

WYROK

z dnia 11 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący  
Anna Chudzik

Członkowie:

Protokolant: Emilia Garbala  
Magdalena Grabarczyk

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych  
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) w dniu 23 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Visa Handling Services S.A.R.L. z siedzibą w Paryżu (Francja), Capago S.A. z siedzibą w Gif-sur-Yvette (Francja) (sygn. akt KIO 1709/18),
- 2) w dniu 24 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BLS International Services limited z siedzibą w New Delhi (Indie), HSB Identification B.V. z siedzibą w Woerden (Holandia), iKnowHow Informatics S.A. z siedzibą w Atenach (Grecja) (sygn. akt KIO 1719/18),

w postępowaniu prowadzonym przez Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Białorusi z siedzibą w Mińsku,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VF Services LLC z siedzibą w Moskwie (Rosja), VFS BY LLC z siedzibą w Mińsku (Białoruś),  
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego  
w sprawach o sygn. akt: KIO 1709/18 i 1719/18,

orzeka:

1. Sygn. akt KIO 1709/18:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 5, 8 i 11;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Visa Handling Services S.A.R.L., Capago S.A. (Francja) i:

3.1. 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;

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

## II. Sygn. akt KIO 1719/18:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BLS International Services limited, HSB Identification B.V., iKnowHow Informatics S.A. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1709/18  
KIO 1719/18

Zamawiający - Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Białorusi - prowadzi w trybie przepisów Działu III Rozdział 6 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego pn. Usługi przyjmowania wniosków wizowych na rzecz polskich placówek zagranicznych w Republice Białorusi.

Sygn. akt KIO 170918

W dniu 23 sierpnia 2018 r. Konsorcjum: Visa Handling Services S.A.R.L., Capago

S.A. (dalej: Konsorcjum Visa Handling) wniosło odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, a także zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum: VF Services LLC, VFS BY LLC. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12-15 i 21 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 138n pkt 1 ustawy Pzp, art. 9 ust. 2 w zw. z § 16 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), art. 138r w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 i art. 138r ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 21 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie w stosunku do spółki Visa Handling Services SARL braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał, że oświadczenie złożone 26 czerwca 2018 r. przez pana T. A. w imieniu spółki Visa Handling Services SARL zostało złożone w nieprawidłowej formie, tj. zostało jedynie poświadczane przez notariusza, a nie złożone przed notariuszem.

Odwołujący podniósł, że powyższe oświadczenie jest bez znaczenia dla oceny, czy Odwołujący wykazał brak podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp w stosunku do jednego z partnerów konsorcjum. Ocena jego formy pozostaje nieistotna dla konstatacji, czy Odwołujący wykazał brak ww. podstawy do wykluczenia. Odwołujący podał, że niezależnie od powyższego oświadczenia pana T. A., przedłożył Zamawiającemu również oświadczenie złożone 28 czerwca 2018 r. w imieniu spółki Visa

Handling Services SARL przez Pana A. M., uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji spółki, w którym wskazano na brak w stosunku do spółki podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Zamawiający nie zakwestionował żadnego aspektu ww. oświadczenia, należy więc przyjąć, że było ono w pełni prawidłowe, a tym samym Odwołujący wykazał brak podstawy do wykluczenia w stosunku do spółki Visa Handling Services SARL.

Zarzut naruszenia art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie w stosunku do pana A. M. (spółki Visa Handling Services SARL) braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał, iż data dokumentów potwierdzających niekaralność pana A. M. jest późniejsza niż data upływu terminu składania ofert, stąd nie mogą być one brane pod uwagę dla wykazania podstaw do wykluczenia. Poczynione niejako w związku z powyższym uwagi Zamawiającego na tle możliwości zastępowania oficjalnych dokumentów oświadczeniem własnym są niezrozumiałe, albowiem Odwołujący przedłożył również oficjalne dokumenty dotyczące pana A. M. Oznacza to, że własne oświadczenie nie zastępuje tych dokumentów, a może je co najwyżej uzupełniać, w zakresie w jakim nie odpowiadają one treści podstawy do wykluczenia zawartej w polskiej ustawie. Treść i forma zarówno oficjalnych dokumentów, jak i oświadczenia własnego nie była zresztą kwestionowana przez Zamawiającego, z wyjątkiem dat.

Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego w zakresie dat dokumentów jest pozbawione podstaw. Odwołujący podniósł, że w żadnym z postanowień dokumentacji postępowania nie wskazano, na jaką datę miałyby być aktualne dokumenty przedkładane w przedmiotowym postępowaniu, ani z jaką datą miałyby być wystawione. Postulatu aktualności na dzień upływu terminu składania ofert ani wymogu wystawienia dokumentów przed tą datą nie należy w szczególności wyprowadzać z wymogu złożenia dokumentów wraz z ofertą, który to wymóg przesądza jedynie o momencie złożenia dokumentów, a nie dacie ich aktualności czy dacie wystawienia.

Odwołujący stwierdził, że żaden z przepisów ustawy Pzp regulujących udzielanie zamówień na usługi społeczne nie określa, że dokumenty winny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na dzień upływu terminu składania ofert ani też nie określa, że dokumenty nie mogłyby być wystawione po tej dacie.

Dalej Odwołujący podniósł, że w pkt. 9.1 SIWZ Zamawiający przewidział analogiczną do zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp procedurę wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, które w ocenie Zamawiającego zawierają błędy. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie z 20 czerwca 2018 r., w odpowiedzi na które zostały mu przedłożone m.in. dokumenty dotyczące pana A. M.. W wezwaniu tym Zamawiający również nie wskazał, że przedłożone mu dokumenty mają potwierdzać brak podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert. Abstrahując więc od bezpodstawności takiego działania Zamawiającego, powinien on powtórzyć co najwyżej procedurę wezwania, wraz ze wskazaniem najpóźniejszej daty wystawienia dokumentu, a nie wykluczać Odwołującego z postępowania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wyjaśnił, że dokumenty przedłożone dla pana A. M. opatrzone datami późniejszymi niż upływ terminu składania ofert, były aktualne również na dzień upływu terminu składania ofert. Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, uzyskałby taką informację.

Zarzut naruszenia art. 138n pkt 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca zobowiązany jest w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia przedłożyć dokumenty wystawione przed dniem upływu terminu składania ofert

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może z treści art. 138n pkt 1 ustawy Pzp wyprowadzać postulatu aktualności dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia na dzień upływu terminu składania ofert ani też wymogu ich wystawienia przed tą datą. Takie ewentualne działanie stanowiłoby naruszenie art. 138n ust. 1 ustawy, poprzez błędne jego zastosowanie. Przepis nie obejmuje bowiem powyższego swoim przedmiotem regulacji. Określa on jedynie moment złożenia określonych informacji, nie stanowiąc nawet o wymogu złożenia w tym samym momencie dokumentów na ich potwierdzenie. Z przepisu tego wynika jedynie, że pewne informacje (a nie dokumenty) muszą być złożone wraz z ofertą. Przepis ten milczy w zakresie daty aktualności dokumentów, jak i również daty ich wystawienia.

Zarzut naruszenia art. 138m w zw. z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, skutkujące przyjęciem, że zamawiający winien oceniać brak podstaw do wykluczenia nie później, niż na dzień upływu terminu składania ofert

Odwołujący podniósł, że w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 138g ust. 1 pkt. 1 i nast. ustawy Pzp, z mocy art. 138m zastosowanie znajduje art. 24 ust. 12 ustawy Pzp. Powyższy przepis przewiduje uprawnienie Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przeczy on więc wprost lansowanej przez Zamawiającego tezie, sformułowanej na użytek wykluczenia Odwołującego z postępowania, jakoby dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia mogły być wystawione jedynie przed datą upływu terminu składania ofert lub aktualne na tą datę. Zamawiający może bowiem dokonać wykluczenia również i po tej dacie, w oparciu o dokumenty wystawione później niż dzień upływu terminu składania ofert. Przepis ten, mający zastosowanie również w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 138g ust. 1 pkt. 1 i nast. ustawy Pzp, realizuje wprowadzony nowelizacją z 2016 r. postulat aktualności dokumentów na dzień ich złożenia oraz oceny braku podstaw do wykluczenia na każdym etapie postępowania. Oznacza to wprost, że dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia mogą być aktualne na datę późniejszą, niż dzień upływu terminu składania ofert, jak i również wystawione po tej dacie. Przyjmując więc zasadę wystawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert oraz postulat ich aktualności najpóźniej w tej dacie, Zamawiający naruszył również art. art. 138m w zw. z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie w stosunku do pana L. B., pana J. H. oraz pana E. A. braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał, iż oświadczenia własne złożone przez pana L. B., pana J. H. i pana E. A., zostały złożone w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 jako dwujęzyczne, ale bez tłumaczenia na język polski informacji dotyczących dokumentu, a więc de facto bez tłumaczenia.

Odwołujący podkreślił, że obowiązek przedstawienia dokumentów dotyczących niekaralności dotyczy ściśle określonej kategorii osób w spółkach kapitałowych, mianowicie pełniących funkcję członka organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurenta. Ani pan L. B. ani pan J. H. ani też pan E. A. nie pełnią żadnej z tych funkcji w żadnej ze spółek wchodzących w skład Konsorcjum. Zamawiający całkowicie pominął ustalenie tych okoliczności w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, co dodatkowo świadczy o rażącej wadliwości czynności Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że pan L. B. został wskazany w KBIS jako administrateur, co nie jest równoznaczne z pełnieniem funkcji członka zarządu. Nie był więc zobowiązany do przedstawienia dokumentów dotyczących niekaralności. Również pan J. H. nie był więc zobowiązany do przedstawienia dokumentów dotyczących niekaralności, gdyż jest on udziałowcem spółki. To samo dotyczy pana E. A. jest udziałowcem spółki.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnił Zamawiającemu w piśmie z 20 kwietnia 2018 r., że w treści ww. wypisu z rejestru KBIS co do zasady nie zamieszcza się informacji o zasadach reprezentacji spółki. Według prawa francuskiego w spółce SARL nie istnieje wyodrębniony organ odpowiedzialny za zarządzanie spółką. Reprezentacja spółki oraz prowadzenie jej spraw należy do jednego lub kilku zarządców („Gerant”). Każdy z zarządców ma prawo do samodzielnego reprezentowania spółki. Prawa zarządcy do samodzielnego reprezentowania spółki nie można ograniczyć ze skutkiem wobec osób trzecich. W tym samym piśmie Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, iż według prawa francuskiego w monistycznym modelu zarządzania spółką akcyjną (SA) istnieje jeden organ pełniący zarówno funkcje kierownicze jak i nadzorcze - rada administrująca („Conseil d'administration”). W ramach rady administrującej wyróżnia się funkcję dyrektora generalnego („directeur general”), który stoi na czele spółki, jest odpowiedzialny za zarządzanie spółką oraz reprezentowanie jej wobec osób trzecich. W myśl przepisów prawa francuskiego, mianowany w spółce zastępca dyrektora generalnego posiada kompetencje odpowiadające kompetencjom dyrektora generalnego, w tym nieograniczone prawo do reprezentacji spółki wobec osób trzecich. Niniejsza zasada została również sformułowana wprost w treści statutu spółki CAPAGO S.A., na dowód czego Odwołujący przedłożył wyciąg ze statutu wraz z tłumaczeniem na język polski.

Dalej Odwołujący podniósł, że oświadczenia nie są oświadczeniami sporządzonymi w języku obcym, lecz w języku polskim (między innymi), stąd nie jest konieczne ich złożenie wraz z tłumaczeniem na język polski. Ponadto, nawet gdyby uznać, że nie został przetłumaczony jedynie fragment dokumentu, to w żadnym wypadku nie stanowi to o niemożliwości ustalenia jego kluczowej treści przez Zamawiającego. Kluczowa treść oświadczenia została bowiem sporządzona w języku polskim.

Zarzut naruszenia art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie w stosunku do spółki CAPAGO SA. braku podstaw do wykluczenia oraz zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 ustawy Pzp oraz § 16 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...) poprzez przyjęcie, że przepisy te mają zastosowanie z mocy prawa do postępowań prowadzonych na podstawie art. 138g ust. 1 pkt. 1 i nast. ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał, iż oświadczenie własne złożone przez pana J. L. B. w imieniu spółki CAPAGO SA w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14, zostało złożone jako dwujęzyczne, ale bez tłumaczenia na język polski informacji dotyczących dokumentu, a więc de facto bez tłumaczenia.

Odwołujący podniósł, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych na podstawie art. 138g ust. 1 pkt 1 i nast. ustawy Pzp nie znajdują zastosowania przepisy art. 9 ust. 2 ustawy Pzp oraz § 16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...). Przepisy regulujące udzielanie zamówień na

usługi społeczne stanowią bowiem zamknięty system regulacji, w przypadku którego przepisy ustawy Pzp inne niż przepisy działu III rozdziału 6 tejże stosuje się tylko i wyłącznie w przypadku, gdy sama ustawa tak stanowi. Tymczasem żaden z przepisów działu III rozdziału 6 ustawy Pzp nie nakazuje stosować ani art. 9 ust. 2 ustawy ani § 16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...). Gdyby więc Zamawiający zastosował ww. przepisy w przedmiotowym postępowaniu, naruszyłby je poprzez ich błędne zastosowanie.

Zdaniem Odwołującego, wymóg tłumaczenia dokumentów na język polski Zamawiający może wywodzić jedynie z ust. 10 pkt. 1 lit. d SIWZ w brzmieniu: wymagane

specyfikacją dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego zapisu, należy go odnieść wyłącznie do dokumentów sporządzonych w języku obcym. Odwołujący natomiast przedłożył w oryginale oświadczenie własne pana J. L. B., złożone w imieniu spółki CAPAGO SA. Oświadczenie było oświadczeniem dwujęzycznym, złożonym między innymi w języku polskim. Nie był to więc dokument złożony w języku obcym, stąd nie można do niego odnieść ww. wymogu tłumaczenia.

Odwołujący podniósł, że nawet gdyby uznać, iż nie został przetłumaczony jedynie fragment dokumentu, to w żadnym wypadku nie stanowi to o niemożliwości ustalenia jego kluczowej treści przez Zamawiającego. Kluczowa treść oświadczenia, tj. potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w stosunku do spółki CAPAGO SA, została bowiem sporządzona w języku polskim. Nie zostały przetłumaczone jedynie urzędowe adnotacje i pieczęcie na przedłożonym dokumencie.

Odwołujący stwierdził, że wielokrotnie w orzecznictwie KIO podnoszono, iż nie należy negować dopuszczalności i zasadności wezwań do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nawet w przypadku, gdy treścią już wystosowanego wezwania objęto dokument wraz z tłumaczeniem. Odwołujący winien był więc być co najwyżej wezwany do uzupełnienia tłumaczenia dokumentu, a nie wykluczony z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 ustawy Pzp poprzez

wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie w stosunku do pana G.

M. P. braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał, iż nie został mu przedłożony dokument w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 w stosunku do pana G. M. P.

Odwołujący podniósł, że obowiązek przedstawienia dokumentów dotyczących niekaralności dotyczy ściśle określonej kategorii osób w spółkach kapitałowych, mianowicie pełniących funkcję członka organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurenta. Pan G. M. P. nie pełni żadnej z tych funkcji w spółkach wchodzących w skład Konsorcjum. Zamawiający całkowicie pominął ustalenie tych okoliczności w sporządzonym przez siebie uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, co dodatkowo świadczy o rażącej wadliwości czynności Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że osoba ta figuruje w rejestrze KBIS jako administrateur, jednakże pominął ustalenie, iż pełnienie tej funkcji nie jest równoznaczne z pełnieniem funkcji „członka zarządu” według prawa francuskiego. Jak Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu w piśmie z 20 kwietnia 2018 r., w treści ww. wypisu z rejestru KBIS co do zasady nie zamieszcza się informacji o zasadach reprezentacji spółki. Według prawa francuskiego w monistycznym modelu zarządzania spółką akcyjną (SA) istnieje jeden organ pełniący zarówno funkcje kierownicze jak i nadzorcze - rada administrująca („Conseil d'administration”). W ramach rady administrującej wyróżnia się funkcję dyrektora generalnego („directeur general”), który stoi na czele spółki, jest odpowiedzialny za zarządzanie spółką oraz reprezentowanie jej wobec osób trzecich. W myśl przepisów prawa francuskiego, mianowany w spółce zastępca dyrektora generalnego posiada kompetencje odpowiadające kompetencjom dyrektora generalnego, w tym nieograniczone prawo do reprezentacji spółki wobec osób trzecich. Niniejsza zasada została również sformułowana wprost w treści statutu spółki CAPAGO SA, na dowód czego Odwołujący przedłożył wyciąg ze statutu wraz z tłumaczeniem na język polski. Brak

jakichkolwiek dokumentów dotyczących Pana G. M. P. jest więc - zdaniem Odwołującego - bez znaczenia dla wykazania braku podstaw do wykluczenia Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 15 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie w stosunku do spółki CAPAGO S.A. braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał, iż data zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach wydanego dnia 20 czerwca 2018 r. oraz zaświadczenia o składaniu zgłoszeń do ubezpieczeń społecznych i płatności składek na ubezpieczenia społeczne wydanego 20 czerwca 2018 r. jest późniejsza niż data upływu terminu składania ofert, stąd nie mogą być one brane pod uwagę dla wykazania braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 15 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, dokumenty te są bez znaczenia dla oceny braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 15 ustawy Pzp. Podstawa ta stanowi bowiem nie o braku zaległości w płatności podatków i składek, lecz o braku prawomocnego wyroku sądu bądź ostatecznej decyzji administracyjnej w przedmiocie powyższych zaległości. Powołując się na treść czy datę ww. dokumentów w kontekście wykazania braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, Zamawiający rażąco narusza ten przepis ustawy.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że stanowisko Zamawiającego w zakresie dat dokumentów jest pozbawione jakichkolwiek podstaw. W żadnym z postanowień dokumentacji postępowania nie wskazano, na jaką datę miałyby być aktualne dokumenty przedkładane w przedmiotowym postępowaniu ani z jaką datą miałyby być wystawione. Postulatu aktualności na dzień upływu terminu składania ofert ani wymogu wystawienia dokumentów przed tą datą nie należy w szczególności wyprowadzać z wymogu złożenia dokumentów wraz z ofertą, który to wymóg przesądza jedynie o momencie złożenia dokumentów, a nie dacie ich aktualności czy dacie wystawienia. Żaden z przepisów ustawy Pzp regulujących udzielanie zamówień na usługi społeczne nie określa, że dokumenty winny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na dzień upływu terminu składania ofert ani też nie określa, że dokumenty nie mogłyby być wystawione po tej dacie.

Odwołujący wskazał, że w pkt. 9.1 SIWZ Zamawiający przewidział analogiczną do zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp procedurę wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, które w ocenie Zamawiającego zawierają błędy. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie z 20 czerwca 2018 r., w odpowiedzi na które zostały mu przedłożone m.in. przedmiotowe dokumenty dotyczące podatków i składek na ubezpieczenie społeczne. W wezwaniu tym Zamawiający nie wskazał, że przedłożone mu dokumenty mają potwierdzać brak podstaw do wykluczenia nie później, niż na dzień upływu terminu składania ofert. Abstrahując więc od bezpodstawności takiego działania Zamawiającego, powinien on powtórzyć co najwyżej procedurę wezwania, wraz ze wskazaniem najpóźniejszej daty wystawienia dokumentu, a nie wykluczać Odwołującego z postępowania.

Odwołujący stwierdził, że wobec braku jakichkolwiek podstaw do postulowania, że data dokumentu nie może być późniejsza niż data upływu terminu składania ofert przyjęć należy, oraz wobec braku wezwania do przedłożenia czy kwestionowania innych oświadczeń lub dokumentów przedłożonych w tym zakresie Zamawiającemu, uznać należy, że pozostałe dokumenty przedłożone Zamawiającemu należy potwierdzać brak podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Zamawiający nie kwestionował bowiem tych dokumentów w pozostałym zakresie, w kontekście ww. podstawy. Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że ww. dokumenty opatrzone datami późniejszymi niż upływ terminu składania ofert, były aktualne również na dzień upływu terminu składania ofert (aktualność materialna). Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, uzyskałby taką informację.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum VFS z uwagi na rażąco niską cenę

Odwołujący podniósł, że złożone przez Konsorcjum VFS wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana cena jest pozbawiona przymiotu rażąco niskiej. Wyjaśnienia te w ogóle nie mają charakteru wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a wykonawca ten uraczył

zamawiającego pustą beletrystką, do której nie załączył choćby kalkulacji wskazującej ceny jednostkowe, na podstawie których cena ostateczna została wyliczona. Przedstawione zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z innych postępowań są bezwartościowe z punktu widzenia celu instytucji wyjaśniania sposobu obliczenia ceny na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jedyną okolicznością, na którą mogą stanowić dowód jest fakt wyboru oferty z określoną ceną w latach poprzednich, co nie ma żadnego przełożenia na to konkretne postępowanie. Faktem notoryjnym jest, iż że w Białorusi uwarunkowania ekonomiczne ulegają corocznie znacznym wahaniom. Inflacja w ujęciu rok do roku sięgać może nawet kilkunastu procent. Nie należy przy tym pominąć zmian średniego wynagrodzenia, zmian pozapłacowych kosztów pracy, oraz wzrostu cen nieruchomości i usług.

Zdaniem Odwołującego bez znaczenia jest okoliczność, że zaoferowana cena jest ceną najwyższą w postępowaniu. Nie oznacza to bowiem wprost, że nie może być ona ceną rażąco niską. Wykonawca zaniechał rozwinięcia kwestii takich jak rotacje pracowników, liczba zatrudnionych osób, okresowe wahania wpływów wniosków wizowych, uwzględnienie ryzyka braku płynności finansowej, doświadczenie w działalności na rynku białoruskim oraz koszt obsługi call center. Zamawiający - z nieznanych powodów - wytknął natomiast ich brak jedynie Odwołującemu.

Za odniesienie się na grunt tego konkretnego postępowania można by w treści wyjaśnień uznać jedynie treść na str. 14, w której po prostu powielono treść wystosowanego do wykonawcy wezwania. Stanowi to nic innego jak tylko prostą deklarację, że cena nie jest rażąco niska, co nie stanowi wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum VFS w złożonych wyjaśnieniach w dużym stopniu polemizuje z podjęciem przez Zamawiającego decyzji odnośnie zasadności skierowania wezwania o wyjaśnienie ceny złożonej oferty podkreślając fakt, że niższa od wartości zamówienia (czy innych zamówień) cena nie powoduje w żadnym razie, że może być ona uznana za rażąco niską. Powyższa argumentacja stanowi w swej istocie polemikę z ustawodawcą, który w ustawie Pzp zawarł wymagania w zakresie przesłanek, których spełnienie wymaga od zamawiającego konieczności podjęcia czynności w postępowaniu skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny.

Wskazując na ogólnikowość wyjaśnień i niewywiązanie się z ciężaru wykazania prawidłowości ceny, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie.

Odwołujący podniósł również, że działanie Zamawiającego wprost narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 138k ustawy Pzp. Wskazał, że Zamawiający niesprawiedliwie ocenił wyjaśnienia złożone w przedmiotowym postępowaniu i mimo złożenia ogólnikowych wyjaśnień wybrał ofertę Konsorcjum VFS, podczas gdy ofertę Odwołującego, który złożył szczegółowe wyjaśnienia, odrzucił. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na okoliczności faktyczne, których nie odniósł do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum VFS, mimo że w wyjaśnieniach złożonych przez tego wykonawcę nie można znaleźć żadnej informacji potwierdzającej, czy wycenił on i w jaki sposób oszacował koszt ww. składników cenotwórczych. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zastosował odrębne standardy przy badaniu rażąco niskiej ceny. Z powyższego wynika, że treść wyjaśnień nie miała żadnego znaczenia bowiem niezależnie od treści wyjaśnienia oferta Odwołującego zostałaby z tego lub innego powodu odrzucona a oferta Konsorcjum VF Services LLC wybrana nawet w sytuacji złożenia lapidarnych, ogólnikowych wyjaśnień

Zarzut naruszenia art. 138r w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 oraz art. 138r ust. 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że przepis art 90 ust. 3 ustawy ma zastosowanie z mocy prawa do postępowań prowadzonych na podstawie art. 138g ust. 1 pkt



## 1 i nast. ustawy Pzp.

Odwołujący zakwestionował zasadność odrzucenia jego oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny i przedstawił polemikę ze stanowiskiem wyrażonym przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego kwestie podniesione przez Zamawiającego nie znajdują żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ. Uzasadnienie odwołania w tym zakresie

Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wniósł o wyłączenie jawności rozprawy.

Ponadto Odwołujący podniósł, że jako podstawę odrzucenia jego oferty Zamawiający powołał przepis art 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem żaden przepis działu III rozdziału 6 ustawy nie odsyła do stosowania tego przepisu w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 138g ust 1 pkt. 1 i nast. ustawy Pzp. Skoro więc - wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu odrzucenia - w przedmiotowym postępowaniu nie stosuje się zawartej w ww. przepisie ustawy zasady odrzucania ofert wobec nieudzielenia wyjaśnień bądź w przypadku, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, to Zamawiający nie był w ogóle uprawniony do powoływania się na nią w procesie oceny oferty Odwołującego. Bez znaczenia dla oceny zasadności odrzucenia pozostaje więc kwestia nieudzielenia wyjaśnień bądź ich niewystarczającego zakresu. Wyjątek stanowiłaby sytuacja, gdyby zasada ta została przewidziana wprost jako dodatkowa podstawa do odrzucenia oferty w ogłoszeniu o zamówieniu bądź SIWZ, zgodnie z dyspozycją art. 138r ust. 2 ustawy Pzp. Tymczasem SIWZ w ogóle nie wymienia jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty, w tym również powyższej. Stosując w niniejszym postępowaniu zasady określone w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy, wobec nieprzewidzenia takiej przesłanki odrzucenia oferty, Zamawiający naruszył zarówno powyższy przepis przez jego błędne zastosowanie, jak i art. 138r ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

## Sygn. akt KIO 1719/18

W dniu 24 sierpnia 2018 r. Konsorcjum: BLS International Services limited, HSB Identification B.V., iKnowHow Informatics S. A. (dalej: Konsorcjum BLS) wniosło odwołanie wobec czynności wykluczenia tego Konsorcjum z udziału w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. art. 24 ust. 1 pkt 12 -23 ustawy Pzp.

## Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Odwołujący zakwestionował zasadność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie pkt 7.1.2 SIWZ w zw. z pkt. 8.2 lit. a SIWZ. Wskazał, że zgodnie z treścią ww. warunku wykonawca miał wykazać, że wykonuje należycie co najmniej 2 (dwie) usługi w przedmiocie przyjmowania wniosków wizowych na rzecz placówek dyplomatycznych (konsularnych) państwa strefy Schengen w okresie nie dłuższym niż kolejnych 12 miesięcy, przy czym Zamawiający zastrzegł, że w przypadku usług realizowanych na podstawie jednej umowy nie jest dopuszczalne, aby wykonawca przedstawił na potwierdzenie spełnienia tego warunku dwie lub więcej usług. Ponadto ww. usługi miały być wykonywane w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący podniósł, że celem wymogu wynikającego z pkt 7.1.2 SIWZ jest wykazanie przez uczestników postępowania niezbędnego doświadczenia. Wykładnia spełnienia lub niespełnienia warunku powinna zatem odbywać się w świetle kryterium niezbędnego doświadczenia. W uzasadnieniu faktycznym do wykluczenia BLS International Services Ltd, Zamawiający całkowicie pomija pismo wyjaśniające z 4 czerwca 2018 r., w którym wykonawca dokładnie opisał i wyjaśnił na rzecz jakich podmiotów wykonuje usługi przyjmowania wniosków wizowych. W piśmie tym została potwierdzona liczba aż 1428 000

(około) wniosków wizowych na rzecz podmiotu Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Kooperacji Królestwa Hiszpanii, które jest państwem strefy Schengen. Na stronie drugiej ww. pisma BLS International Services Ltd potwierdził jednoznacznie, że usługi te są wykonywane na rzecz jednego podmiotu (Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Kooperacji Hiszpanii). Przedmiotowe stwierdzenie zostało jeszcze raz podniesione w piśmie z 5 lipca 2018 r. do którego zostało załączone pismo Konsulatu Generalnego Hiszpanii (jednostki dyplomatycznej kraju Schengen), że wykonawca zrealizował około 20 000 wniosków wizowych od stycznia 2017 r. do grudnia 2017 r. w tej jednostce.

Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku projektu na rzecz Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Kooperacji Hiszpanii chodzi o tzw. Globalny Projekt w ramach zamówienia publicznego (tutaj MOFA-Spain), w którym to wykonawca obsługuje punkty dyplomatyczne/konsularne danego podmiotu w zakresie wniosków wizowych na niemal całym świecie. Obsługa tak dużego projektu przy ilości wniosków wizowych w liczbie ponad 10 000 w różnych państwach potwierdza, że wykonawca spełnił warunek wykazania niezbędnego doświadczenia w rozumieniu pkt. 7.1.2 SIWZ, wykazując ww. usługę na rzecz jednego podmiotu. Zamawiający w ogóle nie uwzględnił tej okoliczności w ramach badania przesłanek pkt 7.1.2 SIWZ w świetle kryterium niezbędnego doświadczenia. Kryterium co najmniej 2 usługi zostało również spełnione, ponieważ wykonawca wykonuje takie usługi w ramach ww. projektu MOFA - Spain w aż 123 punktach w 47 krajach.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający zastrzegł, że nie dopuszcza aby w przypadku

usług realizowanych na podstawie jednej umowy (niezależnie od czasu jej trwania), Wykonawca przedstawił na potwierdzenie warunku dwie lub więcej usług. Cel tego ograniczenia może być tylko taki, że o niezbędnym doświadczeniu nie może być z pewnością mowy, jeżeli uczestnik postępowania przy pomocy jednej umowy próbuje wykazać inną usługę. Jednak jeżeli (jak w przedmiotowej sprawie) uczestnik partycypuje w globalnym projekcie na rzecz placówek na całym świecie, konieczne jest wg oceny Odwołującego precyzyjne zweryfikowanie przez Zamawiającego, czy Odwołujący spełnia wymogi SIWZ odnoszącego się do doświadczenia, zważywszy na jego uczestnictwo w przedmiotowym globalnym projekcie. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zweryfikował prawidłowo spełnienia wymogu posiadania odpowiedniego doświadczenia w kontekście usługi wykonywanej przez BLS International Services Ltd na rzecz Ministerstwa Hiszpanii. Brak jest jakiegokolwiek odniesienia w piśmie Zamawiającego z 14 sierpnia 2018 r.

Na wypadek odmiennej interpretacji zapisów pkt. 7.1.2 SIWZ przez Krajową Izbę Odwoławczą, Odwołujący podniósł, że już w ofercie wskazał wykonywanie usług również na rzecz innego podmiotu z kraju Schengen, mianowicie usługi obsługi wniosków wizowych w ilości co najmniej 27 000 na rzecz Ministra Obrony - Królestwa Holandii w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2017 r., wykonywane przez członka konsorcjum HSB Identification B.V. Usługa na rzecz Ministra Obrony - Królestwa Holandii została jeszcze raz potwierdzona w piśmie skierowanym do Zamawiającego 5 lipca 2018 r. Ponadto, Zamawiający nie zwrócił uwagi, że wraz z ofertą została przedstawiona trzecia usługa wykonywana przez - iKnowHow Informatics S.A., polegająca na przyjmowaniu wniosków wizowych na rzecz placówki dyplomatycznej z obszaru Schengen na rzecz Ambasady Greckiej w ilości więcej niż 10 000 wniosków wizowych w poprzednim roku.

Odwołujący podniósł, że w przypadku wykluczenia wykonawcy Zamawiający ma obowiązek umieszczenia w informacji o wykluczeniu uzasadnienia prawnego i faktycznego dla swojej decyzji. Zdaniem Odwołującego, informacje w przedmiocie przesłanek faktycznego wykluczenia na podstawie art. 24 pkt. 12 ustawy Pzp w zw. z pkt. 7.1.3 SIWZ nie są czytelne i przejrzyste i w swej ogólności niezrozumiałe, a tym samym potwierdzają, że Zamawiający nie uzasadnił należycie przyczyn wykluczenia Odwołującego. Zamawiający odnosi się w piśmie z 14 sierpnia 2018 r. do usług Odwołującego w sposób bardzo ogólny, bez wskazania, o jaką usługę chodzi (bez podania dat pism, bez cytowania ich treści, itd.). Dla przykładu: W ocenie Zamawiającego wskazane usługi badane wraz z załączonymi dowodami, nie stanowiły potwierdzenia spełnienia warunku udziału (...) W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca nie przedstawił nowego wykazu usług. W ramach uzupełnienia przedstawił natomiast dwa dowody, obydwa odnoszące się do wskazanej

pozycji 1 Wykazu (...) załączył pierwotnie do oferty w formie niezgodnej z treścią SIWZ, jednakże wystawiony wcześniej niż 3 miesiące. Z powyższych twierdzeń nie wynika, o jaką pozycję 1, wykaz oraz dokument do oferty, niezgodny z treścią SIWZ w kontekście pkt. 7.1.3 SIWZ, tak naprawdę chodzi. Ponieważ wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na brak spełnienia wymogu niezbędnego doświadczenia stanowi dotkliwą sankcję, a tym bardziej Zamawiający powinien przed podjęciem takiej ostatecznej w skutkach decyzji rozważyć i poddać samodzielnej ocenie cały materiał przedstawiony w ramach oferty przez

Odwołującego z konkretnym odniesieniem się do wyjaśnień i uzupełnionych dokumentów, przedłożonych w toku postępowania, które neguje i które wg niego nie spełniają warunków przetargu. Pismo Zamawiającego nie zawiera takiego uzasadnienia. Zamawiający cytuje natomiast postanowienia SIWZ i ustawy Pzp, bez przeprowadzenia jakiegokolwiek subsumcji i odniesienia do dokumentów wykonawcy przedłożonych w sprawie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy Pzp w odniesieniu do

BLS International Ltd.

Na wstępie Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie podał w sposób precyzyjny podstawy prawnej wykluczenia lidera konsorcjum BLS International Services Ltd. Zamawiający wskazał jako podstawę prawną wykluczenia przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12 -23 oraz ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy Pzp, natomiast w dalszej części swojego uzasadnienia Zamawiający powołuje się na art. 24 ust. 1 pkt 13 -14, 21 oraz ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy Pzp. W końcu Zamawiający powołuje się na art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jako podstawa wykluczenia, miesząc podstawy obligatoryjne i fakultatywne wykluczenia. Nie jest więc wiadome, jaka jest podstawa wykluczenia w każdym konkretnym przypadku. Już zatem z powodu braku wskazania konkretnej podstawy prawnej wykluczenie Wykonawcy BLS International Ltd. nie jest poprawne i nie może się ostać. W trakcie badania przesłanek wykluczenia Zamawiający w treści uzasadnienia w ogóle nie uwzględnił specyfiki (natury) prawnej oświadczeń, które zostały złożone przez BLS International Ltd.

Odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe postępowanie jest przetargiem otwartym, w którym uczestniczą podmioty z całego świata, w których systemy prawne różnią się od systemu prawnego w Polsce. Prawo lokalne lidera Konsorcjum - BLS International Ltd. to prawo indyjskie, które historycznie jest mocno związane z tzw. prawem powszechnym Common Law, posiadającym swoje korzenie w prawie brytyjskim. Ponadto wszystkie oświadczenia przedłożone przez BLS International Ltd. w sprawie braku warunków do wykluczenia podlegają prawu indyjskiemu w zakresie ich formy zgodnie z art. 25 ustawy Prywatne Prawo Międzynarodowe z 4 lutego 2011 r., który ma następujące brzmienie: Forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarczy jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana.

Odwołujący wskazał, że główny zarzut Zamawiającego został oparty na stwierdzeniu, że oświadczenia dyrektorów lidera konsorcjum (w sumie 9 oświadczeń) powinny być złożone przed notariuszem, natomiast zostały złożone w formie kopii poświadczonych notarialnie lub część z nich została złożona przez sekretarza spółki lidera Konsorcjum w osobie p. B. J. również w formie kopii poświadczonych notarialnie. W żadnym miejscu uzasadnienia Zamawiający nie starał się wykazać i uzasadnić, co wg niego oznacza termin przed notariuszem, tj. czy pojęcie to oznacza, że dana osoba umawia się z notariuszem i notariusz sporządza akt notarialny zawierający oświadczenie o braku podstaw do wyłączenia, czy też notariusz jedynie potwierdza na końcu dokumentu sporządzonego w formie pisemnej własnoręcznym podpisem, że takowe oświadczenie zostało złożone w jego obecności, czy też notariusz czyta pismo i poświadcza podpis złożony notarialnie na końcu dokumentu. Termin ten może oznaczać też, że dana osoba sporządza sama oświadczenie i potwierdza sama w piśmie, że takowe złożyła przed konkretnym notariuszem. Interpretacja tego pojęcia jest utrudniona, jeżeli oprzeć się jedynie na jego brzmieniu (wykładnia językowa). Należy jednak zauważyć, że kontekst w którym pojęcie przed notariuszem pojawia się w warunkach przedmiotowego przetargu, a więc złożenia alternatywnego oświadczenia np. przed organem samorządu zawodowego, samorządu gospodarczego czy też organem administracyjnym, potwierdza, że może być pomocne w wykładni tego sformułowania (wykładnia systematyczna). Z powyższego wynika jednoznacznie, że forma notarialna oświadczenia nie jest w tym przypadku w ogóle konieczna, a chodzi jedynie o rodzaj świadectwa ze strony organu zaufania publicznego (a więc notariusza, samorządu, itd.), że takowe oświadczenie jest upublicznione i złożone w obecności ww. podmiotów, co przemawia za jego wiarygodnością i prawdą. W Indiach (zgodnie z lokalnym prawem) dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia lidera konsorcjum nie są wystawiane przez określone organy administracji czy sądownictwa, a są zastępowane oświadczeniem złożonym przez osobę uprawnioną do ich składania (tutaj sekretarz spółki) poświadczonym przez odpowiedni organ, np. notariusza. Ponadto wszystkie przedłożone oświadczenia lidera Konsorcjum zostały złożone jako tzw. affidavit a więc oświadczenia pod przysięgą, co różni go od zwykłego oświadczenia i co zostało całkowicie pominięte przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że następujące oświadczenia w formie affidavit zostały złożone przez p. B. J. (sekretarz spółki) wraz z tłumaczeniem na język polski: oświadczenie dotyczące braku zaległości w opłaceniu podatków i opłat, oświadczenie dotyczące braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, oświadczenie

dotyczące braku likwidacji i upadłości, oświadczenie dotyczące podmiotu zbiorowego.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego ww. oświadczenia nie zostały tylko potwierdzone notarialnie, ale zawierają każdorazowo: poświadczenie Indyjskiego Ministerstwa Sprawiedliwości, stempel Indyjsko-Amerykańskiej Izby Przemysłowo Handlowej w New Delhi, informację, że w przypadku affidavit chodzi o urzędowy dokument typu dokument komercyjny. Wyżej wymienione oświadczenia w zakresie formy oraz danych odpowiadają prawu indyjskiemu, są dokumentami potwierdzającymi spełnienie przez BLS International Ltd warunków SIWZ. Poza tym BLS International Ltd. przedłożył na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów określonych w pkt 3 (wyłącznie w zakresie art. 14 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy) 9 oświadczeń podpisanych przez jego dyrektorów. Oświadczenia zostały złożone osobiście i zawierające następującą charakterystykę: oświadczenie pod przysięgą, poświadczenie notarialnie, poświadczenie Indyjskiego Ministerstwa Sprawiedliwości, stempel Indyjsko-Amerykańskiej Izby Przemysłowo Handlowej w New Delhi, informację, że w przypadku affidavit chodzi o urzędowy dokument typu dokument komercyjny. Odwołujący podniósł, że powyższe okoliczności nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, który sformułował zarzut jakoby te dokumenty stanowiły formę kopii poświadczonych notarialnie, czemu należy z całą stanowczością zaprzeczyć.

Odwołujący podkreślił, że przesłanki wykluczenia opisane w art. 24 ustawy Pzp stanowią zamknięty krąg i nie mogą być rozszerzane przez Zamawiającego. W piśmie w przedmiocie uzupełnienia braków Zamawiający na stronie nr 9 wprowadził arbitralnie dodatkowy punkt wykluczenia złożenie dokumentu w nieprawidłowej formie, co stanowi niedopuszczalną praktykę. Z tego powodu wykluczenie Wykonawcy BLS International Ltd. tylko na podstawie nieprawidłowej formy dokumentu nie jest dopuszczalne.

Odwołujący dodał, że Zamawiający pominął całkowicie zasadę proporcjonalności. W motywie 101 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE prawodawca unijny stwierdził w sposób jednoznaczny, że stosując fakultatywne przesłanki wykluczenia (np. art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, na który Zamawiający się raz powołuje, a drugi raz nie) zamawiający powinni zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, a drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dostosował się do powyższej zasady, wykluczając lidera Konsorcjum za drobną nieprawidłowość, o ile w ogóle takowa miała miejsce. Brak jest ze strony Zamawiającego rozważań za i przeciw, a uzasadnienie Zamawiającego z powodu jego jednostronności i brak obiektywizmu nie może się ostać.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że wraz z ofertą złożył tzw. Zaświadczenie o czystości (Police Clearance Certificate), które potwierdziło brak jakichkolwiek karalności dyrektorów BLS International Ltd. Zaświadczenie to co do treści potwierdza spełnienie przez lidera Konsorcjum warunków opisanych w SIWZ, i co do formy i treści podlega prawu Indii, która nie może zostać zmieniona.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 13-14 ustawy Pzp w odniesieniu do HSB Identification B.

V.

Odwołujący stwierdził, że wykluczenie członka Konsorcjum HSB Identification B. V. Zamawiający oparł na zarzucie, jakoby zaświadczenie złożone przez D. R. M. B. o niekaralności w imieniu pozostałych osób uprawnionych do reprezentacji HSB Identification

B. V. nie było oświadczeniem woli, lecz oświadczeniem wiedzy. W związku z tym takie oświadczenie nie zostało uznane przez Zamawiającego. Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie można się zgodzić.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z 20 czerwca 2018 r. sam podniósł, że w przypadku braku informacji z odpowiedniego rejestru stosowne oświadczenia o braku podstaw do wyłączenia należy złożyć przez osobę, której ono dotyczy, przy czym w przypadku Wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym oświadczenia członków organu zarządzającego lub nadzorczego były wymagane. Struktura (skład) spółki z ograniczoną wykonawcy HSB Identification B. V. w momencie składania oferty oraz odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dn. 20.06.2018 r. jest następująca: Zarząd - A. P. D. H. W. - L.

C. , Rada Nadzorcza - A. W. W., F. R. H. v. E., pełnomocnik - D. R. M. B.. Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że w odniesieniu do zarządu członka konsorcjum wystarczające było oświadczenie A. P. D. H. W. - L. V. i takowe oświadczenie zostało już wcześniej wydane. HSB Identification B. V. złożył już takowe oświadczenie i wezwanie Zamawiającego z 20 czerwca 2018 r. nie było w ogóle konieczne. Przedmiotowe

oświadczenie potwierdza zgodność z przepisami w odniesieniu do samej spółki członka konsorcjum, jak i osoby p. W. - L. C. i zgodność ta oznacza, że w szczególności pani W. - L. C. nie została skazana za określone przestępstwa. Oświadczenia, które zostały złożone przez pana M. B. w imieniu własnym jako tzw. quasi członek organu zostały też uznane przez Zamawiającego. Ponadto, pan M. B. złożył oświadczenie w imieniu p. W. - L. C. Nie można się zgodzić z Zamawiającym, że to oświadczenie dotyczyć może okoliczności, które są znane tylko osobie, której dotyczą tj. samej p. W. - L. C., gdyż pan M. B. składał takie oświadczenie w oparciu o przeprowadzone już badanie przez Departament Sprawiedliwości Ministerstwa i Sprawiedliwości w Hadze, w związku z czym nie było to oświadczenie woli, ale wiedzy potwierdzające brak istnienia przesłanek do wykluczenia.

Zdaniem Odwołującego, oświadczenia złożone w imieniu pozostałych członków rady nadzorczej tego podmiotu nie były w ogóle konieczne, czego Zamawiający również nie dostrzega, mimo że sam ograniczył przedstawienie stosownych oświadczeń alternatywnie albo do członków organu zarządzającego lub nadzorczego. Z ostrożności Odwołujący podniósł, że oświadczenie wydane przez Departament Sprawiedliwości Holandii w Hadze powoduje ten skutek, że ww. oświadczenia członków rady nadzorczej nie są konieczne.

#### Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 13-14 ustawy Pzp w odniesieniu do iKnowHow

##### Informatics S. A.

Odwołujący podniósł, że pismo Zamawiającego z 14 sierpnia 2018 r. nie zawiera faktycznego uzasadnienia dla wykluczenia iKnowHow Informatics S. A. i sam Zamawiający ogranicza wykluczenie na podstawie następującego lapidarnego stwierdzenia: W odpowiedzi

na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia Wykonawca nie przedstawił dokumentów w zakresie art. 24 ust 1 pkt 13 - 14 i 21 ustawy . W związku z powyższym wykluczenie tego Wykonawcy nie jest zasadne z braku formalnego uzasadnienia wykluczenia. Niezależnie, od powyższego Odwołujący podniósł, że wraz z pismem z dnia 5 lipca 2018 r. zostały przedstawione Zamawiającemu wszystkie wymagane dokumenty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wykluczenia go z postępowania, powtórzenia badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Z ostrożności procesowej Odwołujący sformułował następujące wnioski ewentualne:

- 1) na wypadek uznania, że istnieją podstawy do wykluczenia HSB Identification B.V. z postępowania - nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wykluczenia BLS International Ltd. oraz iKnowHow Informatics S. A. z przedmiotowego postępowania, powtórzenia badania i oceny oferty, z wyłączeniem części oferty Odwołującego odnoszącej się do HSB Identification B. V., wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 2) z ostrożności procesowej i na wypadek uznania, że istnieją podstawy do wykluczenia iKnowHow Informatics S.A. z przedmiotowego postępowania - nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wykluczenia BLS International Ltd. i HSB Identification B. V. z przedmiotowego postępowania, powtórzenia badania i oceny oferty, z wyłączeniem części oferty Odwołującego odnoszącej się do iKnowHow Informatics S.A., wyboru oferty tego Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając wnioski ewentualne Odwołujący stwierdził, że w przypadku potwierdzenia się przesłanek do wykluczenia HSB Identification B.V. lub iKnowHow S.A., wykonanie zamówienia jest każdorazowo możliwe w przypadku dwóch członków konsorcjum ograniczonych do BLS International Ltd. oraz HSB Identification B. V. lub BLS International Ltd. oraz iKnowHow S. A. ze względu na wykazanie niezbędnego doświadczenia w rozumieniu przepisu pkt. 7.1.2 SIWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

#### Sygn. akt KIO 1709/18

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu

zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o niedopuszczenie do postępowania odwoławczego Konsorcjum VF Services LLC, VFS BY LLC, które zgłosiło przystąpienie po stronie Zamawiającego w obu sprawach. Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom Odwołującego pełnomocnictwo do reprezentowania Konsorcjum jest pełnomocnictwem rodzajowym, uprawniającym do reprezentowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem obejmuje również postępowanie odwoławcze. Ponadto niezłączenie do przystąpienia dokumentów potwierdzających uprawnienie osoby, która podpisała pełnomocnictwo, do reprezentowania spółki VFS, nie stanowi wady przystąpienia powodującej jego nieskuteczność, gdyż przepisy ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań takich wymogów formalnych nie określają, a wykonawca zgłaszający przystąpienie ma prawo powołać się na dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania wykonawcy, znajdujące się w dokumentacji przetargowej.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o zwrot odwołania złożonego przez Konsorcjum Visa Handling, z uwagi na złożenie kopii pełnomocnictwa potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego. Izba stwierdziła, że charakter pełnomocnictwa w postępowaniu odwoławczym, z którego Zamawiający wywodzi brak możliwości stosowania przepisów o poświadczaniu za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego, nie został jednoznacznie przesądzony ani w doktrynie, ani w orzecznictwie. Wobec powyższego Izba przyjęła za rozstrzygające faktyczne istnienie umocowania do wniesienia odwołania, nie zaś formę, w jakiej je wykazano.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących: wykluczenia Odwołującego z postępowania w powodu niewykazania w stosunku do L. B., J. H., E. A. oraz G. M. P. braku podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, a także w zakresie zarzutu naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie. W powyższym zakresie Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów, a Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

W odniesieniu do zarzutów, które podlegały merytorycznemu rozpoznaniu Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut dotyczący niewykazania braku podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp w stosunku do spółki Visa Handling Services

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 8.1 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące potwierdzenie m.in., że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 oraz ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.

W punkcie 8.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy wykonawca powinien złożyć wraz z ofertą m.in. informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający podał, że powyższe informacje należy złożyć w zakresie: Wykonawcy będącego osobą fizyczną, Wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym oraz urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólników spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurentów.

Stosownie do punktu 8.8 SIWZ, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zastosowanie mają przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzieleniu zamówienia, tj.: zamiast dokumentu, o którym mowa w pkt 8.3 lit. a SIWZ, wykonawca składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy. Z kolei pkt 8.9 SIWZ stanowi, że jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 8.8 SIWZ, zastępuje się je

dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby.

W związku z niezłączeniem do oferty dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia określonych m.in. w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, pismem z 20 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że złożenie dokumentów niepotwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu na dzień składania ofert będzie skutkowało wykluczeniem z postępowania.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył m.in.: oświadczenie pana T. A. z 26 czerwca 2018 r. oraz oświadczenie pana A. M. z 28 czerwca 2018 r. Ww. oświadczenia miały potwierdzać, że w stosunku do spółki nie zachodzi żadna z podstaw do wykluczenia, o których mowa w art 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp.

W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający podał w odniesieniu do oświadczenia pana T. A., że oświadczenie zostało złożone w nieprawidłowej formie, tj. zostało jedynie poświadczone przez notariusza, a nie złożone przed notariuszem. Ponadto w informacji tej Zamawiający stwierdził, że złożone dokumenty nie potwierdzają braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13-14 ustawy Pzp na dzień składania ofert.

Kwestionując zasadność wykluczenia z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp Odwołujący nie zakwestionował dokonanej przez Zamawiającego oceny oświadczenia pana T. A., a jedynie podniósł, że przedłożył również oświadczenie pana A. M., uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji spółki. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie kwestionował żadnego aspektu ww. oświadczenia, z czego Odwołujący wywodził, że oświadczenie to było prawidłowe, a tym samym Odwołujący wykazał brak podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp.

Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że oświadczenie pana A. M. po pierwsze zostało złożone po upływie terminu składania ofert, a po drugie nie stanowi ono oświadczenia złożonego przed notariuszem lub organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że powyższe stanowisko nie zostało wyartykułowane w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie może więc przesądzać o prawidłowości czynności Zamawiającego. Zauważenia wymaga bowiem, że z treści informacji o wykluczeniu nie wynika, aby oświadczenie pana A. M. zostało ocenione pod kątem przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp. Zamawiający podał jedynie, że nie uznał m.in. tego dokumentu za potwierdzający brak podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13-14 ustawy Pzp, nie odniósł się natomiast do art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy. Ponieważ ocena w kontekście ostatniego z przywołanych wyżej przepisów nie została wyrażona w informacji o wykluczeniu, to Odwołujący w sposób usprawiedliwiony podniósł zarzut nieuwzględnienia oświadczenia pana A. M. przy badaniu przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy. Jakkolwiek można zakładać, że ocena Zamawiającego byłaby w tym zakresie taka sama, jak w odniesieniu do przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14, to jednak formalnie nie została wyrażona i w tym znaczeniu czynność Zamawiającego należało uznać za nieprawidłową. Wskazana wadliwość uzasadnienia czynności wykluczenia nie ma jednak i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie mogła zatem prowadzić do uwzględnienia odwołania.

W odniesieniu do złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci oświadczenia pana T. A. oraz analogicznego dokumentu złożonego przez Przystępującego, które mają świadczyć o tym, że Zamawiający odmiennie ocenił dokumenty złożone w takiej samej formie, zauważyć należy, że uszło uwadze Odwołującego, iż Przystępujący obok oświadczenia złożył zaświadczenie właściwego organu, w związku z czym forma oświadczenia nie miała znaczenia dla oceny, czy wykonawca podlega wykluczeniu. Ponadto stwierdzić należy, że nie mogą stanowić dowodu potwierdzającego zasadność zarzutów odwołania złożone przez Odwołującego materiały prasowe mające świadczyć o faworyzowaniu Przystępującego w innych postępowaniach. Odnosząc się do tych dowodów podkreślić należy, że przedmiotem oceny Izby są czynności Zamawiającego podjęte w konkretnym postępowaniu, a wyznacznikiem tej oceny są przepisy ustawy, nie zaś

opinie o sposobie traktowania określonego wykonawcy w innych postępowaniach.

Odnosząc się natomiast do dokonanej przez Zamawiającego oceny oświadczenia pana A. M. w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut odwołania za niezasadny.

Istotą sporu w tym zakresie była kwestia daty, na jaką - w postępowaniach na usługi społeczne - należy potwierdzić brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do powyższego zagadnienia w pierwszej kolejności podkreślić należy, że przepisy działu III rozdziału 6 Pzp, dotyczące udzielania zamówień na usługi społeczne, nie regulują tej kwestii. Jednocześnie przepisy te odsyłają jedynie w ograniczonym zakresie do regulacji dotyczących postępowań na zasadach ogólnych. Analiza tych odesłań prowadzi do wniosku, że w postępowaniach na usługi społeczne nie znajdują zastosowania m.in. przepisy art. 25 i 26 ustawy Pzp. W zakresie, w jakim postępowanie na usługi społeczne nie podlega regulacjom ustawowym, rozstrzygające znaczenie mają postanowienia SIWZ.

W ocenie Izby SIWZ obowiązująca w niniejszym postępowaniu nie pozostawia wątpliwości, że wykonawcy zobowiązani byli wykazać brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert. W punkcie 8.1 SIWZ Zamawiający wprost wskazał na obowiązek złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu aktualnego na dzień składania ofert. Ponadto, w punkcie 8.3 SIWZ Zamawiający określił dokumenty składane w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy, wskazując jednocześnie, że dokumenty należy załączyć do oferty oraz że aktualność tych dokumentów podlega ustaleniu na dzień składania ofert (np. informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, musi być wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert). Skoro więc Zamawiający wyraźnie żądał oświadczeń wykonawcy aktualnych na dzień składania ofert i określił aktualność dokumentów odnosząc się do tej właśnie daty, to zdaniem Izby nie ma wątpliwości, że wymagał tak oświadczenia, jak i udokumentowania, że na dzień składania ofert wykonawca nie podlega wykluczeniu. Dodatkowo zauważyć należy, że w przypadku usług społecznych i wobec brzmienia postanowień SIWZ, dopuszczenie wykazania braku tych okoliczności na dzień późniejszy stałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie można bowiem uznać za usprawiedliwione, aby wykonawcy, którzy nie wywiązali się z obowiązku dołączenia dokumentów do oferty, znaleźli się w lepszej sytuacji, mogąc wykazać brak podstaw do wykluczenia na dzień późniejszy niż wykonawcy, którzy z tego obowiązku się wywiązali. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że w rozpoznawanej sprawie wykonawcy zobowiązani byli wykazać brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, a niezłożenie dokumentów potwierdzających stan na ten dzień uzasadniało wykluczenie z postępowania.

Ponadto, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, w treści wezwania z 20 czerwca 2018 r. Zamawiający zamieścił pouczenie, że złożenie dokumentów niepotwierdzających braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający myli datę wystawienia dokumentu z potwierdzeniem przez ten dokument stanu na odpowiedni dzień. Zauważyć należy, że w informacji o wykluczeniu Zamawiający wprost wskazał właśnie na niepotwierdzenie braku podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, Odwołujący natomiast nie wykazał, aby dokumenty wystawione po dniu składania ofert potwierdzały stan na dzień składania ofert.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 138n pkt 1 oraz art. 138m w zw. z art. 24 ust. 12 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący niewykazania braku podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14

ustawy Pzp w stosunku do spółki CAPAGO

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 10.1 ppkt d SIWZ wymagane specyfikacją dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski. Ponadto w punkcie 19.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że nie wyraża zgody na złożenie oferty, oświadczeń oraz innych dokumentów w języku innym niż język polski,



a dokumenty sporządzone w języku obcym należy złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski.

W odpowiedzi na wezwanie z 20 czerwca 2018 r. Odwołujący złożył oświadczenie pana J. L. B. w imieniu spółki CAPAGO, dotyczące niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Bezsporne między stronami jest, że powyższe oświadczenie zostało złożone w dwóch wersjach językowych, w tym w języku polskim, ale bez tłumaczenia na język polski informacji dotyczących dokumentu, takich jak pieczęć i adnotacje urzędowe w języku francuskim.

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności Izba podkreśla, że obowiązek złożenia dokumentów w języku polskim (lub przetłumaczonych na język polski) w świetle postanowień SIWZ nie budzi żadnych wątpliwości, a wywody Odwołującego dotyczące niestosowania w postępowaniach na usługi społeczne przepisów art. 9 ust. 2 ustawy Pzp oraz § 16 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...) wobec brzmienia SIWZ nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że wykonawca był zobowiązany do przedstawienia tłumaczenia wskazanych wyżej elementów złożonego oświadczenia, gdyż były to elementy istotne z punktu widzenia oceny prawidłowości tego dokumentu. Przedmiotowe oświadczenie zostało bowiem przedstawione przez Odwołującego jako oświadczenie złożone przed notariuszem, jednak taka forma dokumentu nie znajduje potwierdzenia w jego treści sporządzonej w języku polskim, zatem treść nieprzetłumaczonych elementów tego oświadczenia jest istotna dla oceny, czy dokument może zostać uznany za oświadczenie złożone przed notariuszem, a w konsekwencji czy wykonawca wykazał brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Bez znaczenia pozostaje okoliczność, na którą wskazywał Odwołujący, że w przypadku Zamawiającego będącego placówką dyplomatyczną nie jest problemem samodzielne przetłumaczenie określonych wyrazów z języka francuskiego. Zauważyć należy, że obowiązek złożenia dokumentów przetłumaczonych na język polski nie jest zależny od znajomości języków obcych przez pracowników Zamawiającego, a przyjęcie stanowiska przeciwnego mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, których obowiązki byłyby zróżnicowane w zależności od tego, w jakim języku są sporządzone dokumenty, które chcą przedłożyć w postępowaniu.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było zasadne.

Zarzut dotyczący niewykazanie w stosunku do spółki CAPAGO S.A. braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp

Izba ustaliła, że Odwołujący załączył do oferty w odniesieniu do spółki CAPAGO zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z 29 grudnia 2017 r. oraz zaświadczenie o składaniu zgłoszeń do ubezpieczeń społecznych, płatności składek na ubezpieczenia społeczne z 29 grudnia 2017 r. Zamawiający pismem z 20 czerwca 2018 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzających że nie zalega z opłatami podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane 20 czerwca 2018 r. oraz zaświadczenie o składaniu zgłoszeń do ubezpieczeń społecznych, płatności składek na ubezpieczenia społeczne wydane również 20 czerwca 2018 r.

W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający podał, że oba ww. dokumenty zostały wydane po terminie składania ofert, tj. po 9 kwietnia 2018 r., i nie potwierdzają braku podstaw wykluczenia wykonawcy CAPAGO S.A. z udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zamawiający stwierdził, że mając powyższe na uwadze wykonawca CAPAGO S.A. nie wykazał braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp i tym samym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Natomiast naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, której to okoliczności dotyczą zakwestionowane przez Zamawiającego zaświadczenia, jest fakultatywną (przewidzianą w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu) przesłanką wykluczenia, określoną w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący zasadnie więc wskazał, że zakwestionowane dokumenty nie są składane na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Co więcej, zgodził się z tym Zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie podał, że w informacji o wykluczeniu podano błędną podstawę prawną, gdyż powinno być odesłanie do art. 24 ust. 5 pkt 8 zamiast do art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Wobec powyższego należy stwierdzić, że w świetle przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia czynności wykluczenia, czynność ta była niezasadna.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, że na podstawie uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołujący nie mógł mieć i nie miał wątpliwości jaki był powód wykluczenia oraz że Zamawiający przewidział w SIWZ badanie wykonawców pod kątem fakultatywnej przesłanki wykluczenia, z czego Zamawiający wywodzi, że podanie błędnego odesłania nie może mieć znaczenia dla oceny czynności Zamawiającego. Podkreślić należy, że podanie podstawy wykluczenia jest istotnym i koniecznym elementem informacji o wykluczeniu. Jeśli nawet Zamawiający zasadnie stwierdza wadliwość przedłożonego przez wykonawcę dokumentu, to fakt, że jako skutek tej wadliwości wskazuje podleganie wykluczeniu z powodów innych, niż te, których dokument rzeczywiście dotyczy, to tylko z tego powodu wykluczenie należy uznać za nieprawidłowe. Wskazana wada uzasadnienia wykluczenia nie mogła jednak prowadzić do uwzględnienia odwołania, nie ma bowiem wpływu na wynik postępowania.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że w odniesieniu do daty, na jaką wykonawcy zobowiązani byli wykazać brak podstaw do wykluczenia, aktualne pozostaje stanowisko Izby przedstawione we wcześniejszej części uzasadnienia.

#### Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia oferty

#### Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Izba ustaliła, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 104.925.240,00 zł (24.335.004,75 euro), w tym wartość zamówień o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp - na kwotę 34.975.080,00 zł netto (8.111.668,25 euro)

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) oferta Odwołującego Visa Handling: 9.000.000,00 euro (cena jednostkowa brutto 7,50 euro),
- 2) oferta Konsorcjum BLS: 10.680.000,00 euro (cena jednostkowa brutto 8,90 euro)
- 3) oferta Przystępującego: 13.200.000,00 euro (cena jednostkowa brutto 11,00 euro)
- 4) oferta Cox & Kings Global Services Management: 10.200.000,00 euro (cena jednostkowa brutto 8,50 euro)
- 5) oferta Konsorcjum SA Freight Link, Pony Express Sp. z o.o.: 12.840.000,00 euro (cena jednostkowa brutto 10,70 euro)

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Szczegółowe uzasadnienie odrzucenia Zamawiający opatrzył klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa i przekazał tylko Odwołującemu.

Oceniając zasadność odrzucenia oferty Odwołującego po pierwsze - niezależnie od faktu uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - stwierdzić należy, że chociaż przepisy regulujące postępowanie na usługi społeczne nie zawierają odesłania do art. 90 ustawy Pzp, to jednak na gruncie przepisów unijnych i w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej niedopuszczalne jest odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę bez umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących tej ceny (np. orzeczenie TSUE w sprawie Fratelli Costanzo C-103/88). Stanowisko to należy uznać za aktualne również w odniesieniu do zamówień na usługi społeczne. Odstąpienie od umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących ceny stwarzałoby ryzyko arbitralności decyzji zamawiającego i godziłoby w zasady udzielania zamówień publicznych. Tym samym należy stwierdzić, że skoro Zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień dotyczących ceny, to treść tych wyjaśnień mogła i powinna stanowić podstawę oceny dokonanej przez Zamawiającego.

Następnie podkreślić należy, że biorąc pod uwagę, jak bardzo cena oferty Odwołującego odbiega od wartości szacunkowej zamówienia oraz od cen pozostałych ofert oraz uwzględniając podniesiony przez Zamawiającego fakt, że przedmiot zamówienia jest powiązany z wrażliwym obszarem stosunków dyplomatycznych, ocena realności ceny wymaga szczególnej ostrożności i uzyskania przez Zamawiającego pewności co do tego, że po pierwsze przedmiot zamówienia za tę cenę zostanie wykonany, po drugie - że zostanie wykonany należycie.

Izba podziela dokonaną przez Zamawiającego ocenę wyjaśnień, wskazując jednocześnie, że z uwagi na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, odniesienie się w niniejszym uzasadnieniu do treści tego dokumentu i dokonanej przez Zamawiającego oceny musi nastąpić na takim poziomie ogólności, aby nie ujawnić informacji ustawowo chronionych.

Przede wszystkim wskazać należy, że wykonawca chcąc wykazać w wyjaśnieniach prawidłowość kalkulacji ceny powinien podać konkretne wartości ilościowe i wartościowe przyjęte do tej kalkulacji. Niezasadne jest przedstawienie określonych założeń przyjętych do kalkulacji, a następnie powoływanie się na okoliczność, że są to tylko założenia dla potrzeb wyjaśnień i nie świadczą one, że w taki sposób zamówienie będzie realizowane (str. 19 odwołania, pkt 3).

Dalej zauważenia wymaga, że formułując zarzuty na str. 17 pkt 1 i 2 odwołania Odwołujący nie wykazał, że uwzględnił w cenie okoliczności, o których mowa w tych punktach, ograniczył się jedynie do twierdzeń, że twierdzenia Zamawiającego są gołostowne. Tymczasem składając wyjaśnienia to wykonawca powinien wykazać prawidłowość kalkulacji ceny. Natomiast dane statystyczne przywołane w punkcie 2, z powodów podniesionych przez Zamawiającego w części niejawnej rozprawy, należy uznać za nieadekwatne do okoliczności, w odniesieniu do której zostały przywołane.

Ponadto stwierdzić należy, że zarzuty odwołania w tym zakresie stanowią polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego, polegającą jedynie na przeciwstawieniu tezom Zamawiającego tez własnych Odwołującego. Przykładowo Odwołujący kwestionuje założenie poczynione przez Zamawiającego (pkt 7 niejawnej części odwołania), a jednocześnie w żadnej mierze nie wykazuje prawidłowości własnego założenia. Z kolei twierdzenia Odwołującego przedstawione w punktach 4 i 5 niejawnej części odwołania nie świadczą o niezasadności odrzucenia oferty. Natomiast argument kwestionowany w punkcie 6 niejawnej części odwołania, jest argumentem, który Zamawiający zasadnie - zdaniem Izby - wskazał jako okoliczność, która pozwala przyjąć, że Odwołujący nie jest w stosunku do innych wykonawców w na tyle korzystnej sytuacji, że może sobie pozwolić na tak istotne obniżenie ceny względem cen innych wykonawców.

Biorąc pod uwagę zaoferowaną przez Odwołującego cenę i wytknięte przez Zamawiającego niedostatki złożonych wyjaśnień, Izba stwierdziła, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

W odniesieniu do ceny oferty Przystępującego Izba ustaliła, że pismem z 30 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, wskazując, że cena oferty jest niższa o 45,14% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT (19.468.003,80 euro brutto). Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia powinny wskazywać w szczególności, czy zaoferowana cena oferty obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w OPZ oraz w treści Istotnych Postanowień Umowy.

Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których potwierdził, że zaoferowana cena

obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wszystkimi wymaganiami określonymi w SIWZ i obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, określone przez Zamawiającego w SIWZ, w tym w Opisie Przedmiotu Zamówienia i Istotnych Postanowieniach Umowy. Przystępujący wskazał m.in. na poziom cen oferowanych w innych postępowaniach, w tym w postępowaniach prowadzonych przez Ambasadę RP w Rosji, na Ukrainie i Białorusi, powołał się na zdobyte w ciągu ostatnich 3 lat doświadczenie w realizacji usług przyjmowania wniosków wizowych dla Ambasady RP w Mińsku. Przystępujący przedstawił zmiany w modelu biznesowym, które pozwoliły mu uzyskać redukcję kosztów administracyjnych działalności prowadzonej w Rosji i na Białorusi. Przystępujący wyjaśnił, że w związku z wykonywaniem usług na rzecz Ambasady RP w Mińsku ma zorganizowany cały system służący realizacji zamówienia, posiada odpowiednią infrastrukturę lokalową i techniczną, wykwalifikowanych pracowników, a także oprogramowanie i sprzęt, w oparciu o który realizuje obecnie bieżący kontrakt. Jako czynnik pozwalający na oferowanie konkurencyjnych cen podał i opisał również skalę usług świadczonych przez spółki z Grupy VFS Global. Opisując dotychczasowe doświadczenie Przystępujący wskazał m.in. na wdrożenie tzw. wspólnych punktów przyjmowania wniosków wizowych (JVAC - Joint Visa Application Centers), pozwalających w jednej lokalizacji prowadzić w sposób dwa lub więcej punktów przyjmowania wniosków wizowych dla przedstawicielstw dwóch lub więcej państw strefy Schengen, co pozwala znacząco zwiększyć liczbę wnioskodawców obsługiwanych w jednej lokalizacji, przy zachowaniu kosztów utrzymania tej lokalizacji na niezmienionym poziomie, przez co zwiększeniu ulega efektywność i rentowność prowadzonej działalności.

Oceniając przedmiotowy zarzut w pierwszej kolejności podkreślić należy, że złożone wyjaśnienia i kwestię potwierdzenia przez nie realności ceny należy oceniać w kontekście okoliczności przedmiotowego postępowania, z uwzględnieniem relacji badanej ceny do realiów rynkowych, które obrazuje ogół ofert złożonych w postępowaniu. W związku z tym należy wziąć pod uwagę - jako istotną okoliczność - fakt, że cena oferty Przystępującego była ceną najwyższą spośród zaoferowanych w postępowaniu, o ponad 18% wyższą od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert i aż o ponad 46% wyższą od ceny oferty Odwołującego. Biorąc powyższe pod uwagę trudno oczekiwać, aby wyjaśnienia Przystępującego wykazywały jakieś nadzwyczajne okoliczności, które pozwoliły mu obniżyć

cenę ofert. W takiej sytuacji nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, że uznał cenę oferty za realną, biorąc pod uwagę, że wykonawca złożył wyjaśnienia potwierdzające możliwość wykonania przedmiotu zamówienia i wskazujące na sprzyjające temu czynniki, nawet bez udowodnienia nadzwyczajnych okoliczności, nie sposób bowiem twierdzić nie tylko, że cena oferty została nadzwyczajnie zaniżona, ale nawet że została ona w jakikolwiek sposób obniżona w stosunku do ofert innych wykonawców. Ocena wyjaśnień nie może prowadzić do tego, że wykonawca, który zaoferował cenę, którą w okolicznościach sprawy należy uznać wręcz za wysoką, traci możliwość uzyskania zamówienia, bo nie wykazuje ekstrapordynaryjnych okoliczności pozwalających obniżyć cenę. W tej sytuacji za wystarczające należy uznać okoliczności, które sprzyjają optymalizacji kosztów, chociażby takie, jak wskazane w wyjaśnieniach posiadanie doświadczenia w wykonywaniu usług będących przedmiotem zamówienia na rynku białoruskim, dysponowanie infrastrukturą lokalową i techniczną, pracownikami, oprogramowaniem i sprzętem, w oparciu o który realizacji obecnie bieżący kontrakt, czy skalę usług realizowanych przez Grupę VFS Global. O ile nie są to okoliczności, które same w sobie pozwalałyby usprawiedliwić nadzwyczajne, rażące obniżenie ceny, to niewątpliwie są okolicznościami stanowiącymi sprzyjające warunki, pozwalającymi na redukcję kosztów wykonywania zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego o nierównym traktowaniu wykonawców przy ocenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać różnicy między ceną jego oferty a ceną oferty Przystępującego, podczas gdy ocena wyjaśnień musi się odbywać przez pryzmat zaoferowanej ceny. Jeżeli Zamawiający wyraził wątpliwości co do uwzględnienia określonego aspektu przedmiotu zamówienia, czy zarzucił jego nieuwzględnienie w cenie jednostkowej 7,5 euro, to nie oznacza, że te same wątpliwości powinny się u niego zrodzić w odniesieniu do ceny jednostkowej w wysokości 11,00 euro, tj. o ponad 46% wyższej.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego.

Sygn. akt KIO 1719/18

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki

korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby wszystkie podniesione w odwołaniu zarzuty są niezasadne.

#### Zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu

Izba ustaliła, że w punkcie 7.1.2 Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania, 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 2 usługi polegające na przyjmowaniu wniosków wizowych na rzecz placówki dyplomatycznej albo konsularnej państwa Strefy Schengen, stosownie do dyspozycji art. 43 Wspólnotowego Kodeksu Wizowego (WKW), 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). W przypadku usług wykonywanych Zamawiający wymagał, 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. Zamawiający poinformował, że nie dopuszcza, aby w przypadku usług realizowanych na podstawie jednej umowy (niezależnie od czasu jej trwania), wykonawca przedstawił na potwierdzenie spełniania warunku dwie lub więcej usług oraz że w przypadku umów dłuższych niż 1 rok Zamawiający będzie brał pod uwagę tylko jeden 12-miesięczny okres wskazany przez wykonawcę.

Odwołujący załączył do oferty wykaz usług, w którym wskazał 3 usługi realizowane dla: Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Kooperacji Królestwa Hiszpanii (poz. 1), Ministry of Defense, Royal Marechaussee (poz. 2 wykazu) i Republiki Greckiej, Ambasady Grecji w Chinach, Konsulatu Generalnego (poz. 3 wykazu).

Pismem z 30 maja 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie poz. nr 1 i poz. nr 2 wykazu usług. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których w zakresie odnośnie poz. 1 wykazu potwierdził, że podana w wykazie liczba wniosków obejmuje faktycznie przyjęte wnioski wizowe oraz wskazał liczbę wniosków odebranych w poszczególnych punktach wizowych na rzecz jednego podmiotu. W odniesieniu do poz. 2 wykazu Odwołujący wyjaśnił, że liczba wniosków wizowych dotyczy wniosków wizowych przyjmowanych na rzecz jednego podmiotu Ministerstwa Obrony - Royal Marechaussee, Królestwa Holandii. Pismem z 20 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający podał, że:

- w poz. 1 wykazu podano łączną liczbę przyjętych wniosków wizowych na rzecz wielu podmiotów, co jest niezgodne z treścią SIWZ, gdyż Zamawiający wymagał m.in. 10 000

wniosków na rzecz jednego podmiotu; z podanych w wykazie dat wynika, że usługa jest nadal realizowana, a zatem wystawiony 12 października 2017 r. dokument pochodzący z Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Kooperacji został wystawiony wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a z treści dołączonego dowodu nie

wynika, że usługa była świadczona należycie;

- w poz. 2 wykazu podana liczba wniosków została przyjęta na podstawie jednej umowy i na rzecz jednego podmiotu, ale podmiotu niebędącego placówką dyplomatyczną lub konsularną Strefy Schengen, a załączony do wykazu dowód został wystawiony wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

- w poz. 3 wykazu - z dat podanych przez Odwołującego w wykazie wynikało, że realizacja usługi rozpocznie się po upływie terminu składania ofert, ponadto wykonawca podał liczbę wniosków na poziomie 10.500 zaakceptowanych w terminie od 10.02.2018 r. do 05.04.2018 r. wobec czego informacja o przyjętej liczbie wniosków jest niewiarygodna; załączony dokument do wykazu został złożony w języku obcym bez tłumaczenia na język polski, ponadto w formie kopii bez poświadczenia za zgodność z oryginałem.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedstawił pismo, w którym podał, że przedkłada wykaz usług, którego jednak do pisma nie załączył. Ponadto Odwołujący przedstawił dokumenty w języku angielskim oraz wydruk z korespondencji e-mail, dotyczące usługi z poz. 1 wykazu, nie przedstawił natomiast żadnych dokumentów dotyczących poz. 2 i poz. 3 wykazu.

W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający odniósł się do wykazu usług załączonego do oferty, wskazując, że w poz. 1 i 2 wykazu nie wskazał wybranej placówki dyplomatycznej lub konsularnej państwa strefy Schengen, na rzecz której została wykonana lub nadal jest wykonywana usługa przyjmowania wniosków wizowych, stosownie do dyspozycji art. 43 WKW, jak wymagał Zamawiający, a w pozycji 3 wskazał usługę na rzecz placówki dyplomatycznej/konsularnej państwa strefy Schengen, jednakże z terminem realizacji przypadającym po upływie terminu składania ofert. Ponadto, załączone dowody zostały złożone w formie niezgodnej z treścią SIWZ, dla usług będących w trakcie realizacji wystawione w terminie wcześniejszym niż okres 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert oraz niektóre z nich bez wymaganego tłumaczenia na język polski. Odnosząc się do dokumentów uzupełnionych na wezwanie, Zamawiający podniósł, że wykonawca nie przedstawił nowego wykazu usług, przedstawił natomiast dwa dowody odnoszące się do usługi z poz. 1 wykazu, jeden dowód w formie kopii poświadczonej notarialnie, który pierwotnie załączył do oferty w nieprawidłowej formie, jednak wystawiony wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Drugi dowód, niezawierający daty jego wystawienia, złożony w oryginale wraz z tłumaczeniem na język polski dotyczy de facto usługi realizowanej na podstawie umowy wskazanej w poz. 1 Wykazu. Zamawiający podkreślił, że nie dopuszczał, aby w przypadku usług realizowanych na podstawie jednej umowy (niezależnie od czasu jej trwania), wykonawca przedstawił na potwierdzenie spełniania warunku dwie lub więcej usług.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów po pierwsze zauważyć należy, że Odwołujący podjął merytoryczną polemikę jedynie z oceną usługi wskazanej w poz. 1 wykazu usług. Niezasadne jest więc powoływanie się w odwołaniu na pozostałe usługi, w odniesieniu do których Odwołujący nie zakwestionował dokonanej przez Zamawiającego negatywnej oceny i wywodzenie z faktu przedstawienia tych usług, że wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu dwóch usług odpowiadających wymaganiom Zamawiającego.

Podniesione w odwołaniu zarzuty w zakresie oceny usługi z poz. 1 wykazu usług odnoszą się do kwestii, czy umowa zrealizowana na rzecz Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Kooperacji Hiszpanii potwierdza warunek legitymowania się doświadczeniem w realizacji dwóch usług o wskazanych w SIWZ cechach. W ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, że ww. umowa nie była on wystarczająca na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z SIWZ wykonawcy zobowiązani byli wykazać doświadczenie w realizacji dwóch usług, przy czym Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że nie dopuszcza, aby w przypadku usług realizowanych na podstawie jednej umowy (niezależnie od czasu jej trwania), wykonawca przedstawił na potwierdzenie spełniania warunku dwie lub więcej usług. Postanowienia SIWZ jednoznacznie wiążą usługę z umową, na podstawie której była wykonywana, nie zezwalając, aby wykonawca posiadający doświadczenie związane z realizacją jednej umowy przedstawiał je - powołując się na wielość obsługiwanych placówek dyplomatycznych - jako doświadczenie w realizacji wielu umów. W tej sytuacji niedopuszczalne byłoby, aby realizacja jednej umowy, nawet jeżeli dotyczyła ona projektu globalnego, została potraktowana jako realizacja minimum dwóch usług w rozumieniu SIWZ. Tym samym umowa wykonana na rzecz Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Kooperacji Hiszpanii nie mogła zostać uznana za dwie usługi, potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Nie zasługuje na uwzględnienie przedstawiona w odwołaniu argumentacja odwołująca się do „niezbędności” doświadczenia i konieczności oceny tej „niezbędności” przez pryzmat skali, jaką obejmowała umowa realizowana na rzecz Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Kooperacji Hiszpanii. Przyjęcie tej argumentacji wiązałoby się z dopuszczeniem do postępowania wykonawcy legitymującego się doświadczeniem niezgodnym z niebudzącymi wątpliwości interpretacyjnych postanowieniami SIWZ, które nie zostały przez Odwołującego zaskarżone na odpowiednim etapie postępowania.

W ocenie Izby pozbawione podstaw są także sformułowane w odwołaniu zarzuty dotyczące ogólności i braku precyzji uzasadnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. O wadliwości tego uzasadnienia nie może świadczyć fakt, że oceniając usługi przedstawione w wykazie Zamawiający wskazywał je posługując się numerami pozycji z tego wykazu. Niezrozumiałe jest, jakie mogłoby to powodować problemy dla wykonawcy, biorąc pod uwagę, że wykonawca doskonale wie, jakie usługi w których pozycjach wykazu

przedstawił. Izba nie dopatrzyła się również pominięcia przez Zamawiającego oceny jakichkolwiek dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, była zasadna.

#### Zarzut dotyczący niewykazania braku podstaw wykluczenia spółki BLS International Ltd

Izba ustaliła, że pismem z 20 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wymaganych zgodnie z pkt 8 SIWZ, w celu wykazania braku podstaw wykluczenia Wykonawcy BLS International Services Ltd. z udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedstawił oświadczenia złożone przez osobę uprawnioną do reprezentacji BLS International Services Ltd. w osobie B. J. (Sekretarza spółki) w formie kopii poświadczonych notarialnie: oświadczenie dotyczące braku zaległości w opłaceniu podatków i opłat z 26 czerwca 2018 r., oświadczenie dotyczące braku zaległości w opłaceniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne z 28 czerwca 2018 r., oświadczenie dotyczące braku likwidacji i upadłości z 28 czerwca 2018 r., oświadczenie dotyczące podmiotu zbiorowego i braku sądowego zakazu ubiegania się o zamówienie z 28 czerwca 2018 r. W odpowiedzi na wezwanie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 ustawy Pzp wykonawca przedstawił oświadczenia 9 osób wymienionych jako Dyrektorzy w rejestrze BLS International Services Ltd. Ministerstwa Spraw Korporacyjnych. Wszystkie oświadczenia 9 osób zostały wystawione w dniach od 26 czerwca - 2 lipca 2018 r. w formie kopii poświadczonych notarialnie.

W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający zwrócił uwagę, że wykonawca wraz z ofertą w stosunku do 4 z 9 nazwisk osób wskazanych jako Dyrektorzy w ww. rejestrze załączył dokumenty wydawane w kraju, w którym ma miejsce zamieszkania osoba, której dokument dotyczy, tj. zaświadczenia o braku karalności osób wskazanych wydanych przez Biuro Wspólnego Komisarza Policji w Delhi, tyle że w formie niezgodnej z treścią SIWZ, co Zamawiający podniósł w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający stwierdził, że wykonawca w ramach uzupełnienia dokumentów nie przedstawił dokumentu lub dokumentów wydawanych przez właściwe organy, a w przypadku braku wydawania takich dokumentów oświadczeń tych osób złożonych przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. Zamawiający wskazał, że wykonawca nie wykazał braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13-14, 21 oraz ust. 5 pkt. 1 i 8 ustawy Pzp na dzień składania ofert.

Po pierwsze nie zasługują na uwzględnienie zarzuty dotyczące braku precyzji przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia. Zamawiający podał jako uzasadnienia prawne art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz przedstawił stanowisko dotyczące kwestii wykazania poszczególnych przesłanek z art. 24 ustawy.

Dalej zauważyć należy, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak określenia, co rozumie przez oświadczenie złożone przed notariuszem, podczas gdy sam nie wykazał, aby złożone przez niego dokumenty miały taką właśnie formę. Podkreślenia wymaga, że notarialne poświadczenie kopii dokumentu (a więc potwierdzenie przez notariusza zgodności tej kopii z oryginałem) nie może być uznane za zachowanie formy oświadczenia złożonego przed notariuszem. Jak słusznie zauważył Zamawiający, z treści przedłożonych oświadczeń nie wynika, że zostały one złożone przed notariuszem. Pieczęć „Attested notary public”, która przez samego Odwołującego była tłumaczona jako „poświadczył” jest niewystarczająca do stwierdzenia, że oświadczenie zostało złożone przed notariuszem.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w argumentacji przedstawionej przez Odwołującego istnieje sprzeczność polegająca na tym, że Odwołujący z jednej strony twierdzi, iż w Indiach nie są wystawiane urzędowe dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia lidera konsorcjum, a z drugiej strony powołuje się na załączone do oferty tzw. zaświadczenie o czystości (Police Clearance Certificate), które potwierdziło brak karalności dyrektorów BLS International Ltd. Odnosnie 4 spośród 9 Dyrektorów, w załączeniu do oferty Odwołujący przedstawił zaświadczenia o niekaralności wydane przez Biuro Wspólnego Komisarza Policji (bez zachowania wymaganej formy), a w odpowiedzi na wezwanie zastąpił te dokumenty oświadczeniami złożonymi przez poszczególnych Dyrektorów. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że skoro w Indiach wydaje się zaświadczenia o niekaralności, to wykonawca zobowiązany był do ich przedstawienia i nieuprawnionym było zastępowanie ich oświadczeniem własnym, uprawnienie do złożenia oświadczenia przed notariuszem zamiast dokumentu aktualizuje się bowiem tylko w przypadku, gdy wykonawca wykaże, że nie jest możliwym uzyskanie zaświadczenia

właściwego organu sądowego albo administracyjnego.

Wobec powyższego Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania.

#### Niewykazanie braku podstaw wykluczenia spółki HSB Identification B. V.

Izba ustaliła, że wobec niezłączenia do oferty dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący nie przedstawił dokumentów dotyczących urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego wydawanych przez właściwy organ w kraju, w którym ma miejsce zamieszkania osoba, której dokument dotyczy w wymaganym zakresie. Wykonawca złożył jedno wspólne oświadczenie przez osobę uprawnioną do reprezentacji HSB Identification B.V. w osobie D. R. M. B., w imieniu własnym oraz trzech pozostałych członków organu zarządzającego lub nadzorczego odnoszące się do braku skazania tych osób za przestępstwa w nim wymienione złożone przed notariuszem w dacie 2 lipca 2018 r.

W informacji o wykluczeniu Zamawiający poinformował, że nie uznał oświadczenia złożonego przez D. R. M. B. o niekaralności osób uprawnionych do reprezentowania spółki HSB Identification B.V. z uwagi na fakt, że oświadczenie dotyczące braku prawomocnego skazania za przestępstwa, nie jest oświadczeniem woli lecz oświadczeniem wiedzy o okolicznościach faktycznych znanych wyłącznie osobie, której te okoliczności dotyczą. Zamawiający wskazał, że nie ulega wątpliwości, że odpowiednie oświadczenie potwierdzające niekaralność urzędującego członka organu zarządzającego (wobec braku możliwości uzyskania zaświadczenia) powinna złożyć ta osoba, której oświadczenie dotyczy.

W ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, że odpowiednie oświadczenie potwierdzające niekaralność urzędującego członka organu zarządzającego powinien złożyć ten członek organu, którego oświadczenie dotyczy. Wynika to nie tylko z logiki nakazującej przyjąć, że to dana osoba jest dysponentem wiedzy o okolicznościach jej dotyczących i może w tym zakresie składać oświadczenia, ale też wprost z postanowień SIWZ, które wskazują, że jeżeli w kraju wykonawcy nie wydaje się dokumentów urzędowych, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć. Zatem oświadczenie pełnomocnego przedstawiciela HSB Identification o niekaralności członków organu zarządzającego nie mogło być uznane za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że wezwanie Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2018 r. nie było konieczne, gdyż przedłożył on wraz z ofertą Oświadczenie o Zgodności z Przepisami dotyczące Pani A. P. D. H. W. - L. C. Zauważyć należy, że Zamawiający wskazał w wezwaniu, że przedstawione oświadczenie dotyczy wyłącznie niekaralności w zamówieniach publicznych, a zatem obejmuje zakres znacznie węższy niż wymagają tego przepisy prawa polskiego co powoduje, że wykonawca zobowiązany był przedstawić oświadczenie złożone przed notariuszem, a nie przedmiotowe zaświadczenie. Odwołujący nie podjął z tym stanowiskiem Zamawiającego żadnej polemiki.

#### Zarzut dotyczący niewykazania braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do iKnowHow

##### Informatics S. A.

Izba ustaliła, że pismem z 20 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia w odniesieniu do iKnowHow Informatics S.A. informacji z odpowiedniego rejestru albo w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, pkt 14 i pkt 21 Pzp. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że wykonawca przedstawił wraz z ofertą odpisy z rejestru karnego dla 3 osób w formie niezgodnej z treścią SIWZ, tj. w formie kopii bez poświadczenia za zgodność z oryginałem i w związku z tym wzywa do ich uzupełnienia. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący nie przedstawił dokumentów w powyższym zakresie, nie odniósł się też do zastrzeżeń przedstawionych przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia.

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny, za wystarczające i zrozumiałe należy uznać przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie wykluczenia, ograniczające się do



stwierdzenia, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów Wykonawca nie przedstawił dokumentów w zakresie art 24 ust. 1 pkt 13-14 i 21 ustawy.

Zauważenia wymaga przy tym, że Odwołujący nie podjął merytorycznej polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego, ograniczając się do gołosłownego stwierdzenia, że przedłożył Zamawiającemu wszystkie wymagane dokumenty, co w żadnej mierze nie zostało wykazane.

Na zakończenie podkreślenia wymaga, że niezrozumiałe i sprzeczne z zasadami udzielania zamówień publicznych są wnioski ewentualne zmierzające do wykluczenia z postępowania tylko niektórych członków Konsorcjum i udzielenia zamówienia pozostałym członkom. Elementarną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zakaz zmian podmiotowych po stronie wykonawcy po złożeniu oferty. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp (w zw. z punktem 7.2 SIWZ), przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z powyższego wynika, że „wykonawcą”, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu są wszyscy członkowie Konsorcjum łącznie, w związku z czym wnioski Odwołującego są oczywiście bezzasadne.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b

z późn. zm.).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....