług wykonanych lub wykonywanych podlegających ocenie w kryterium Doświadczenie Wykonawcy - nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wobec tego art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy nie będzie miał do niego zastosowania, a jedynie art. 87 ust. 1 ustawy. Dodatkowo tożsama informacja została wskazana także w treści wzoru Załącznika nr 5a do SIWZ w pkt 3 pouczenia.

Zamawiający odstąpił od wzywania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy, z uwagi na fakt, że złożone oświadczenie nie spełniało wymagań określonych w SIWZ.

W ocenie Zamawiającego wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, doprowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty i w konsekwencji zmiany jej treści.

Czas wyznaczony na przygotowanie oferty był wystarczający. W terminie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu do upływu ostatecznego wykonawcom przysługiwał ponad dwumiesięczny okres (67 dni) na przygotowanie oferty oraz wymaganych dokumentów. W postępowaniu, w wyznaczonym terminie wpłynęły oferty 5 wykonawców i tylko Odwołujący nie załączył dowodów, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że aktualnie dysponuje wymaganymi dowodami wystawionymi przez podmioty na rzecz, których usługi były realizowane w związku z czym należy uznać, że nie było obiektywnych przeszkód uniemożliwiających otrzymanie tych dokumentów. Na podstawie wskazanych w treści odwołania dat wydania referencji i dat ich

doręczenia należy stwierdzić, że Odwołujący nie uwzględnił czasu potrzebnego na skompletowanie dokumentów i za późno wystąpił o ich wydanie.

Pisemne stanowisko wobec zarzutów odwołania złożył 15 lipca 2021 r. również Przystępujący TLS. W zaprezentowanej argumentacji Przystępujący TLS poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019), zwanej dalej: nPzp.

Izba stwierdziła, że wobec żadnego z odwołań nie została wypełniona żadna, z wynikających z art. 528 nPzp, przesłanek ustawowych skutkujących ich odrzuceniem.

Rozpoznając odwołania Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. dokumentacji postępowania, w tym SIWZ z załącznikami, ze szczególnym uwzględnieniem załączników nr 5 i 5A,
2. korespondencji Zamawiającego z Odwołującymi oraz Przystępującym TLS dotyczącej wyjaśnień cen ofert złożonych przez wykonawców,
3. ofert Odwołujących oraz Przystępującego TLS,
4. dowodów złożonych przez uczestników postępowania odwoławczego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oraz w toku rozpraw,
5. dowodów załączonych do odwołań.

Ponadto Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania w zakresie wnioskowanym w odwołaniach oraz pismach procesowych przez uczestników postępowania odwoławczego.

KIO 1820/21

Zarzuty 1 – 4

Zgodnie z punktem 11.1 SIWZ Zamawiający określił następujące wymogi dotyczące zasad i sposobu obliczenia ceny ofert w postępowaniu:

- a) „Podstawą do określenia ceny jest pełen zakres zamówienia określony w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz w Istotnych Postanowieniach Umowy, stanowiących załącznik nr 2 do SIWZ.
- b) Cena oferty jest stała i nie podlega waloryzacji w trakcie realizacji zamówienia.
- c) Cena oferty winna obejmować wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, w tym podatek VAT.

Cenę oferty brutto, rozumianą jako całkowity koszt wykonania zamówienia, stanowić będzie suma iloczynów: opłaty w wysokości wskazanej w ofercie Wykonawcy, pobieranej od jednego złożonego wniosku wizowego zgodnie z pkt. 1.1 OPZ i szacunkowej maksymalnej liczby przyjętych wniosków wizowych oraz opłaty w wysokości wskazanej w ofercie Wykonawcy, pobieranej od jednego złożonego wniosku o zezwolenie uprawniające do MRG w rozumieniu art. 9a umowy MRG i szacunkowej maksymalnej liczby przyjętych wniosków MRG, objętych przedmiotem zamówienia.

W celu porównania ofert Zamawiający przyjął, że w okresie obowiązywania umowy w ramach świadczenia usługi przyjmowania wniosków wizowych oraz wniosków o zezwolenie uprawniające do małego ruchu granicznego na rzecz polskich placówek zagranicznych na Ukrainie szacowana maksymalna liczba wniosków wizowych wynosi 2 745 000 oraz szacowana maksymalna liczba wniosków o zezwolenie uprawniające do MRG wynosi 45 100.

Szacunkowe liczby przyjętych przez Wykonawcę wniosków mają charakter orientacyjny i nie stanowią zobowiązania Zamawiającego. Służą porównaniu ofert i określeniu maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy.

- d) Zaoferowana przez Wykonawcę cena za przyjęcie wniosku wizowego nie może uchybiać dyspozycji art. 17 ust. 4 Kodeksu Wizowego pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy.
- e) Zaoferowana przez Wykonawcę cena za przyjęcie wniosku o zezwolenie uprawniające do MRG) nie może uchybiać dyspozycji art. 9a umowy MRG pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy”.

Zamawiający nie określił wymogów dotyczących minimalnej ceny za obsługę wniosku MRG, nie ustanowił też żadnych ograniczeń w tej mierze, w tym zakazu wyceny na kwotę równą 0 euro.

W punkcie 12 SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena (całkowity koszt wykonania zamówienia) – 60%,
2. Doświadczenie Wykonawcy – 28%,
3. Jakość PPWW we wszystkich lokalizacjach na terytorium Ukrainy – 6%,
4. Bezpłatne powiadomienia SMS o zmianie statusu wniosku wizowego – 6%.

W zakresie zasad oceny ofert w ramach kryterium ceny Zamawiający wskazał (pkt 12.1.1 SIWZ):

„Oferta z najniższą ceną otrzyma w ramach tego kryterium 60 punktów. Pozostałe oferty będą oceniane wg wzoru arytmetycznego:

Liczba punktów w kryterium Cena = (cena najniższa/cena oferty badanej) x 60

Maksymalna liczba punktów możliwa do uzyskania w kryterium Cena wynosi 60 pkt”.

Zamawiający nie wprowadził żadnego kryterium oceny dotyczącego cen jednostkowych za obsługę wniosków wizowych i obsługę wniosków MRG. Tym samym w SIWZ nie znalazły się żadne mechanizmy pozwalające na różnicowanie ofert ze względu na wysokość tych cen jednostkowych.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w postępowaniu z 5 marca 2021 r. oferty złożyli:

1. Konsorcjum Global Visa - cena całkowita: 20 745 350,00 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku wizowego: 7,50 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku MRG: 3,50 euro,
2. Konsorcjum Capago - cena całkowita: 32 886 490,00 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku wizowego: 11,90 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku MRG: 4,90 euro,
3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BLS International Ltd G-4B-1, Extension Mohan Co-operative Indl. Estate z siedzibą w New Delhi - cena

całkowita: 27 355 900,00 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku wizowego: 9,90 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku MRG: 4,00 euro,

4. Konsorcjum VF - cena całkowita: 37 237 900,00 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku wizowego: 13,50 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku MRG: 4,00 euro,
5. Konsorcjum TLS - cena całkowita: 33 626 250,00 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku wizowego: 12,25 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku MRG: 0,00 euro.

Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia podstawowego zamierza przeznaczyć 314 297 027,20 zł brutto, tj. 73 617 929,69 euro brutto.

Ze względu na znaczącą rozbieżność między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia a zaoferowanymi mu ww. cenami Zamawiający wezwał wszystkich biorących udział w postępowaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji tych cen. Wezwanie do wyjaśnień zostało skierowane do Przystępującego TLS 8 kwietnia 2021 r. Zamawiający wskazał w jego treści m. in.:

„Wyjaśnienia i dowody powinny wymieniać czynniki, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny (...), w tym powinny wskazywać w szczególności, czy zaoferowana cena za przyjęcie wniosków wizowych w okresie trwania umowy oraz wniosków o zezwolenie uprawniające do MRG w okresie trwania umowy (0 euro) oferty obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające z SIWZ, związane między innymi z:

- 1) wymaganiami zawartymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w szczególności z:
 - a) utworzeniem i utrzymaniem PPWW;
 - b) uruchomieniem witryny internetowej;
 - c) wyposażeniem wszystkich PPWW w sprzęt i oprogramowanie niezbędne do pobierania identyfikatorów biometrycznych;
 - d) zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia;
 - e) zatrudnianiem osób niekaranych o odpowiednich kwalifikacjach, tj. posiadających wykształcenie minimum średnie, znajomość języka polskiego i ukraińskiego na poziomie komunikatywnym w mowie i piśmie;
 - f) zapewnieniem wszystkich technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa wymaganych do ochrony danych osobowych;
 - g) koszty prowizji bankowych za przelewy dokonywane z tytułu pobierania opłat konsularnych (tj. opłat wizowych i opłat za zezwolenia MRG)”.

Przystępujący TLS złożył wyjaśnienia 19 kwietnia 2021 r. Wykonawca wyjaśnił między innymi, że wszystkie koszty związane z obsługą przyjmowania wniosków powiązane były z kosztami, które Konsorcjum i tak musiałoby ponieść z uwagi na realizowanie umowy w zakresie wniosków wizowych.

Wobec uznania, że udzielone przez TLS wyjaśnienia nie były dla Zamawiającego w pełni satysfakcjonujące 30 kwietnia 2021 r. zwrócił się on do Przystępującego z kolejnym wezwaniem do wyjaśnień ceny oferty. Zamawiający wskazał m. in.: „Zamawiający zwraca się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty poprzez:

Wyjaśnienie, w którym elemencie ceny oferty Wykonawca uwzględnił koszty związane z przyjmowaniem wniosków o zezwolenie uprawniające do MRG w okresie trwania umowy, obejmujące wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające z SIWZ, związane między innymi z wymaganiami zawartymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w szczególności z obsługą wniosków, przetwarzaniem danych, przeszkoleniem personelu, sprzętu komputerowego, materiałów eksploatacyjnych, oprogramowania i licencji, kosztów transportu i zapewnienia bezpieczeństwa oraz wymaganiami określonymi w treści Istotnych Postanowień Umowy”.

W odpowiedzi z 5 maja 2021 r. Przystępujący TLS wyjaśnił, że koszty odniesieniu do obsługi wniosków MRG wynoszą poniżej 1% (213 964,00 euro) wszystkich kosztów jakie wykonawca będzie musiał ponieść w związku z realizacją zamówienia. Wykonawca wykazał przy tym, że koszt ten znajdzie pokrycie w planowanych zyskach. Wyjaśnienia zawierały również tabelaryczne przedstawienie zakładanych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba przeprowadziła dowód z wyjaśnień Przystępującego TLS z 19 kwietnia 2021 r. oraz 5 maja 2021 r. wraz z załączonymi do nich dowodami i doszła do przekonania, że brak było podstaw do uznania, że oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę. Zarzut naruszenia art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oparty był przede wszystkim na twierdzeniu Odwołującego, że samo zaoferowanie ceny jednostkowej za obsługę wniosków MRG na poziomie 0 euro przesądzało o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego TLS. W ocenie Izby stanowisko takie było niezasadne.

Cena rażąco niska to cena za którą niemożliwa jest prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia. Po zapoznaniu się ze stanowiskami stron i przeprowadzeniu dowodu z ww. wyjaśnień TLS Izba uznała, że wykonawca nie zaoferował obsługi wniosków MRG poniżej kosztów własnych wynikających z realizacji tej części zamówienia. Przystępujący wykazał, że realizacja wniosków MRG odbywać się będzie w trzech z osiemnastu punktów obsługi wniosków wizowych. Tym samym obsługa wniosków MRG nie będzie wymagać dodatkowych nakładów z tytułu konieczności utrzymania infrastruktury czy personelu.

Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego łączna wartość obsługi wniosków MRG wyniesie około 213 000 euro, a oferując cały przedmiot zamówienia za ponad 33,5 miliona euro Przystępujący skalkulował cenę całkowitą tak, by mieściła się w niej wspomniana kwota za wnioski MRG.

Ponadto Izba wzięła również pod uwagę fakt, że cena oferty Przystępującego TLS była drugą najwyższą w postępowaniu, a Odwołujący oparł zarzut rażąco niskiej ceny tej oferty na argumentacji dotyczącej ceny jednostkowej obsługi wniosków MRG. Odwołujący nie podjął próby wykazania, że cena całkowita oferty TLS nie umożliwi należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący VF nie udowodnił również prawdziwości zarzutów nr 3 i 4, tj. nie wykazał, że oferta Przystępującego TLS była niezgodna z SIWZ i przepisami Pzp ze względu na stawkę za obsługę wniosków MRG. Jak zostało stwierdzone wyżej, Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zawarł żadnego postanowienia, które zabraniałoby wprost bądź pośrednio wyceny obsługi wniosków MRG na 0 euro. Argumentacja Odwołującego VF, który wywodził, że kwota 0 euro dlatego była niedopuszczalna w świetle SIWZ, że nie zawierała żadnej, rzeczywistej wartości, w ocenie Izby nie zasługiwała na uwzględnienie. Z całą pewnością niezgodne z SIWZ byłoby zaniechanie wyceny obsługi wniosków MRG. Natomiast żadne z postanowień SIWZ nie zabraniało wycenić tego elementu zadania na poziomie zero złotych.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z przepisami Pzp Izba wskazuje, że o ile w świetle dyspozycji art. 2 ust. 13 Pzp nie budzi najmniejszych wątpliwości, że realizacja zamówień publicznych przez wykonawców ma charakter odpłatny, to nie ma żadnych podstaw do uznania, że Przystępujący TLS zaoferował realizację zadania za darmo. Cena całkowita oferty TLS przekraczała kwotę 33,5 miliona euro i jest to kwota jaką Zamawiający, w przypadku zawarcia umowy z TLS, będzie zobowiązany zapłacić na rzecz wykonawcy. Oczywistym jest w tej sytuacji, że oferta Przystępującego dotyczyła świadczenia odpłatnego i oceny tej nie zmienia zaoferowanie obsługi wniosków MRG za 0 euro - by uznać ofertę za sprzeczną z art. 2 ust. 13 Pzp jej cena całkowita musiałaby zostać określona na poziomie zerowym.

Brak kryterium dotyczący oceny cen jednostkowych był z kolei przesądzającym dla uznania, że Przystępujący TLS oferując obsługę wniosków MRG za 0 euro dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał na czym miało polegać nieuczciwe uzyskanie przewagi konkurencyjnej przez wykonawcę TLS nad pozostałymi uczestnikami postępowania. W ocenie Izby sytuacja, w której Zamawiający przewidziałby odrębne punktowanie w ramach kryteriów oceny ofert cen jednostkowych zawartych w tych ofertach

dawałoby oczywistą przewagę takiemu wykonawcy, który zaoferował jedną z cen na poziomie zerowym. W badanym postępowaniu taka sytuacja nie miała miejsca. Dlatego też brak jest wyraźnego motywu jakim miałby się kierować wykonawca dążący do nieuczciwej eliminacji konkurentów z postępowania przez zaoferowanie ceny jednostkowej równej 0 euro. Odwołujący VF z kolei nie podjął próby udowodnienia (mimo ciężącego na nim ciężaru dowodu), że konstrukcja cenowa oferty Przystępującego TLS prowadziła do zaburzenia i zakłócenia uczciwej konkurencji między biorącymi udział w postępowaniu wykonawcami.

Zarzuty nr 5 i 6

Oba ww. zarzuty oparte były na stwierdzeniu Odwołującego o złożeniu przez Przystępującego TLS nieprawidłowych, niezgodnych z wymogami SIWZ referencji. W zakresie obu zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 7.1.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy: „spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykażą że posiadają niezbędne doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, należycie co najmniej 1 usługę polegającą na przyjmowaniu wniosków wizowych na rzecz placówki dyplomatycznej albo konsularnej państwa Strefy Schengen, stosownie do dyspozycji art. 43 Wspólnotowego Kodeksu Wizowego (KW), gdzie w ramach jednej usługi (umowy) Wykonawca przyjął na rzecz jednego podmiotu (placówki dyplomatycznej albo konsularnej) co najmniej 10 000 (słownie: dziesięć tysięcy) wniosków wizowych w okresie nie dłuższym niż 12 kolejnych miesięcy, niezależnie od tego, czy usługa była/jest świadczona na podstawie umowy zawartej bezpośrednio z tą placówką, czy też na podstawie umowy zawartej z innym podmiotem (np. Ministerstwem Spraw Zagranicznych danego państwa Strefy Schengen lub innym urzędem tego państwa).

W przypadku usług wykonywanych Zamawiający wymaga, aby zrealizowana część usługi na dzień składania ofert wyniosła co najmniej 10 000 przyjętych wniosków wizowych na rzecz jednego podmiotu w okresie nie dłuższym niż 12 kolejnych miesięcy.

W przypadku umów dłuższych niż 1 (słownie: jeden) rok Zamawiający będzie brał pod uwagę tylko jeden 12-miesięczny okres wskazany przez Wykonawcę”.

Punkt 7.2 SIWZ stanowi:

„Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Art. 23 ustawy stosuje się odpowiednio. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunki określone w pkt 7.1.2 – 7.1.3 SIWZ musi spełniać co najmniej jeden Wykonawca samodzielnie lub wszyscy Wykonawcy łącznie. Każdy z Wykonawców musi samodzielnie wykazać, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 13-23 i ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy”.

Zgodnie z punktem 8.1 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:

(...)

- 3) wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (załącznik nr 5 do SIWZ);

Dowodami, o których mowa w niniejszym punkcie, są:

- referencje bądź inne dokumenty - wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane;

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (...).”

W zakresie zasad oceny punktów w ramach kryterium doświadczenia wykonawcy w punkcie 12.1.2 SIWZ Zamawiający wskazał m. in.: „W ramach tego kryterium Zamawiający dokona oceny złożonych ofert na podstawie informacji umieszczonych przez Wykonawcę w Wykazie usług podlegających ocenie w kryterium Doświadczenie Wykonawcy (Załącznik nr 5a do SIWZ), których należyte wykonanie lub wykonywanie zostanie każdorazowo potwierdzone stosownymi dowodami, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ (...) Ocenie punktowej podlegać będą wyłącznie usługi spełniające wymagania określone w pkt 7.1.2 SIWZ, jednakże inne od tych wskazanych w Wykazie usług wykonanych lub wykonywanych,

składanym w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu (załącznik nr 5 do SIWZ). Wykonawca na podstawie jednej umowy może wykazać tylko jedną usługę”.

Tym samym zarówno na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej jak i na potrzebę oceny oferty w ramach kryterium doświadczenia wykonawcy musieli oni złożyć referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane tj. przez placówkę dyplomatyczną albo konsularną państwa Strefy Schengen.

Na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu Przystępujący TLS złożył załącznik nr 5 do oferty w którym powołał się na realizację usługi na rzecz Ambasady Niemiec (usługa realizowana od 26 lipca 2016 r.). Z kolei na potrzeby punktacji oferty w ramach kryterium doświadczenia Przystępujący złożył załącznik nr 5A i wskazał w nim realizację usług na rzecz:

1. Ambasady Francji (od 5 maja 2015 r.),
2. Konsulatu Włoch (od 11 grudnia 2011 r.),
3. Konsulatu Belgii (od 1 września 2017 r.).

Na potwierdzenie należytej realizacji ww. usług Przystępujący TLS złożył wraz z ofertą następujące referencje wystawione:

6. 12 lutego 2021 r. przez Departament Konsularny Ambasady Republiki Federalnej Niemiec z siedzibą w Rabacie, podpisane przez Dyrektora Wydziału Konsularnego,
7. 9 lutego 2021 r. przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych Francji podpisane przez Zastępcę Dyrektora Departamentu Wizowego MSZ Francji i Zastępcę Dyrektora ds. Polityki Wizowej oraz Spraw Europejskich i Polityki Zewnętrznej Francji,
8. 9 lutego 2021 r. przez Konsulat Generalny Królestwa Belgii z siedzibą w Casablance podpisane przez Konsula,
9. 10 lutego 2021 r. przez konsulat Generalny Włoch w Casablance podpisane przez II Konsula Generalnego.

Treść referencji wystawionych przez Ambasadę Niemiec w Rabacie potwierdzała, że wykonawca TLS Contact Maroc należycie świadczy usługę „w imieniu Władz Niemiec w Maroko”. Referencje zawierają również zdanie, że „Ambasada Republiki Federalnej Niemiec potwierdza, że TLS Contact nadal świadczy usługi wysokiej jakości zgodnie ze zobowiązaniami umowy”. Referencje francuskie potwierdzały realizację usług przez TLS Contact Maroc „na rzecz Misji Dyplomatycznej Francji w Maroko”. Zawierały również następującą informację: „Ambasada Francji w Rabat, także jak i organy władzy centralnej we Francji potwierdzają, że TLS Contact świadczył usługi na bardzo wysokim poziomie,

zgodnie z podpisaną umową oraz zobowiązaniami”. Z kolei referencje belgijskie potwierdzały należyłą realizację umowy na rzecz Rządu Belgijskiego w Maroku od stycznia 2017 r. Referencje włoskie dotyczyły natomiast potwierdzenia należytej realizacji usług na rzecz Rządu Włoskiego w Maroku od 2011 r.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że wykaz usług (załączniki nr 5 i 5A) należy oceniać łącznie ze złożonymi wraz z wykazem referencjami. Błędne jest natomiast wyciąganie wniosków na podstawie pojedynczych zdań z referencji. W ocenie Izby zestawienie treści ww. referencji oraz ujawnionych stanowisk osób, które je podpisały prowadzi do wniosku, że Przystępujący TLS w prawidłowy sposób wykazał należyłą realizację usług wymienionych w załączniku nr 5 i 5A do oferty. Zawarte w referencjach zwroty o realizacji usług na rzecz rządów działających na terenie Maroka zamiast na rzecz misji dyplomatycznych odpowiednich państw nie odbierają tym referencjom ich wartości dowodowej. Rządy państw działają na terenie innych państw za pośrednictwem swoich, odpowiednich misji i placówek dyplomatycznych, zatem argumentacja Odwołującego, który kwestionował przydatność referencji TLS była w ocenie Izby niezasadna. Izba przeprowadziła dowód z oferty Przystępującego TLS oraz z załączników nr 5 i 5A wraz z załączonymi referencjami i stwierdziła, że brak było podstaw do uznania, że Przystępujący TLS nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej oraz, że decyzja Zamawiającego o przyznaniu punktów ofercie TLS w kryterium doświadczenia wykonawcy była błędna.

Zarzut nr 7

Zgodnie z punktem 18.3 SIWZ: „Przed zawarciem umowy, Wykonawca zobowiązany będzie ponadto do złożenia oświadczenia, że:

- a) nie prowadzi działalności godzącej w interesy bądź wizerunek Rzeczypospolitej Polskiej;
- b) będzie prowadził pośrednictwo wizowe w zgodzie z przepisami prawa Rzeczypospolitej Polskiej, prawa państwa przyjmującego oraz interesem publicznym;
- c) brak jest konfliktu interesów, czyli sytuacji, w której inna działalność prowadzona przez usługodawcę zewnętrznego lub jego powiązania mogłyby wpływać na jego bezstronność i rzetelność wykonywania umowy (...).

Przedstawiona w ramach zarzutu argumentacja Odwołującego wraz ze złożonymi na jej poparcie dowodami, sprowadzała się do twierdzenia, że Przystępujący TLS nie będzie w stanie złożyć ww. oświadczeń.

Izba oddaliła zarzut uznając, że został on oparty jedynie na przypuszczeniach i spekulacjach Odwołującego w sferze zdarzeń przyszłych i niepewnych. Odwołujący założył, że Przystępujący TLS nie będzie zdolny, do złożenia zgodnego z prawdą oświadczenia, o którym mowa w punkcie 18.3 lit. a i c, mimo, że Przystępujący na chwilę złożenia odwołania nie został jeszcze wezwany do podpisania takiego oświadczenia. Oświadczenia wykonawcy przed zawarciem umowy składane są dopiero po prawomocnym rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia. Izba przeprowadziła ponadto dowód z wydruków artykułów pochodzących z portali internetowych, które Odwołujący załączył do odwołania i uznała je za niewiarygodne. W konsekwencji Izba uznała zarzut nr 7 za nieudowodniony i oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu nr 7.

Zarzut nr 8

W zakresie ww. zarzutu Izba ustaliła, że Przystępujący TLS wraz z ofertą złożył wyciąg z ukraińskiego Jednolitego Państwowego Rejestru Osób Prawnych dotyczący spółek TLScontact oraz Visa Staff. Treść tych dokumentów w sposób niewątpliwy potwierdzała, że wobec tych dwóch podmiotów nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut nr 8 wobec ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania stanu faktycznego jest niezasadny.

Zarzut nr 9

Zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu został postawiony jako wynikowy wobec zarzutów o numerach od 1 do 8. Wobec faktu, że żaden z tych zarzutów się nie potwierdził Izba oddaliła zarzut nr 9. Izba nie stwierdziła, by w związku z oceną oferty Przystępującego TLS oraz oceną spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Izba nie dopatrzyła się, by Zamawiający potraktował tego wykonawcę w sposób wskazujący na jego uprzywilejowanie w postępowaniu.

Za chybiony Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp. Zgodnie z ww. przepisem, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia następuje z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący VF nie wykazał, aby w analizowanej sprawie zamawiający zawarł już taką umowę. Zamawiający nie mógł zatem naruszyć przywołanego przepisu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

KIO 1821/21

Zarzuty nr 1, 4 i 5

Odwołujący Global Visa złożył w postępowaniu ofertę z ceną całkowitą 20 745 350,00 euro. 8 kwietnia 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał m.in.:

„Cena złożonej oferty (20 745 350 euro brutto) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego wartość powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 73 617 929,69 euro brutto i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, w tym w Istotnych Postanowieniach Umowy.

Wyjaśnienia i dowody powinny wymieniać czynniki, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny (np.: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy; pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów; czynniki w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie oraz w zakresie powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy), w tym powinny wskazywać w szczególności, czy zaoferowana cena oferty obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające z SIWZ (...).”

W odpowiedzi z 19 kwietnia 2021 r. Odwołujący Global Visa wskazał m. in.:

„1) W odniesieniu do utworzenia i utrzymania PPWW:

- a) W celu ustalenia wysokości ww. kosztów wykonawca przeprowadził obliczenia kosztów przestrzennych i bieżących dla wszystkich 18 lokalizacji PPWW. Wszystkie wymagania wynikające z SIWZ, w tym w szczególności pkt 2.1 (Wymagania dotyczące funkcjonowania) OPZ zostały uwzględnione w zaoferowanej cenie.
- b) W celu ustalenia kosztów związanych z utworzeniem i utrzymaniem PPWW Wykonawca na etapie przygotowywania oferty nawiązał współpracę z Expandia LLC Advisory & Transaction Services (dalej: Expandia), która jest doświadczonym i renomowanym operatorem nieruchomości na Ukrainie.
- c) Expandia na podstawie własnego doświadczenia, jak również znajomości rynku nieruchomości na Ukrainie potwierdziła, iż koszt wynajmu nieruchomości spełniającej wymagania określone w SIWZ wyniesie: (i) dla lokalizacji PPWW w Kijowie, Lwowie, Odessie, Charkowie oraz Dniepr wyniesie od 12 do 18 dolarów za metr kwadratowy

powierzchni netto, (ii) dla pozostałych lokalizacji PPWW wskazanych w OPZ od 8 do 12 dolarów za metr kwadratowy netto.

- d) Informacje uzyskane od Expandia było dodatkowo weryfikowane przez wykonawcę, który po szczegółowych analizach potwierdził możliwość wynajmu powierzchni biurowych spełniających wymagania określone w PPWW w cenach wskazanych w pkt I powyżej. Na potwierdzenie powyższego w Załączniku nr (II do niniejszego pisma wykonawca przedstawia przykładowe oferty najmu powierzchni biurowych w wybranych lokalizacjach PPWW.
- e) Z zaprezentowanych powyżej przykładowych ofert wynajmu nieruchomości wynika przede wszystkim to, że ceny wynajmu nieruchomości nie uległy zmianie w stosunku do cen aktualnych na dzień składania oferty przez wykonawcę. Przede wszystkim jednak ww. oferty potwierdzają prawidłowość przyjętych przez wykonawcę i uwzględnionych w ofercie kosztów z tym związanych.

2) W odniesieniu do kosztów zatrudnienia personelu:

- a) Oferta wykonawcy zakłada zatrudnienie personelu niezbędnego do obsługi PPWW, jak również personelu wspierającego w tym m.in.: kasjerów, ekspertów IT, personelu tzw. backoffice, pracowników ochrony, call center.
- b) W celu przeprowadzenia kalkulacji wysokości kosztów zatrudnienia ww. personelu Wykonawca na etapie przygotowywania oferty nawiązał współpracę z EBS Kiev, ukraińską firmą specjalizującą się w świadczeniu usług korporacyjnych, takich jak zarządzanie finansami, księgowość, usługi podatkowe i audytowe, outsourcing płac, doradztwo HR oraz usługach prawnych. Na podstawie analiz przeprowadzonych przez EBS Kiev, potwierdzonych niezależnie przez wykonawcę, wykonawca był w stanie określić wysokość wynagrodzeń dla personelu, który zamierza zatrudnić.
- c) Niezależnie od powyższego wykonawca brał również pod uwagę wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującą na Ukrainie, której wysokość potwierdza Załącznik nr (2) do niniejszego pisma. Jak wynika z analizy wysokości ww. minimalnego wynagrodzenia za pracę, przyjęte przez wykonawcę koszty zatrudniania personelu w sposób istotny przewyższają wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, potwierdzając jednocześnie poprawność obliczenia ceny wskazanej w ofercie.
- d) Kalkulacje wykonawcy uwzględniają wszystkie wymagania wynikające z SIWZ, a w szczególności fakt, iż osoby wykonujące czynności w zakresie realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę, będą niekarane oraz będą posiadały wykształcenie minimum średnie, jak również znajomość języka polskiego i ukraińskiego na poziomie komunikatywnym.

3) W odniesieniu do uruchomienia strony internetowej oraz oprogramowania:

- a) Obliczając koszty związane z wykonaniem strony internetowej oraz zapewnieniem systemu oprogramowania wykonawca będzie korzystał z platformy operacyjnej Global Visa Application, która została opracowana przez wykonawcę i jest z powodzeniem wykorzystywana w 71 różnych lokalizacjach na całym świecie. Posiadanie ww. platformy operacyjnej pozwoliło wykonawcy na zmniejszenie kosztów związanych ze spełnieniem tego wymagania. W odniesieniu do ww. platformy operacyjnej wykonawca wskazuje, iż nie są wymagane żadne dodatkowe inwestycje w infrastrukturę zaplecza, a wszelkie modyfikacje wymagane w celu dostosowania ww. platformy do wymagań opisanych w SIWZ będą mogły zostać wykonane przez posiadany przez wykonawcę wewnętrzny zespół specjalistów. Podsumowując oferta wykonawcy uwzględnia koszty związane z utworzeniem i prowadzeniem strony internetowej, jak również zapewnieniem oprogramowania, które spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ, w szczególności w pkt 2.7 OPZ, pkt 3 (Działalność informacyjna oraz witryna internetowa) OPZ, pkt 4 (System rejestracji na złożenie wniosków) OPZ oraz pkt 5 (Pobieranie danych biometrycznych) OPZ.
- b) Biorąc pod uwagę fakt, iż jak wskazano powyżej wykonawca posiada platformę operacyjną Global Visa Application, wszystkie wymagania opisane w SIWZ w odniesieniu do tej części zamówienia będą mogły zostać wykonane przez Wykonawcę w praktyce bez dodatkowych kosztów, albowiem jak wskazano powyżej dostosowanie ww. platformy do wymagań SIWZ wykonane zostanie przez wewnętrzny zespół specjalistów.

Załączniki:

Załącznik nr 1 — Oferty wynajmu nieruchomości;

Załącznik nr 2 — Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę;

4) W odniesieniu do sprzętu (w tym sprzętu umożliwiającego pobieranie danych biometrycznych):

- a) Wykonawca uwzględnił w ofercie koszty związane z zapewnieniem sprzętu (w tym sprzętu umożliwiającego pobieranie danych biometrycznych) spełniającego wszystkie wymagania zawarte w SIWZ w wysokości wskazanej w tabeli zaprezentowanej w dalszej części niniejszego pisma.

5) W odniesieniu do bezpieczeństwa organizacyjnego i technicznego:

- a) Wykonawca zdaje sobie sprawę z tego, jak ważne jest zapewnienie środków bezpieczeństwa wymaganych dla ochrony danych osobowych. W prowadzonej przez

wykonawcę działalności uczciwość oraz bezpieczeństwo przetwarzanych danych osobowych są dla wykonawcy sprawami najwyższej wagi.

- b) Wykonawca posiada certyfikat ISO 27001:2013 dotyczący systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji (ISMS) oraz certyfikat ISO 9001:2015 dotyczący systemu zarządzania jakością (SZJ). Wskazane powyżej certyfikaty potwierdzają, że wykonawca stosuje najlepsze praktyki w zakresie bezpieczeństwa sieci oraz danych osobowych gwarantując spełnienie wszystkich opisanych w OPZ wymagań.
- c) Nadto w celu zwiększenia bezpieczeństwa swojej sieci wykonawca korzysta z usług Microsoft Azure, jak również OTE (największej firmy telekomunikacyjnej w Grecji).
- d) Niezależnie od powyższego wykonawca uwzględnił w ofercie m.in.: (i) zatrudnienie agenta ochrony w każdym PPWW, (ii) monitoring CCIV w każdym PPWW, (iii) zapewnienie sejfów do przechowywania dokumentów, w tym paszportów, (iv) korzystanie z renomowanych operatorów kurierskich (w celu m.in. przekazywania wniosków wizowych oraz paszportów), którzy dodatkowo będą sprawdzani pod kątem bezpieczeństwa.
- e) Wykonawca raz jeszcze potwierdza, iż uwzględnił w ofercie koszty zapewnienia bezpieczeństwa w wysokości umożliwiającej spełnienie wszystkich wymagań określonych w SIWZ (...)

Do wyjaśnień Odwołujący Global Visa załączył dowody na potwierdzenie części okoliczności i argumentów podanych przez wykonawcę.

30 kwietnia 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego Global Visa kolejne wezwanie do wyjaśnienia ceny złożonej oferty. W jego treści Zamawiający wskazał:

„Przekazane przez Państwa wyjaśnienia zostały oparte na przyjętych założeniach, a przedstawione dowody w ocenie Zamawiającego są niewystarczające.

Zamawiający zwraca się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty poprzez:

- 1) Wyjaśnienie na jakiej podstawie wykonawca obliczył ceny najmu lokali w których ma zostać zlokalizowanych 18 PPWW. Z załączonych do wyjaśnień dowodów, tj. ofert najmu wynika, iż wykonawca dysponuje ofertami wynajmu tylko do 4 lokalizacji, tj. Kijowa, Lwowa, Iwano-Frankowska oraz Odessy.
- 2) Wyjaśnienie przyjętych stawek wynagrodzenia dla pracowników PPWW z przedstawieniem wykazu ilościowego zatrudnionych pracowników z dodatkowym podziałem na wykonywane funkcje i lokalizacje PPWW, w których osoby te będą zatrudnione z uwzględnieniem wymaganych w OPZ kwalifikacji w tym braku karalności, posiadania wykształcenia minimum średniego, znajomości języka

polskiego i ukraińskiego na poziomie komunikatywnym w mowie i piśmie wymaganych dla obsługi.

- 3) Wyjaśnienie w którym elemencie ceny uwzględnione zostały koszty zabezpieczenia wniosków przekazywanych drogą korespondencyjną, zgodnie z pkt 6 OPZ.
- 4) Wyjaśnienie w którym elemencie ceny uwzględnione zostały koszty szkolenia personelu w tym, o których mowa w pkt. 8.7.3. OPZ tj. przeszkolenie personelu w zakresie wykonywanych zadań na wyznaczonym stanowisku pracy, przepisów BHP, polityki antykorupcyjnej oraz przepisów o ochronie danych osobowych, w szczególności zasad przetwarzania i wymogów ochrony danych osobowych określonych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych oraz stosownie do realizowanych czynności na stanowisku pracy z zasad dotyczących zabezpieczenia danych osobowych określonych w instrukcjach przekazanych przez Zamawiającego.

Wyjaśnienia i dowody powinny zawierać szczegółowe wskazanie kalkulacji kosztów realizacji wymagań wskazanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ), z wyraźnym przyporządkowaniem konkretnych kosztów do poszczególnych lokalizacji PPWW, w zakresie dotyczącym:

- a) wynajmu powierzchni biurowej w tym utworzenia i utrzymania PPWW — np. oferta wynajmu w danej lokalizacji, umowa przedwstępna najmu;
- b) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia w tym wynagrodzenia pracowników - np. zawarte umowy o pracę;
- c) zapewnienia wszystkich technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa wymaganych do ochrony danych osobowych, kosztów prowizji bankowych za przelewy dokonywane z tytułu pobierania opłat konsularnych (tj. opłat wizowych i opłat za zezwolenia MRG) (...)

6 maja 2021 r. Odwołujący Global Visa udzielił następującej odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego:

„W odniesieniu do sposobu obliczenia ceny najmu lokali, w których zlokalizowane mają być PPWW wykonawca wyjaśnia, iż:

- 1) Na potrzeby ustalenia kosztów wynajmu lokali, w których mają być zlokalizowane PPWW wykonawca przeprowadził szczegółowe analizy rynku wynajmu nieruchomości dla wszystkich lokalizacjach PPWW, które nie ograniczały się wyłącznie do sprawdzenia jak kształtują się ceny wynajmu nieruchomości na Ukrainie, ale obejmowały również analizę cen wynajmu nieruchomości w poszczególnych lokalizacjach PPWW, w tym

również konkretnych lokali, które spełniają wymagania SIWZ i w których możliwe byłoby zlokalizowanie poszczególnych PPWW.

- 2) Jak wykonawca informował w poprzednich wyjaśnieniach działania te były podejmowane przez Wykonawcę we współpracy z wykonawcą Expandia, która jako spółka będąca częścią CBRE (jednej z największych i renomowanych firm doradczych zajmującej się w szczególności doradztwem w zakresie wynajmu nieruchomości), posiada nie tylko obszerną wiedzę odnośnie rynku wynajmu nieruchomości na Ukrainie, ale również na potrzeby postępowania współpracowała z lokalnymi agencjami pośredniczącymi w wynajmie nieruchomości we wszystkich lokalizacjach PPWW.
- 3) Ustalenie kosztów związanych w wynajmem nieruchomości w poszczególnych lokalizacjach PPWW obejmowało nie tylko przeprowadzenie analiz cen wynajmu nieruchomości na Ukrainie, ale również ich potwierdzenie w poszczególnych lokalizacjach PPWW przez Expandia za pośrednictwem lokalnych agencji wynajmu nieruchomości. Działania były zatem ukierunkowane na ustalenie rynkowych cen wynajmu nieruchomości w poszczególnych lokalizacjach PPWW, które uwzględniają wymagania opisane w SIWZ i po których możliwe będzie wynajęcie takiego lokalu.
- 4) Na potwierdzenie zakresu współpracy oraz czynności wykonywanych przez Expandia w celu ustalenia rynkowych kosztów wynajmu nieruchomości, wykonawca do niniejszego pisma załącza korespondencję email z Expandia potwierdzającą współpracę z Wykonawcą w przedmiocie ustalenia wysokości kosztów związanych z wynajmem nieruchomości. Korespondencja ta stanowi Załącznik nr 1 do niniejszego pisma.
- 5) Stwierdzenie zawarte w Państwa piśmie, iż z załączonych do wyjaśnień dowodów tj. ofert najmu wynika, iż wykonawca dysponuje ofertami wynajmu tylko do 4 lokalizacji tj. Kijowa, Lwowa, Iwano-Frankowska oraz Odessy wynika z niezrozumienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, albowiem oferty wynajmu nieruchomości załączone do wyjaśnień wykonawcy, złożone zostały w celu dodatkowego potwierdzenia, iż szczegółowe badanie rynku wynajmu nieruchomości przeprowadzone przez wykonawcę we współpracy z Expandia, potwierdzają załączone do wyjaśnień wykonawcy oferty wynajmu nieruchomości.
- 6) Fakt załączenia tylko kilku ofert wynajmu nieruchomości nie omacza jednak, iż działania wykonawcy mające na celu ustalenie ceny wynajmu nieruchomości były ograniczone wyłącznie do ww. czterech lokalizacji PPWW. Wręcz przeciwnie, jak wykonawca wskazał w poprzednich wyjaśnieniach oraz w niniejszym piśmie, działania wykonawcy dotyczyły sprawdzenia cen wynajmu nieruchomości we wszystkich lokalizacjach PPWW.

- 7) Istotne jest również to, że działania te były podejmowane we współpracy z profesjonalistą działającym na tym rynku (Expandia), który poza wiedzą i doświadczeniem posiada również struktury umożliwiające weryfikację rynkowych cen wynajmu nieruchomości w poszczególnych lokalizacjach PPWW.
- 8) W konsekwencji niezłączone do poprzednich wyjaśnień przykładowe oferty były podstawą do ustalenia kosztów wynajmu nieruchomości, ale szczegółowe analizy i sprawdzenia prowadzone przez wykonawcę we współpracy z Expandia dotyczące lokali znajdujących się we wszystkich lokalizacjach PPWW. Załączone do wyjaśnień wykonawcy przykładowe oferty zostały złożone, jako dodatkowy (w stosunku do opisanych powyżej działań prowadzonych przez wykonawcę we współpracy z Expandia) dowód, potwierdzający prawidłowość przyjętych przez wykonawcę cen.
- 9) Do niniejszego pisma wykonawca załącza przykładowe oferty wynajmu nieruchomości dla pozostałych lokalizacji PPWW. Również te oferty potwierdzają, iż założenia Wykonawcy będące rezultatem działań opisanych powyżej, są prawidłowe. Oferty te stanowią Załącznik nr 2 do niniejszego pisma.
- 10) Dowodem na prawidłowość przyjętych przez Wykonawcę w ofercie cen wynajmu nieruchomości są (D rezultaty szczegółowego badania rynku przeprowadzonego przez Wykonawcę we współpracy z Expandia we wszystkich lokalizacjach PPWW, jak również (ii) oferty wynajmu nieruchomości przekazane w poprzednich wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę, jak również załączone do niniejszego pisma.
- 11) Wykonawca informuje również, iż nie posiada żadnych umów przedwstępnych najmu lokali w poszczególnych lokalizacjach PPWW. Wykonawca wskazuje, iż ani przepisy prawa ani postanowienia SIWZ nie obowiązywały wykonawcy do zawierania tego rodzaju umów. Istotne jest również to, że brak tego rodzaju umów nie może sam w sobie uzasadniać zarzutu, iż ceny wynajmu przyjęte przez wykonawcę są nieprawidłowe. Niezależnie od powyższego podpisanie tego rodzaju umów tj. umów przedwstępnych wynajmu lokali w praktyce było niemożliwe z uwagi na brak możliwości przewidzenia terminu rozpoczęcia takiego wynajmu, który uzależniony jest m.in. od rozstrzygnięcia postępowania i podpisania umowy na realizację usług nim objętych.
- 12) Do niniejszego pisma wykonawca załącza również szczegółową kalkulację kosztów wynajmu nieruchomości dla poszczególnych PPWW, która stanowi Załącznik nr 3 do niniejszego pisma.

W odniesieniu do przyjętych przez wykonawcę stawek wynagrodzenia dla pracowników PPWW wykonawca wyjaśnia:

- 13) Szczegółowe zestawienie ilości pracowników, których zamierza zatrudnić wykonawca z podziałem na funkcje i poszczególne lokalizacje PPWW zawiera Załącznik nr 4 do niniejszego pisma.
- 14) Odnosząc się do sposobu kalkulacji wynagrodzeń pracowników wykonawca ponownie wskazuje, iż kalkulacje te były wykonywane we współpracy z EBS Kiev tj. podmiotem specjalizującym się m.in. w usługach HR. Kluczowe dla ustalenia przyjętych przez Wykonawcę w ofercie stawek wynagrodzenia były w szczególności wymagania wynikające z SIWZ, ale również analizy wysokości wynagrodzeń pracowników zatrudnianych w różnych sektorach gospodarki, z uwzględnieniem obowiązujących na Ukrainie przepisów prawa.
- 15) W konsekwencji wykonawca potwierdza ponownie, iż przyjęte przez wykonawcę stawki wynagrodzeń umożliwiają zatrudnienie pracowników spełniających wymagania wynikające z SIWZ, w tym w szczególności wymaganie zatrudnienia osób niekaranych, z minimum średnim wykształceniem oraz posiadających znajomość języka polskiego i ukraińskiego na poziomie komunikatywnym w mowie i piśmie. Prawidłowość kalkulacji wykonawcy przeprowadzonych we współpracy z EBS Kiev potwierdzają również informacje o wysokości wynagrodzenia na Ukrainie dostępne na stronach portali internetowych poświęconych tej tematyce. Informacje te stanowią Załącznik nr 5 do niniejszego pisma.
- 16) Odnosząc się do wskazania, jakoby dowodem na prawidłowość przyjętych przez wykonawcę miałyby być zawarte umowy o pracę, wykonawca wskazuje, iż przepisy prawa ani postanowienia SIWZ nie zobowiązywały wykonawcy do zawierania tego rodzaju umów. W konsekwencji brak zawartych umów o pracę nie może sam w sobie stanowić dowodu na nieprawidłowość przyjętych przez wykonawcę danych, albowiem jak wskazano powyżej są one wynikiem szczegółowych analiz wykonanych przez wykonawcę we współpracy z EBS Kiev na potrzeby ustalenia wysokości takiego wynagrodzenia.
- 17) Nadto zawarcie tego rodzaju umowy przed rozstrzygnięciem postępowania i podpisaniem umowy na realizację usług nim objętych byłoby w praktyce niemożliwe z uwagi na brak możliwości przewidzenia kiedy miałyby rozpocząć się świadczenie usług objętych taką umową o pracę, która to okoliczność jest wprost uzależniona od rozstrzygnięcia postępowania i terminu podpisania umowy na świadczenie usług nim objętych.

Oдноśnie kosztów zabezpieczenia wniosków przekazywanych drogą korespondencyjną:

- 18) Wymagania wynikające z pkt 6 OPZ zostały przez wykonawcę uwzględnione w złożonej ofercie. Informacja na temat wysokości tych kosztów została przez wykonawcę przekazana w tabeli stanowiącej rozbić ceny ofertowej zawartej w poprzednich wyjaśnieniach. Wykonawca przypomina, iż koszty te zostały uwzględnione w pozycji TRANSPORT (bezpieczny transport do i z Konsulatu dedykowanym pojazdem) oraz Usługa kurierska (odsatelitarnego VAC do centralnego VAC i z powrotem) w łącznej wysokości 100 860,00 euro.

Oдноśnie kosztów szkolenia personelu:

- 19) Wszelkie szkolenia wymagana zgodnie z SIWZ będą prowadzone przez personel wykonawcy. W konsekwencji przeprowadzenie tych szkoleń nie jest dla wykonawcy dodatkowym kosztem, m.in. z uwagi na fakt, iż będą one wykonywane przez zatrudniany obecnie przez wykonawcę personel.

Oдноśnie zapewnienia technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa:

- 20) Wykonawca podtrzymuje dotychczasowe wyjaśnienia w tej sprawie wskazując, iż ww. koszty zostały uwzględnione w ofercie wykonawcy w zakresie wymaganym przez SIWZ, a koszty związane z wykonaniem ww. obowiązków zostały w sposób precyzyjny wskazane w tabeli z rozbić ceny ofertowej stanowiącej część wyjaśnień złożonych poprzednio przez wykonawcę (...).

Do wyjaśnień zostały załączone dowody wskazane w treści wyjaśnień jako załączniki.

Zamawiający nie uznał powyższych wyjaśnień za wystarczające. W protokole z oceny ofert z 14 maja 2021 r. członkowie komisji przetargowej w zakresie oceny oferty Odwołującego Global Visa wskazali m. in.: „Przyjęte przez Wykonawcę stawki (wynagrodzeń personelu – przyp. Izby) nie zostały w żaden sposób uprawdopodobnione i są bardzo zbliżone do stawki minimalnego wynagrodzenia. Wykonawca mógł załączyć oficjalne stanowisko pośrednika pracy, który, bazując na swoim doświadczeniu potwierdziłby prawidłowość przyjętych założeń, mógł również posiłkować się zanonimizowanymi umowami zawartymi z pracownikami wskazując, iż przyjęte stawki są akceptowalne na rynku pracy. Wykonawca nie uwzględnił również wzrostu kosztów pracy w okresie realizacji umowy. Mając na uwadze charakter świadczonej usługi mającej znaczenia dla prestiżu państwa polskiego oraz wymagania określone w OPZ i IPU dotyczące kwalifikacji zatrudnionego personelu oraz wymogu zapewnienia jak najmniejszej rotacji pracowników Zamawiający ma poważne wątpliwości czy usługa będzie mogła być prawidłowo realizowana. Odnosząc się do stawek wynagrodzeń wyspecyfikowanych przez pozostałych wykonawców (Capago – 12 855 491 euro) należy uznać, iż koszty pracy zostały zaniżone”.

11 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego TLS. Zamawiający poinformował również m. in. o odrzuceniu oferty Odwołującego Global Visa. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił dokonaną czynność:

„Oferta podlega odrzuceniu ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy .

Wykonawca za wykonanie zamówienia zaoferował cenę brutto 20 745 350,00 euro, która jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Mając na uwadze powyższe oraz dyspozycję art. 90 ustawy, Zamawiający w dniu 8 kwietnia 2021 r. wezwał wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny, wyznaczając termin na ich złożenie do dnia 19 kwietnia 2021 r. wykonawca odpowiedział na wezwanie w wyznaczonym terminie. Otrzymane wyjaśnienia należało jednak ocenić jako zbyt ogólnikowe, nie rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Nie załączono również stosownych dowodów poza zapewnieniami o prawidłowym skalkulowaniu ceny oferty, załączeniem tabeli z przyjętymi kosztami i wskazaniem wysokości płacy minimalnej na Ukrainie oraz przykładowych cen najmu powierzchni biurowej dla kilku lokalizacji.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 30 kwietnia 2021 r. ponownie wezwał wykonawcę do złożenia dowodów i wyjaśnień, precyzując pytania dotyczące kalkulacji ceny w tym dotyczące przyjętych kosztów pracy na poziomie 5 942 815,00 euro oceniając je jako zaniżone. Wykonawca złożył wyjaśnienia w wyznaczonym terminie tj. w dniu 6 maja 2021 r., w których potwierdził możliwość realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę. Wykonawca załączył również tabelę z przyjętymi stawkami wynagrodzeń dla poszczególnych pracowników określając poziom miesięcznych wynagrodzeń na poziomie od 200 euro w przypadku 22 pracowników, 250 euro dla 18 pracowników, 300 euro dla 406 pracowników, 350 euro dla 6 pracowników do 450 euro dla 5 pracowników. W trakcie trzyletniego okresu trwania umowy łączna, założona kwota kosztów wynagrodzeń wynosi 5 931 396,00 euro. Należy mieć na uwadze, że zgodnie z regulacjami obowiązującymi na Ukrainie obecnie minimalne wynagrodzenie wynosi 6000 UAH, co w przeliczeniu wynosi około 180 euro. W grudniu 2021 r. zaplanowane jest kolejne podwyższenie minimalnego wynagrodzenia do poziomu 6500 UAH co w przeliczeniu wyniesie około 194 euro. Należy mieć na uwadze, iż umowa będzie realizowana od listopada 2021 r. Przyjęte przez Wykonawcę stawki wynagrodzeń są bardzo zbliżone do minimalnego wynagrodzenia na Ukrainie. Zgodnie z doświadczeniami Zamawiającego i zaobserwowanymi zasadami obowiązującymi na rynku pracy, stawki minimalnego wynagrodzenia są oferowane pracownikom bez kwalifikacji

i doświadczenia. Zamawiający w OPZ oraz IPU określił swoje wymagania dotyczące kwalifikacji i warunków pracy pracowników skierowanych do realizacji zamówienia. Mając na uwadze charakter świadczonej usługi i jej znaczenie dla prestiżu państwa polskiego, Zamawiający wymaga od Wykonawcy zapewnienia jak najmniejszej rotacji pracowników, w szczególności poprzez odpowiednią politykę płacową i politykę kadrową odpowiadającą w szczególności stosownym ukraińskim przepisom dotyczącym zatrudnienia. Wykonawca nie przedstawił dowodów uprawdopodobniających rzetelność założonego poziomu wynagrodzeń. Przyjęcie stawek wynagrodzeń w wysokości zbliżonej do stawki minimalnego wynagrodzenia nie uwzględnia zapowiadanych wzrostów kosztów pracy w okresie realizacji umowy. Dodatkowo odnosząc się do stawek wynagrodzeń wyspecyfikowanych przez pozostałych Wykonawców należy uznać, iż przyjęte przez Wykonawcę stawki wynagrodzeń są rażąco zaniżone. Wykonawca wyjaśnił również, że nie będzie ponosił dodatkowych kosztów z tytułu szkolenia pracowników, co również w ocenie Zamawiającego wydaje się mało prawdopodobne lub świadczące o niewystarczającym przygotowaniu pracowników do świadczenia usługi.

Mając na uwadze powyższe należało uznać, iż złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe, a załączone dowody nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska. W związku z tym oferta podlega odrzuceniu”.

Wobec ustalonego stanu faktycznego Izba uznała czynność odrzucenia oferty Odwołującego Global Visa z wyżej podanych przyczyn za nieprawidłową.

Izba uznała argumentację zawartą w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Global Visa za kluczową z punktu widzenia prawidłowości oceny czynności odrzucenia oferty tego Wykonawcy. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że to właśnie w uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający w sposób kompleksowy ma obowiązek poinformować wykonawcę o przyczynach odrzucenia jego oferty z postępowania. Czynność ta ma doniosłe znaczenie nie tylko z powodu uzyskania przez wykonawcę konkretnej informacji o powodach odrzucenia jego oferty ale ma także wpływ na zakres zaskarżenia tego rodzaju czynności w postępowaniu odwoławczym. Z tego względu Izba uznała uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego Global Visa w tym kształcie za kompletne i zupełne. Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający decydując się na odrzucenie oferty kierował się wyłącznie motywami opisanymi w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Dlatego też jako faktyczne przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego Global Visa jako zawierającej rażąco niską cenę wskazać należy:

1. Określenie stawek wynagrodzeń personelu na poziomie od 200 euro.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że stawki wynagrodzeń były zbliżone do ukraińskiej płacy minimalnej określonej przepisami prawa. Zamawiający nie uznał, że planowane wynagrodzenia są niezgodne co do wysokości z prawem ukraińskim. Zamawiający nie określił również w SIWZ żadnych wymogów dotyczących minimalnych stawek wynagrodzeń dla personelu realizującego zadanie. Oceniając negatywnie ofertę Odwołującego Zamawiający kierował się wyłącznie własnym doświadczeniem, co wprost wynika z przytoczonego uzasadnienia.

2. Nieuwzględnienie przez Odwołującego w kalkulacji ceny oferty planowanego na grudzień 2021 r. wzrostu stawki płacy minimalnej na Ukrainie do poziomu ok. 194 euro.

Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób przyczyn, dla których uznał, że wobec powyższej okoliczności cena oferty Odwołującego nie będzie umożliwiała należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Z treści wyjaśnień Odwołującego wprost wynikało, że oferowane personelowi pensje zaczynać się będą od stawki 200 euro, zatem wyższej niż minimalna stawka obowiązująca od grudnia 2021 r.

3. Prestiżowe znaczenie dla Państwa Polskiego usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia ma oczywistą wagę dla wizerunku Polski za granicą, ale Zamawiający nie nadał temu faktowi żadnego, wymiernego znaczenia w treści i wymogach określonych w SIWZ. Bez wskazania konkretnych obowiązków wykonawców, również dotyczących sposobu kalkulacji niektórych kosztów w cenach ofert nie sposób uznać, że prestiżowy charakter zamówienia miał na tyle rzeczywistą wartość, by móc stanowić podstawę do odrzucenia oferty z postępowania.

4. Porównanie cen Odwołującego oraz pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zamawiający nie wyjaśnił przy tym dlaczego oferty innych wykonawców uznał za prawidłowe i wiarygodne na tyle, by mogły stanowić obiektywny punkt odniesienia do oceny ceny oferty Odwołującego Global Visa.

5. Brak kosztów Odwołującego Global Visa z tytułu szkolenia pracowników.

W uzasadnieniu Zamawiający wyraził jedynie swoje przypuszczenia i wątpliwości.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Jednak w przypadku, gdy Zamawiający decyduje się na dokonanie czynności tak dolegliwej z punktu widzenia wykonawcy, jak odrzucenie jego oferty, to to na nikim innym, jak tylko na Zamawiającym spoczywa obowiązek

wykazania wypełnienia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 Pzp i konkretnego wskazania przyczyn odrzucenia oferty.

W badanej sprawie w ocenie Izby Zamawiający powyższego obowiązku nie wypełnił, ponieważ nie wykazał w sposób dostateczny, że właśnie z powodów przez niego wskazanych oferta Odwołującego zawiera ceną rażąco niską cenę. Uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Global Visa jako oferty zawierającej rażąco niską cenę nie zawiera żadnej informacji uzasadniającej stanowisko Zamawiającego, który uznał, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są nierzetelne i nieudowodnione. Zamawiający nie przedstawił również argumentów, które przesądziły o uznaniu oferty Odwołującego za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Zamiast tego Zamawiający jako powody odrzucenia oferty wskazał okoliczności nie znajdujące oparcia zarówno w treści SIWZ jak i przepisach prawa powszechnie obowiązującego.

Z powyższych względów Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego Global Visa z przyczyn określonych w uzasadnieniu z 11 czerwca 2021 r. było nieprawidłowe i bezpodstawne.

Zarzut nr 2

Izba oddaliła zarzut uznając, że w związku z uwzględnieniem zarzutów nr 1, 4 i 5 oferta Odwołującego Global Visa zostaje przywrócona do postępowania. Podkreślić jednak należy, że to w gestii Zamawiającego są dalsze czynności związane z oceną oferty Odwołującego, w tym jej zgodności z SIWZ. Izba nie ma podstaw do wyręczenia Zamawiającego w zakresie takiej oceny. Dlatego też dalszy bieg postępowania zależy od decyzji Zamawiającego. Rolą Izby nie jest więc decydowanie o tym, która z ofert powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Zarzut nr 3

Zarzut został odrzucony jako wniesiony po ustawowym terminie. Odwołujący Global Visa nie zakwestionował treści wezwania do wyjaśnień z zachowaniem ustawowego terminu. Odwołujący nie podjął polemiki z dopuszczalnością takiego wezwania. Wezwania do wyjaśnień ceny oferty zostały skierowane do Odwołującego 8 i 30 kwietnia 2021 r. i termin do wniesienia odwołania od treści wezwania biegł od ww. terminów. Próba zaskarżenia treści wezwania dotyczącego ceny oferty Odwołującego na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty została przez Izbę oceniona jako spóźniona, na skutek czego Izba odrzuciła ten zarzut odwołania.

Zarzuty nr 6 – 10

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba oddaliła powyższe zarzuty uznając, że Odwołujący Global Visa nie miał interesu do kwestionowania oferty Przystępującego TLS. Między stronami nie było sporu co do faktu, że oferta Odwołującego była korzystniejsza od oferty Przystępującego TLS. Tym samym doprowadzenie przez Odwołującego Global Visa do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty z postępowania powodowałoby, że jego oferta znalazłaby się na pierwszym miejscu rankingu ofert. Zatem niezależnie od tego, czy Zamawiający odrzuciłby ofertę TLS z postępowania czy nie, nie miałyby to znaczenia z punktu widzenia interesu Odwołującego Global Visa.

KIO 1834/21

Kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia wykonawcy zostało w następujący sposób opisane w punkcie 12.1.2. SIWZ:

„Doświadczenie Wykonawcy w realizowaniu usług przyjmowania wniosków wizowych, zgodnie z pkt 7.1.2 SIWZ – znaczenie 28 % (28 pkt.).

W ramach tego kryterium Zamawiający dokona oceny złożonych ofert na podstawie informacji umieszczonych przez Wykonawcę w Wykazie usług podlegających ocenie w kryterium Doświadczenie Wykonawcy (Załącznik nr 5a do SIWZ), których należyte wykonanie lub wykonywanie zostanie każdorazowo potwierdzone stosownymi dowodami, o których mowa w pkt 8.1 ppkt 3 SIWZ.

Zamawiający nie dopuszcza polegania na zdolnościach innych podmiotów przy wykazywaniu doświadczenia podlegającego ocenie w kryterium Doświadczenie Wykonawcy.

UWAGA: Zamawiający informuje, że Załącznik nr 5a do SIWZ - Wykaz usług wykonanych lub wykonywanych podlegających ocenie w kryterium Doświadczenie Wykonawcy - nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wobec tego art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy nie będzie miał do niego zastosowania, a jedynie art. 87 ust 1 ustawy.

Ocenie punktowej podlegać będą wyłącznie usługi spełniające wymagania określone w pkt 7.1.2 SIWZ, jednakże inne od tych wskazanych w Wykazie usług wykonanych

lub wykonywanych, składanym w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (załącznik nr 5 do SIWZ). Wykonawca na podstawie jednej umowy może wykazać tylko jedną usługę.

Punkty będą przyznawane wyłącznie za inne usługi dodatkowe należycie wykonane lub wykonywane ponad minimalną wymaganą liczbę usług określoną w pkt 7.1.2 SIWZ, zgodnie z przyjętym sposobem oceny:

1 usługa dodatkowa – 9 punktów

2 usługi dodatkowe – 18 punktów

3 usługi dodatkowe i więcej - 28 punktów.

W przypadku umów dłuższych niż 1 rok Zamawiający przy punktacji brał będzie pod uwagę tylko jeden 12-miesięczny okres wskazany przez Wykonawcę (...).

Zgodnie z punktem 10.2 lit. e SIWZ: „Oferta powinna zawierać wykaz usług wykonanych lub wykonywanych, składany w celu oceny Doświadczenia Wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert, określonego w pkt 12.1.2 SIWZ, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5a do SIWZ (w formie oryginału) wraz z załączeniem dowodów, o których mowa w pkt. 8.1 ppkt 3 SIWZ, określających, czy usługi wskazane w Wykazie doświadczenia wykonawcy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w formie zgodnej z pkt. 8.5 i 8.6 SIWZ (jeżeli dotyczy)”.

Wspomniany punkt 8.1 ppkt 3 SIWZ wymieniał następujące dowody:

„Dowodami, o których mowa w niniejszym punkcie, są:

- referencje bądź inne dokumenty - wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane;

(...)

- oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w tiret pierwsze powyżej”.

Punkt 3 Załącznika nr 5A, który miał być złożony wraz z ofertą na potrzeby jej oceny w ramach kryterium dotyczącym doświadczenia wykonawcy stanowił: „Niniejszy wykaz usług, jak również dowody określające, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie nie będą podlegały uzupełnieniom lub wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, a jedynie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy”.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający dwukrotnie, w sposób nie pozostawiający wątpliwości wskazał, że nie ma możliwości uzupełnienia załącznika nr 5A oraz dowodów

złożonych na potwierdzenie prawidłowej realizacji usług wskazanych w tym załączniku. Zamawiający wyłączył możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, dopuścił wyłącznie tryb określony w art. 87 ust. 1 Pzp, który stanowi: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że Zamawiający wykluczył możliwość jakiegokolwiek uzupełnienia dowodów składanych wraz z załącznikiem nr 5A.

Odwołujący Capago wraz z ofertą złożył załącznik nr 5A i wymienił w nim następujące usługi realizowane na rzecz:

1. Ambasady Francji w Republice Południowej Afryki (okres realizacji 1 listopada 2010 r. - 31 października 2023 r.),
2. Ambasady Francji w Azerbejdżanie (okres realizacji 10 sierpnia 2017 r. - 9 sierpnia 2023 r.),
3. Ambasady Francji w Beninie (okres realizacji 21 stycznia 2019 r. - 21 stycznia 2025 r.),
4. Ambasady Francji w Burkina Faso (okres realizacji 9 października 2018 r. - 9 października 2024 r.),
5. Ambasady Francji w Republice Południowej Afryki (okres realizacji 1 listopada 2010 r. - 31 października 2023 r.),
6. Ambasady Francji w Gwinei i Sierra Leone (okres realizacji 15 stycznia 2019 r. - 17 kwietnia 2025 r.),
7. Ambasady Francji w Mali (okres realizacji 11 października 2018 r. - 11 października 2024 r.),
8. Ambasady Francji w Katarze (okres realizacji 11 grudnia 2013 r. - 17 grudnia 2022 r.),
9. Ambasady Francji w Togo (okres realizacji 23 stycznia 2019 r. - 23 stycznia 2025 r.).

Jako dowód należytej realizacji powyższych usług Odwołujący złożył oświadczenie podpisane przez umocowanego do reprezentacji Capago S.A. Zastępcę Dyrektora Generalnego. W oświadczeniu zostały wymienione wszystkie ww. usługi, ale nie znalazło się żadne sformułowanie z którego wynikałoby, że usługi te zostały zrealizowane bądź są realizowane w sposób prawidłowy. Poza oświadczeniem Odwołujący Capago nie złożył żadnych dowodów dotyczących sposobu realizacji usług wymienionych w załączniku 5A. Odwołujący nie przedstawił również żadnych wyjaśnień dotyczących przyczyn, dla których

złożył wyłącznie oświadczenie własne zamiast referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyłą realizację usług z załącznika nr 5A.

W konsekwencji Zamawiający nie uwzględnił powyższych usług przywołanych przez Odwołującego Capago i w ramach oceny oferty wykonawcy według kryterium doświadczenia wykonawcy przyznał ofercie Capago zero punktów.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego była prawidłowa.

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej postanowienia SIWZ oraz załączników do SIWZ zwrócić trzeba uwagę na zwrot „z uzasadnionej przyczyny” warunkujący złożenie oświadczenia własnego wykonawcy zamiast referencji bądź innych dokumentów. Tym samym, w ocenie Izby, aby móc złożyć oświadczenie zamiast referencji lub innych dokumentów, wykonawcy obowiązani byli uzasadnić przyczyny, dla których nie byli w stanie zdobyć określonych dokumentów czyli wykazać spełnienie warunku umożliwiającego posłużenie się oświadczeniem zamiast referencjami.

Odwołujący nie wykazał Zamawiającemu, że nie był w stanie złożyć odpowiednich dokumentów na potwierdzenie należytej realizacji zadań wskazanych w załączniku nr 5A. Co za tym idzie Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że dla przyznania ofercie Odwołującego punktów w ramach kryterium doświadczenia wystarczające było złożenie oświadczenia wykonawcy.

Podkreślić należy, że pouczenie zawarte w treści załącznika nr 5A do SIWZ jasno wskazywało na brak możliwości uzupełnienia dokumentów składanych w celu oceny oferty w ramach kryterium doświadczenia. Zamawiający dopuścił jedynie możliwość wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, zatem bez możliwości jakichkolwiek uzupełnień złożonych dokumentów. Tym samym wyjaśniane mogły być tylko dokumenty złożone wraz z ofertą. Odwołujący nie wykazał podstaw do złożenia oświadczenia zamiast referencji lub innych dokumentów, a z ofertą złożył wyłącznie to oświadczenie. W konsekwencji Zamawiający nie miał podstaw wzywać Odwołującego do wyjaśnień – wyjaśnienia służyć mają rozwianiu ewentualnych wątpliwości zamawiającego bądź wytłumaczenia zamawiającemu określonych okoliczności. Na gruncie badanej sprawy Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do takiego wezwania Odwołującego.

W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....