

Sygn. akt: KIO 3439/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 października 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2024 r. przez LDS spółka z o.o. z siedzibą w Zabierzowie w postępowaniu prowadzonym przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego - wykonawcy GMSYNERGY sp. z o.o. z siedzibą w Rzgowie i

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Fundacja Promocji Eksportu z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Fundacja Promocji Eksportu i dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

2.1 . zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę LDS spółka z o.o. z siedzibą w Zabierzowie tytułem wpisu od odwołania i:

2.2 . kosztami postępowania obciąża Polską Agencję Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie zasądza od Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz LDS spółka z o.o. z siedzibą w Zabierzowie kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu poniesionych przez tego wykonawcę kosztów postępowania w zakresie wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3439/24

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Usługi w zakresie kompleksowej organizacji stoisk narodowych, misji przyjazdowych oraz kampanii informacyjno-promocyjnych w ramach siedmiu Sektorowych Programów Promocji, postępowanie nr DZA.DPE.25.21.2024/PN, ID 442547 (nr ref: DZA.DPE.25.21.2024/PN) – część V zamówienia - sektor pojazdów szynowych

Odwołujący: LDS sp.z o.o. w Zabierzowie wniósł 18 września 2024 r. odwołanie od czynności Zamawiającego tj. od:

- a) badania i oceny złożonych ofert;
- b) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Fundacja

Promocji Eksportu

- c) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Fundacji Promocji Eksportu
- d) zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako

najkorzystniejszej oferty.

2. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia zarzuty naruszenia:

- a) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (znku) przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Fundację Promocji Eksportu (FPE), mimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności przez przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, co wpłynęło na decyzje Zamawiającego i doprowadziło do naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

- b) art. 109 ust 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty FPE mimo tego, że wykonawca ten w wyniku

zamierzonego działania, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu

c) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty FPE, mimo, że

zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia

d) art. 239 ust 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na

podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy FPE jako najkorzystniejszej,

b) dokonał ponownego badania i oceny ofert,

c) dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Fundację Promocji Eksportu ze względu na

okoliczności wskazane w odwołaniu

d) dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, którą powinna być w świetle

podanych kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego

Odwołujący wskazuje, że złożona przez niego oferta otrzymała łącznie 92,47 pkt, zaś oferta (FPE) – 100 pkt. Zarzuty odwołaniu zmierzają do odrzucenia oferty Fundacji, co w

konsekwencji będzie prowadzić do wyboru oferty Odwołującego, która znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert, a różnica między punktacją ww. ofert wynosi 7,53 pkt. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty FPE, do czego był zobowiązany, w rezultacie tego oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

Efektem wskazanych czynności i zaniechań Zamawiającego jest uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co wpłynęło na wynik postępowania.

Część V, której dotyczy odwołanie, składa się z realizacji II etapowej – częściowo w roku 2024, częściowo w 2025, co powoduje, że realizacja częściowa jest możliwa, a dodatkowo w SIWZ została zastrzeżona możliwa zmiana terminu przez wprowadzenie zapisu: „a) W przypadku zmiany terminu danych targów, stoisko w nowym terminie zostanie zorganizowane w niezmiennym zakresie i w ramach tego samego wynagrodzenia wskazanego przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Zmiany te wymagają formy aneksu”.

UZASADNIENIE

Wykonawca FPE złożył ofertę i został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie min. ceny materiałów informacyjno – promocyjnych, które wycenił w ofercie na kwotę łączną 22.000 zł. Wycenie miało podlegać : 3.300 szt toreb wykonanych w 100% z bawełny z recyklingu, 3300 szt długowiecznych ekologicznych długopisów bez wkładu, 3300 szt korkowych przywieszek do bagażu i 360 szt wykonanych z drewna i metalu kaligraficznych piór wiecznych zapakowanych w drewniane etui. Gadżety miały podane dokładne opisy oraz wymiary.

W odpowiedzi Wykonawca przedstawił korespondencję mailową z rzekomym kontrahentem z Chin, z której wynikać miała prawidłowo skalkulowana w ofercie cena. W wyjaśnieniach Fundacja powołuje się na ofertę z Chin dotyczącą dostawy gadżetów zgodnie z warunkami postępowania. Cena w tym zakresie była rażąco niska, a Zamawiający wezwał Wykonawcę

do wyjaśnień. Założone kwoty były nie tylko nierealne, także niemożliwe do zrealizowania w rzeczywistych warunkach rynkowych. W przypadku niewykazania realności założonych pozycji kosztowych, oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W toku weryfikacji dokumentów przedstawionych przez FPE Odwołujący, stwierdził empirycznie, posiadając wiedzę i doświadczenie z dziedziny informatyki, niezgodności w treści dokumentu dowodowego: Dokument nosił cechy modyfikacji, na co wskazywały różnorakie czcionki. Zgodnie z informacjami zawartymi w nagłówku, dokument ten został wygenerowany za pomocą programu Microsoft Outlook. Jednakże elementy dokumentu nie odpowiadały standardom generowanym przez to oprogramowanie, co można było bez trudu zweryfikować za pomocą narzędzia "Informacje o pliku".

Twórcy: Acrobat PDFMaker 24 dla programu Microsoft Outlook

W dalszej części analizy złożonych FPE dokumentów Odwołujący zauważył kolejne manipulacje i przeróbki w załączonych plikach. Wystąpiła bowiem niezgodność datowania: Dokument mailowy jest bowiem generowany przez zautomatyzowane systemy informatyczne, które nie popełniają błędów dotyczących datowania, czy numerowania. Natomiast w przedstawionym przez Wykonawcę dokumencie dowodowym, w nagłówku widać wyraźnie, że data rzekomego maila to „środa, 9 sierpnia 2024” zgodnie z poniższym screenem

Do: [sebastianPL](#)
Temat: Re: gadżety dla PAIH
Data: środa, 9 sierpnia 2024 6:45:02

Hej Sebastian,

Wybacz, że tak długo. Niestety musieliśmy mocno przeczesać rynek, aby MOQ było ok.

Poniżej tabela od Ciebie z naszymi cenami. Przed chwilą dostałam ją od Shawna.

Tymczasem 9 sierpnia 2024 r. przypadał na piątek, a nie środę. Taki błąd jest niemożliwy do wystąpienia w jakimkolwiek programie mailowym ze względu na automatyczne

dopasowywanie daty do dnia tygodnia. Niezgodność wskazuje na modyfikację treści dokumentu przez osoby działające w złej wierze, z celem i zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. (wyjaśnienia RNC i podrobione środki dowodowe – załącznik 3) Wykonawca dopuścił się modyfikacji pliku: Z danych pliku, Odwołujący powziął informację, że dokument został stworzony 29.08.2024 o godzinie 09:52:30 poprzez wygenerowanie w programie Microsoft Outlook, natomiast o godzinie 10:39:07 został zapisany po poddaniu

modyfikacji z wykorzystaniem narzędzia korzystającego z biblioteki IText 2.1.7 (popularne

narzędzie do modyfikacji treści dokumentów PDF)

create_date	2024-08-29 09:52:30+02:00
creator	Acrobat PDFMaker 24 dla programu Microsoft Outlook
modify_date	2024-08-29 10:39:07+02:00
producer	Adobe PDF Library 24.3.86; modified using iText 2.1.7 by IT3XT

Przedstawione dowody potwierdzały, że załączony do wyjaśnień RNC dowód w postaci oferty na dostawę gadżetów, został zmodyfikowany, aby wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Zdaniem Odwołującego wykonawca założył zamówienie gadżetów w ilości podanej w OPZ na całość zamówienia (wszystkie VII części), a nie poszczególne sektory. Przedstawiciele FPE zorientowali się o błędach w założeniach już po złożeniu oferty, w związku z czym dopuścili się aktu modyfikacji dokumentu oferty w sposób umożliwiający potwierdzenie założenie nierealnych kwot na realizację tej części. W związku z tym, można jasno stwierdzić, że wybranie oferty FPE wiąże się z dużym ryzykiem narażenia interesu Zamawiającego.

Odwołujący poinformował Zamawiającego, że dokumenty zostały przerobione (pismo z 15.09.2024). Zamawiający nie odniósł się do zarzutów Odwołującego.

Odwołujący powziął również wątpliwości odnośnie prawdziwości referencji przedstawionych przez FRE na spełnienie wymogów warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z SWZ:

O udzielenie zamówienia, może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i wykaże, że wykonał należycie co najmniej 3 usługi tj. (trzy odrębne Umowy), obejmujące zabudowę wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej o powierzchni co najmniej 50 m² każda, na międzynarodowych imprezach targowych (wszystkie poza granicami Polski), o wartości co najmniej 300 000 PLN brutto każda. warunek udziału opisany w pkt 1 Działu IX SWZ dotyczy każdej z części zamówienia tj. od I do VII.

Odwołujący skontaktował się więc z organizatorem wydarzenia META CINEMA FORUM 2023 w Zjednoczonych Emiratach Arabskich, który przekazał, że stoisko firmy G. Architects sp. z o.o. wskazane w wykazie usług jako mające 70m² w rzeczywistości miało zaledwie 6m². Zarówno więc oświadczenie Wykonawcy było w tym zakresie poświadczeniem nieprawdy, jak i przedstawiona referencja nie odzwierciedlała stanu faktycznego. Dodatkowo, Odwołujący znalazł wizualizację stoiska na mediach społecznościowych, co potwierdziło jego przypuszczenia w zakresie tego, że Wykonawca nie wykazał wymaganego doświadczenia w zakresie zabudowy wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej o powierzchni powyżej 50m². To kolejny dowód na celowe poświadczenie nieprawdy celem uzyskania zamówienia.

Opisane wyżej informacje i oświadczenia w zakresie otrzymanej rzekomo wyceny materiałów promocyjnych, jak również w zakresie wykazania się Wykonawcy doświadczeniem w zakresie zabudowy stoisk o minimalnej powierzchni 50m² zostały przerobione i/lub podrobione przez FPE świadomie i celowo. Jest to działanie sprzeczne z dobrym obyczajem i co najmniej zagrażające interesom innych, rzetelnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sprzeczne z dobrym obyczajem jest również wprowadzenie w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia. Działanie wykonawcy narusza interes innych przedsiębiorców a także interes Zamawiającego, choćby przez narażenie go na realizację zamówienia przez podmiot nie posiadający pożądanego, fachowego doświadczenia i kompetencji.

Przedstawienie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji co do wymaganego doświadczenia, jak i co do otrzymanej wyceny materiałów promocyjnych, jest działaniem niezgodnym z prawem. (art. 297 § 1 Kodeksu karnego).

Zamawiający przewidział jako podstawę wykluczenia fakultatywną przesłankę w postaci wprowadzenia Zamawiającego

w błąd na podstawie art. 109 ust 1 pkt 8 Pzp. To dodatkowe instrumenty prawne, aby wyeliminować z postępowania ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. Wprowadzenie zamawiającego w błąd polega na podaniu informacji, które są niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i mają na celu przekonanie zamawiającego do uznania oferty za zgodną z warunkami zamówienia.

Wprowadzenie zamawiającego w błąd jest wynikiem podania nieprawdziwych informacji, które miały istotny wpływ na wynik postępowania. Przedstawiony dowód uzasadniał bardzo niską cenę dostawy gadżetów, jednak ta cena jest niemożliwa do osiągnięcia w warunkach rynkowych. Wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu, co zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania. W niniejszej sytuacji, wykonawca złożył dokumenty, które świadomie wprowadzały zamawiającego w błąd.

Niejako konsekwencją przedłożenia dokumentów celem wyjaśnienia RNC jest przesłanka odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez FPE powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą i jednocześnie jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Przystępujący do postępowania po stronie Odwołującego GMSYNERGY sp. z o.o. z siedzibą w Rzgowie, wniósł o uwzględnienie odwołania przedstawiając stanowisko w pismach.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezzasadnego. Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp niezbędne jest zaistnienie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie. To oznacza, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na wskazanej podstawie może nastąpić wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Ponadto, gdyby powyższa przesłanka nie ziściła się Odwołujący wskazał dodatkową, ale już odnoszącą się do przepisów znku polegającej na przedstawieniu Zamawiającemu informacji celowo wprowadzających w błąd, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oraz doprowadziło do naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Ma to o tyle znaczenie, że w zakresie zarzutu odnoszącego się do naruszenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący nie zawarł żadnej informacji w treści odwołania na czym rzekomo czyn ten miałby polegać. Z treści art. 3 ust. 2 znku wynika, że czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. Odwołujący wskazał w treści odwołania ogólnie, że cyt. Opisane wyżej informacje i oświadczenia w zakresie otrzymanej rzekomo wyceny materiałów promocyjnych, jak również w zakresie wykazania się Wykonawcy doświadczeniem w zakresie zabudowy stoisk o minimalnej powierzchni 50m² zostały przerobione i/lub podrobione przez wykonawcę Fundację Promocji Eksportu świadomie i celowo w celu uzyskania zamówienia

stanowią działanie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, gdyż zagraża to lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Na potwierdzenie wskazanych zarzutów Odwołujący przywołuje argumenty dotyczące rzekomego podrobienia lub przerobienia jednej z wiadomości stanowiących dowód w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz okoliczność polegająca na tym, że osoba podpisująca referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia poświadczyła nieprawdziwe informacje.

Odnosząc się do okoliczności faktycznych, które potwierdzają naruszenia jakich rzekomo dopuścił się Wykonawca FPE Zamawiający wskazuje, że:

1) Wiadomość mailowa w formacie pdf o nazwie re_gadzety_dla_paih.pdf którą otrzymał wykonawca FPE od kontrahenta i dołączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w opinii Zamawiającego nie ma charakteru przerobionego lub podrobionego, jak twierdzi Odwołujący. Jej wygląd może być wynikiem wielokrotnego zapisywania plików, które po każdym zapisaniu, nawet jednym, mają informację we właściwościach pliku, że treść została zmodyfikowana. Skopiowanie treści i przetłumaczenie na język polski, skutkuje tym, że plik po zapisaniu widnieje jako „zmodyfikowany”. Różnica w datach plików jest wynikiem omyłki, jaka miała miejsce przy tłumaczeniu plików, co potwierdza zresztą sam wykonawca FPE w piśmie skierowanym do Zamawiającego w części 1 postępowania (załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie). Wykonawca FPE przystąpił w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego zatem podczas

posiedzenia i rozprawy kwestia ta z pewnością zostanie wyjaśniona.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że podrobienie dokumentu polega na nadaniu takich cech, aby sprawiał wrażenie autentycznego, w szczególności pochodzącego od konkretnej osoby. Z kolei, przerobienie dokumentu oznacza dokonanie nieautoryzowanych zmian w treści istniejącego, autentycznego dokumentu. Czynności wchodzące w zakres przerobienia dokumentu mogą polegać m.in. na „dokonaniu skreśleń, wymazaniu, uczynieniu dopisków, wywabieniu” (vide wyr. SA w Krakowie z 16.02.2021 r., II AKa 255/20).

Za fałszerstwo można zatem uznać dokonywanie w dokumencie zmian, które mają znaczenie prawne, a tym samym zagrażają wiarygodności dokumentu w obrocie. Modyfikacje nieistotne i pozbawione znaczenia prawnego, np. korygowanie błędów interpunkcyjnych nie stanowią przestępstwa z art. 270 § 1 k.k.

Na uwagę zatem zasługuje, że z argumentacji przedstawionej przez Odwołującego nie wynika żadna dodatkowa okoliczność ponad to, że we właściwościach pliku pojawia się, że informacja została zmodyfikowana. Nie sposób zatem uznać, że Odwołujący przedstawił wiarygodny dowód potwierdzający fakt przerobienia lub podrobienia plików. Kluczowe w przedmiotowej sprawie jest też to, że Wykonawca przedstawił dowód wskazujący na cenotwórczy charakter

oferty i wskazał kalkulację cen jednostkowych składających się na łączną wartość wykonania usługi. W tym jednak zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, podnosząc wyłącznie, że skoro we właściwościach pliku wskazana jest modyfikacja to jednoznacznie potwierdza to przerobienie lub podrobienie dokumentu. Tymczasem w świetle stanowiska zaprezentowanego powyżej nie sposób się z tym zgodzić.

Jako dowód potwierdzający należyte wykonanie zamówienia na targach Meta Cinema Forum w Dubaju Wykonawca FPE przedłożył referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego podpisane właśnie przez p. Piotra Gierałowskiego – dokument na przedostatniej stronie załączników do odwołania. Zamawiający nie ma zatem wiedzy o okolicznościach wskazanych w treści odwołania o jakimś rzekomym wprowadzaniu w błąd w zakresie tego konkretnego oświadczenia wiedzy. Wykonawca FPE złożył Zamawiającemu referencje potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdzie Odwołujący je wprost kwestionuje a jako dowodu oczekuje przesłuchania osoby, która przedstawiła referencje podpisała. Zamawiający nie znajduje logiki w takim działaniu. Wniosek dowodowy w zakresie przesłuchania p. P. G. jest zatem całkowicie nieuzasadniony. Odwołujący poza informacją z internetu nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających rzekomą nieprawdę w oświadczeniu FPE. Odwołujący wskazuje, że od organizatora targów ma informację o rzeczywistej powierzchni do zagospodarowania podczas targów, przy czym żadnej pisemnej informacji lub przynajmniej uprawdopodobnionej innej formie Odwołujący nie przedstawia. To natomiast powoduje, że zarzut nie znajduje oparcia w dokumentach postępowania i jako taki nie może podlegać w ocenie Zamawiającego uwzględnieniu. Zamawiający wskazuje także, że w jego ocenie skoro doświadczenie wykonawcy zostało potwierdzone dowodem z dokumentu, to zgłoszenie wniosku dowodowego – przesłuchania świadka zostało powołane jedynie dla zwłoki w prowadzonym postępowaniu.

W świetle powyższych argumentów Zamawiający nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania, a tym samym w jego ocenie uzasadnione pozostaje przekonanie, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad wynikających z obowiązujących przepisów Pzp.

Ad. 3 – dot. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez FPE, mimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zamawiający wezwał 26 sierpnia 2024 r. Wykonawcę FPE do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca w terminie przestał wyjaśnienia i dowody potwierdzające wyliczenie ceny. Zamawiający dokonał oceny złożonych dokumentów i dowodów, uznał je za spójne i logiczne, potwierdzające, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Zarzut w odwołaniu sprowadza się do subiektywnej opinii i oceny Odwołującego, który wprost wskazuje, że jego zdaniem sytuacja Wykonawcy FPE wygląda w określony sposób. Odwołujący wskazuje bowiem, że cyt. jego zdaniem wykonawca, w czasie składania oferty, założył zamówienie gadżetów w ilości podanej w OPZ na całość zamówienia (wszystkie VII części), a nie poszczególne sektory, a więc w analogiczny sposób jak oferent M Promotion International Sp. z o.o., który został odrzucony w postępowaniu ze względu na treść wyjaśnień RNC. Przedstawiciele FPE zorientowali się o popełnionych błędach w założeniach już po złożeniu oferty, w związku z czym dopuścili się aktu modyfikacji dokumentu oferty w sposób umożliwiający potwierdzenie założenie nierealnych kwot na realizację tej części.

Odwołujący poza gołosłownym twierdzeniem nie przedstawił żadnej argumentacji potwierdzającej, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Uzasadnienie zarzutu sprowadza się do spekulacji odnośnie rzekomych wyliczeń i przyjętych założeń przez wykonawcę, co nie zostało poparte wiarygodnymi wyjaśnieniami lub dowodami. Zamawiający wskazuje, że z treści odwołania nie wynika żaden logiczny wywód z którego można byłoby wywieść że cena jest rażąco niska, dowodów zaś Odwołujący nie przedstawił. Innymi słowy Odwołujący w treści odwołania po prostu wskazał, że z oceną Zamawiającego się nie zgadza i nie przedstawił w tym względzie żadnych argumentów merytorycznych czy podważających wyliczenia wykonawcy FPE. Z taką narracją zatem Zamawiający nie może się zgodzić i jej uwzględnić, gdyż skoro Odwołujący zaniechał w treści odwołania rzeczowej i merytorycznej argumentacji, Zamawiający może wyłącznie potwierdzić, że jego zdanie w zakresie złożonych wyjaśnień i dowodów są inne, tj. przeciwne do Odwołującego.

Zamawiający podkreśla, że Odwołujący nie sprostował ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania lub przynajmniej uprawdopodobnienia, że oferta wykonawcy FPE podlega odrzuceniu.

Uzasadnieniem dla zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z tytułu rażąco niskiej ceny było, w ocenie Odwołującego, pismo skierowane po wyborze oferty najkorzystniejszej o rzekomych naruszeniach, na które Zamawiający nie zareagował (jeden z załączników do odwołania). Tymczasem Odwołujący zupełnie pomija, że z obowiązujących przepisów prawa nie wynika obowiązek udzielania odpowiedzi na pisma kierowane przez Wykonawców, które składane są przed odwołaniem do Prezesa KIO. Środki ochrony prawnej służą weryfikacji działań podejmowanych przez Zamawiającego, czego najlepszym przykładem jest prowadzone postępowanie odwoławcze. Skoro wykonawca pozostawał w terminie uprawniającym go do skorzystania ze środków ochrony prawnej brak jest podstaw do jakichkolwiek twierdzeń o nieuprawnionym nieudzielaniu przez Zamawiającego odpowiedzi. Dyskusja – co zresztą potwierdza treść odwołania jak i pismo składane przed jego wniesieniem – jako pozbawiona argumentów merytorycznych mogła w ocenie Zamawiającego odbyć się wyłącznie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Na uwagę zasługuje, że Zamawiający po otrzymaniu uchylecia zakazu zawarcia umowy przekazał przedmiotową informację uczestnikom postępowania odwoławczego w celu kontynuowania transparentności procedury udzielenia zamówienia. Przedmiotowe działanie spowodowało kolejną wiadomość o nieuprawnionym działaniu Zamawiającego skierowane tym razem przez Przystępującego po stronie Odwołującego. W ocenie Zamawiającego bez znaczenia są podejmowane przez niego czynności – Odwołujący i Przystępujący po jego stronie prezentują swoje stanowisko ignorując fakty wskazane w treści odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający wskazuje również, że swoje działania prowadzi wyłącznie na podstawie obowiązujących przepisów prawa – mimo tego, że otrzymał uchylecie zakazu zawarcia umowy, umowy nie zawarł, oczekując rozstrzygnięcia sprawy przez KIO. To w sposób jednoznaczny pokazuje, że podstawą wszelkich czynności Zamawiającego mimo pilności tematu, przez cały czas były obowiązujące przepisy prawa. Podkreślenia bowiem wymaga okoliczność, że realizacja usługi w dniach 24-27 września 2024 stała się świadczeniem niemożliwym do realizacji przez Wykonawcę i nie było faktycznych możliwości zrealizowania usługi. Zamawiający wskazuje, że poniósł szkodę związaną za opłatą rezerwacyjną powierzchni targowej wydarzenia zaplanowanego do realizacji w Berlinie w ww. terminie.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu zawartego w odwołaniu.

Ad. zarzutu naruszenia art. 239 ust 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W świetle przedstawionych argumentów Zamawiający nie znajduje podstaw do uwzględnienia zarzutu. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert z SWZ, tym samym jego działanie było w pełni uprawnione i uzasadnione.

Wobec zatem przedstawionego stanowiska w niniejszej sprawie, wnosi o oddalenie odwołania w całości, jako że żaden z zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Załączono: pismo wykonawcy FPE wyjaśniające pomyłkę w tłumaczeniu wiadomości mailowych; informacja o uchyleniu zakazu zawarcia umowy; odpowiedź Przystępującego po stronie Odwołującego;

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia przedłożona przez zamawiającego, stanowiska przedstawione wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska stron i uczestników przedstawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy Pzp, pn: Usługi w zakresie kompleksowej organizacji stoisk narodowych, misji przyjazdowych oraz kampanii informacyjno-promocyjnych w ramach siedmiu Sektorowych Programów Promocji, część V zamówienia - sektor pojazdów szynowych, numer DZA.DPE.25.21.2024/PN.

9 września 2024 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Fundacja Promocji Eksportu (dalej: FPE). Wskazany Wykonawca jest w niniejszym postępowaniu odwoławczym Przystępującym po stronie Zamawiającego.

19 września 2024 r. Odwołujący wniósł do Prezesa KIO odwołanie będące przedmiotem obecnego rozpatrzenia, wskazując na naruszenia przepisów ustawy Pzp, jakich zdaniem Odwołującego dopuścił się Zamawiający.

24 września 2024 r. na wniosek zamawiającego KIO uchyliło zakaz zawarcia umowy, jednakże mając na uwadze, że uchylenie zakazu zawarcia umowy wpłynęło do zamawiającego już po rozpoczęciu Targów, co uniemożliwiło udział w przedsięwzięciu, Zamawiający nie zawarł przedmiotowej umowy.

Izba zważyła, że w świetle przedstawionych materiałów w sprawie zaistniały przesłanki do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i konieczność ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Za znacząco wiarygodne są przedstawione przez uczestników popierających zarzuty odwołania, dowody na okoliczność braku spełnienia warunku doświadczenia w zakresie organizacji ekspozycji o wymaganej minimalnej powierzchni. W istocie mamy do czynienia z dokumentami, w tym wizualizacjami i informacjami od uczestników i organizatorów, o nieistnieniu powierzchni deklarowanych przez wykonawcę pierwotnie wybranego w postępowaniu. Ta okoliczność wymaga wyjaśnienia i realnego potwierdzenia, poza samym oświadczeniem zainteresowanego i wobec istotnych informacji przedstawionych w postępowaniu odwoławczym, które są odmienne od oświadczeń oferenta, a w znaczącej części oparte są na realiach rynkowych znanych wykonawcom.

Wymaga także wyjaśnienia kwestia ceny oferowanych gadżetów nie przesądzając na etapie wyrokowania, czy w istocie zostały one opisane ze świadomym popełnieniem nadużycia w postaci przerobienia treści dokumentu mebla ewentualnego poddostawcy.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

Przewodniczący: