

Sygn. akt: KIO 1770/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 września 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **w dniu 6 września 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę **Lubelski Park Naukowo-Technologiczny S.A., ul. Dobrzańskiego 3, 20-262 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie, ul. Artura Grottgera 4, 20-029 Lublin**

przy udziale wykonawcy **Inkubator Technologiczny MarKiz Sp. z o.o., ul. Romów 8, 24-100 Puławy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
  
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Lubelskiego Parku Naukowo-Technologicznego S.A., ul. Dobrzańskiego 3, 20-262 Lublin** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) 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:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Pełnienie funkcji Operatora „Lubelskiego Parku Naukowo - Technologicznego w Lublinie”, Numer referencyjny: OP-IV.272.26.2017.NSZ, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 088 - 172188 z 06.05.2017 r., przez Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie, ul. Artura Grottgera 4, 20-029 Lublin zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 16.08.2017 r. (pismo z 14.08.2017 r.) (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Inkubator Technologiczny MarKiz Sp. z o.o., ul. Romów 8, 24-100 Puławy zwanej dalej: „Inkubator Technologiczny MarKiz Sp. z o.o.” albo „MarKiz” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - Lubelski Park Naukowo-Technologiczny S.A., ul. Dobrzańskiego 3, 20-262 Lublin zwanej dalej: „Lubelski Park Naukowo-Technologiczny S.A.” albo „Odwołującym”.

W dniu 24.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Lubelski Park Naukowo-Technologiczny S.A. wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 24.08.2016 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

a. Art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 pkt 1-5, art 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” poprzez:

- zaniechanie odrzucenia oferty Markiz, która zawierała rażąco niską cenę, w szczególności z powodu nieuwzględnienia w strukturze kosztów takich pozycji jak w szczególności: podatek od nieruchomości, koszt zapewnienia dostępu do budynku 24h/dobę, koszt personelu, jak też założenie kosztu radcy prawnego w sposób niezgodny z ustawą o radcach prawnych oraz oparcie przychodu na stanach faktycznych przyszłych i niepewnych w szczególności w zakresie przychodu zaplanowanego do zrealizowania oraz w zakresie kosztów dofinansowania z PFRON;
- zaniechanie odrzucenia oferty Markiz, co do której Markiz nie wykazał w drodze wyjaśnień składanych na podstawie art, 90 ust. 1 i 2 Pzp, iż nie zawiera rażąco niskiej ceny - w szczególności z powodu nieuwzględnienia w strukturze kosztów takich pozycji jak w szczególności: podatek od nieruchomości, koszt zapewnienia dostępu do budynku

24h/dobę, koszt personelu, jak też założenie kosztu radcy prawnego w sposób niezgodny z ustawą o radcach prawnych oraz oparcie przychodu na stanach faktycznych przyszłych i niepewnych w szczególności w zakresie przychodu zaplanowanego do zrealizowania oraz w zakresie kosztów dofinansowania z PFRON;

b. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą oferty Markiz, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - w ten sposób, że w formularzu JEDZ oraz w oświadczeniu z dnia 10 lipca 2017 roku wskazał nieprawdziwe dane wskazujące na brak zaległości z tytułu podatku od nieruchomości;

c. Art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp w zw. z VI. 1.14 SIWZ poprzez zaniechanie wykluczenia Markiz, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków: nie zapłacił zaległości podatkowej z tytułu podatku od nieruchomości za 2017 rok oraz złożył celowo błędną deklarację z tytułu podatku od nieruchomości, oraz nie wykonał procedury self-cleaning, w sytuacji, gdy zgodnie z VI.2 SIWZ wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie pkt 14 SIWZ, może (i powinien być) przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

d. art. 29 ust. 3a i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt XXI ust. 1 i 2 SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Markiz mimo, że w wykazie osób w zakresie „opieka mentorska” wskazano M.B. - na podstawie umowy o pracę, podczas gdy M.B. będący prezesem zarządu Markiz posiada zarazem 2.900 na 3.000 udziałów Markiz, co wyklucza zakwalifikowanie ewentualnie istniejącego zatrudnienia jako zatrudnienia na podstawie umowy o pracę; Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej;

b. wykluczenie Markiz i uznanie oferty Markiz za odrzuconą, względnie odrzucenie oferty Markiz,

c. ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego powyżej, o nakazanie Zamawiającemu wezwanie Markiz do złożenia dodatkowych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość istotnej części składowej ceny oraz przedstawienia dowodów w tym zakresie,

d. 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);

e. dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

• Z przesłuchania M.D. - księgowej Markiz (adres: Legal Profit Sp. z o.o., ul. Krańcowa 113/1-2, 20-338 Lublin) oraz M.B. (adres; Inkubator Technologiczny Markiz sp. z o.o., ul. Romów 8, 24-100 Puławy) - na okoliczność, iż złożone za 2017 rok deklaracje podatkowe z tytułu podatku od nieruchomości podatnika: Markiz sp. z o.o. są nierzetelne oraz na okoliczność, iż oświadczenie Prezesa Zarządu Markiz sp. z o.o. z 10 lipca 2017 roku o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych; jest nieprawdziwe z uwagi na istniejącą począwszy od 1 lutego 2017 r. zaległość Markiz z tytułu podatku od nieruchomości należnego za 2017 rok. Wnoszę o wezwanie w/w osób na rozprawę w trybie § 15 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa RM w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, przy czym wskazuję, iż nie ma możliwości wykazania nieprawdziwości oświadczenia Markiz innymi środkami dowodowymi niż zeznaniami w/w osób - do momentu ustalenia przez właściwe organy, czy doszło do popełnienia przestępstwa poprzez poświadczenie nieprawdy;

b) z deklaracji dotyczących podatku od nieruchomości, złożonych przez Markiz w 2017 roku oraz z ksiąg wieczystych wszystkich nieruchomości (w tym lokalowych), których właścicielem lub użytkownikiem wieczystym w 2017 roku był Markiz, co do których dokumentów wnoszę o zobowiązanie Markiz do ich złożenia przed terminem rozprawy w trybie § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań;

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny. Zgodnie z relewantnymi przepisami Pzp: Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 1, 2, 3 Pzp - 1. 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 o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. ooz. 2008 oraz z 2016 r. DOZ. 1265)
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeże/i dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp wezwał Wykonawców do wyjaśnienia dotyczącego zaoferowanych cen. Wykonawca Markiz udzielił wyjaśnień bardzo ogólnikowych oraz opierających się o stany przyszłe i niepewne. Użył następującej argumentacji (oprócz ogólników, takie jak zapewnienia o rzetelności lub doświadczeniu lub kontaktach biznesowych czy pozytywnym wizerunku, które zgodnie z orzecznictwem KIO nie mogą stanowić skutecznego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp):

1. W zakresie kosztów pracowników wykazał je w następującej wysokości: 6 etatów po 2510 PLN miesięcznie {przy czym dofinansowanie z PFRON stanowi wyłącznie spekulację co do stanu przyszłego, a w 2018 roku koszt brutto minimalnej płacy dla pracodawcy nie będzie wynosić 2510 PLN, lecz więcej};

2. W zakresie innych kosztów bieżących Markiz wyjaśnił: „zamierza pokryć z opłaty za czynsz”; Wskazuje to na przyjęcie założenia, że brak zbilansowania przychodów i kosztów jest ewidentny (i niesporny), a będzie kompensowany niepewnym przychodem od najemców, którzy mogą lecz nie muszą się pojawić. Zamawiający w SIWZ nie określił wartości przychodów z realizacji projektu, przypadających Wykonawcy. Markiz przyjął w wyjaśnieniach średniomiesięczną wysokość kosztów zarządzania na poziomie 11.900 PLN netto (142.800 PLN netto rocznie). Koszt ten nie wystarcza nawet na podatek od nieruchomości (78.444 PLN rocznie) i pracowników (114.862 PLN rocznie nawet przy przyjęciu spekulacyjnego dofinansowania z PFRON). Również w ujęciu całościowym (wartość oferty Markiz w zestawieniu z deklarowanymi kosztami), wynagrodzenie oparte o stawkę ofertową nie bilansuje się z kosztami.

*W tym miejscu odwołania znajduje się tabela obrazująca argumentację Odwołującego.*

Minimalne koszty realizacji zamówienia przy wyjaśnieniach złożonych przez Markiz to od 553.146,48 PLN do 620.646,48 PLN. Oznacza to, że oferta (486.684,97 PLN) jest niedoszacowana o przedział od 66.461,51 PLN do 133.961,51 PLN, a co najwyżej można mówić o pokryciu niedoboru spekulacyjnym zyskiem z działalności ubocznej. Taka cena musi zatem stanowić cenę rażąco niską. W dniu 14.08.2017 r., Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Markiz. Oznacza to, że uwzględnił wyjaśnienia złożone przez Markiz, mimo że brak było ku temu podstaw: wyjaśnienia były ogólne, jak również były

oparte o czynnik spekulacyjny (dofinansowanie z PFRON oraz przychody z działalności ubocznej).

Oдноśnie zarzutu związanego z nieprawdziwym oświadczeniem. Zgodnie z relewantnymi przepisami: art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp - 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji" lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; Art. 24 ust. 4 Pzp - 4. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp - 5. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

VI. 1.14 SIWZ - VI. Podstawy wykluczenia - 1. Zgodnie z art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 14) wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4 niniejszego rozdziału, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

VI.2 SIWZ - 2. Wykonawca, który podlega - wykluczeniu na podstawie pkt 2 i 3 oraz 5-9, 13 i 14, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego

podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. W formularzu JEDZ złożonym w postępowaniu Markiz wskazał: „TAK” – rubryka III B pkt 1, rubryka III C pkt 15. Dodatkowo w oświadczeniu z 10.07.2017 r. potwierdził. Tymczasem Odwołujący ma podstawy aby stwierdzić, że powyższe oświadczenia nie są prawdziwe. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika, iż przeciwko Markiz toczą się egzekucje m.in. w związku z zaległym podatkiem od nieruchomości, jak również iż Wykonawca nie uiszczył należnego podatku od nieruchomości za 2017 rok w ustawowym terminie. Zgodnie z ustawą, zaległością podatkową jest podatek niezapłacony w terminie płatności. Za zaległość podatkową uważa się także niezapłaconą w terminie płatności zaliczkę na podatek, w tym również zaliczkę, o której mowa w art. 23a, lub ratę podatku. Osoby prawne, w zakresie podatku od nieruchomości, są obowiązane składać, w terminie do dnia 31 stycznia, organowi podatkowemu właściwemu ze względu na miejsce położenia przedmiotów opodatkowania, deklaracje na podatek od nieruchomości na dany rok podatkowy, sporządzone na formularzu według ustalonego wzoru, a jeżeli obowiązek podatkowy powstał po tym dniu - w terminie 14 dni od dnia zaistnienia okoliczności uzasadniających powstanie tego obowiązku. Ponadto, w/w osoby prawne są obowiązane wpłacać obliczony w deklaracji podatek od nieruchomości - bez wezwania - na rachunek właściwej gminy, w ratach proporcjonalnych do czasu trwania obowiązku podatkowego, w terminie do dnia 15. każdego miesiąca, a za styczeń do dnia 31 stycznia.

Odnosnie zarzutu dotyczący podstawy zatrudnienia prezesa zarządu. Zgodnie z relewantnymi przepisami: art. 29 ust. 3a Pzp. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.). 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3.

pkt XXI ust. 1 i 2 SIWZ – XXI. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagania określone w art. 29 ust. 3a ustawy: 1. Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane poniżej czynności w trakcie realizacji zamówienia: a) zapewnienie właściwej gospodarki ekonomiczno-finansowej; b) prowadzenie właściwej eksploatacji nieruchomości i obsługi technicznej; c) utrzymanie w należyтым porządku pomieszczeń służących do wspólnego użytku oraz terenu przyległego, m.in. poprzez sprząatanie, odśnieżanie, mycie okien, drzwi itp.; d) obsługa najemców (przygotowywanie, zawieranie, rozwiązywanie umów



itp.) w szczególności rozliczania najemców m.in. z tytułu ponoszenia kosztów dostarczenia do nieruchomości mediów, tj. energii elektrycznej, centralnego ogrzewania, ciepłej i zimnej wody, gazu, kanalizacji, wywozu nieczystości stałych itp. 2. W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu pisemne oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób 'wykonujących czynności określone w pkt 1. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę 'wraz ze wskazaniem liczby tych osób, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby upoważnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy lub podwykonawcy. Oferty Markiz w wykazie osób w zakresie „opieka mentorska” wskazuje na M.B. - na podstawie umowy o pracę, podczas gdy M.B. będący prezesem zarządu Markiz posiada zarazem 2.900 na 3.000 udziałów Markiz, co wyklucza zakwalifikowanie ewentualnie istniejącego zatrudnienia jako zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, jedyny (lub niemal jedyny) wspólnik spółki z o.o. co do zasady nie może pozostawać z tą spółką w stosunku pracy, gdyż w takim przypadku status wykonawcy pracy (pracownika) zostaje wchłonięty przez status właściciela kapitału (pracodawcy).

Skierowanie do wykonawcy wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp tworzy domniemanie rażąco niskiej ceny. Obalenie tego domniemania spoczywa na wykonawcy. W przypadku, w którym dostarczone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami są na tyle ogólne, lakoniczne i nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, to konieczne jest przyjęcie, że wykonawca w wyznaczonym dla niego terminie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. W takim przypadku cena oferty pozostaje rażąco niska, co uzasadnia jej odrzucenie. W uzasadnieniu żądania ewentualnego dotyczącego nakazania do wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień: niekiedy przyjmuje się, że zamawiający ma możliwość dodatkowego wezwania wykonawcy w celu doprecyzowania lub udzielenia szerszych informacji w zakresie przekazanych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (KIO 1222/16). Odwołujący wnosi o nakazanie dokonania tej czynności jedynie z ostrożności, ponieważ w ocenie Odwołującego treść wyjaśnień sama w sobie powinna świadczyć o konieczności odrzucenia oferty. W zakresie żądania wykluczenia Markiz, jest to literalna konsekwencja naruszeń wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp w zw. z VI.1.14 SIWZ.

Zamawiający w dniu 24.08.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.08.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Inkubator Technologiczny MarKiz Sp. z o.o., zgłosiła skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Nie zgadza się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. W zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny. Podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach w tym zakresie złożonych Zamawiającemu. W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawdziwych oświadczeń. Przystępujący w toku rozprawy udowodni, iż nie zachodzą podstawy do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Wobec Przystępującego nie toczy się żadne postępowania egzekucyjne dotyczące zaległości podatkowych. W zakresie zarzuty dotyczących zatrudnienia Prezesa Zarządu. Przystępujący nie zgadza się z stanowiskiem Odwołującego, iż nie ma możliwości zatrudnienia na umowę o pracę Prezesa Zarządu. Sąd Najwyższy w wyroku z 13.09.2016 r., sygn. akt: III UK 226/15 zwrócił uwagę, na wyrok z 12.05.2011 r., II UK 20/11, (OSNP 2012 nr 11-12, poz. 145) w którym Sąd Najwyższy wskazał, że praca wspólnika dwuosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na stanowisku członka zarządu tej spółki, niepolegająca na obrocie wyłącznie jego własnym kapitałem w ramach tej spółki, nie oznacza połączenia kapitału i pracy. W modelu „autonomicznego” podporządkowania pracowniczego osoby zarządzającej zakładem pracy, podległość wobec pracodawcy (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) wyraża się w respektowaniu uchwał wspólników i wypełnianiu obowiązków płynących z Kodeksu spółek handlowych. Jeśli zatem praca zainteresowanej nie polegała na obrocie wyłącznie jej własnym kapitałem w ramach spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nie mogło dojść do połączenia pracy i kapitału. Nie była to więc szczególna forma prowadzenia działalności gospodarczej na „własny” rachunek, oddzielona przez konstrukcję (fikcję) osoby prawnej od osobistego majątku wspólnika. Praca wykonywana była na rzecz i ryzyko odrębnego podmiotu prawa - spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Także wynagrodzenie nie było pokrywane wyłącznie z jej kapitału. Również sposób wykonywania obowiązków prezesa zarządu mieści się w modelu „autonomicznego” podporządkowania pracowniczego osoby zarządzającej zakładem pracy, gdzie podległość wobec pracodawcy (spółki) wyraża się w respektowaniu uchwał wspólników i w wypełnianiu obowiązków płynących z Kodeksu spółek handlowych ciężących z jednej strony na spółce, z drugiej zaś na członku zarządu. Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę na stanowisku prezesa zarządu spółki, w której nie jest on jedynym udziałowcem, nie prowadzi do symbiozy pracy i kapitału. Wspólnik dwuosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, który w charakterze pracownika osobiście zarządza zakładem pracy w imieniu takiego pracodawcy, jest obowiązkowo objęty ubezpieczeniami społecznymi z tytułu zawartej umowy o pracę, a zawarcie takiej umowy nie

może być traktowane jako obejście prawa (wyrok Sądu Najwyższego z 16.12.2008 r., I UK 162/08).

W dniu 05.09.2017 r. (e-mailem) 06.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 06.09.2017 r. w związku z postanowieniem Izby z 29.08.2017 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron.

W wyznaczonym terminie posiedzenia i rozprawy przed Izbą, czyli 06.09.2017 r., nie stawiał się Przystępujący. Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą – Inkubator Technologiczny MarKiz Sp. z o.o., tj. Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia (dowód w aktach postępowania), należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Należało bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia Przystępującego po stronie Zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy że na tym posiedzeniu Przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy - Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Inaczej mówiąc, Przystępujący po stronie Zamawiającego, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie

lub ustnie do protokołu posiedzenia. Skoro odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na posiedzenie z udziałem stron, Izba nie wzywała oddzielenie Przystępującego po stronie Zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, uznając, iż jego nieusprawiedliwione niestawiennictwo na posiedzeniu oznacza rezygnację z prawa do zgłoszenia sprzeciwu.

W konsekwencji, w niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, na którym Przystępujący po stronie Zamawiającego (gdyby był obecny) mógł wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego. Brak stawiennictwa Przystępującego po stronie Zamawiającego nie uniemożliwił zatem umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.

Izba uznaje także, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezspornie jest Przystępujący po stronie Zamawiającego, rozumiał status w jakim występuje w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i znał wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy. Zamawiający, nadto oświadczył na posiedzeniu, że przesłał Przystępującemu po jego stronie – e-mailem - swoją odpowiedź na odwołanie w ramach której uwzględnił odwołanie w całości (dowód na tą okoliczność został złożony na posiedzeniu – potwierdzenie otrzymania dokumentu). Izba wskazuje, że nie pozostało to bez wpływu na jej stanowisko. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę również konieczność sprawnego prowadzenia postępowania, profesjonalny charakter jego uczestników i przysługujący jego uczestnikom środek zaskarżenia w postaci skargi.

Tym samym, Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną, w odniesieniu do analogicznej sytuacji, w postanowieniach KIO: z 09.06.2010 r., sygn. akt: KIO 991/10, z 11.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1575/10, z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1264/12, z 23.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1722/12, z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 360/14, z 20.03.2014 r., sygn. akt: KIO 442/14; z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1524/14, z 05.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1744/14, z 04.02.2015 r., sygn. akt: KIO 151/15, z 01.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2534/15, z 16.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2637/15, z 26.04.2016 r., sygn. akt: KIO 523/16, z 20.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1259/16 oraz z 31.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1563/16.

Reasumując, skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca, który jednakże nie skorzystał z prawa wniesienia sprzeciwu,

Izba stwierdziła, w związku z faktem, że Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp – należało umorzyć.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1770/17 – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - należało umorzyć, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....