Sygn. akt: KIO 2127/18

WYROK
z dnia 29 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **29 października 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**15 października 2018 r.** przez wykonawcę **Lubelski Park Naukowo-Technologiczny S.A., ul. Dobrzańskiego 3, 20-262 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubelskie, ul. Artura Grottgera 4, 20-029 Lublin**
przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) PiVOT Sp. z o.o., ul. Związkowa 26,20-148 Lublin, 2) Netrix Group Sp. z o.o., ul Związkowa 26, 20-148 Lublin** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia częściowo odwołanie, tzn. w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 pkt 1-5, art. 90 ust. 2 i 3 Prawo zamówień publicznych zwane dalej: „Pzp" oraz jako konsekwencje tego również w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp i art. 2 pkt 5) Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 05 października 2018 r. wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępującego, czyli Konsorcjum Firm: 1) PiVOT Sp. z o.o., ul. Związkowa 26, 20-148 Lublin, 2) Netrix Group Sp. z o.o., ul Związkowa 26, 20-148 Lublin, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp z uwagi na nie wykazanie w sposób odpowiedni w drodze wyjaśnień i złożonych dowodów (ich braku), iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) PiVOT Sp. z o.o., ul. Związkowa 26, 20-148 Lublin, 2) Netrix Group Sp. z o.o., ul Związkowa 26, 20-148 Lublin** i:
   - **2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Lubelski Park Naukowo-Technologiczny S.A., ul. Dobrzańskiego 3, 20-262 Lublin** tytułem wpisu od odwołania;
   - **2.2.** zasądza od **Konsorcjum Firm: 1) PiVOT Sp. z o.o., ul. Związkowa 26,20-148 Lublin, 2) Netrix Group Sp. z o.o., ul Związkowa 26, 20-148 Lublin** na rzecz **Lubelskiego Parku Naukowo-Technologicznego S.A., ul. Dobrzańskiego 3, 20-262 Lublin** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 2127/18

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Pełnienie funkcji Operatora „Lubelskiego Parku Naukowo - Technologicznego w Lublinie*; nr ref. OP- IV.272.83.2018.ŁE, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 134-305858 z 14.07.2018 r., przez Województwo Lubelskie, ul. Artura Grottgera 4, 20-029 Lublin zwane dalej: *„Zamawiającym'*.

W dniu 05.10.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Konsorcjum Firm: 1) PiVOT Sp. z o.o., ul. Związkowa 26, 20-148 Lublin, 2) Netrix Group Sp. z o.o., ul Związkowa 26, 20 Lublin zwane dalej: *„Konsorcjum'* albo *„Konsorcjum PiVOT - Netrix Group Sp. z o.o* albo *„Przystępującym'*, drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Lubelskiego Park Naukowo-Technologiczny S.A, ul. Dobrzańskiego 3, 20-262 Lublin zwanego dalej: *„Lubelskim Parkiem Naukowo – Technologicznym S.A.'* albo *„Odwołującym'*.

W dniu 15.10.2018 r. wpływ bezpośredni do Prezesa KIO Lubelski Park Naukowo-Technologiczny S.A wniosła odwołanie na czynność z 07.09.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 15.10.2018 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:
1) art. 24 ust. 1 pkt 16) i pkt 17) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp'* oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznania jego oferty za odrzuconą pomimo, iż ten wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, niezbędnych do należytego wykonania zamówienia;
2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, niezbędnych do należytego wykonania zamówienia, pomimo tego, że złożony przez Konsorcjum Wykaz usług nie potwierdził, że Konsorcjum posiada doświadczenie w wykonaniu minimum jednej usługi dotyczącej zarządzania parkami technologicznymi lub parkami

przemysłowymi lub inkubatorami innowacyjności lub inkubatorami technologicznymi lub centrami transferu technologii (zgodnie z pkt V.3) SIWZ);
3) art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) Pzp, art. 22 ust. 1b) pkt 3) Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 3) i § 14 ust. 2-4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznania jego oferty za odrzuconą pomimo, iż Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, niezbędnych do należytego wykonania zamówienia, a to z uwagi na fakt, iż na wezwanie Zamawiającego z 18.09.2018 r. Konsorcjum nie przedstawiło w sposób prawidłowy dokumentów, o których mowa w pkt VIII 2.1) SIWZ;
4) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku znajdowania się w wymaganej sytuacji ekonomicznej lub finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, pomimo, iż Konsorcjum nie przedstawiło w sposób kompletny dokumentów potwierdzający, że posiada wymagane przez SIWZ ubezpieczenie;
5) art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 pkt 1-5, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, co do której Konsorcjum nie wykazało w sposób odpowiedni w drodze wyjaśnień składanych na podstawie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny;
6) art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp i art. 2 pkt 5) Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, podczas gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, względnie jego oferta podlegała odrzuceniu. W związku z powyższym, wnosił o:
1) Unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej,
2) Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania ofert oraz wykluczenie Konsorcjum i uznanie jego oferty za odrzuconą (w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 1 lub 3), ewentualnie wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej (zarzut nr 2) oraz znajdowania się w wymaganej sytuacji finansowej lub ekonomicznej (zarzut nr 4) lub odrzucenie oferty Konsorcjum (zarzuty nr 5 lub 6);
3) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego (w tym kosztów pomocy prawnej udzielanej przez radcę prawnego, przy czym stosowna faktura VAT zostanie przedłożona na rozprawie);

Odnośnie pierwszego zarzutu: Wskazał, że Zamawiający określił w pkt V. 3 SIWZ następujący warunek udziału:*„3) Posiadają zdolność techniczną lub zawodową niezbędną do należytego wykonania zamówienia. Określenie warunków:*

Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia przedmiotowy warunek, jeżeli w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykaże się doświadczeniem działania na rzecz innowacyjności, polegającym na wykonaniu przez okres co najmniej 1 roku, minimum 1 usługi dotyczącej zarządzania: parkami technologicznymi lub parkami przemysłowymi lub inkubatorami innowacyjności lub inkubatorami technologicznymi lub centrami transferu technologii.' .

Konsorcjum w ramach JEDZ wstępnie oświadczyło, że samodzielnie spełnia ww. warunek. Zgodnie z pkt VIII.2.1), Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia Wykazu wykonanych usług oraz dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W odpowiedzi na wskazane wezwanie, Konsorcjum złożyło Wykaz usług:

Lp.	Nazwa podmiotu, dla którego wykonano usługę (dane teleadresowe)	Okres świadczenia usługi od (dd/mm/rr) do (dd/mm/rr)	Przedmiot usługi
1.	Netrix Group Sp. z o. o. (własny inkubator)	18.04.2014 r. - nadal	Przedmiotem tej usługi było zarządzanie parkiem technologicznym lub parkiem przemysłowym lub inkubatorem innowacyjności lub inkubatorem technologicznym lub centrum transferu technologii (niepotrzebne skreślić) Zarządzanie Lubelskim Inkubatorem Technologii Informatycznych utworzonym w roku 2014 w ramach działania 2.3 RPO WL i kontynuacja działalności inkubacyjnej nadal
2.			Przedmiotem tej usługi było zarządzanie parkiem technologicznym lub parkiem przemysłowym lub inkubatorem innowacyjności lub inkubatorem technologicznym lub centrum transferu technologii (niepotrzebne skreślić) ……
3.			Przedmiotem tej usługi było zarządzanie parkiem technologicznym lub parkiem przemysłowym lub inkubatorem innowacyjności lub inkubatorem technologicznym lub centrum transferu technologii (niepotrzebne skreślić) ……

Powyższym działaniem (jak też oświadczeniami w JEDZach), Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd, co do spełnienia przez siebie warunku z pkt V.3) SIWZ.

Wprowadzenie w błąd Zamawiającego, polegało na bezpodstawnym przedstawieniu w ramach Wykazu, samodzielnej realizacji przez Netrix Group Sp. z o.o. (jednegoz konsorcjantów) własnego projektu, współfinansowanego ze środków UE, jako „usługi", wystarczającej do wykazania spełniania przez Konsorcjum warunku udziału w Postępowaniu z pkt V.3) SIWZ). Na bezpodstawność powyższego działania wskazują poniższe argumenty:

SIWZ nie zawiera własnej definicji pojęcia „usługi". W konsekwencji, należy w tym zakresie stosować Pzp oraz Kodeks Cywilny (art. 14 ust. 1 Pzp). Zgodnie z art. 2 pkt 10) Pzp*„ilekroć w ustawie jest mowa o (...) usługach - należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy'*.

Jak z kolei słusznie dostrzegł P. Granecki: *„Zgodnie z wykładnią językową, w świetle Słownika języka polskiego PWN (http://sjp.pwn.pl/szukaj/swiadczenie), świadczenie to obowiązek wykonywania czegoś na czyjąś rzecz.*

Świadczeniem jest to, co jest z tego tytułu wykonywane. W rozumieniu prawa cywilnego: świadczeniem jest zachowanie się dłużnika przewidziane treścią zobowiązania.' (zob. Art. 2 Pzp Granecki 2016, wyd. 5, Legalis).

Oznacza to, że z *„usługą'* (na gruncie ustawy Pzp, jak też niniejszego postępowania) mamy do czynienia jedynie wtedy, gdy na podstawie danego cywilistycznego stosunku zobowiązaniowego, jeden podmiot (dłużnik) zobowiązuje się do określonego działania (świadczenia) względem innego podmiotu (wierzyciela), a świadczenie to nie może być zakwalifikowane jako dostawa (art. 2 pkt 2 Pzp) lub robota budowlana (art. 2 pkt 8 Pzp). Brak kumulatywnego spełniania wymienionych przesłanek wyklucza możliwość uznania danego działania za „usługę". Wykazana przez Konsorcjum „usługa" nie spełnia żadnej z przytoczonych w poprzednim akapicie przesłanek. Po pierwsze - nie została wykonana na podstawie cywilnego stosunku zobowiązaniowego. Po drugie — Netrix Group Sp. z o.o.w ramach jej realizacji nie występował w charakterze „dłużnika". Po trzecie - próżno szukać w tym zakresie osoby „wierzyciela".

Jak wskazało samo Konsorcjum „podmiotem, dla którego wykonano usługę" był sam Netrix Group Sp. z o.o. Przyjmując ten kierunek, stwierdzić należy, iż Netrix Group Sp. z o.o. świadczył sam dla siebie. Był wiec zarówno „dłużnikiem" jak i „wierzycielem". Istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego jest wykluczone na gruncie prawa cywilnego. Jak wskazuje orzecznictwo, zaistnienie w trakcie trwania stosunku zobowiązaniowego przypadku zlania (konfuzji) wierzyciela i dłużnika w jednym podmiocie, prowadzi do automatycznego wygaśnięcia takiego zobowiązania. Kwestię tę wyjaśnił WSA we Wrocławiu w wyrokuz 21.01.2014 r., I SA/Wr 1698/13: *„(...) konfuzja nie jest sposobem, czy rodzajem zapłaty długu wyrażonego w pieniądzu, lecz innym sposobem wygasania zarówno wierzytelności, jak i długu. W doktrynie prawa cywilnego dominującym i utrwalonym poglądem jest, iż konfuzja stanowi nieefektywny sposób wygaśnięcia zobowiązania, jednakże jest to wygaśnięcie zobowiązania bez zaspokojenia wierzyciela.'* Ergo — skoro zaistnienie następczej (w trakcie trwania stosunku zobowiązaniowego) konfuzji wierzyciela i dłużnika musi prowadzić do zakończenia danego stosunku, to oczywistym powinno być, iż w przypadku, gdyby taka konfuzja miałaby mieć miejsce od samego początku (a tak byłoby w tej sprawie) w ogóle nie mogłoby dojść do powstania stosunku zobowiązaniowego. Finalnie zaś - nie byłoby możliwe wykonanie w jego ramach żadnego świadczenia (usługi). Przytoczył wyrok KIO z 03.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2873/13. Dodał również, że przyjęcie sposobu rozumienia „usługi" przez Konsorcjum prowadziłoby do irracjonalnych wniosków. Mianowicie, w przetargach na obsługę prawną (z wymogiem wykazania doświadczenia w „usługach prawnych"), radca prawny mógłby powołać się na fakt ogólnego "radzenia sobie" w sprawach prawnych życia prywatnego; w przetargach na dostawę paliwa, wykonawcy mogliby z kolei wykazywać (jako zrealizowane przez siebie „dostawy paliwa") okoliczność zakupu przez siebie paliwa do własnych pojazdów w związku z prowadzoną działalnością; w przetargach na obsługę cateringową zaś - podstawą do oceny doświadczenia danego wykonawcy mógłby być fakt zakupu żywności do konsumpcji własnej. Założył, iż Konsorcjum, o ile od samego początku nie wiedziało, że realizacji własnego projektu przez Netrix Group Sp. z o.o. nie może być wykazana jako „usługa" (w rozumieniu pkt pkt V.3) SIWZ), to mogło taką świadomość z łatwością uzyskać. Argumenty przemawiające za brakiem możliwości takiego działania, jak wskazano chociażby w poprzednim akapicie, powinny być bowiem oczywiste, także dla osób bez specjalnego wykształcenia prawniczego. W związku z powyższym, działanie Konsorcjum należy uznać za przejaw zamierzonego działania, niedbalstwa lub lekkomyślności, które wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sytuacja ta wyczerpuje przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp.

Odnośnie zarzutu drugiego. Niniejszy zarzut podnoszony jest z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że przedstawienie przez Konsorcjum błędnego Wykazu usług nie wynikało z zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, niedbalstwa lub lekkomyślności Konsorcjum. Wskazał bowiem, iż w takim przypadku, Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do uzupełniania Wykazu wykonanych usług (art. 26 ust. 3 Pzp), czego nie uczyniono. W zakresie uzasadniania wadliwości pierwotnie złożonego przez Konsorcjum Wykazu wykonanych usług, w pełni aktualne pozostają argumenty przytoczone na wsparcie poprzedniego zarzutu, przemawiające za brakiem możliwości wykazania jako „usługi" własnego projektu. Wykaz usług nie wskazuje żadnej innej (niż realizacji przez Netrixt Group Sp. z o.o. własnego projektu) usługi. Oczywistym jest więc, że przy pominięciu ww. wadliwej usługi, dokument ten nie mógł już służyć wykazaniu przez Konsorcjum spełniania warunków udziału w postępowaniu. Brak wezwania Konsorcjum do przedstawienia prawidłowego Wykazu usług doprowadził do co najmniej przedwczesnego uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Odnośnie zarzutu trzeciego. Zarzut ten. podnoszony jest z ostrożności, na wypadek nieuznania poprzednich dwóch zarzutów. Odwołujący wskazał, że w sytuacji (czysto hipotetycznego) uznania, iż zrealizowanie przez Netrix Grup Sp. z o.o. własnego projektu współfinansowanego ze środków UE może być uznane za „usługę" (w rozumieniu pkt V.3 SIWZ), stwierdzić należy, iż Konsorcjum i tak nie wykazało w sposób należyty posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych. Zgodnie z pkt VIII.2.1) SIWZ, Konsorcjum wraz z Wykazem usług powinno złożyć dowody określające, że usługi opisane w Wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Co przy tym istotne. Dowodami takimi mogły być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane (w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem); Jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, Konsorcjum nie było w stanie uzyskać ww. dokumentów - takim dowodem mogło być oświadczenie wykonawcy (w formie oryginału); 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 ramach wykonania pierwszego wezwania, Konsorcjum w ogóle nie złożyło ww. dowodów. W związku z powyższym, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający pismem z 18.09.2018 r. wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dowodu należytego wykonania wykazanej usługi. W odpowiedzi, Konsorcjum złożyło następujące dokumenty:

(1) Sprawozdanie z przeprowadzonej kontroli dla trwałości projektu (2) Potwierdzenie należytego wykonania usługi przez Netrix Group Sp. z o.o. (3) List Referencyjny od "SHIM-POL A.M. B." E. B.-R., A. R. Spółka Jawna (4) List Referencyjny od 2Intellect.com S.A. Dostrzec jednak należy, iż żaden z wymienionych powyżej dokumentów nie może być uznany za prawidłowy dowód należytego wykonania wykazanej usługi (w rozumieniu pkt VIII.2.1) SIWZ). Odnoszą się do poszczególnych dokumentów.

(1) Sprawozdanie z przeprowadzonej kontroli dla trwałości projektu

Po pierwsze - Sprawozdanie nie zostało wystawione przez „podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana" (LAWP jest jedynie instytucją pośredniczącą).

Po drugie - zgodnie z pkt VIII.2.1) SIWZ, w przypadku świadczeń ciągłych nadal /zgodnie z przedstawionym wykazem – wykazywana usługa jest nadal wykonywana/ wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie, powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Sprawozdanie wydano 30.11.17 r. (termin składania ofert: 24.08.18 r.).

Po trzecie - przedłożona przez Konsorcjum kopia Sprawozdania nie została w sposób prawidłowy poświadczona za zgodność z oryginałem (poświadczenie tylko 1 str.). Nieprawidłowo uwierzytelnione dokumenty nie mogą natomiast stanowić podstawy do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wyrok KIO z 06.05.11 r.; sygn. akt: KIO

869/11).
Po czwarte - z treści dokumentu nie wynika, aby to LAWP potwierdził należyte wykonanie przedmiotowego projektu, chociażby więc z tego powodu dokument nie może mieć charakteru „referencji".
(2) Potwierdzenie należytego wykonania usługi przez Netrix Group Sp. z o.o.
Po pierwsze - jak słusznie wskazała Izba *„Wystawienie referencji na roboty budowlane przez samego wykonawcę tych robót w świetle obowiązującego prawa jest niedopuszczalne. Gdyby prawo dopuszczało własne potwierdzanie należytego wykonania, to by nie istniała w obrocie prawnym instytucja referencji/potwierdzania należytego wykonania.'* (wyrok KIO z 27.06.2016 r.; sygn. akt: KIO 1023/16).
Po drugie - nie ma pewności, czy ww. dokument dotyczy usługi wskazanej w Wykazie usług. Wykaz, jako okres świadczenia usługi przedstawia okres od *„18.04.2014 r. - nadal"*, podczas gdy, oświadczenie Netrix Group Sp. z o.o.: *„W odpowiedzi na Wezwanie z dnia 18.09.2018 r. dotyczącego postępowania OP-IV.272.83»2018.IB oświadczam, te Netrix Group Sp. z o. o. w ramach Działania 2.3 RPO Województwa Lubelskiego na lata 2007-2013 zrealizował projekt 11.12-WND-RPLU.b2.03.01-06-011/i3 „Utworzenie lubelskiego inkubatora Technologii Informatycznych", Projekt był realizowany w okresie od 1.10.2013 – 30.11.2014 a jego trwałość w okresie od 1.12.2014 do 4.03.201S, W trakcie okresu trwałości projektu był kontrolowany przez Lubelską Agencję Wspierania Przedsiębiorczości (do pisma załączamy sprawozdanie z kontroli trwałości projektu).'*. Dodatkowo, opisując przedmiot usługi, Wykaz wskazuje na Zarządzanie Lubelskim Inkubatorem Technologii Informatycznych utworzonym w roku 2014 w ramach działania „2.3 A". W treści oświadczenia wskazywane jest z kolei działanie „2.3".
(3) (4) Listy Referencyjne od "SHIM-POL A.M. B." E. B.- R., A. Reszka Spółka Jawna oraz 2Intellect.com S.A.
Przedmiotowe dokumenty nie zostały wystawione przez podmioty, na rzecz których wykazana przez Konsorcjum usługa była wykonana. „SHIM-POL" oraz 2Intellect nie zleciły Netrix Group Sp. z o. o. wykonania usługi zarządzania inkubatorem technologicznym. Nie dokonywały jej odbioru. Nie płaciły również z tego tytułu żadnego wynagrodzenia. Podmioty te mogą być co najwyżej uznane za praktycznych „beneficjentów" prowadzenia przez Netrix Group własnego inkubatora. Niniejsze nie uprawnia ich jednak do wystawiania dowodów należytego wykonania ww. usługi. Tym samym, Konsorcjum nie wykonało w sposób prawidłowy Wezwania Zamawiającego z dnia 18.09.2018 r., a jeśli tak - powinno zostać wykluczone z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp), a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp).

Odnośnie zarzutu czwartego. Zgodnie z pkt V.2) SIWZ: *„2) Znajdują się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Określenie warunków:*

Zamawiający uzna, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, jeżeli zdolność kredytowa wykonawcy lub wysokość posiadanych środków będzie nie mniejsza niż 500 000,00 zł. W przypadku składania oferty wspólnej warunek zostanie uznany przez Zamawiającego za spełniony, jeżeli wykonawcy składający ofertę wspólną będą spełniać go łącznie oraz

Zamawiający uzna, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, jeżeli wykaże, iż jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę: 1 000 000,00 zł.'.

Konsorcjum w JEDZ oświadczyło, że spełnia ww. warunek.

Zgodnie z pkt VII.2.4) SIWZ, Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą sumę gwarancyjną. W odpowiedzi na Wezwanie, Konsorcjum złożyło dwie polisy ubezpieczeniowe OC. Wskazał jednakże, iż ww. dokumenty były wystarczające dla pozytywnej oceny spełnienia przez Konsorcjum warunku, o którym mowa w pkt V.2) SIWZ. Same polisy OC nie dają bowiem Zamawiającemu pewności co do ważności wykazanych ubezpieczeń.

Zgodnie z rubryką nr 9 Polisy Nr 1033301422 (ubezpieczony: PiVOT Sp. z o.o.)

Składka łączna: 646,63 PLN. Jednorazowo. Termin płatności – 06.09.2018 r.

Podobnie - rubryka nr 8 Polisy Nr 1033287012 (ubezpieczony: Netrix Group Spz o.o.). Składka łączna: 1.323,31 PLN. Jednorazowo. Termin płatności – 05.09.2018 r.

Dla przypomnienia: termin składania ofert w postępowaniu upływał 24.08.2018 r.

Zamawiającemu nie zostały przedstawione dokumenty potwierdzające, że ww. składki zostały opłacone, a jeśli tak - czy nastąpiło to w terminie. Brak którejkolwiek z tych okoliczności mogło z kolei prowadzić do odstąpienia od umów ubezpieczenia przez PZU.

W związku z powyższym, Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do uzupełniania złożonych dokumentów (w trybie art. 26 ust. 3 Pzp). Brak wezwania Konsorcjum do przedstawienia prawidłowego Wykazu usług, doprowadził do co najmniej przedwczesnego uznania, że wykonawca ten spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odnośnie zarzutu piątego. W związku z podejrzeniem zaoferowania przez Konsorcjum rażąco niskiej ceny, Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia w tym zakresie stosowanych wyjaśnień. W odpowiedzi na powyższe, Konsorcjum przedstawiło Wyjaśnienia z 03.09.2018 r. Wyjaśnienia te nie mogą być przy tym uznane za wystarczające, co najmniej z p/w względów:
1. W ramach wyjaśnień, Konsorcjum błędnie założyło, że w chwili obecnej w ramach Inkubatora powierzchnię wynajmuje 21 podmiotów inkubowanych, co z kolei wpłynęło na zawyżenie kalkulacji potencjalnych przychodów;
2. Wyjaśniania pomijają kwestie kalkulacji kosztów takich jak:
- koszty dostawy prądu i ciepła w sezonie grzewczym, koszty zapewniania dostępu do wody (ciepłej, zimnej), koszty wywozu nieczystości stałych, koszty dostępu do linii telefonicznej, koszty dostępu do szerokopasmowego internetu.

Wyjaśnienia wskazują jedynie, że: *„(…) okresie realizacji umowy daje kwotę, 1 008 282,24 zł. Ponadto koszty związane z eksploatacją nieruchomości; takie jak serwisy czy naprawy szacowane są na poziomie 11,00 zł brutto/m^2 (na podstawie wiedzy i doświadczenia członka konsorcjum). Koszt ten wyniesie łącznie 2104,3 m^2x11 zł x 48mcy= 1 111 070, 40 zł brutto. Dodatkowo wykonawca (…)"*

Wyjaśnienia nie odnoszą się do kwestii kalkulacji kosztów zapewnienia dozoru i ochrony nieruchomości. Zgodnie z OPZ, wykonawcy zobowiązany będzie do zapewniania dozoru terenu wokół inkubatora oraz ochrony lokali w czasie, gdy aktywny jest system alarmowy. Co przy tym istotne, zgodnie z OPZ, wykonawca powinien zapewnić dostęp do pomieszczeń biurowych przez 24 godz. na dobę 7 dni w tygodniu. Oznacza to, że wykonawca powinien zapewnić całodobowy dozór i ochronę budynku oraz lokalów. W praktyce sprowadza się to do konieczności samodzielnego zatrudnienia kilku pracowników ochrony lub zlecenie tej usługi zewnętrznej firmie. Wyjaśnienia pomijają koszty związane z zapewnieniem ubezpieczenia wykonawcy (zgodnie z §13 ust 2 IPU Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia) oraz ubezpieczeniem nieruchomości (zgodnie z § 13 ust 4 IPU Wykonawca, najpóźniej w terminie 3 dni od dnia przekazania majątku, dostarczy Zamawiającemu kopię polis OC: nieruchomości oraz majątku na kwotę nie mniejszą niż 8,6 mln zł). W ramach kalkulacji obsługi kadrowej (zatrudnianej na umowy o pracę) wyjaśnienia pomijają kwestię corocznego wzrostu poziomu płacy minimalnej;

W treści Wyjaśnień Konsorcjum wskazało:

„• Bezpłatnej opieki mentorskiej

Wykonawca zaoferował 12 godzin kwartalnie dla każdego z 21 przedsiębiorstw(w tym 5 dodatkowych). Łączna liczba godzin realizacji usługi to 4032. Liczba godzin, za które wykonawca dostaje wynagrodzenie to 2352. Szacowany koszt 1 godziny usługi to 123 zł brutto. Cena zaoferowana to 203,81 zł brutto/h. Szacowany dochód w tej pozycji to 2352x(203,81-123)= 190 065, 12 zł brutto (…)'.

Analiza przytoczonego fragmentu wyjaśnień prowadzi do wniosku, że Konsorcjum w swojej kalkulacji w ogóle pominęło kalkulację kosztów dodatkowych godzin bezpłatnej opieki mentorskiej. Jak wynika z podanych przez Konsorcjum danych: Konsorcjum wykona 1680 (4032-2352) dodatkowych bezpłatnych godzin opieki mentorskiej; jednocześnie Konsorcjum wskazuje, że koszt 1 godziny usługi to 123 zł brutto. Czyli — koszt dodatkowych bezpłatnych godzin wyniesie 206.640 00 zł brutto. Oznacza to, że Konsorcjum nie tylko nie zarobi na tym polu, ale straci (- 16.574,88 zł brutto);

W treści Wyjaśnień Konsorcjum wskazało:

„• Bezpłatnego specjalistycznego doradztwa (prawo, marketing, finanse)

Wykonawca zaoferował 11 godzin kwartalnie dla każdego z 21 przedsiębiorstw (w tym 5 dodatkowych). Łączna liczba godzin realizacji usługi to 3696. Liczba godzin, za które wykonawca dostaje wynagrodzenie to 2016. Szacowany koszt I godziny usługi to 98,40 zł brutto. Cena zaoferowana to 237,79 zł brutto/h. Szacowany dochód w tej pozycji to 2016 x (237,79-98,40)= 281 010,24 zł brutto (…)'.

W tym zakresie wystąpił analogiczny do poprzedniego błąd. Konsorcjum pominęło bowiem kalkulację dodatkowych bezpłatnych godzin specjalistycznego doradztwa.

Jak wynika z podanych przez Konsorcjum danych: Konsorcjum wykona 1680 (3696 2016) dodatkowych bezpłatnych godzin specjalistycznego doradztwa; jednocześnie Konsorcjum wskazuje, że koszt 1 godziny usługi to 98,40 zł brutto. Czyli - koszt dodatkowych bezpłatnych godzin wyniesienie 165.312 00 zł brutto. Oznacza to, Że Konsorcjum ewentualny zysk na tym polu wyniesienie nie 281.010,24 zł brutto a 115.698,24 zł brutto;

W treści Wyjaśnień Konsorcjum wskazało:

*„• Bezpłatne prowadzenie polityki informacyjnej - zadanie realizowane w ramach umowy o pracę przez osobę realizującą zadanie „obsługi najemców". Na realizację tego zadania wykonawca zaplanował dodatkową kwotę średniomiesięcznie 2000 zł brutto co łącznie daje kwotę 48*2000 =96 000 zł brutto. Oferta w tym zakresie wynosi 3495,37x48= 167 777,76 zł brutto. Szacowany dochód na tym zadaniu to 71 777,76 zł brutto (…)'*.

Odwołujący kwestionował, aby założony przez Konsorcjum koszt ww. usługi był wystarczający. Konsorcjum w szczególności nie wykazało w tym zakresie, w jaki sposób zamierza utworzyć i utrzymać portal internetowy inkubatora (Konsorcjum nie wskazuje, aby dysponowało w tym zakresie już istniejącym „wolnym" portalem internetowym); Wyjaśnienia pomijają koszty wyposażenia i uruchomienia punktu gastronomicznego.

Konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń i założeń. Wyjaśnienie zostały oparte przez Konsorcjum wyłącznie na zapewnieniu o swojej wiedzy, doświadczeniu i bazie kontaktów. Zgodnie z wyrok SO w W-wie z 9.4.2010 r. (IV Ca 1299/09, niepubl.): *'Wykonawca powinien zatem wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny; wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 PrZamPubl mówi o "dowodach" na ich potwierdzenie (...). W ocenie SO złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez SO. Definicja "określonego terminu" na złożenie wyjaśnień zamawiającemu (art. 90 ust. 1 PrZamPubl) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego'*.

Odnośnie zarzutu szóstego. Przedmiotowy zarzut stanowi naturalną konsekwencję zarzutów nr 1-5. Zasadność któregokolwiek z poprzednich zarzutów oznaczać będzie, że Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona. Niniejsze w sposób oczywisty narusza zasadę uczciwej konkurencji względem drugiego wykonawcy który złożył prawidłową ofertę, a pomimo tego został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Zamawiający w dniu 16.10.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19.10.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) *Konsorcjum PiVOT - Netrix Group Sp. z o.o* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 26.10.2018 r. (e-mailem), a w dniu 29.10.2018 r. (wersja pisemna) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu dopiero na posiedzeniu.

W dniu 29.10.2018 r. w związku z postanowieniem Izby z 17.10.2018 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Zamawiający się nie stawił) oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba uznaje skuteczność zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego - Konsorcjum PiVOT - Netrix Group Sp. z o.o.

Względem zakwestionowanego przez Odwołującego zakresu pełnomocnictwa, Izba stwierdziła, że pełnomocnictwo obejmuje, w jej ocenie, wbrew sugestiom Odwołującego rozprawę, jak również czynności, do których jest uprawniony Przystępujący. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie, jest zbyt daleko idące. Odnosi się bowiem w swej treści do prowadzenia sprawy dotyczącej o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na (tu wskazana nazwa przetargu), ogłoszenie – w postępowaniu odwoławczym. Stwierdzenie przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczejw charakterze pełnomocnika Konsorcjum (…), przystępujących do postepowania po stronie zamawiającego. Nie może być rozumiane zawężające, albowiem dotyczy to określonego postępowania

odwoławczego, które zaistniało w danym postępowaniu przetargowym i nie ma charakteru abstrakcyjnego. Zaś przepisy Pzp regulują statut Przystępującego oraz przysługujące mu także uprawnień, w tym także w wypadku uwzględnienia w całości odwołania i dają mu prawo złożenia sprzeciwu (co miało miejsce w tym przypadku).

Jednocześnie, odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie uznaje je za nieuzasadnione. Przesłanie kopii przystąpienia po terminie do Zamawiającego nie wiąże się z negatywnymi konsekwencjami dla skuteczności przystąpienia, takich negatywnych konsekwencji nie przewiduje Pzp (za wyrokiem KIO z 08.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2468/17).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści postanowień SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp skierowanego do Przystępującego, odpowiedzi na wezwanie z dnia 03.09.2018 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z 07.09.2018 r. skierowanego do Przystępującego, przekazanych w odpowiedzi w dniu 18.09.2018 r. dokumentów – w tym wykazu usług, kopi polis /Polisy Nr 1033301422 (ubezpieczony: PiVOT Sp. z o.o.); Polisy Nr 1033287012 (ubezpieczony: Netrix Group Sp. z o.o.)/, wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 18.09.2018 r. skierowanego do Przystępującego, uzupełnionego w odpowiedzi sprawozdania z 30.11.2017 r. z pismem z 06.12.2017 r., oświadczenia własnego Przystępującego oraz dwóch referencji z 20.09.2018 r. /dokumenty przekazano w dniu 21.09.2018 r./.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:
1) Zestawienie wysokości kosztów wykonania zamówienia, których kalkulacja została pominięta w wyjaśnienia dotyczących rażąco niskiej ceny;
2) Kopia faktury Nr 0254/01/18/FVS z 31.01.2018 r. abonament za internet za miesiąc 1/2018 r., /1/
3) Kopia faktury Nr 2883/18; /2/;
4) Kopia faktury Nr 101101838/10W/2018;Kopia faktury Nr 10/7358/21/101996151/10R/2018
5) Kopia faktury Nr 130233940; /4/;
6) Kopia faktury Nr 005931012018;/ 5/;
7) Kopia polisy 903012446521 z wykazem ubezpieczonego sprzętu elektronicznego; /6/;
8) Kopia faktury Nr FV/LU/084/18/01;/7/;
9) Kopia oferty ochrony z 26.10.2018 r.;/8/;
10) Lista podmiotów inkubowanych /9/.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego złożonego przez Przystępującego na rozprawie:
1) Wzór umowy o dofinansowanie, obowiązujący dla Działania 2.3 RPO WL, schemat A,
2) Załącznik nr 4c do Szczegółowego Opisu Osi Priorytetowych RPO WL, potwierdzający wskaźniki, jakie osiągnąć mieli beneficjenci Działania 2.3 RPO WL, schemat A,
3) Statut Lubelskiej Agencji Wspierania Przedsiębiorczości w Lublinie,
4) Lista umów o dofinansowanie, zawartych w Działania 2.3 RPO WL, schemat A,
5) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji Operatora „Lubelskiego Parku Naukowo-Technologicznego w Lublinie", ogłoszona w 2011 r.,
6) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji Operatora „Lubelskiego Parku Naukowo-Technologicznego w Lublinie", ogłoszona w 2014 r.,
7) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji Operatora „Lubelskiego Parku Naukowo - Technologicznego w Lublinie", ogłoszona w 2017 r.,
8) Dokumenty potwierdzające opłacenie polis OC.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron (Zamawiający się nie stawił) oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołanie przez Zmawiającego w ramach przekazanej odpowiedzi na odwołanie, Przystępujący po stronie Zamawiającego – w odpowiedzi na uwzględnienie w całości – złożył na posiedzeniu oświadczenie poprzez swojego umocowanego pełnomocnika - sprzeciw.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
1) art. 24 ust. 1 pkt 16) i pkt 17) Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznania jego oferty za odrzuconą pomimo, iż ten wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, niezbędnych do należytego wykonania zamówienia;
2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, niezbędnych do należytego wykonania zamówienia, pomimo tego, że złożony przez Konsorcjum Wykaz usług nie potwierdził, że Konsorcjum posiada doświadczenie w wykonaniu minimum jednej usługi dotyczącej zarządzania parkami technologicznymi lub parkami przemysłowymi lub inkubatorami innowacyjności lub inkubatorami technologicznymi lub centrami transferu technologii (zgodnie z pkt V.3) SIWZ);
3) art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) Pzp, art. 22 ust. 1b) pkt 3) Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 3) i § 14 ust. 2-4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznania jego oferty za odrzuconą pomimo, iż Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku posiadania wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, niezbędnych do należytego wykonania zamówienia, a to z uwagi na fakt, iż na Wezwanie Zamawiającego z dnia 18.09.2018 r. Konsorcjum nie przedstawiło w sposób prawidłowy dokumentów, o których mowa w pkt VIII 2.1) SIWZ;
4) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku znajdowania się w wymaganej sytuacji ekonomicznej lub finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, pomimo, iż Konsorcjum nie przedstawiło w sposób kompletny dokumentów potwierdzający, że posiada wymagane przez SIWZ ubezpieczenie;
5) art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 pkt 1-5, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, co do której Konsorcjum nie wykazało w sposób odpowiedni w drodze wyjaśnień składanych na podstawie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny;

6) art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp i art. 2 pkt 5) Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, podczas gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, względnie jego oferta podlegała odrzuceniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania i przywołanych tam wprost postanowień SIWZ, treści oferty, wezwań i dokumentów złożonych w odpowiedzi na nie (w tym zakresie Izba odsyła to przywołanych tam treści). Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności działań Zamawiającego, który pierwotnie przed uwzględnieniem odwołania w całości, uznał tak wykazaną usługę Przystępującego i dokumenty na potwierdzenie ich należytego świadczenia. Podobnie uznał kopie przedłożonych polis bez potwierdzenia ich opłacenia w terminie składnia ofert, mimo że nie dysponował jakimkolwiek dokumentem potwierdzającym ich opłacenie. W tym zakresie, Zamawiający uznał także realność zaoferowanej ceny przez Przystępującego i obalenie domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny mimo nie złożenia jakiegokolwiek dowodów na potwierdzenie przedłożonych wyliczeń, nawet w zakresie dotyczącym czynników za które odpowiedzialne są podmioty zewnętrzne a nie sam Wykonawca. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje

Odnośnie zarzutu pierwszego, drugiego oraz trzeciego. Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne. Jednocześnie z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia należy uznać wykazane przez Przystępującego zadanie związane z zarzadzaniem Lubelskim Inkubatorem Technologii Informatycznych. W tym zakresie, Izba podkreśla, że ma zastosowanie na zasadzie analogii, co do zasady stanowisko dotyczące przedstawionego sprawozdania zawarte w wyroku KIO z 16.04.2018 r. o sygn. akt: KIO 594/18: *„(…) nie można z góry wykluczyć możliwości wykazania się doświadczeniem zdobytym w ramach realizacji projektu dofinansowanego ze środków zewnętrznych, na podstawie zawartej umowy o dofinansowanie projektu, w tym także gdy świadczenie było nieodpłatne – o ile z określenia warunku dokonanego przez zamawiającego nie wynika nic innego. Należy taką możliwość dopuścić, jednakże w przypadku spełnienia określonych wymogów (poza tymi wskazanymi przez Zamawiającego). Po pierwsze, udział danego podmiotu w projekcie musi polegać na realizacji określonych usług (świadczeń), co w konsekwencji prowadzi do nabycia określonego doświadczenia. Istotne bowiem jest, aby dany podmiot zdobył określone doświadczenie, co wymaga udziału w realizacji projektu w takim charakterze, który skutkuje zdobyciem tego doświadczenia (i w konsekwencji zdolności technicznej lub zawodowej) – nie w jakimkolwiek charakterze. Po drugie, wykonawca obowiązany jest wykazać należyte wykonanie usług potwierdzających nabycie wymaganego minimalnego doświadczenia. (…)”* .

Przy czym, w tym konkretnym wypadku sprawozdanie zostało wydane z datą 30.11.2017 r. z pismem z 06.12.2017 r., czyli wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składnia ofert, co jest niezgodne z § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) *(„wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; 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 albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”*). Izba jednakże uznała, ze w tym stanie faktycznym istnieje obiektywna przyczyna (przeszkoda), co do braku możliwości uzyskania takiego sprawozdania (wystawionego w tym terminie), stąd oświadczenie własne jest wystarczające i dopuszczalne. Przedłożone pozostałe dokumenty należy traktować posiłkowo, co do kwestii należytego wykonania usługi. Izba wzięła także pod uwagę, że umowa o dofinansowanie była z Województwem Lubelskim, czyli Zamawiającym i w takim zakresie ma zastosowanie także przepis art. 26 ust. 6 Pzp. Wykonawca w takiej sytuacji nie jest zobowiązany do złożenia określonych dokumentów jeśli Zamawiający posiada dokumenty dotyczące tego Wykonawcy. W konsekwencji żadne postępowanie uzupełniające, czy też wyjaśniające nie było konieczne, a Izba wzięła pod uwagę całokształt okoliczności w przedmiotowej sprawie. Wszelkie zaś, zarzuty formalne formułowane w odwołaniu oraz na rozprawie przez Odwołującego w zakresie samego sprawozdania, w tym kontekście pozostają również irrelewantne wobec dodatkowych okoliczności, przepisów i dokumentów w sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego, Izba z uwagi na art. 192 ust.2 Pzp, zarzut oddaliła.

Wskazując, że zarzut dotyczący braku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp odnośnie wcześniej złożonych polis przez Przystępującego do oferty, Izba uznaje co do zasady za zasadny, jednakże z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, tzn. wobec uznania zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej, samo wezwanie jest bezprzedmiotowe, nie wpłynie bowiem w żaden sposób na wynik.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu piątego, Izba uznała w/w zarzut za zasadny. W konsekwencji uwzględniając całe odwołanie. W pierwszej kolejności należy podnieść, że Przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie przedłożonych wyjaśnień. Jest to o tyle istotne, że nie przeczył na rozprawie, że była możliwość ich przedstawienia w zakresie wynagrodzenia osób prowadzących doradztwo. Stwierdził jedynie, ze nie było w tym zakresie wezwania. Izba zweryfikowała powyższe, i zmuszona jest zaprzeczyć stanowisku Przystępującego. Zamawiający wyraźnie w wezwaniu odwołuje się do konieczności złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów. W konsekwencji, jako profesjonalista Przystępujący powinien takie dowody złożyć. Orzecznictwo rzeczywiście dopuszcza pewne możliwości nie składania w pewnym zakresie dowodów, ale mamy tutaj do czynienia z kosztami w stosunku do osób zewnętrznych (ekspertów). W orzecznictwie stwierdza się bowiem: *„Niewątpliwie takim dowodem jest także kalkulacja w zakresie, w którym odnosi się do kosztów leżących po stronie Wykonawcy. Podobnie w wyroku KIO z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18: „(…) Izba przypomina za orzecznictwem, że tego rodzaju kalkulacja, jak złożona - ma charakter dowodu wewnętrznego, który ma charakter wystarczający, gdy na cenę składają się przed wszystkim elementy, o których wartości decyduje głównie*

Wykonawca (za wyrokiem KIOz 17.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1410/15, czy też wyrok KIO 05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 598/16)(…)"." (za wyrokiem KIO z 04.07.2018 r. sygn. akt: KIO 1225/18).Jak więc wynika z powyższego, w niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z kosztami o których decyduje Przystępujący, ale eksperci prowadzący specjalistyczne doradztwo, opiekę mentorską oraz politykę informacyjną.

Dodatkowo, Izba podkreśla, że z repliki Przystępującego wynikają szczególnie korzystne koszty ochrony. W ocenie Izby, także w tym wypadku nie było żadnych przeszkód, aby przedstawić dowód w tym zakresie. Tym bardziej, że Odwołujący przedstawił, że będzie to koszt ponad 14 PLN brutto. W kwestii kosztów eksploatacji i zawierania się w nich określonych kosztów, na których brak wskazywał Odwołujący w odwołaniu, to określone niejasności w tym zakresie mogłyby być ewentualnie przedmiotem ponownego wezwania.

Wymaga jednakże podkreślenia za wyrokiem KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15, że co do zasady: *„(…) Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)".* Z tym zastrzeżeniem, co jest istotne w tym stanie faktycznym - za wyrokiem KIO z 25.04.2014 r., sygn. akt: KIO 725/14, że: *„(…) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy"*. Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1733/17.

W przedstawionych wyjaśnieniach brak jest - kosztów ochrony oraz ubezpieczenia, jak i jakichkolwiek dowodów zwłaszcza co do wynagrodzenia ekspertów (mimo, że Przystępujący przyznał /okoliczność przyznana na rozprawie – art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), że nie było w tym zakresie żadnych przeszkód). Ponowne wezwanie nie mogłoby prowadzić do zmiany pierwotnych wyjaśnienie, ich przebudowywania i przedkładania dowodów, które nie zostały pierwotnie przedstawione (jeśli nie było żadnych przeszkód w tym zakresie, a pierwotne wezwanie wprost wzywało do ich złożenia). W konsekwencji, w przedmiotowym stanie faktycznym takie ponowne wezwanie nie jest dopuszczalne. Przystępujący był już wzywany do złożenia dowodów, a kolejne wyjaśnienia skutkowałyby daleko idącym przebudowaniem pierwotnych wyjaśnień, zwłaszcza w zakresie tego czego w nich ewidentnie brakuje. Na co Izba wskazywała powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji uwzględnienia zarzutu piątego, Izba uwzględniła zarzut szósty i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności z 05.10.2018 r. wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępującego, nakazał powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazała odrzucenie oferty Przystępującego zgodnie z treścią sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości
i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……