

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 listopada 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Magdalena Nałęcz (spr.)
Protokolant:	Sekr. sądowy Karolina Szymońska

po rozpoznaniu w dniu 10 listopada 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego: Skarbu Państwa - Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w K.

odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum (...) Ltd, (...)

przystępujących po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum (...) S.A. w L., (...) S.A. (...) w K., (...) S.A. we W. i (...)spółka z o.o.

ze skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 6 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1834/21

1. oddala skargę;

2. oddala wnioski przystępujących po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum (...) S.A. (...) (...) w K., (...) S.A. i (...) spółka z o.o. o przyznanie kosztów postępowania skargowego;

3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Ltd, (...) na rzecz Skarbu Państwa Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w K. 12.500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych 00/100) tytułem kosztów postępowania skargowego.

sędzia Magdalena Nałęcz

UZASADNIENIE

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

Dnia 21 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (...) Ltd (...) z siedzibą w D. oraz (...) z siedzibą w K. (dalej: konsorcjum (...) lub odwołujący (...)), wnieśli odwołanie o sygn. akt KIO 1820/21 wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) S.A.

z siedzibą w L., (...) z siedzibą w C., (...) z siedzibą w K., (...) S.A. z siedzibą we W., (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. (dalej: konsorcjum (...) lub przystępujący (...)), ponieważ zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności ze względu na fakt, że konsorcjum (...) zaproponowało w swojej ofercie wynagrodzenie w wysokości o euro za wykonanie jednej z dwóch kluczowych usług będących przedmiotem postępowania, tj. za świadczenie usług przyjmowania wniosków o wydanie zezwolenia uprawniającego do przekraczania granicy w ramach małego ruchu granicznego (dalej: wnioski MRG);

2. art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum (...), w sytuacji gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku ze złożeniem oferty sprzedaży jednej z dwóch kluczowych usług poniżej rzeczywistych rynkowych kosztów jej świadczenia, co wynikało jednoznacznie z wyjaśnień złożonych w toku postępowania przez konsorcjum (...), oraz celem eliminacji konkurentów z postępowania (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: Uznk);

3. art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum (...), w sytuacji gdy jej treść była niezgodna z treścią SIWZ; wbrew treści SIWZ konsorcjum (...) złożyło ofertę z wynagrodzeniem za przyjęcie 45.100 wniosków MRG za o euro, mimo że z wyjaśnień konsorcjum (...) wynikało oszacowanie kosztów związanych z wykonaniem tej usługi na 213.964,00 euro; SIWZ nie dopuszczał, aby koszty, jakie wykonawcy będą ponosić w związku

z przyjmowaniem wniosków MRG były pokrywane z innych źródeł, w tym przychodów uzyskiwanych z przyjmowania wniosków wizowych;

4. art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum (...), w sytuacji gdy jej treść była sprzeczna z Pzp, w tym z art. 2 pkt 13 Pzp, ponieważ konsorcjum (...) złożyło ofertę z wynagrodzeniem za przyjęcie 45.100 wniosków MRG w wysokości o euro, przy jednoczesnym braku wykazania przez konsorcjum (...) w postępowaniu możliwości uzyskania w związku z tym jakiegokolwiek innej formy świadczenia wzajemnego ze strony zamawiającego oraz przy braku wykazania, że mimo zaoferowania ceny za przyjmowanie wniosków MRG na poziomie o euro konsorcjum (...) odniosłoby z tego tytułu jakiegokolwiek korzyść gospodarczą, co wyłączało element odpłatności i wzajemności takiego zobowiązania, które to dwa elementy stanowią essentialia negotii zamówienia publicznego;

5. art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia konsorcjum (...) z postępowania, mimo niezłożenia przez konsorcjum (...) prawidłowego dowodu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 7.1.2. SIWZ i niewykazanie przez konsorcjum (...) spełniania warunku udziału w postępowaniu;

6. art. 138r ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji wybór oferty konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej, mimo że ta oferta winna była uzyskać o punktów za kryterium doświadczenia (zamiast przyznanych 28), z uwagi na fakt że dostarczone dowody (tj. listy referencyjne) nie spełniały wymagań określonych w punkcie 7.1.2. SIWZ, a tym samym nie mogły być uznane przez zamawiającego za potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie;

7. art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum (...), w sytuacji, gdy konsorcjum (...) nie będzie w stanie złożyć wymaganych w SIWZ oświadczeń przed zawarciem umowy, w szczególności, oświadczenia że nie prowadzi działalności godzącej wizerunek Rzeczypospolitej Polskiej (zgodnie z pkt 18.3 lit. a) oraz, że brak jest konfliktu interesów w rozumieniu pkt 18.3 lit. c) SIWZ;

8. art. 24 ust. 5 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz z art. 24aa ust. 1 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia konsorcjum (...) z postępowania i odrzucenia oferty konsorcjum (...), z uwagi na niezłożenie prawidłowego dowodu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia konsorcjum (...) z postępowania, zgodnie z punktem 8.2.2 oraz 8.9.2 lit. b i 8.10 SIWZ i w konsekwencji niewykazanie przez konsorcjum (...), że nie zachodziły przesłanki do wykluczenia go z postępowania;

9. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp pozostające w związku z naruszeniem przez zamawiającego innych przepisów wskazanych w powyższych zarzutach, polegające na tym, że w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów doszło również do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu i w konsekwencji do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący (...) wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. wykluczenia konsorcjum (...) z postępowania na podstawie art. 138m w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp;
3. odrzucenia oferty konsorcjum (...) na podstawie przepisów art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp; art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp; art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp;
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

Ponadto odwołujący (...) wniósł o zasądzenie na jego rzecz od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego i przeprowadzenie przez Izbę dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Konsorcjum (...) również wniosło o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 6 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1820/21 Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie oddaliła to odwołanie, kosztami postępowania w tej sprawie obciążając odwołujących i zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołującego (...) tytułem wpisu od odwołania.

KIO ustaliła, że zgodnie z punktem 11.1 SIWZ zamawiający określił następujące wymogi dotyczące zasad i sposobu obliczenia ceny ofert w postępowaniu:

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

Cenę oferty brutto, rozumianą jako całkowity koszt wykonania zamówienia, stanowić będzie suma iloczynów: opłaty w wysokości wskazanej w ofercie Wykonawcy, pobieranej od jednego złożonego wniosku wizowego zgodnie z pkt. 1.1 OPZ

i szacunkowej maksymalnej liczby przyjętych wniosków wizowych oraz opłaty w wysokości wskazanej w ofercie Wykonawcy, pobieranej od jednego złożonego wniosku o zezwolenie uprawniającego do MRG w rozumieniu art. 9a umowy MRG

i szacunkowej maksymalnej liczby przyjętych wniosków MRG, objętych przedmiotem zamówienia.

W celu porównania ofert zamawiający przyjął, że w okresie obowiązywania umowy w ramach świadczenia usługi przyjmowania wniosków wizowych oraz wniosków

o zezwolenie uprawniające do małego ruchu granicznego na rzecz polskich placówek zagranicznych na Ukrainie szacowana maksymalna liczba wniosków wizowych wynosi 2.745.000 oraz szacowana maksymalna liczba wniosków o zezwolenie uprawniające do MRG wynosi 45.100.

Szacunkowe liczby przyjętych przez wykonawcę wniosków mają charakter orientacyjny i nie stanowią zobowiązania zamawiającego. Służą porównaniu ofert i określeniu maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy.

d) Zaoferowana przez wykonawcę cena za przyjęcie wniosku wizowego nie może uchybiać dyspozycji art. 17 ust. 4 Kodeksu Wizowego pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy.

e) Zaoferowana przez wykonawcę cena za przyjęcie wniosku o zezwolenie uprawniające do MRG) nie może uchybiać dyspozycji art. 9a umowy MRG pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy”.

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

W punkcie 12 SIWZ zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

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

W zakresie zasad oceny ofert w ramach kryterium ceny zamawiający wskazał (pkt 12.1.1 SIWZ): „Oferta z najniższą ceną otrzyma w ramach tego kryterium 60 punktów. Pozostałe oferty będą oceniane wg wzoru arytmetycznego:

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

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

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

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

1. Konsorcjum (...) - cena całkowita: 207.45.350,00 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku wizowego: 7,50 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku MRG: 3,50 euro,
2. Konsorcjum (...) - cena całkowita: 32.886.490,00 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku wizowego: 11,90 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku MRG: 4,90 euro,
3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (...) Ltd (...), (...) z siedzibą w N.- cena całkowita: 27.355.900,00 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku wizowego: 9,90 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku MRG: 4,00 euro,
4. Konsorcjum (...) - cena całkowita: 37.237.900,00 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku wizowego: 13,50 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku MRG: 4,00 euro,
5. Konsorcjum (...) - cena całkowita: 33.626.250,00 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku wizowego: 12,25 euro, cena jednostkowa za obsługę jednego wniosku MRG: 0,00 euro.

Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia podstawowego zamierza przeznaczyć 314.297.027,20 zł brutto, tj. 73.617.929,69 euro brutto.

Ze względu na znaczącą rozbieżność między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia a zaoferowanymi mu ww. cenami zamawiający wezwał wszystkich biorących udział w postępowaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji tych cen.

Wezwanie do wyjaśnień zostało skierowane do przystępującego (...) 8 kwietnia 2021 r. zamawiający wskazał w jego treści m. in.: „Wyjaśnienia i dowody powinny wymieniać czynniki, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny (...), w tym powinny wskazywać w szczególności, czy zaoferowana cena za przyjęcie wniosków wizowych w okresie trwania umowy oraz wniosków o zezwolenie uprawniające do MRG w okresie trwania umowy (0 euro) oferty obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające z SIWZ, związane między innymi z:

- 1) wymaganiami zawartymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w szczególności z:
 - a) utworzeniem i utrzymaniem PPWW;
 - b) uruchomieniem witryny internetowej;
 - c) wyposażeniem wszystkich PPWW w sprzęt i oprogramowanie niezbędne do pobierania identyfikatorów biometrycznych;
 - d) zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia;
 - e) zatrudnianiem osób niekaranych o odpowiednich kwalifikacjach, tj. posiadających wykształcenie minimum średnie, znajomość języka polskiego i ukraińskiego

na poziomie komunikatywnym w mowie i piśmie;

f) zapewnieniem wszystkich technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa wymaganych do ochrony danych osobowych;

g) koszty prowizji bankowych za przelewy dokonywane z tytułu pobierania opłat konsularnych (tj. opłat wizowych i opłat za zezwolenia MRG)”.

Przystępujący (...) złożył wyjaśnienia 19 kwietnia 2021 r., wskazując w nich między innymi, że wszystkie koszty związane z obsługą przyjmowania wniosków powiązane były z kosztami, które konsorcjum (...) i tak musiałoby ponieść z uwagi na realizowanie umowy w zakresie wniosków wizowych.

Wobec uznania, że udzielone przez konsorcjum (...) wyjaśnienia nie były dla zamawiającego w pełni satysfakcjonujące 30 kwietnia 2021 r. zwrócił się on do przystępującego (...) z kolejnym wezwaniem do wyjaśnień ceny oferty. Zamawiający wskazał m. in.: „Zamawiający zwraca się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty poprzez: Wyjaśnienie, w którym elemencie ceny oferty Wykonawca uwzględnił koszty związane z przyjmowaniem wniosków o zezwolenie uprawniające do MRG w okresie trwania umowy, obejmujące wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające z SIWZ, związane między innymi z wymaganiami zawartymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w szczególności z obsługą wniosków, przetwarzaniem danych, przeszkoleniem personelu, sprzętu komputerowego, materiałów eksploatacyjnych, oprogramowania i licencji, kosztów transportu i zapewnienia bezpieczeństwa oraz wymaganiami określonymi w treści Istotnych Postanowień Umowy”.

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

W oparciu o powyższe ustalenia KIO uznała, że oferta przystępującego (...) nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Izba wskazała, że cena rażąco niska to cena, za którą niemożliwa jest prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia. Po zapoznaniu się ze stanowiskami stron i przeprowadzeniu dowodu z ww. wyjaśnień konsorcjum (...) Izba uznała, że wykonawca nie zaoferował obsługi wniosków MRG poniżej kosztów własnych wynikających z realizacji tej części zamówienia. Przystępujący wykazał, że realizacja wniosków MRG odbywać się będzie w trzech z osiemnastu punktów obsługi wniosków wizowych. Tym samym obsługa wniosków MRG nie będzie wymagać dodatkowych nakładów z tytułu konieczności utrzymania infrastruktury czy personelu. Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem przystępującego łączna wartość obsługi wniosków MRG wyniesie około 213.000 euro, a oferując cały przedmiot zamówienia za ponad 33,5 miliona euro przystępujący skalkulował cenę całkowitą tak, by mieściła się w niej wspomniana kwota za wnioski MRG. Izba wzięła również pod uwagę fakt, że cena oferty przystępującego (...) była drugą najwyższą w postępowaniu, a odwołujący oparł zarzut rażąco niskiej ceny tej oferty na argumentacji dotyczącej ceny jednostkowej obsługi wniosków MRG. Odwołujący nie podjął próby wykazania, że cena całkowita oferty (...) nie umożliwi należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał też, że oferta przystępującego (...) była niezgodna z SIWZ i przepisami Pzp ze względu na stawkę za obsługę wniosków MRG. Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zawarł żadnego postanowienia, które zabraniałoby wprost bądź pośrednio wyceny obsługi wniosków MRG na 0 euro. Argumentacja odwołującego, który wywodził, że kwota 0 euro dlatego była niedopuszczalna w świetle SIWZ, że nie zawierała żadnej, rzeczywistej wartości, w ocenie Izby nie zasługiwała na uwzględnienie. Z całą pewnością niezgodne z SIWZ byłoby zaniechanie wyceny obsługi wniosków MRG. Natomiast żadne z postanowień SIWZ nie zabraniało wycenić tego elementu zadania na poziomie zero euro.

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

KIO wskazała, że odwołujący nie wykazał na czym miało polegać nieuczciwe uzyskanie przewagi konkurencyjnej przez konsorcjum (...) nad pozostałymi uczestnikami postępowania. W ocenie Izby sytuacja, w której zamawiający przewidziałby odrębne punktowanie w ramach kryteriów oceny ofert cen jednostkowych zawartych w tych ofertach dawałoby oczywistą przewagę takiemu wykonawcy, który zaoferował jedną z cen na poziomie zerowym. W badanym postępowaniu taka sytuacja nie miała miejsca. Dlatego też brak jest wyraźnego motywu jakim miałby się kierować wykonawca dążący do nieuczciwej eliminacji konkurentów z postępowania przez zaoferowanie ceny jednostkowej równej 0 euro. Odwołujący (...) z kolei nie podjął próby udowodnienia (mimo ciężącego na nim ciężaru dowodu), że konstrukcja cenowa oferty przystępującego (...) prowadziła do zaburzenia i zakłócenia uczciwej konkurencji między biorącymi udział w postępowaniu wykonawcami.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących referencji przystępującego (...) Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 7.1.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy: „spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykażą że posiadają niezbędne doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, należycie co najmniej 1 usługę polegającą na przyjmowaniu wniosków wizowych na rzecz placówki dyplomatycznej albo konsularnej państwa Strefy Schengen, stosownie do dyspozycji art. 43 Wspólnotowego Kodeksu Wizowego (KW), gdzie w ramach jednej usługi (umowy) Wykonawca przyjął na rzecz jednego podmiotu (placówki dyplomatycznej albo konsularnej) co najmniej 10 000 (słownie: dziesięć tysięcy) wniosków wizowych w okresie nie dłuższym niż 12 kolejnych miesięcy, niezależnie od tego, czy usługa była/jest świadczona na podstawie umowy zawartej bezpośrednio z tą placówką, czy też na podstawie umowy zawartej z innym podmiotem (np. Ministerstwem Spraw Zagranicznych danego państwa Strefy Schengen lub innym urzędem tego państwa). W przypadku usług wykonywanych Zamawiający wymaga, aby zrealizowana część usługi na dzień składania ofert wyniosła co najmniej 10 000 przyjętych wniosków wizowych na rzecz jednego podmiotu w okresie nie dłuższym niż 12 kolejnych miesięcy. W przypadku umów dłuższych niż 1 (słownie: jeden) rok Zamawiający będzie brał pod uwagę tylko jeden 12-miesięczny okres wskazany przez Wykonawcę”. Z kolei punkt 7.2 SIWZ stanowi: „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Art. 23 ustawy stosuje się odpowiednio. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunki określone w pkt 7.1.2 – 7.1.3 SIWZ musi spełniać co najmniej jeden Wykonawca samodzielnie lub wszyscy Wykonawcy łącznie. Każdy z Wykonawców musi samodzielnie wykazać, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 13-23 i ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy”. Zgodnie z punktem 8.1 SIWZ: „W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt 7.1.2 – 7.1.3 SIWZ oraz wykazania braku podstaw wykluczenia określonych w pkt 7.1.1 SIWZ, Wykonawcy muszą złożyć wraz z ofertą aktualne na dzień składania ofert: (...)

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

Dowodami, o których mowa w niniejszym punkcie, są:

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

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

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

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

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

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

Na potwierdzenie należytej realizacji ww. usług przystępujący (...) złożył wraz z ofertą następujące referencje wystawione:

1. 12 lutego 2021 r. przez Departament Konsularny Ambasady Republiki Federalnej Niemiec z siedzibą w R., podpisane przez Dyrektora Wydziału Konsularnego,
2. 9 lutego 2021 r. przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych Francji podpisane przez Zastępcę Dyrektora Departamentu Wizowego MSZ Francji i Zastępcę Dyrektora ds. Polityki Wizowej oraz Spraw Europejskich i Polityki Zewnętrznej Francji,
3. 9 lutego 2021 r. przez Konsulat Generalny Królestwa Belgii z siedzibą w C. podpisane przez Konsula,
4. 10 lutego 2021 r. przez konsulat Generalny Włoch w C. podpisane przez II Konsula Generalnego.

Treść referencji wystawionych przez Ambasadę Niemiec w R. potwierdzała, że wykonawca (...) należycie świadczy usługę „w imieniu Władz Niemiec w Maroko”. Referencje zawierają również zdanie, że „Ambasada Republiki Federalnej Niemiec potwierdza, że (...) nadal świadczy usługi wysokiej jakości zgodnie

ze zobowiązaniami umowy”. Referencje francuskie potwierdzały realizację usług przez (...) na rzecz Misji Dypłomatycznej Francji w Maroku”. Zawierały również następującą informację: „Ambasada Francji w R., także jak i organy władzy centralnej we Francji potwierdzają, że (...) świadczył usługi na bardzo wysokim poziomie, zgodnie z podpisaną umową oraz zobowiązaniami”. Z kolei referencje belgijskie potwierdzały należyłą realizację umowy na rzecz Rządu Belgijskiego w Maroku od stycznia 2017 r. Referencje włoskie dotyczyły natomiast potwierdzenia należytej realizacji usług na rzecz Rządu Włoskiego w Maroku od 2011 r.

Izba podkreśliła, że wykaz usług (załączniki nr 5 i 5A) należy oceniać łącznie ze złożonymi wraz z wykazem referencjami. Błędne jest natomiast wyciąganie wniosków na podstawie pojedynczych zdań z referencji. W ocenie Izby zestawienie treści ww. referencji oraz ujawnionych stanowisk osób, które je podpisały prowadzi do wniosku, że przystępujący (...) w prawidłowy sposób wykazał należyłą realizację usług wymienionych w załączniku nr 5 i 5A do oferty. Zawarte w referencjach zwroty o realizacji usług na rzecz rządów działających na terenie Maroka zamiast na rzecz misji dyplomatycznych odpowiednich państw nie odbierają tym referencjom ich wartości dowodowej. Rządy państw działają na terenie innych państw za pośrednictwem swoich, odpowiednich misji i placówek dyplomatycznych, zatem argumentacja odwołującego, który kwestionował przydatność referencji konsorcjum (...) była w ocenie Izby niezasadna. Izba przeprowadziła dowód z oferty przystępującego (...) oraz z załączników nr 5 i 5A wraz z załączonymi referencjami

i stwierdziła, że brak było podstaw do uznania, że przystępujący (...) nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej oraz, że decyzja zamawiającego o przyznaniu punktów ofercie (...) w kryterium doświadczenia wykonawcy była błędna.

W dalszej kolejności Izba wskazała, że zgodnie z punktem 18.3 SIWZ: „Przed zawarciem umowy, Wykonawca zobowiązany będzie ponadto do złożenia oświadczenia, że:

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

Przedstawiona w ramach zarzutu argumentacja odwołującego wraz ze złożonymi na jej poparcie dowodami, sprowadzała się do twierdzenia, że przystępujący (...) nie będzie w stanie złożyć ww. oświadczeń. Izba uznała, że zarzut ten został oparty jedynie na przypuszczeniach i spekulacjach odwołującego w sferze zdarzeń przyszłych i niepewnych. Odwołujący założył, że przystępujący (...) nie będzie zdolny, do złożenia zgodnego z prawdą oświadczenia, o którym mowa w punkcie 18.3 lit. a i c, mimo że przystępujący na chwilę złożenia odwołania nie został jeszcze wezwany do podpisania takiego oświadczenia. Oświadczenia wykonawcy przed zawarciem umowy składane są dopiero po prawomocnym rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia. Izba przeprowadziła ponadto dowód z wydruków artykułów pochodzących z portali internetowych, które odwołujący załączył do odwołania i uznała je za niewiarygodne.

Izba wskazała, że przystępujący (...) wraz z ofertą złożył wyciąg z ukraińskiego Jednolitego Państwowego Rejestru Osób Prawnych dotyczący spółek (...) oraz (...). Treść tych dokumentów w sposób niewątpliwy potwierdzała, że wobec tych dwóch podmiotów nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut nr 8 wobec ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania stanu faktycznego jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu Izba wskazała, że i on okazał się chybiony. Izba nie stwierdziła, by w związku z oceną oferty przystępującego (...) oraz oceną spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Izba nie dopatrzyła się, by zamawiający potraktował tego wykonawcę w sposób wskazujący na jego uprzywilejowanie

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

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) Ltd, (...) wnieśli skargę na powyższe orzeczenie, **zaskarżając wyrok KIO w całości w zakresie dotyczącym sprawy o sygn. akt KIO 1820/21.** Zaskarżonemu wyrokowi **zarzucono** naruszenie:

1. art. 542 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019, dalej „nPzp”) poprzez ocenę sprzeczną z materiałem dowodowym oraz logiką, jak również poprzez niepełną ocenę i brak wszechstronnego rozważenia zgromadzonego materiału dowodowego, w tym naruszenie art. 65 k.c. poprzez błędną wykładnię SIWZ, jak również naruszenie art. 534 ust. 1 nPzp, a ponadto naruszenie art. 559 ust. 2 nPzp poprzez sporządzenie uzasadnienia w sposób utrudniający kontrolę instancyjną, w tym z uwagi na brak wyrażenia oceny co do całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jak również brak podania przyczyn odmówienia wiarygodności i mocy dowodowej dowodom przedłożonym przez skarżącego, a w konsekwencji przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, co doprowadziło do błędnych lub całkowicie nielogicznych i wzajemnie sprzecznych wniosków, a mianowicie, że:

a. „szacunkowe liczby przyjętych przez wykonawcę wniosków mają charakter orientacyjny i nie stanowią zobowiązania zamawiającego” (por. s. 44 in fine uzasadnienia zaskarżonego wyroku) versus „cena całkowita oferty konsorcjum (...) przekraczała kwotę 33,5 miliona euro i jest to kwota jaką zamawiający, w przypadku zawarcia umowy z konsorcjum (...), będzie zobowiązany zapłacić na rzecz wykonawcy” (por. s. 48 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), co jest całkowicie sprzeczne zarówno z punktem 11.1. c in fine SIWZ, jak i z praktyką realizacji tego typu umów,

b. z SIWZ nie wynikał zakaz podania „ceny o euro”,

c. wpisanie „ceny o euro” stanowiło wycenę oferty,

d. brak podzielenia kryterium ceny na ceny jednostkowe przesądzał o braku możliwości przypisania czynu nieuczciwej konkurencji,

e. kwestia istnienia konfliktu interesów należy do sfery zdarzeń przyszłych i niepewnych,

f. zaoferowanie „ceny o euro” za jedną z dwóch usług objętych przedmiotem zamówienia nie pozbawia umowy cechy odpłatności,

g. SIWZ dopuszczała możliwość złożenia referencji od podmiotów, na rzecz których usługi nie zostały wykonane,

2. art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, poprzez błędne oddalenie odwołania, podczas gdy zasługiwało ono na uwzględnienie, będące konsekwencją niezastosowania art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy wprowadzającej, wynikającego z błędnego uznania przez KIO, że oferta konsorcjum (...) nie była niezgodna z treścią SIWZ, a w konsekwencji błędnym uznaniu, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia tych przepisów,

3. art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, poprzez błędne oddalenie odwołania, podczas gdy zasługiwało ono na uwzględnienie, będące konsekwencją niezastosowania art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy wprowadzającej, wynikającego z błędnego uznania przez KIO, że złożenie oferty przez konsorcjum (...) nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji błędnym uznaniu, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia tych przepisów,

4. art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, poprzez błędne oddalenie odwołania, podczas gdy zasługiwało ono na uwzględnienie, będące konsekwencją niezastosowania art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy wprowadzającej, wynikającego z braku rozpoznania istoty zarzutu dotyczącego konfliktu interesów, a w konsekwencji błędnym uznaniu, że zamawiający nie dopuścił się do naruszenia tych przepisów,

5. art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, poprzez błędne oddalenie odwołania, podczas gdy zasługiwało ono na uwzględnienie, będące konsekwencją niezastosowania art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy wprowadzającej, wynikającego z błędnego uznania przez KIO, że oferta konsorcjum (...) nie była sprzeczna z Pzp, a w konsekwencji błędnym uznaniu, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia tych przepisów;

6. art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, poprzez błędne oddalenie odwołania, podczas gdy zasługiwało ono na uwzględnienie, będące konsekwencją niezastosowania art. 138r. ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy wprowadzającej, wynikającego z błędnego uznania przez KIO, że oferta konsorcjum (...) nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji błędnym uznaniu, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia tych przepisów, w tym wyrażające się w naruszeniu art. 537 nPzp poprzez uznanie, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na skarżącym;

7. art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, poprzez błędne oddalenie odwołania, podczas gdy zasługiwało ono na uwzględnienie, będące konsekwencją niezastosowania art. 138r ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy wprowadzającej, wynikającego z błędnej oceny, że konsorcjum (...) prawidłowo otrzymało punkty w kryterium doświadczenia, a w konsekwencji błędnym uznaniu, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia tych przepisów.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości poprzez nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum (...), na podstawie przepisów art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; lub art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp; lub art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp lub art. 138r ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Ewentualnie wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwania konsorcjum (...) do złożenia wyjaśnień oraz dowodów na okoliczność braku istnienia konfliktu interesów. W przypadku uznania za zasadny zarzutu nr 7 skargi, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości poprzez nakazanie zamawiającemu przyznania Konsorcjum (...):

o punktów za wskazaną w Załączniku nr 5a do SIWZ usługę „Ambasada Francji”, lub

o punktów za wskazaną w Załączniku nr 5a do SIWZ usługę „Konsulat Włoch”, lub

o punktów za wskazaną w Załączniku nr 5a do SIWZ usługę „Konsulat Belgii”.

W każdym zaś przypadku wniósł o obciążenie przeciwników skargi kosztami postępowania odwoławczego oraz skargowego, w tym zasądzenie od przeciwników skargi na rzecz skarżącego kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję.

Przystępujący (...) wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający również wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd okręgowy zważył, co następuje:

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań wyjaśnić należy, że skarga w niniejszej sprawie wniesiona została już po wejściu w ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019, dalej „nPzp”), a co za tym idzie podlega ona rozpoznaniu na podstawie przepisów tej właśnie ustawy. Wynika to wprost z treści art.

92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020).

Niemniej zasadność skargi oceniona być musi na podstawie przepisów obowiązujących do dnia 31 grudnia 2020 r., tj. na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego prowadzone było pod rządami starej ustawy.

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd drugiej instancji podziela w całości poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia faktyczne, ich prawną ocenę i w konsekwencji przyjmuje je za własne. Zarzuty skarżącego wskazane w petitum skargi są niezasadne i nie mogą prowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku w postulowanym przez niego kierunku.

Argumentacja podniesiona w skardze sprowadza się w istocie do próby zdezawuowania stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w zakresie przyjęcia, że oferta przystępującego (...) nie zawiera rażąco niskiej ceny, jest zgodna z treścią SIWZ jak i przepisami Pzp a także, że złożenie oferty przez (...) nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Zanim sąd okręgowy odniesie się do zarzutów skargi wskazać należy na całkowitą bezzasadność zarzutu narzucenia art. 559 ust.2 nPzp. Przepis ten staninowi, że uzasadnienie orzeczenia zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa. O skutecznym postawieniu zarzutu naruszenia art. 559 ust.2 nPzp. można mówić wyjątkowo i tylko wtedy, gdy uzasadnienie orzeczenia nie zawiera elementów pozwalających na weryfikację stanowiska KIO, a braki uzasadnienia w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej muszą być tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona, bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej. Zarzut ten może znaleźć zastosowanie jedynie w tych wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia orzeczenia KIO uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania zaskarżonego orzeczenia. W ocenie sądu okręgowego nie można przyjąć, że sposób argumentacji przedstawiony w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia uniemożliwił rekonstrukcję ustaleń faktycznych i prawnych stanowiących podstawę prawną rozstrzygnięcia KIO, a tym samym dokonanie kontroli zaskarżonego orzeczenia. Uzasadnienie orzeczenia choć zwięzłe, co raczej należy poczytać jako zaletę, odzwierciedla w sposób jasny i klarowny przeprowadzony sposób oraz tok rozumowania będący podstawą rozstrzygnięcia.

Wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Na aprobatę nie zasługują w związku z tym zarzuty naruszenia 542 ust. 1 nPzp. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 nPzp). W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny. Dodać przy tym należy, iż w ocenie sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiałem dowodowym.

Przechodząc do oceny poszczególnych zarzutów podkreślić trzeba z całą stanowczością, że słuszne jest stanowisko Izby co do tego, że oferta przystępującego (...) nie zawierała rażąco niskiej ceny.

W tym kontekście zauważenia wymaga, że ani przepisy Prawa zamówień publicznych ani dyrektywy unijne nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Dla zdefiniowania tego pojęcia pomocny zdają się jednak art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z powyższego wynika, że punktem odniesienia do określenia, czy cena jest rażąco niska winien być przedmiot zamówienia. Wskazane kryterium należy uznać za wstępne i odnieść je do kwalifikacji oferty wykonawcy

pod kątem stosowania rażąco niskiej ceny. Omawiany przepis bowiem odnosi się do przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy. Podejrzenie stosowania rażąco niskiej ceny lub kosztu nie stanowi wystarczającej przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, gdyż jest to wstępna przesłanka kwalifikacji ceny oferty jako rażąco niskiej, która jednak musi zostać potwierdzona w ramach postępowania wyjaśniającego (tak: M. Sieradzka, Komentarz do art. 90[w:], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2018).

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. W niniejszym stanie faktycznym, zamawiający dwukrotnie wezwał konsorcjum (...) do wyjaśnień.

Mając na względzie dosłowne brzmienie art. 90 ust. 1 Pzp należy przyjąć, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną winno się uwzględnić zarówno cenę całej oferty, jak i jej części składowych, przy czym wyłącznie tych, które z punktu widzenia całej oferty można uznać za istotne.

Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2020 r., KIO 1453/20).

O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie oferta z ceną poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena. Złożenie oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia może być konsekwencją świadomego działania wykonawcy albo braku staranności wykonawcy w obliczeniu ceny oferty zgodnie z przyjętym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny (vide: Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. J.E. Nowicki – Lex; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r., XXIII Ga 209/18).

Zauważyć należy, że żaden z wykonawców biorących udział w przetargu nie wskazał ceny chociażby zbliżonej do szacunków przyjętych przez zamawiającego. Z tej przyczyny wszyscy wykonawcy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji swoich cen. Wobec powyższego nie sposób przyjąć, aby w okolicznościach niniejszej sprawy sama rozbieżność pomiędzy wysokością środków jakie zamawiający przewidział na realizację zamówienia, a ceną podaną w ofercie przesądzała o zakwalifikowaniu oferty przystępującego (...) jako zawierającej rażąco niską cenę. Warto też odnotować, że całkowita cena brutto tej oferty jest drugą najwyższą pod względem cenowym ofertą złożoną w toku postępowania. Powyższe świadczy w sposób dobitny o tym, że w odniesieniu do pozostałych ofert ceny tej nie sposób uznać za rażąco zaniżoną.

Wbrew zarzutom skarżącego, o tym, że cena przystępującego (...) była rażąco niska nie może przesądzać podanie przez niego ceny jednostkowej za obsługę jednego wniosku MRG na poziomie o euro. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na kilka okoliczności. Po pierwsze z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że wnioski MGR będą rozpatrywane jedynie przez te same punkty co wnioski wizowe, przy czym wyłącznie przez 3 z 18 punktów takich punktów. Zatem obsługa wniosków MRG nie będzie wymagać dodatkowych nakładów z tytułu konieczności utrzymania infrastruktury czy personelu. Po drugie szacunkowa maksymalna ilość wniosków MRG w całym okresie obowiązywania umowy wynosi 45.100, zaś wniosków wizowych aż 2.745.000. Ilość wniosków przyjmowanych w ramach MRG stanowi zatem

około 1,6% wszystkich wniosków łącznie. W każdym roku liczba wniosków MRG stanowi niewielki odsetek wszystkich wniosków. W 2017 r. było to niecałe 3 %, w 2018 r. i 2019 r. odpowiednio 1,9 % oraz 1,6 %, zaś w 2020 r. zaledwie 0,5 % . Zdaniem sądu okręgowego powyższe świadczy w sposób jednoznaczny o tym, że wnioski MGR stanowią marginalną część zamówienia, a co za tym idzie nie mają istotnego znaczenia z punktu widzenia kalkulacji całkowitej ceny ofertowej. Zatem ewentualne zniżenie ceny w zakresie tego składnika nie może skutkować odrzuceniem oferty. Jak już bowiem zostało wskazane cena wprawdzie może mieć przymiot rażąco niskiej w sytuacji zniżenia jednego z jej składników, jednak jedynie takiego, który stanowi jej istotną część.

Po trzecie, wynagrodzenie przewidziane w ramach niniejszego zamówienia ma charakter ryczałtowy, a zatem stały. Z tych względów nie było konieczności badania jego poszczególnych elementów w kontekście rażąco niskiej ceny. Przy cenie ryczałtowej nie jest bowiem ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy) (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 czerwca 2019 r., II Ca 928/19). Załączone do oferty kosztorysy, formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego. Niemniej, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia (wyrok KIO z dnia z dnia 24 listopada 2017 r., KIO 2361/17). Innymi słowy wynagrodzenie ryczałtowe jest płatne za całość przedmiotu zamówienia, choć rozkłada się na poszczególne jego elementy. Przy tak kalkulowanym wynagrodzeniu fakt, iż wykonawca jeden z elementów swojej oferty wycenił na 0 zł (co jest niewątpliwie wartością znacznie niższą niż realne koszty jego wytworzenia czy świadczenia) nie ma w tym kontekście żadnego znaczenia. Wykonawca nie sprzedaje tu bowiem oddzielnie poszczególnych dostaw, usług i robót składających się na dane zamówienie. Przeciwnie, oferuje kompleksowe wykonanie złożonej inwestycji za cenę ryczałtową. W związku z charakterem wynagrodzenia ryczałtowego, cena umowna jest ceną przyjętą z góry za całość przedmiotu zamówienia, a nie ceną wypadkową za jego poszczególne, w rzeczywistości wykonane części.

W orzecznictwie słusznie zauważa się, że jeżeli kryterium oceny ofert jest cena całkowita brutto, to istotnym jest wyłącznie wynik dokonanej wyceny. Wobec tego niektóre elementy składające się na cenę mogą być wycenione drożej, a inne taniej, albowiem i tak zamawiający wybiera ofertę najtańszą, kierując się ceną w ujęciu globalnym. Z tych względów to co dzieje się „wewnątrz” ceny, nie ma znaczenia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2014 r., KIO 216/14).

Po czwarte wreszcie, wskazanie i wpisanie w danej pozycji kwoty „0 zł” jest jej wyceną. „0” jest liczbą występującą w matematyce europejskiej co najmniej od średniowiecza, uznawaną za liczbę rzeczywistą, całkowitą i wymierną. Symbolowi „0” przypisana jest więc konkretna wartość liczbowa. Wskazanie kwoty „0 zł” stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę „0 zł” wykonawca wskazał jaką wartość dla niego przedstawi. Wskazanie, iż jest to wartość granicznie niska, tzn. poinformowanie, iż dany element jest - mówiąc potocznie - bezwartościowy, jak najbardziej stanowi jego wycenę, a liczba „0” przyporządkowana do jednostek pieniężnych, w których wycena została dokonana, taki wynik wyceny wyraża i obrazuje.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących niezgodności oferty przystępującego (...) z SIWZ wskazać należy, że i one nie zasługiwały na aprobatę. W zakresie ceny w SIWZ wskazano, że podstawą do jej określenia jest pełen zakres zamówienia określony w Opisie przedmiotu zamówienia oraz w Istotnych Postanowieniach Umowy, cena oferty jest stała i nie podlega waloryzacji w trakcie realizacji zamówienia, cena oferty winna obejmować wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, w tym podatek VAT. Cena całkowita brutto miała być wyliczona zgodnie ze wzorem ujętym w tabeli umieszczonej w formularzu ofertowym. Niemniej ani w jego treści, ani w żadnym innym miejscu zamawiający nie zawarł postanowienia, że wykonawca musi wskazać w formularzu ofertowym wartość wyższą aniżeli „0”. Zamawiający poprzez odniesienie się do Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Gabinetem Ministrów Ukrainy o zasadach małego ruchu granicznego oraz aktów zmieniających tą umowę szczegółowo opisanych w pkt 1 ppkt 4 SIWZ przewidział jedynie ograniczenie w odniesieniu do wysokości maksymalnej wynagrodzenia za wnioski MRG, wskazując, że wykonawca nie może w tym zakresie zaoferować kwoty wyższej aniżeli 5 euro za jeden

wniosek. W pełni uprawnione i dopuszczalne na gruncie SIWZ było zatem wskazanie przez przystępującego (...) kwoty „0” za wnioski MRG, skoro SIWZ takiego zakazu nie zawierał. Ujęcie w tabeli kwoty „0” nie oznaczało przy tym, że dany element nie został wyceniony. Wartość ta spełnia bowiem kryteria wyceny (tak wyrok KIO z dnia 9 lipca 2014 r., KIO 1302/14).

Powyższa konstatacja nie pozostaje przy tym w kontrze do przepisów Pzp o odpłatności za realizację zamówienia. Po pierwsze bowiem, pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko. Obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści (świadczenia niepieniężnego), które zamawiający przewiduje w zamian za wykonanie zamówienia. Innymi słowy przez świadczenie odpłatne należy rozumieć takie świadczenie, które ma odpowiednik w świadczeniu drugiej strony, stanowiącym wynagrodzenie za dokonaną czynność (wyrok KIO z dnia 9 listopada 2018 r., KIO 2164/18). Po drugie, jak już zostało wskazane, odpłatność realizacji zamówienia powinna być odnoszona do przedmiotu umowy w ogóle, a nie wyłącznie jednego z jego nieistotnych elementów. Po trzecie żaden z przepisów Pzp nie zakazuje oferowania wykonania części/elementu przedmiotu zamówienia za kwotę „0”, podczas gdy odpłatność/wynagrodzenie należne wykonawcy zostaje określone globalnie za cały przedmiot zamówienia.

Na temat wskazywania kwoty „0 zł” w kosztorysie ofertowym jako ceny jednostkowej wypowiedziała się wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W orzeczeniu z 21 sierpnia 2013 r. sygn. akt 1902/13 stwierdziła za Sądem Okręgowym w Kielcach (wyrok z dnia 19 grudnia 2008 r., sygn. akt VII Ga 147/08): „Podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, szczególnie w sytuacji gdy zamawiający określając postanowienia SIWZ nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w SIWZ skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł. Wskazać należy, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego”. Odnosząc treść wskazanego orzeczenia do niniejszej sprawy należy zauważyć, że zamawiający w SIWZ nie zastrzegł, że niedopuszczalne jest wskazanie w jakiegokolwiek pozycji w kosztorysie ofertowym kwoty 0,00 zł, że muszą to być jedynie wartości dodatnie. Podstawą odrzucenia oferty zgodnie z SIWZ może być jedynie brak jakiegokolwiek ceny w pozycji kosztorysowej. Podanie w pozycji kosztorysu ofertowego wartości 0 zł nie świadczy o tym, że wykonawca nie zaoferował wykonania tej pozycji i nie wywiąże się z jej realizacją. Nie można uznać dokonanej w taki sposób wyceny jako niedopuszczalnej w kontekście postanowień SIWZ, gdyż specyfikacja nie zastrzegła niedopuszczalności takiej wyceny poszczególnych usług.

Sąd okręgowy nie dopatrył się też w działaniach przystępującego (...) czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 poz. 1913, dalej Znk) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stosownie zaś do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 Znk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a także działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Z całą stanowczością należy wskazać, że oszacowanie jakiegoś, nieistotnego elementu zamówienia na „0” nie przesądza o tym, że wykonawca wykona dane świadczenie poniżej kosztów jego realizacji. Możliwym jest bowiem, że przy konieczności obsługi przez wykonawcę pozostałych elementów zamówienia koszt jednej z usług składowych zostanie skonsumowany przez koszty ujęte w innej pozycji wyceny. W żadnym jednak wypadku wskazanie w formularzu ofertowym w odniesieniu do jednej pozycji kwoty „0” nie może być automatycznie traktowane jako brak odpłatności usługi, czy też zaoferowanie jej poniżej kosztów.

Co istotne w niniejszej sprawie zamawiający nie przewidział odrębnego punktowania w ramach kryterium oceny ofert cen jednostkowych zawartych w tych ofertach. O przyznawanej punktacji przesądzała cena całkowita. To ona zatem

była punktem odniesienia dla badania potencjalnego naruszenia zasad konkurencji. W takiej sytuacji możliwym i dopuszczalnym zarówno w kontekście SIWZ, Pzp, jak i uczciwej konkurencji było przyjęcie jednej z cen składowych za poziomie zerowym. Kwota wskazana jako cena jednostkowa za wniosek MGR nie miała bowiem żadnego wpływu na ranking ofert. Ostatecznie wskazać należy, że nawet gdyby w zakresie wniosków MRG przystępujący (...) wskazał kwotę wyższą niż 0 euro, to i tak maksymalnie mógłby zaproponować kwotę 225.500 euro, co stanowi niecały 1% całej ceny ofertowej. Niewątpliwie zatem takie pozorne i zarzucane „zaniżenie” wynagrodzenia wykonawcy, nie utrudniło innym podmiotom dostępu do rynku i nie świadczyło też o próbie eliminacji tych podmiotów z rynku. Taka konstrukcja cenowa oferty nie prowadziła zatem do zaburzenia i zakłócenia uczciwej konkurencji między biorącymi udział w postępowaniu wykonawcami.

Zdaniem sądu okręgowego zarzuty sprowadzające się do kwestionowania referencji przedstawionych przez przyjmującego (...) również okazały się chybione. Zgodnie z treścią SIWZ punkty za doświadczenie były przyznawane ze realizacją usług polegających na przyjmowaniu wniosków wizowych na rzecz placówki dyplomatycznej albo konsularnej państwa Strefy Schengen, stosownie do dyspozycji art. 43 Wspólnotowego Kodeksu Wizowego (KW), gdzie w ramach jednej usługi (umowy) Wykonawca przyjął na rzecz jednego podmiotu (placówki dyplomatycznej albo konsularnej) co najmniej 10.000 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. W przypadku umów dłuższych niż 1 rok zamawiający miał brać pod uwagę tylko jeden 12-miesięczny okres wskazany przez wykonawcę (pkt 7.1.2 SIWZ, pkt 12.1.2 SIWZ). Zgodnie z pkt 8.1. ppkt 3 wykonawca był zobowiązany do przedłożenia wykazu takich usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich wykonanie, przy czym za takowe zamawiający uznawał referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane. W uzasadnionych sytuacjach zamawiający dopuszczał możliwość złożenia oświadczenia wykonawcy.

Przystępujący (...) w stosownym wykazie powołał się na realizację usługi na rzecz: Ambasady Niemiec (usługa realizowana od 26 lipca 2016 r.), Ambasady Francji (od 5 maja 2015 r.), Konsulatu Włoch (od 11 grudnia 2011 r.), Konsulatu Belgii (od 1 września 2017 r.). Na potwierdzenie należytej realizacji ww. usług przystępujący (...) złożył referencje, z których wynikało bezsprzecznie, że wykonywał on usługi związane z przyjmowaniem wniosków wizowych na rzecz placówek dyplomatycznych i konsularnych odpowiednio Niemiec, Francji, Włoch i Belgii. Jak wynika z treści SIWZ to, jaki podmiot był wskazany w umowie, w oparciu którą takie usługi były świadczone (czy Ministerstwo Spraw Zagranicznych danego państwa Strefy Schengen, czy inny urząd danego państwa, czy też bezpośrednio placówka konsularna lub dyplomatyczna) nie miał żadnego znaczenia. Oczywistym jest bowiem, że usługi wizowe były za każdym razem przyjmowane na rzecz placówki dyplomatycznej albo konsularnej tych krajów. Pewne nieścisłości jakie zostały wskazane przez skarżącego nie pozbawiają waloru wiarygodności tych referencji i mogły się zdarzyć z uwagi na fakt, że wykonawca, co do zasady, nie ma wpływu na ich treść.

Odnosząc się bezpośrednio do każdego z dokumentów referencyjnych wskazać należy, że treść referencji wystawionych przez Ambasadę Niemiec w R. potwierdzała, że przystępujący (...) należycie świadczy usługę „w imieniu Władz Niemiec w Maroku”. Referencje zawierały również zdanie, że „Ambasada Republiki Federalnej Niemiec potwierdza, że (...) nadal świadczy usługi wysokiej jakości zgodnie ze zobowiązaniami umowy”. Referencje francuskie potwierdzały natomiast realizację usług przez (...) na rzecz Misji Dyplomatycznej Francji w Maroku”. Zawierały również informację, że: „Ambasada Francji w R., także jak i organy władzy centralnej we Francji potwierdzają, że (...) świadczył usługi na bardzo wysokim poziomie, zgodnie z podpisaną umową oraz zobowiązaniami”. Z kolei referencje belgijskie potwierdzały należyłą realizację umowy na rzecz Rządu Belgijskiego w Maroku od stycznia 2017 r. Referencje włoskie dotyczyły natomiast potwierdzenia należytej realizacji usług na rzecz Rządu Włoskiego w Maroku od 2011 r.

Sąd okręgowy w całej rozciągłości podziela stanowisko KIO, że zawarte w referencjach zwroty o realizacji usług na rzecz rządów działających na terenie Maroka zamiast na rzecz misji dyplomatycznych odpowiednich państw nie odbierały tym referencjom ich wartości dowodowej, ponieważ rządy państw działają na terenie innych państw za pośrednictwem swoich misji i placówek dyplomatycznych. Powyższe wynika nadto wprost ze znajdującego zastosowanie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia tzw. „Kodeksu wizowego” - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 810/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiające Wspólnotowy Kodeks Wizowy (kodeks wizowy).

W powyższym kontekście warto również odnotować, że referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty były wykonywane stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Wykonawca, co do zasady, nie ma wpływu na ich treść. Z tych względów nie sposób oczekiwać, aby oceniając je czy to w kontekście warunków udziału w przetargu, czy jako kryterium oceny ofert, możliwość ich uwzględnienia występowała tylko wówczas, gdy treściowo powielają zapisy SIWZ (zob. KIO w wyrokach z dnia 21 stycznia 2020 r., KIO 54/20; z dnia 28 listopada 2016 r., KIO 2145/16).

To na podstawie treści złożonego wykazu zamawiający ocenia, czy dany wykonawca posiada określone doświadczenie. Dokument referencji, jak już zostało wskazane, jest zaś źródłem informacji o tym, czy dana usługa została wykonana należycie. Innymi słowy treść referencji musi umożliwiać powiązanie tego dokumentu z daną pozycją w wykazie, nie jest jednak wymagane, aby zawierał wszystkie informacje zamieszczone w opisie warunku. Co zaś się tyczy wskazywanych przez skarżącego błędów w treści referencji wystawionych przez Konsulat Generalny Królestwa Belgii z siedzibą w C. podpisanych przez Konsula, wskazać należy, że w samym dokumencie referencji brak jest jakichkolwiek omyłek. Zauważony błąd dotyczy wyłącznie tłumaczenia. Co więcej znajduje się on wyłącznie w jednym fragmencie. Pozostała treść tłumaczenia nie pozostawia wątpliwości, co do tego na rzecz jakiego podmiotu przystępujący świadczył usługi. Mając zatem powyższe na uwadze należy przyjąć, że nieścisłość, którą zauważył skarżący jest wyłącznie omyłką pisarską i jako taka nie może deprecjonować tych referencji przy ustalaniu kryterium doświadczenia przystępującego (...).

Sąd okręgowy nie podziela też zarzutów skarżącego, co do rzekomego konfliktu interesów, jaki miałby nastąpić w przypadku udzielenia zamówienia przystępującemu (...).W SIWZ konflikt interesów został opisany jako sytuacja, w której inna działalność prowadzona przez usługodawcę zewnętrznego lub jego powiązania mogłyby wpływać na jego bezstronność i rzetelność wykonywania umowy. Zdaniem sądu zebrany w sprawie materiał dowodowy nie dawał podstaw do przyjęcia, że powyższe przesłanki zostały względem przystępującego (...) zrealizowane. Przede wszystkim o konflikcie interesów nie może świadczyć podnoszona przez skarżącego okoliczność, że przystępujący (...) prowadzi działalność pośrednictwa w zatrudnianiu pracowników ukraińskich. Nie ma racji skarżący, że przystępujący (...) uzyskując zamówienie będzie mógł premiować wnioski osób, które szukają pracy za jego pośrednictwem. Skarżący zdaje się bowiem nie zauważać, że wnioski wizowe składają konkretne osoby ubiegające się o wize, zaś wykonawca jest jedynie pośrednikiem, który takie wnioski przyjmuje. Podmiotem rozpoznającym wnioski jest właściwa jednostka dyplomatyczna. Z tych względów wykonawca nie ma możliwości faworyzowania jakichkolwiek wniosków, bowiem to nie on ustala komu, kiedy i w jakiej kolejności wize są przyznawane.

Abstrahując od powyższego zauważyć należy przepisy Pzp, jak i postanowienia SIWZ, nie wiążą z oświadczeniami z pkt 18.3. lit. a i c SIWZ skutków w postaci odrzucenia oferty. Po pierwsze bowiem nie stanowią one elementu oferty. Po drugie konflikt interesów nie stanowi obligatoryjnej przesłanki wykluczenia, zaś zamawiający nie wprowadził tej przesłanki jako dodatkowej podstawy. Po trzecie wprowadzone w niniejszej sprawie oświadczenia o braku konfliktu interesów zgodnie z SIWZ miały być składane dopiero przed zawarciem umowy, co oznacza, że na etapie oceny ofert nie była możliwa w tym zakresie jakakolwiek weryfikacja. Nie można przy tym zgodzić się z twierdzeniem skarżącego, że konieczność badania istnienia konfliktu interesów wynika wprost z art. 43 ust 7 Kodeksu wizowego. Inne jest bowiem znaczenie i treść ewentualnego konfliktu interesów na gruncie Pzp, w kontekście okoliczności przesądzających o konieczności odrzucenia oferty. Nadto, jak słusznie zauważono w odpowiedzi na skargę, jeżeli nawet art. 43 ust. 7 Kodeksu wizowego miałby jakiegokolwiek znaczenie na gruncie niniejszego postępowania, to w istocie wszelkie czynione

w tym zakresie zarzuty są spóźnione. Skarżący wskazuje bowiem, że pkt 18.3. lit. c SIWZ wskazujący na badanie tej kwestii „po wyborze oferty” pozostaje w sprzeczności z art. 43 ust. 7 Kodeksu wizowego. Jeżeli zatem skarżący wywodził konieczność badania tej kwestii na etapie oceny ofert, a nie po wyborze ofert, to taki zarzut powinien podnosić na etapie odwołania od treści SIWZ, a nie czynności badania i oceny ofert.

Mając na uwadze całokształt powyższych okoliczności, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, na podstawie art. 588 ust.1 nPzp, sąd okręgowy oddalił skargę.

O kosztach postępowania skargowego sąd okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 nPzp obciążając obowiązkiem ich zwrotu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) Ltd (...) z siedzibą w D. oraz (...) z siedzibą w K., których skarga została w całości oddalona. Zgodnie z tym przepisem strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

Podkreślenia przy tym wymaga, że zasady ponoszenia kosztów dotyczy wyłącznie stron postępowania skargowego, a nie interwenienta – uczestnika postępowania odwoławczego, który jest związany z jedną lub drugą stroną tego postępowania. Przepis art. 589 ust.1 nPzp w samodzielny sposób reguluje kwestie ponoszenia kosztów postępowania skargowego, ograniczając je wyłącznie do stron tego postępowania i jest regulacją odmienną od regulacji dotyczącej kosztów interwenienta na gruncie procedury cywilnej, dlatego też ma pierwszeństwo zastosowania na zasadzie *lex specialis*. W postępowaniu skargowym brak jest zatem podstaw do zasądzenia kosztów na rzecz interwenienta

Z tych względów sąd okręgowy oddalił wniosek przystępującego (...) o przyznanie kosztów postępowania skargowego, o czym orzekł w punkcie 2 sentencji wyroku.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez przeciwnika skargi – zamawiającego sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego go radcy prawnego w kwocie 12.500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U z 2018 r., poz. 265 ze zm.), z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnik ten prowadził sprawę również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej.

Wypada zauważyć, że żaden przepis ww. rozporządzenia nie określa wysokości wynagrodzenia radcy prawnego w sprawach ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest również podstaw by poszukiwać dalekich analogii z innymi przepisami określającymi wysokość stawki w poszczególnych rodzajach spraw. Dlatego zdaniem sądu zastosowanie powinny tu znaleźć postanowienia § 2 rozporządzenia określającego w sposób najbardziej ogólny stawki minimalne uzależniające ich wysokość od wartości przedmiotu sprawy (tu zaskarżenia).

sędzia Magdalena Nałęcz