

Sygn. akt: KIO 2146/19

WYROK
z dnia 14 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawcę BP VC GPI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie

przy udziale wykonawcy Netrix Ventures spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BP VC GPI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę BP VC GPI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Wybór Pośredników Finansowych w celu wdrażania Instrumentu Finansowego „Wejście kapitałowe” w ramach Pomorskiego Funduszu Rozwoju 2020+.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, poz. 2019/S 110-269055. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 21 października 2019 r. wykonawca BP VC GPI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 22 ust. 1a pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Netrix jako wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, przez złożenie oferty w ramach której, niezgodnie z rzeczywistością, wskazane zostało, iż Netrix dysponuje, w ramach zasobów własnych, Panem P.Z. (wskazany jako osoba wchodząca w skład Kluczowego Zespołu), podczas gdy Pana P.Z. nie łączyła ani nie łączy z Netrix żadna umowa lub inny stosunek prawny;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez brak odrzucenia oferty Netrix, z powodu jej wykluczenia w skutek wprowadzenia Zamawiającego w błąd, mogący mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia;

3) art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez wezwanie Netrix do uzupełnień oferty i przedstawienia nowego Wykazu Kluczowego Zespołu wraz z wyczerpującym opisem w załączniku 7a do SIWZ oraz uwzględnieniu w wyborze najkorzystniejszej oferty poprawionych przez Netrix dokumentów, w braku ustawowych przesłanek do skorzystania z tej instytucji oraz uwzględnienia tym samym niedopuszczalnej zmiany treści oferty;

4) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z działaniem opisanym w punkcie 3 powyżej;

5) art. 24 ust. 1 pkt 17) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Netrix jako wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, poprzez wskazanie w załączniku 7a do SIWZ w zakresie pozycji 5 i 6 nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia Pana A.J.;

6) art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych przez brak odrzucenia oferty Netrix, mimo że oferta tego wykonawcy nie spełniała wymogów, w zakresie wskazanym w załącznikach 7a oraz 7b do SIWZ, z uwagi na to że:

a) informacje wskazane przez Netrix w ww. załączniku 7a nie pozwalają stwierdzić, czy Pan A.J. w zakresie pozycji 5 i 6 spełnia warunek doświadczenia w pozyskiwaniu i przygotowaniu do inwestycji (wraz z jej dokonaniem) projektów o charakterze innowacyjnym działając przy tym na zlecenie inwestora (osoby lub podmiotu dokonującego inwestycji w projekty na wczesnych etapach rozwoju),

b) informacje wskazane przez Netrix w ww. Załączniku 7b nie pozwalają stwierdzić jaki podmiot dokonywał wyjścia z inwestycji, albowiem wykonawca wskazał jedynie że spółką dokonując wyjścia jest „HardGamma Ventures” nie wskazując żadnej formy organizacyjno-prawnej tego podmiotu, natomiast w pozycji 1 tego załącznika jako spółkę, z której dokonano wyjścia wskazano podmiot „Techstars Ltd.”, który nie widnieje w żadnych rejestrach przedsiębiorców zarówno krajowych jak i zagranicznych;

7) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez wybór oferty złożonej przez Netrix, mimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i spełnia wszystkie wymogi wskazane w SIWZ, zaś oferta Netrix nie spełnia tych wymogów, jak i również zawiera w swojej treści liczne uchybienia, które winny skutkować znacznie niższą oceną oferty Netrix w kryteriach pozacenowych, pominięte przez Zamawiającego takie jak:

a) uwzględnienie w ocenie oferty Netrix, w ramach stanowiącego załącznik do biznesplanu pn. „Zestawienie doświadczenia członków Kluczowego Zespołu, zdobytego w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, w zakresie pozyskiwania kolejnych rund finansowania lub wyjść z inwestycji o charakterze badawczo- rozwojowym (B+R) na wczesnych etapach rozwoju - innych niż wykazane w Załączniku 7b do SIWZ”, doświadczenia Pana P.Z., który to

nie stanowi potencjału własnego Netrix, albowiem nie posiada z tym podmiotem podpisanej żadnej umowy ani nie łączy go z tym podmiotem żaden inny stosunek prawny;

b) uwzględnienie w ocenie oferty Netrix, w ramach stanowiącego załącznik do oferty pn. „Zestawienie doświadczenia członków Kluczowego Zespołu, zdobytego w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, w zakresie pozyskiwania kolejnych rund finansowania lub wyjść z inwestycji o charakterze badawczo-rozwojowym (B+R) na wczesnych etapach rozwoju - innych niż wykazane w Załączniku 7b do SIWZ”, doświadczenia wskazanego w pozycji 3 tego dokumentu, podczas gdy wskazane w tym punkcie wyjście z inwestycji realizowane było na rachunek własny członka Kluczowego Zespołu, podczas gdy warunki SIWZ wprost wskazują, iż zakwalifikowane w ramach ww. doświadczenia mogą być wyłącznie projekty, w ramach których członek Kluczowego Zespołu działał na zlecenie inwestora - osoby lub podmiotu dokonującego inwestycji w projekty;

c) uwzględnienie w ocenie oferty Netrix w ramach załącznika do biznesplanu pn. „Zestawienie doświadczenia członków Kluczowego Zespołu, zdobytego w okresie 5 lat przed terminem składania ofert w zakresie pozyskiwania i przygotowania do inwestycji (wraz z jej dokonaniem) projektów o charakterze badawczo-rozwojowym (B+R) na wczesnych etapach rozwoju - innych niż wykazane w Załączniku 7a do SIWZ” trzech projektów, które powielają się z Załącznikiem 7a do SWIZ, tj. pozycji 4, 7 i 8, które również wskazane zostały przez Netrix w Załączniku 7a pomimo wyraźnego zakazu w tej materii, jak i również uwzględnienie w ramach wyżej wskazanego załącznika pozycji 5, która nie tylko dotyczy inwestycji na rachunek własny członka Kluczowego Zespołu (nie na zlecenie inwestora) ale de facto stanowi transakcję odkupu udziałów, a nie inwestycje w projekt - badawczo rozwojowy albowiem przy transakcji sprzedaży spółce realizującej projekt nie są przekazywane żadne środki z tego typu transakcji.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Wykonawca Netrix w ofercie (załączniki Wykaz - Potencjał Kadrowy), złożonej w ramach II części zamówienia (w zakresie, której składane jest niniejsze odwołanie), wskazał Pana P.Z., jednocześnie wskazując, iż w tym zakresie podstawą do dysponowania osobą jest potencjał własny wykonawcy. Jednocześnie doświadczenie Pana P.Z. wykorzystane zostało do opisu doświadczenia Kluczowego Zespołu, którym dysponuje Netrix, m.in. w ramach załącznika do biznesplanu pn. „Zestawienie doświadczenia członków Kluczowego Zespołu, zdobytego w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, w zakresie pozyskiwania kolejnych rund finansowania lub wyjść z inwestycji o charakterze badawczo-rozwojowym (B+R) na wczesnych

etapach rozwoju - innych niż wykazane w Załączniku 7b do SIWZ", który umożliwił Netrix uzyskanie dodatkowych punktów w ramach kryteriów pozacenowych oceny oferty.

Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Odwołującego, Pan P.Z. nie zawierał nigdy z Netrix, żadnej umowy współpracy (w szczególności umowy o pracę, umowy zlecenie lub umowy o dzieło) jak i również nie znajduje się i nie zamierza znajdować się w dyspozycji ww. spółki na podstawie innego stosunku prawnego. Z uwagi na powyższe, nie może stanowić potencjału własnego Netrix, albowiem nie łączy go z tą spółką żaden stosunek prawny. Nie wyrażał również zgody na jego uczestnictwo w przedmiotowej ofercie. W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych do uznania, że dany zasób jest zasobem własnym wykonawcy konieczne jest istnienie więzi prawnej, z której wynika, że dana osoba będzie świadczyła pracę/usługi, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Przy czym, jak wskazuje się w doktrynie należy odróżnić bezpośrednie i pośrednie dysponowanie przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W pierwszym przypadku więź prawna łączy bezpośrednio wykonawcę z tą osobą, bez znaczenia pozostaje przy tym charakter prawny tych relacji, gdyż w grę mogą wchodzić tutaj stosunki prawne wynikające z umowy o pracę, czy też umów pokrewnych, tudzież stosunki wynikające z umów cywilnoprawnych. Istnienie takiej więzi prawnej oznacza, że dana osoba będzie świadczyła usługi, które są niezbędne do wykonania zamówienia, jako zasób własny wykonawcy. Z kolei w przypadku pośredniego dysponowania wykonawcę nie łączy bezpośrednia więź prawna z osobą, która jest niezbędna do wykonania zamówienia, a jedynie z podmiotem trzecim dysponującym ową osobą. Chodzi w tym przypadku o różnorakie stosunki prawne łączące wykonawcę z tym podmiotem (np. umowa współpracy, porozumienie o delegowaniu pracowników w celu wykonania pracy, umowa o podwykonawstwo). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na fakt dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia określonych osób. Natomiast ten podmiot trzeci z osobami udostępnianymi wykonawcy łączy więź bezpośrednia, wynikającą z istniejącej pomiędzy nimi umowy o pracę czy umowy cywilnoprawnej. We wskazanym przypadku brak jest jakiegokolwiek więzi pomiędzy Netrix, a Panem P.Z., wskazującej na możliwość bezpośredniego (jak i również pośredniego) dysponowania tym zasobem osobowym.

Odwołujący podkreślał, że co prawda zarówno przepisy Prawa zamówień publicznych, jak i rozporządzenia wykonawczego do Prawa zamówień publicznych nie statują charakteru więzi prawnych między wykonawcą, a jego personelem, to jednak brak jakiegokolwiek więzi prawnej stanowi negatywną przesłankę stwierdzenia prawa do dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia. Przyjęcie przeciwnej interpretacji prowadziłoby do niedopuszczalnej

sytuacji, w której potencjalni wykonawcy jako zasób własny mogliby wskazać zasoby, którymi w ogóle nie dysponują.

Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2019 r. (KIO 45/19) zgodnie, z którym „należyta staranność, do której zobowiązany jest wykonawca przy sporządzaniu oferty, winna skutkować wykazaniem pracowników, którzy w dacie ich wskazywania faktycznie pozostają w dyspozycji wykonawcy”. Z uwagi na co wskazać należy, że Netrix nie dysponował wskazanym przez siebie członkiem Kluczowego Zespołu, który nie stanowi i nigdy nie stanowił zasobu własnego wykonawcy i w tym zakresie nie powinien być brany pod uwagę.

Biorąc pod uwagę powyżej opisane okoliczności, zdaniem Odwołującego, Netrix przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albowiem ww. osoba była osobą, bez której oferta Netrix nie uzyskałaby części przypisanych jej punktów, które de facto zdecydowały o wyborze oferty Netrix, w miejsce oferty Odwołującego. Z kolei, jak wynika z normy art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych wyklucza się z postępowania 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. Tym samym zachowanie Netrix należy oceniać w kategorii uchybienia skutkującego wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący powoływał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2017 r. (sygn. akt: KIO 382/17). w którym Izba wskazała, m.in. że: "na podstawie art 14 Prawa zamówień publicznych do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02)".

W innym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dnia 5 września 2018 r. (sygn. akt: KIO 1405/18), Izba wskazała, że: "Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty, oświadczenia, aby deklarowany w nich stan odpowiadał rzeczywistości". Podsumowując powyższe, z całą mocą podkreślić należy, że wskazanie osoby której nie łączy z wykonawcą żaden stosunek prawny jako zasoby własnego stanowi co najmniej przejaw lekkomyślności lub niedbalstwa, który może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

W opinii Odwołującego, Zamawiający wbrew zapisom art. 87 ust. 1 UPZP, uwzględnił złożony wraz z pismem Netrix z dnia 11.09.2019 roku zaktualizowany załącznik 7a do SIWZ. Zmiana ww. załącznika nastąpiła na wezwanie Zamawiającego i umożliwiła Netrix dodanie do jego treści dwóch dodatkowych pozycji, które następnie zakwalifikowane zostały w ramach oceny spełnienia niezbędnych wymogów SIWZ.

Przy czym, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 25 czerwca 2019 r. (KIO 1042/19), „konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 UPZP jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 p.z.p., jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą ale na późniejszym etapie, prowadziłyby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 p.z.p., a w konsekwencji naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 p.z.p. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z".

Z uwagi na powyższe Odwołujący wskazywał, że przedmiotowa modyfikacja załącznika 7a do SIWZ, dokonana przez Netrix po złożeniu oferty, stanowi naruszenie normy wskazanej w art. 87 ust. 1 UPZP, prowadzi bowiem do modyfikacji treści oferty po upływie terminu składania ofert i stanowi naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Wezwanie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i następujące w jego konsekwencji uzupełnienie oświadczeń i dokumentów nie może łamać zakazu zmiany treści oferty zawartego w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Przy czym jak wskazuje Krajowa Izba

Odwoławcza w wyroku z dnia 7 sierpnia 2019 roku (KIO 1383/19), „o możliwości poprawienia omyłki rozstrzyga odpowiedź na pytanie czy po poprawieniu wad oferty jej treść zostanie istotnie zmieniona, czy też nie. Poprawienie omyłki jest szczególnym, typowym dla p.z.p. przepisem dotyczącym wykładni oświadczeń woli - nie może natomiast posłużyć jako instrument zmiany takiego oświadczenia". Składając poprawiony załącznik 7a do SIWZ Netrix dokonało zdaniem Odwołującego zmiany swojego oświadczenia poprzez wskazanie dwóch dodatkowych inwestycji w ramach obligatoryjnych kryteriów dostępu. De facto wskazanie to doprowadziło również do zmiany oferty (oświadczenia Netrix) w zakresie kryteriów punktowych w ramach, których zostały wcześniej wskazane te inwestycje (załącznik 2 do Biznes Planu). Mimo powyższego oferta Netrix nie została odrzucona przez Zamawiającego.

Dodatkowo w tym miejscu Odwołujący wskazywał, że informacje wskazane przez Netrix, w ww. Załączniku 7b, nie pozwalają stwierdzić jaki podmiot dokonywał wyjścia z inwestycji, albowiem wykonawca wskazał jedynie, że firmą dokonującą wyjścia jest „HardGamma Ventures” nie wskazując żadnej formy organizacyjno-prawnej tego podmiotu. Natomiast w pozycji 1 tego załącznika, jako firmę, z której dokonano wyjścia wskazano podmiot „Techstars Ltd.”, która nie widnieje w żadnych rejestrach krajowych i zagranicznych. Jak już wyżej zostało wskazane, od wykonawcy, który składa ofertę, wymaga się bowiem tego, by dochował należytej staranności przed jej złożeniem (czy też innych dokumentów w postępowaniu), co jest szczególnie ważne w zakresie wymogów dotyczących udziału w postępowaniu, skoro są one kluczowe dla możliwości uzyskania przez danego wykonawcę zamówienia.

Ponadto w zakresie przypisanej do Pana A.J. transakcji w spółce Kofama Koźle S.A. wpisane zostało, że ww. transakcja dokonywana była na rzecz "inwestorów detalicznych" nie wskazując ich konkretnych danych. Następnie w wyjaśnieniu z dnia 11 września 2019 roku Netrix wskazała, że działanie realizowane było na rzecz spółki CARDA, która za pośrednictwem Capital Sp. z o.o. została investorem w Spółce. Co za tym idzie inwestycja powinna zostać dokonana w III kwartale 2015 roku, czyli zgodnie z informacją w ofercie. Jednak dane znajdujące się w raporcie bieżącym spółki Kofama Koźle S.A. przekazany na rynek notowań NewConnect, świadczą o tym, że w ramach oferty prywatnej emisje akcji serii C1 i C2 Kofama Koźle S.A. zostały przeprowadzone dopiero w czerwcu i lipcu 2016 roku, a sam debiut na NewConnect odbył się w styczniu 2017 roku. Jednocześnie, jak wynika z Krajowego Rejestru Sądowego, w III kwartale 2015 roku nie nastąpiła żadna emisja akcji spółki Kofama Koźle S.A., co wprost zaprzecza informacji zawartej w ofercie Netrix jakoby emisja akcji miała miejsce w III kwartale 2015 roku. Jak wynika z rejestru KRS emisja akcji serii B miała bowiem miejsce jeszcze w 2013 roku, zaś emisja kolejnych akcji serii C1 i C2 (pomiędzy nie było żadnych

innych emisji akcji) dopiero w czerwcu i lipcu 2016 roku. Zatem nawet jeśli Capital Sp. z o.o. była investorem w ramach jednej z tych serii pre-IPO, inwestycja nie mogła zostać dokonana za czasu pracy Pana A.J. w CARDA ponieważ skończył ją (m.in. według załączonego w ofercie CV) we wrześniu 2015 roku. Powyższe oznacza, że informacje o rzekomym doświadczeniu Pana A.J. w zakresie ww. inwestycji są nieprawdziwe, niemożliwe jest bowiem uznanie, iż działając w III kwartale na zlecenie inwestora dokonał w/w inwestycji.

Następnie Odwołujący podnosił, że nieprawdziwa jest również informacja wskazana w złożonym przez Netrix załączniku 7a do SIWZ w zakresie inwestycji w spółkę M Food S.A. Jak zostało wskazane w dokumentacji Pan A.J. pracował na rzecz CARDA Consultancy S.A., która zgodnie z wyjaśnieniem poprzez Capital Sp. z o.o. dokonała inwestycji w M Food S.A., w II kwartale 2015 roku. M Food S.A. jest spółką notowaną na rynku NewConnect, a więc możliwe jest weryfikowanie jej raportów okresowych. W raporcie za III kwartał 2015 roku brak jest informacji o tym, aby Capital Sp. z o.o. lub jakkolwiek inny podmiot z Grupy CARDA Consultancy S.A. był investorem w tej spółce, co więcej w żadnym z raportów kwartalnych nie ma choćby słowa wzmianki o CARDA Consultancy S.A. Ponadto, jak wynika z Krajowego Rejestru Sądowego M Food S.A. oraz Raportu dotyczącego spółki z dnia 1 lutego 2015 roku, emisja i przydział akcji serii EI nastąpił w 2014 roku, zaś w późniejszym okresie nie dokonano żadnego podwyższenia kapitału zakładowego spółki (kolejne miało miejsce dopiero w 2016 roku), z uwagi na co informacje o rzekomym doświadczeniu Pana A.J. w zakresie ww. inwestycji są nieprawdziwe. Jak wynika bowiem z ww. dokumentów w II kwartale 2015 roku nie doszło do emisji akcji tej spółki.

Odwołujący podnosił, że staranność (ostrożność), jakiej oczekuje się od profesjonalisty, jakim jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia obejmuje weryfikację informacji przedstawianych Zamawiającemu, a pochodzących od podmiotów trzecich, w tym co do nazwy inwestycji tym bardziej w sytuacji, gdy to sama nazwa (ze względu na brak bardziej szczegółowych danych i opisów inwestycji) decyduje o możliwości jej identyfikacji.

Podsumowując, w opinii Odwołującego oferta Netrix, powinna zostać wykluczona na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Prawa zamówień publicznych z uwagi na fakt, że informacje przedstawione przez Netrix pozornie wskazują na spełnienie wymagań Zamawiającego, ale w rzeczywistości są nieprawdziwe a mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego lub alternatywnie odrzucona jako niespełniająca wymogów SIWZ w zakresie wskazanym w załączniku 7a oraz 7b do SIWZ.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że Zamawiający uznał ofertę Netrix za najkorzystniejszą nie zwracając uwagi na fakt, iż w ramach stanowiącego załącznik do oferty

pn. „Zestawienie doświadczenia członków Kluczowego Zespołu, zdobytego w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, w zakresie pozyskiwania kolejnych rund finansowania lub wyjść z inwestycji o charakterze badawczo-rozwojowym (B+R) na wczesnych etapach rozwoju - innych niż wykazane w Załączniku 7b do SIWZ”, w punkcie 3 wskazana została inwestycja realizowana na rachunek własny członka Kluczowego Zespołu, podczas gdy warunki SIWZ wprost wskazują, iż zakwalifikowane w ramach ww. doświadczenia mogą być wyłącznie projekty, w ramach których członek Kluczowego Zespołu działał na zlecenie inwestora - osoby lub podmiotu dokonującego inwestycji w projekty. Powyższa sytuacja znajduje swoje powielenie w załączniku nr 2 do biznesplanu (pozycja 5), w ramach którego wskazana została inwestycja własna członka Kluczowego Zespołu. Ponadto ww. inwestycja stanowi transakcję odkupu udziałów, a nie inwestycję w projekt badawczo-rozwojowy i nie może zostać za taką uznana, z uwagi na fakt, że w jej ramach członek Kluczowego Zespołu nie przekazał spółce żadnych środków, a jedynie odkupił udziały od wcześniejszego współnika. Zgodnie z założeniami SIWZ, wybrany w toku Postępowania wykonawca dokonywał będzie inwestycji polegających na dokonywaniu wejść inwestycyjnych w spółki realizujące innowacyjne przedsięwzięcia, poprzez obejmowanie udziałów lub akcji takich spółek. Nie sposób uznać, że doświadczenie zdobyte w transakcji odkupu udziałów, tj. transakcji realizowanej bez udziału spółki realizującej innowacyjne przedsięwzięcie, stanowić może o doświadczeniu członka Kluczowego Zespołu w ww. materii, są to bowiem zgoła odrębne typy transakcji.

Na koniec Odwołujący podnosił, że w ramach załącznika do biznesplanu pn. „Zestawienie doświadczenia członków Kluczowego Zespołu, zdobytego w okresie 5 lat przed terminem składania ofert w zakresie pozyskiwania i przygotowania do inwestycji (wraz z jej dokonaniem) projektów o charakterze badawczo-rozwojowym (B+R) na wczesnych etapach rozwoju - innych niż wykazane w Załączniku 7a do SIWZ” wskazane zostały trzy projekty (pozycje 4, 7 i 8), które wskazane zostały przez Netrix w Załączniku 7a, pomimo wyraźnego zakazu w tej materii.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Netrix jako najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Netrix z postępowania, z uwagi na to, że wprowadził Zamawiającego w błąd co do rzekomo posiadanych zasobów własnych, mający wpływ na wyniki postępowania, ewentualnie nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Netrix z racji okoliczności, że Netrix nie spełnia wymogów SIWZ oraz jego oferta nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty i wyboru oferty złożonej przez Odwołującego,

względnie o:

4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem wyłączenia doświadczenia Pana P.Z. oraz/lub z wyłączeniem w ramach kryteriów pozacenowych inwestycji i wyjść z inwestycji realizowanych na rachunek własny członka Kluczowego Zespołu Pana A.J. jak i również inwestycji powielających się w treści załączników do oferty Netrix oraz wyjścia z inwestycji z podmiotu „Techstars Ltd.”.

Ponadto Odwołujący wnosił o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania oraz dowodów przywołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu;
- 2) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Pana P.Z. (zawiadomienie na adres: Gdańsk 80-769, ul. Łąkowa 60A/73) na okoliczność: braku współpracy z Netrix oraz braku więzi prawnej łączącej go z Netrix, braku podstaw do dysponowania świadkiem jako zasobem własnym Netrix.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o jego oddalenie.

Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania, Zamawiający wskazywał, co następuje:

Ad. 1)

Zamawiający przeprowadza weryfikację wyłącznie na podstawie złożonego oświadczenia.

Ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym. Przedstawiony dowód bez istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zamawiający podkreślał, iż jedynym dokumentem, na podstawie którego mógł dokonać oceny warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej osób był złożony przez Wykonawcę Netrix Ventures Wykaz „Potencjał kadrowy”. Ponadto Zamawiający informuje, iż Wykonawca przy osobie p. P.Z. wskazał, iż - polega na potencjale własnym - ponadto w dokumentacji przetargowej znajduje się zapis — „Świadom / świadomi* odpowiedzialności karnej oświadczam / oświadczamy*, że powyższy wykaz opisuje stan prawny i faktyczny aktualny na dzień złożenia niniejszej oferty (art. 297 k.k.).” W związku z powyższym Zamawiający informuje, iż złożony przez w/w Wykonawcę Wykaz nie budził wątpliwości Zamawiającego, ponieważ z jego treści wynikało spełnianie wskazanego warunku i pod względem formalno-prawnym był złożony prawidłowo.

Zamawiający podkreślał, iż oświadczenia wykonawcy dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie mają charakteru merytorycznego

związanego z przedmiotem zamówienia i nie stanowią treści oferty, lecz stanowią dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu, że Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania. Biorąc pod uwagę treść odwołania i przedstawiony dowód, Odwołujący nie zadośćuczynił temu obowiązkowi.

Odnosząc powyższe do treści dowodu przedstawionego przez Odwołującego tj. korespondencji e-mail z Panem P.Z. z 17 października 2019 r., Zamawiający stwierdzał, że w jego ocenie przedmiotowy dowód pozostaje bez bezpośredniego związku z przedmiotem sprawy. Biorąc pod uwagę definicję dowodu z art. 227 KPC, należy stwierdzić, iż przedmiotem korespondencji nie są fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. W ocenie Zamawiającego, przedstawiona korespondencja może mieć charakter prywatny, a jej wymiana nastąpiła we wrażliwym okresie prowadzonego postępowania. Nie jest rolą Zamawiającego weryfikacja intencji przyświecających osobom, które w niej uczestniczyły formułowały pytania i udzielały odpowiedzi. Osobną kwestią jest dopuszczalność powoływania się na tę korespondencję w toku prowadzonego postępowania, w tym zgody zainteresowanego na jej wykorzystanie.

Zamawiający wskazywał na dodatkową okoliczność, jaką jest fakt zamieszczenia w treści załącznika 6a do oferty szczegółowych informacji odnośnie wymaganego doświadczenia Pana P.Z. . Oczywistym dla Zamawiającego jest, że uzyskanie tak szczegółowych informacji musi wiązać się z ich przekazaniem przez samego zainteresowanego — Pana P.Z. . Tym samym nietrafionym jest argument o braku stosunku prawnego, a oświadczenie, iż: „Pan P.Z. nie zawierał nigdy z Netrix, żadnej umowy współpracy (w szczególności umowy o pracę, umowy zlecenie lub umowy o dzieło)” należy uznać za gołosłowne i nieoparte dowodami.

Należy jednocześnie przyznać słuszność Odwołującemu, który w treści odwołania stwierdza: „zarówno przepisy UPZP, jak i rozporządzenia wykonawczego do UPZP nie statuuje więzi prawnych między wykonawcą, a jego personelem.” Oznacza to, że Zamawiający w celu weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu opiera się wyłącznie na oświadczeniu, a w tym przypadku nie wystąpiły żadne okoliczności pozwalające na kwestionowanie jego prawdziwości.

Ad 2)

Zamawiający wskazywał na błędną kwalifikację prawną przyjętą przez Odwołującego, który podnosił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp (niegodność oferty z SIWZ), będące skutkiem zaniechania wykluczenia Wykonawcy Netrix. Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Z ostrożności Zamawiający wskazywał, że ewentualne sprostowanie podstawy prawnej, w szczególności przywołanie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp stanowiłoby nieuprawnioną modyfikację zarzutu. Zamawiający stwierdza, że nawet w tej sytuacji zarzut nie zasługiwałby na uwzględnienie z przyczyn szerzej opisanych w pkt. 1 niniejszej Odpowiedzi na Odwołanie.

Ad 3) i 4)

Uzupełnienie załącznika bez wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia lub uzupełnienia Wykazu „Potencjał kadrowy” (zał. nr 7a do SIWZ) na podstawie art. 26 ust. 3 i 4, a nie na podstawie wskazanej przez Odwołującego tj. na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Zamawiającego, w ramach korzystania z art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, nie dochodzi do naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów skutkujące złożeniem zaktualizowanego załącznika nr 7a do SIWZ nie skutkowało zmianą oferty Wykonawcy oraz przyznanych punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

W dniu 06.09.2019 r Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych wezwał Wykonawcę do uzupełnienia lub wyjaśnienia Załącznika nr 7a — tj. służącego wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej osób.

Zamawiający wskazał, iż w złożonym przez Wykonawcę Netrix Ventures Sp. z o.o. wykazie osób, dwie pozycje z zestawienia, tj. poz. 5 — przeprowadzenie emisji akcji w trybie pre-ipo w Kofama Koźle S.A. oraz poz. 6 - przeprowadzenie emisji akcji w trybie pre-ipo w MFood S.A. wymagają złożenia przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie spełnienia warunku opisanego w cz. VI pkt 6.9.3. SIWZ. Informacje wskazane pierwotnie przez Wykonawcę w Załączniku 7a do SIWZ nie pozwalały Zamawiającemu na jednoznaczne przyjęcie, że Wykonawca spełnia warunek.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia informacji w powyższym zakresie, a w przypadku konieczności dokonania przez Wykonawcę zmian w składzie Kluczowego Zespołu lub wykazie doświadczenia danego członka Kluczowego Zespołu Zamawiający

wezwał do uzupełnienia i przedstawienia nowego Wykazu wraz z wyczerpującym opisem w załączniku 7a do SIWZ.

Wykonawca Netrix Ventures Sp. z o. o. w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia w powyższej kwestii oraz poprawiony załącznik nr 7a do SIWZ. Wykonawca w złożonym Wykazie wskazał dwie inne inwestycje, które spełniają warunek doświadczenia w zakresie pozyskiwania i przygotowania do inwestycji (wraz z jej dokonaniem) projektów o charakterze innowacyjnym na wczesnych etapach rozwoju, działając przy tym na zlecenie inwestora (osoby lub podmiotu dokonującego inwestycji w projekty na wczesnych etapach rozwoju).

Zgodnie z SIWZ warunek dot. zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy oceniany jest m.in. na podstawie pozycji wykazanych w załącznikach 7a i 7b do SIWZ. Na podstawie tych załączników Zamawiający ocenia czy wskazany w Ofercie Kluczowy Zespół posiada minimalne wymagane doświadczenie.

Zamawiający skonstruował warunki Zamówienia w taki sposób, aby Wykonawcy mogli otrzymać punkty, w ramach Kryteriów oceny ofert, za dodatkowe doświadczenie Kluczowego Zespołu. Takie doświadczenie wykazywane jest w załącznikach nr 2, 3 i 4 do Biznes Planu. Warunkiem jest, aby pozycje wskazane w ww. załącznikach nie powielają się, zgodnie z następującą zasadą: pozycje z załącznika nr 2 do Biznes Planu nie powtarzają się z wykazem z załącznika nr 7a do SIWZ, pozycje z załącznika nr 3 do Biznes Planu nie powtarzają się z wykazem z załącznika nr 7b do SIWZ, pozycje z załącznika nr 4 do Biznes Planu nie powtarzają się z wykazem z załącznika nr 7a do SIWZ oraz załącznika nr 2 do Biznes Planu. W przypadku powtórzenia się określonych pozycji, Wykonawca nie otrzymywał punktów za powielone pozycje.

Netrix Ventures Spa z o.o. w odpowiedzi na Wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów, poza złożeniem wyjaśnień, skorzystał z możliwości zmiany wykazu doświadczenia członków Kluczowego Zespołu uzupełniając wykaz załącznika nr 7a do SIWZ o dodatkowe dwie pozycje: inwestycja w Elimen Racing Sp. z o.o. oraz Gastro Job Sp. z o.o., umożliwiając tym samym Zamawiającemu ocenę spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej na podstawie innych niż pozycji 5 i 6, które były przedmiotem zapytania Zamawiającego.

Tym samym w załączniku nr 7a do SIWZ na 10 wymaganych pozycji znalazło się 12 (2 nadmiarowe). W celu spełnienia warunku posiadania przez Wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający zaklasyfikował 10 niebudzących wątpliwości pozycji, nie uwzględniając przy tym poz. 5 — przeprowadzenie emisji akcji w trybie pre-ipo w Kofama Koźle S.A. oraz poz. 6 — przeprowadzenie emisji akcji w trybie pre-ipo w MFood

S.A., tj. pozycji dokumentujących doświadczenie Pana A.J., które zostały zakwestionowane przez BP VC GPI Sp. z o.o. w odwołaniu od czynności Zamawiającego.

Decyzja Zamawiającego podyktowana była następującymi przesłankami:

1. Zamawiający mógł uznać doświadczenie członka Kluczowego Zespołu jedynie pod warunkiem, że omawiane doświadczenie w pozyskiwaniu i przygotowaniu do inwestycji (wraz z jej dokonaniem) projektów o charakterze innowacyjnym na wczesnych etapach rozwoju wynikało z działania na zlecenie inwestora;
2. Przekazane przez Netrix Ventures Sp z.o.o. wyjaśnienia w zakresie pozycji 5 i 6 załącznika nr 7a do SIWZ wskazują, że Pan A.J. działał na zlecenie Carda Consultancy S.A., czyli autoryzowanego doradcy oraz organizatora emisji papierów wartościowych spółek Kofama — Koźle i MFood. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał również, że formalnie inwestycji w Kofama-Koźle S.A. (pozycja 5) oraz MFood S.A. (pozycja 6) dokonała spółka CAPITAL Sp. z o.o. (należąca do tej samej grupy kapitałowej co Carda Consultancy S.A.) nie zaś Carda Consultancy
3. Netrix Ventures Sp. z o.o. w załączniku 7a do SIWZ w kolumnie pn. „Firma podmiotu inwestującego” w pozycjach 5 i 6 wskazał inne niż CAPITAL Sp. z o.o. podmioty, tj. inwestorów detalicznych (poz. 5 — Kofama Koźle) oraz Carda Consultancy S.A. (poz. 6 — MFood S.A.), a zatem uwzględniając wyjaśnienia Netrix Ventures Sp. z o.o. oraz zaliczając omawiane inwestycje w poczet doświadczenia, Zamawiający dopuściłby do zmiany treści oferty Wykonawcy.

Wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów skutkujące złożeniem przez Netrix Ventures Sp. z o.o. zaktualizowanego załącznika nr 7a do SIWZ nie skutkowało zmianą oferty Wykonawcy, w tym przyznanych punktów w kategorii Kryteriów oceny ofert - za dodatkowe doświadczenie Kluczowego Zespołu.

Powyższe wynika z faktu wykazania przez Wykonawcę Netrix Ventures Sp. z o.o. nadmiarowego doświadczenia w załącznikach 7a do SIWZ i 2 do Biznes Planu. W celu otrzymania maksymalnej liczby punktów za uzupełnienie załącznika nr 2 do Biznes Planu, tj. 10 pkt, Wykonawca musiał wskazać przynajmniej 10 pozycji (1 pkt za każdą pozycję) spełniających kryterium doświadczenia oraz niepowtarzających się z pozycjami z załącznika nr 7a do SIWZ.

Wykonawca w załączniku 2 do Biznes Planu wykazał 13 pozycji, co znaczy, że 3 pozycje należało uznać za nadmiarowe.

Zamawiający w procesie oceny spełnienia Kryterium dodatkowego doświadczenia Kluczowego Zespołu wyłączył z oceny 3 inwestycje z załącznika 2 do Biznes Planu: Inwestycja wskazana w pozycji 4 w Elimen Racing Sp. z o.o. — z uwagi na powtórzenie z pozycją 11 z załącznika 7a do SIWZ; Inwestycja wskazana w pozycji 7 w Gastro Job Sp. z o.o. — z uwagi na powtórzenie z pozycją 12 z załącznika 7a do SIWZ; Inwestycja wskazana w poz. 8 w Kofama Koźle S.A. — z uwagi niespełnienie analogicznego jak w przypadku załącznika 7a do SIWZ warunku oraz powtórzenie z pozycją 5 w załączniku 7a do SIWZ,

Pomimo wyłączenia z oceny 3 wyżej wskazanych pozycji (poz. 4, 7 i 8) Wykonawca otrzymał z tytułu doświadczenia zaprezentowanego w załączniku 2 do Biznes Planu maksymalną liczbę 10 pkt, gdyż doświadczenie wykazane w 10 innych pozycjach spełniało wymogi stawiane przez Zamawiającego.

W konsekwencji uzupełnienie przez Wykonawcę załącznika 7a do SIWZ nie miało wpływu na punktację przyznaną przez Zamawiającego. Pozycje 11 i 12 dodane w załączniku 7a do SIWZ (czyli pozycje 4 i 7 w zał. nr 2 do Biznes Planu) oraz kwestionowana przez Odwołującego inwestycja w Kofama—Koźle (poz. 8 w zał. nr 2 do Biznes Planu) nie zmieniły liczby przyznanych punktów, gdyż znalazły się w grupie nadmiarowo wykazanego doświadczenia.

W związku z powyższym zarzuty naruszenia art. 87 ust 1. w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym i stanowią konsekwencję błędu w analizie treści wezwania Zamawiającego. Warto również podkreślić fakt zaniechania przez Odwołującego weryfikacji sposobu przyznawania punktów w tym wzięcia pod uwagę wykazanych nadmiarowych inwestycji Netrix. Zarzut nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania i pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Ad 5)

Ocena spełnienia warunku doświadczenia członka Kluczowego Zespołu na podstawie załącznika 7a do SIWZ odbyła się z wyłączeniem pozycji 5 i 6.

Mając na uwadze, że wykaz załącznika 7a do SIWZ zawierał wymaganą liczbę pozycji spełniających warunek zdolności technicznej lub zawodowej, tj. 10, do dwóch nadmiarowych pozycji załącznika zaliczono poz. 5 i 6. Szczegółowe informacje na temat przebiegu oceny Zamawiający opisał w pkt 3 i 4.

Ad. 6)

a) Pozycje 5 i 6 załącznika 7a do SIWZ nie znalazły się w grupie inwestycji zaklasyfikowanych przez Zamawiającego jako inwestycji potwierdzających warunek spełnienia przez członka Kluczowego Zespołu wymaganego doświadczenia. W związku z powyższym zarzut Odwołującego należy uznać za nieuzasadniony.

b) Brak wskazania w załączniku 7b do SIWZ przez Wykonawcę Netrix Ventures Sp. z o.o. formy organizacyjno-prawnej HardGamma Ventures, tj. podmiotu dokonującego wyjścia z inwestycji, w ocenie Zamawiającego nie miał wpływu na możliwość dokonania oceny spełnienia wymaganego przez Zamawiającego warunku doświadczenia członka Kluczowego Zespołu. Zamawiający na podstawie publicznie dostępnych informacji w Internecie (rejestr przedsiębiorców Companies House będący odpowiednikiem polskiego KRS <https://beta.companieshouse.gov.uk/>) oraz bazując na danych z załącznika 7a do SIWZ powziął informacje, że pełną firmą HardGamma Ventures z załącznika 71) do SIWZ powiązanego ze spółką „Techstars”, jest HardGamma Ventures Sp. z o.o.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Netrix Ventures Sp. z o.o. z uwagi na wykazanie w załączniku 7b do SIWZ pozycji 1 wskazującej na doświadczenia pana A.J. w zakresie dokonania wyjścia z inwestycji w podmiot „Techstars Ltd.”, w ocenie Odwołującego nieistniejącego w żadnym krajowym i zagranicznym rejestrze przedsiębiorców, Zamawiający wyjaśniał, że nie dysponował i nie dysponuje informacjami podważającymi oświadczenie Wykonawcy co do istnienia podmiotu o nazwie Techstars Ltd. Zamawiający przyjął, iż Wykonawca w tabeli 7b do SIWZ posługuje się skróconą nazwą firmy „Techstars London”, która zgodnie z rejestrem Companies House (formularz LL TMOI „Termination of appointment of member of a Limited Liability Partnership” z dnia 3 marca 2017 r. dotyczący wyjścia Hardgamma Ventures Sp. z o.o. ze spółki Techstars London) była strukturalnie powiązana ze spółką HardGamma Ventures Sp. z o.o.

Ad. 7)

a) Argumentacja przedstawiona powyżej.

b) Odnosząc się do zarzutu Odwołującego wskazującego na nieuzasadnione uwzględnienie w ocenie oferty Netrix Ventures Sp. z o.o. doświadczenia członka Kluczowego Zespołu dot. wyjścia z inwestycji Aegis Security Sp. z o.o. wykazanego przez Wykonawcę w poz. 4 załącznika 3 do Biznes Planu (omyłkowo wskazanego przez Odwołującego w poz. 3) Zamawiający informuje, że stanowisko Odwołującego wynika z błędnej i wąskiej interpretacji warunku stawianego przez Zamawiającego.

Zgodnie z wymogiem ust. 12.5 pkt 1 ppkt 2 SIWZ w załączniku 3 do Biznes Planu Wykonawca powinien wykazać członków Kluczowego Zespołu posiadających doświadczenie, zdobyte łącznie w okresie 5 (pięciu) lat przed terminem składania ofert, w zakresie pozyskiwania kolejnych rund finansowania lub wyjść z innych niż wykazane w załączniku 7b do SIWZ inwestycji o charakterze badawczo-rozwojowym (B+R) na wczesnych etapach rozwoju. Dodatkowo w załączniku 3 do Biznes Planu należało wskazać wyłącznie projekty, w ramach których członek Kluczowego Zespołu działał na zlecenie inwestora — osoby lub podmiotu dokonującego inwestycji w projekty.

Odwołujący na podstawie sformułowania: „działał na zlecenie inwestora” wyciągnął wniosek, iż doświadczenie członka Kluczowego Zespołu występującego w roli takiego inwestora nie powinno być zakwalifikowane przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego takie podejście stanowiłoby nieuzasadnione zawężenie warunku oraz naruszało zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający celowo nie zastrzegł możliwości występowania przez osobę będącą członkiem Kluczowego Zespołu również w roli inwestora. Prezentowane podejście ma swoje uzasadnienie w funkcjonującej na rynku venture capital praktyce, w ramach której możemy wyróżnić dwa podstawowe modele działania: 1. inwestowanie w przedsiębiorstwa przez tzw. fundusze venture capital (wyspecjalizowany podmiot); 2. inwestowanie w przedsiębiorstwa w imieniu własnym przez tzw. „aniołów biznesu (osoby fizyczne)”. Omawiany i kwestionowany przez Odwołującego przypadek inwestowania bądź wyjścia z wcześniej dokonanej inwestycji w imieniu własnym przez członka Kluczowego Zespołu odnosi się do drugiego przykładu działania. Osoba „anioła biznesu” została zdefiniowana m.in. w prawodawstwie UE I, czy „Poradniku dla użytkowników dotyczący definicji MŚP” wydawanym przez Komisję Europejską, w którym na stronie 33 wskazano, że: „aniołami biznesu są osoby fizyczne, które jedynie inwestują swoje prywatne pieniądze w MŚP albo w inny sposób inwestują w syndykaty, w których zazwyczaj jeden anioł pełni funkcję wiodącą. Anioły zazwyczaj nie mają wcześniejszych powiązań rodzinnych z przedsiębiorstwem i podejmują własne decyzje w sprawie inwestycji zamiast działać za pośrednictwem niezależnego zarządzającego (czyli funduszu venture capital). Wiodący anioł syndykatu lub anioł inwestujący indywidualnie zazwyczaj będzie śledził inwestycję po jej poczynieniu poprzez obserwowanie, a także przekazywanie swojej wiedzy i doświadczenia oraz udzielanie wsparcia jednostce, w której dokonał inwestycji, poprzez opiekę mentorską”. Z punktu widzenia Zamawiającego doświadczenie i umiejętności wymagane przy realizacji Zamówienia, nabyte przez członka Kluczowego Zespołu występującego w roli „anioła biznesu” jest równoważne zdobytemu jako pracownik funduszu venture capital. Wynika to z analogicznych procesów, przez które przechodzi fundusz venture capital oraz anioł biznesu przed podjęciem decyzji o zainwestowaniu w dany projekt

oraz w trakcie trwania życia takiego projektu. Cele funduszy venture capital oraz aniołów biznesu są tożsame, mianowicie: zainwestowanie w projekt/przedsiębiorstwo, uzyskanie w zamian praw udziałowych w tym przedsiębiorstwie, wsparcie przedsiębiorstwa w rozwoju, wyjście inwestora z inwestycji z zyskiem.

Zamawiający poprzez doprecyzowanie, iż należało wskazać wyłącznie projekty, w ramach których członek Kluczowego Zespołu działał na zlecenie inwestora — osoby lub podmiotu dokonującego inwestycji w projekty, miał na celu podkreślić rolę inwestora i wyeliminować przypadki wykazywania przez Wykonawców Kluczowego Zespołu posiadającego doświadczenie jedynie w procesie zakładania spółek i prowadzenia działalności gospodarczej.

c) Odnosząc się do zarzutu Odwołującego nt. uwzględnienia w ocenie oferty Netrix Ventures Sp. z o.o. doświadczenia członka Kluczowego Zespołu wykazanego w pozycjach 4, 7 i 8 załącznika 2 do Biznes Planu Zamawiający informuje, że zgodnie z wyjaśnieniem znajdującym się w pkt 3 i 4, niniejsze pozycje były poza oceną Zamawiającego, tym samym nie miały wpływu na punktację przyznaną Wykonawcy Netrix Ventures Sp. z o.o.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego uwzględnienia w procesie oceny oferty doświadczenia Pana A.J. w zakresie dokonania inwestycji na własny rachunek w spółkę Rebel Valley Sp. z o.o. — pozycja 5 w załączniku 2 do Biznes Planu, Zamawiający stoi na stanowisku, że jest to przypadek analogiczny do opisanego w pkt 7 lit. b) dotyczącego wyjścia z inwestycji wskazanej w poz. 4 załącznika 3 do Biznes Planu (wyjścia z inwestycji Aegis Security Sp. z o.o.). Zamawiający, pomimo wskazania, że członek Kluczowego Zespołu miał działać na zlecenie inwestora, nie zastrzegł, że członek Kluczowego Zespołu nie mógł występować również w roli inwestora, jako tzw. „anioł biznesu”. Za taki przypadek Zamawiający uznał doświadczenie wykazane w pozycji 5 załącznika 2 do Biznes Planu. Nadmierne jest również stwierdzenie Odwołującego, iż Umowa sprzedaży udziałów stanowi dowód na to, że Pan A.J. nie dokonał inwestycji w spółkę, a jedynie odkupił udziały w tej spółce, czyli nie posiada doświadczenia w pozyskaniu i przygotowaniu do inwestycji projektu o charakterze badawczorozwojowym, w zakresie tej spółki. Zamawiający pozytywnie zweryfikował doświadczenie wskazane w pozycji 5 załącznika 2 do Biznes Planu z uwagi na nieposiadanie informacji mogących podważających oświadczenie Netrix Ventures Sp. z o.o. Ponadto, zamawiający bazował na swojej wiedzy eksperckiej wskazującej, że warunki umowy sprzedaży udziałów mogą być ukształtowane na wiele sposobów, również tak, że rola inwestora i zainwestowanych środków będzie wpisywała się w założenia kryterium doświadczenia ust. 12.5 pkt 1 ppkt 1 SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Netrix Ventures spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie (dalej: Netrix albo Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 22 ust. 1a pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Netrix jako wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, przez złożenie oferty w ramach której, niezgodnie z rzeczywistością, wskazane zostało, iż Netrix dysponuje, w ramach zasobów własnych, Panem P.Z. (wskazanym jako osoba wchodząca w skład Kluczowego Zespołu), podczas gdy Pana P.Z. nie łączyła ani nie łączy z Netrix żadna umowa lub inny stosunek prawny.

W zakresie tak sformułowanego zarzutu Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest >>Wybór Pośredników Finansowych w celu wdrażania Instrumentu Finansowego „Wejście kapitałowe” w ramach Pomorskiego Funduszu Rozwoju 2020+<<. Zamówienie podzielone zostało na dwie części, z których każda stanowiła odrębną część zamówienia.

Zgodnie z cz. VI pkt 6.9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ; kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach postępowania) wykonawca zobowiązany był do wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej osób, tj. miał wykazać, iż posiada odpowiedni zespół zapewniający zdolność do realizacji zamówienia, który zostanie oddelegowany do jego realizacji („Kluczowy Zespół”), w którego skład wchodzi co najmniej 3 (trzy) osoby o określonym poniżej wykształceniu i doświadczeniu:

- 1) każdy z członków Kluczowego Zespołu powinien posiadać wykształcenie wyższe, przy czym minimum jeden członek powinien posiadać wykształcenie wyższe w zakresie prawa lub ekonomii lub finansów lub zarządzania;
- 2) członkowie Kluczowego Zespołu powinni posiadać doświadczenie zdobyte w okresie 5 (pięciu) lat przed terminem składania ofert, w zakresie pozyskiwania i przygotowania do inwestycji (wraz z jej dokonaniem) łącznie co najmniej 10 (dziesięć) projektów o charakterze innowacyjnym na wczesnych etapach rozwoju, przy czym dopuszcza się, aby warunek ten spełniony był łącznie przez jednego, kilku lub wszystkich członków Kluczowego Zespołu;
- 3) członkowie Kluczowego Zespołu powinni posiadać doświadczenie, zdobyte w okresie 5 (pięciu) lat przed terminem składania ofert w zakresie pozyskiwania kolejnych rund finansowania dla co najmniej 2 (dwóch) inwestycji o charakterze innowacyjnym na wczesnych etapach rozwoju lub wyjść z co najmniej 2 (dwóch) inwestycji o charakterze innowacyjnym na wczesnych etapach rozwoju, przy czym dopuszcza się, aby warunek ten spełniony był łącznie przez jednego, kilku lub wszystkich członków Kluczowego Zespołu.

Ocena spełniania ww. warunku dokonywana była na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w pkt 7.1.3) części VII SIWZ.

Dodatkowo w ramach oceny oferty możliwe było zdobycie dodatkowych punktów w ramach kryterium „Jakości” w przypadku legitymowania się przez członków Kluczowego Zespołu odpowiednim doświadczeniem, o którym mowa w pkt. 12.5 SIWZ.

Przystępujący, jako jednego z członków Kluczowego Zespołu (przy czym wskazał więcej, niż wymaganych trzech członków zespołu), podał Pana A.Z., jako „potencjał własny”. W tabeli opisującej doświadczenie członków zespołu wskazano – w ramach opisu doświadczenia członków zespołu - że Pan A.Z. pełni stanowisko Dyrektora w Agencji Rozwoju Pomorza SA.

Do zgłoszenia przystąpienia załączono oświadczenie z dnia 25 października 2019 r., złożone przez Pana P.Z., z którego wynika, że „Agencja Rozwoju Pomorza SA wyraziła zainteresowanie propozycją potencjalnej współpracy przy wykonywaniu zamówienia na rzecz Netrix Ventures sp. z o.o. i wskazała mnie jako osobę do powyższej współpracy”. Nie zawarto żadnej umowy z w związku z planowaną współpracą.

W takich okolicznościach Odwołujący zarzucał Zamawiający naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 22 ust. 1a pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Netrix jako wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający wyklucza 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. Zgodnie z art. 22 ust. 1a Prawa zamówień publicznych (w przywołanym przez Odwołującego artykule w podstawie prawnej zarzutu brak numeracji), zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W tymże postępowaniu Zamawiający wymagał wskazania co najmniej trzech członków zespołu, a Przystępujący w ofercie wskazał więcej, niż trzech członków. Aby wykazać wpływ podania nieprawdziwych informacji na spełnienie minimalnego poziomu wymaganych zdolności, Odwołujący musiałby wykazać, że pozostali członkowie zespołu, wskazani przez Przystępującego, nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Argumentacja Odwołującego sformułowana w odwołaniu w ogóle nie zmierzała w tym kierunku. Odwołujący nie wykazywał, że bez doświadczenia Pana Z. Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. A zatem już z tego powodu zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 22 ust. 1a Prawa zamówień publicznych musiał zostać oddalony – brak jakiegokolwiek wpływu informacji ewentualnie nieprawdziwych na ustalenie minimalnego poziomu zdolności wykonawcy. Ponadto, nie można stwierdzić, że podane informacje były nieprawdziwe – Przystępujący podał jako podstawę dysponowania potencjał własny, w przekonaniu, że może być to współpraca. Sam Przystępujący dołączył do zgłoszenia przystąpienia oświadczenie Pana P.Z. opisujące taką niesformalizowaną współpracę, a więc Przystępujący nie zaprzeczał rodzajowi tej współpracy, ale trwał w subiektywnym przekonaniu o jej - wystarczającym dla celów postępowania - charakterze. Jednak w kontekście takich okoliczności Odwołujący nie zarzucał braku realnego dysponowania zasobem i niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, dlatego tak sformułowanego zarzutu Izba nie mogła oceniać w tym postępowaniu odwoławczym (Izba związana jest zarzutami odwołania – art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). Odwołujący nie wykazał również wpływu oceny doświadczenia Pana P.Z. na punktację, przyznaną ofercie Przystępującego w postępowaniu (Zamawiający punktował doświadczenie osób wymienionych w załączniku nr 2 do Biznes Planu; wśród osób wymienionych tamże nie wskazano Pana P.Z.).

Nie ulega wątpliwości, że udostępnienie potencjału w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu powinno mieć charakter realny (dany podmiot powinien brać rzeczywisty udział w realizacji zamówienia), a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w formie pisemnej. Zamawiający powinien mieć pewność, na jakiej podstawie wykonawca dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego. Jednak Odwołujący

nie wywiódł wpływu podnoszonych przez siebie okoliczności na ustalenia w zakresie zarzutów, zgłaszanych w odwołaniu.

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 22 ust. 1a Prawa zamówień publicznych.

Dla rozstrzygnięcia tak sformułowanego zarzutu nie było konieczne przesłuchanie Pana P.Z., ponieważ jego stanowisko było zawarte w złożonym do akt oświadczeniu z dnia 25 października 2019 r., i trudno byłoby się spodziewać, że przesłuchanie go wniesie do sprawy dodatkowe informacje; niezależnie od powyższego, wobec sformułowania zarzutu naruszenia 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 22 ust. 1a Prawa zamówień publicznych przy braku argumentacji o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu, stanowisko Pana P.Z. było irrelevantne dla rozstrzygnięcia.

Ponadto Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez brak odrzucenia oferty Netrix, z powodu jej wykluczenia w skutek wprowadzenia Zamawiającego w błąd, mogący mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem [art. 87 ust. 2 pkt 3](#) Prawa zamówień publicznych. Z dalszej części zarzutu – opisu podstawy faktycznej – można wnosić, że zamiarem Odwołującego było sformułowanie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych (zgodnie z którym odrzuca się ofertę, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert). Tak sformułowany zarzut byłby konsekwencją wcześniejszego zarzutu – jeżeli Przystępujący zostałby wykluczony, to jego oferta zostałaby odrzucona. Jednak wobec braku stwierdzenia przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania, Izba nie stwierdziła podstawy do jej odrzucenia w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez wezwanie Netrix do uzupełnień oferty i przedstawienia nowego Wykazu Kluczowego Zespołu wraz z wyczerpującym opisem w załączniku 7a do SIWZ oraz uwzględnieniu w wyborze najkorzystniejszej oferty poprawionych przez Netrix dokumentów, w braku ustawowych przesłanek do skorzystania z tej instytucji oraz uwzględnienia tym samym niedopuszczalnej zmiany treści oferty; i w konsekwencji zarzucał naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W zakresie tak sformułowanego zarzutu Izba ustaliła, co następuje:
Zgodnie z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz (...) dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W dniu 6 września 2019 r. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów. Jako podstawę prawną wezwania podano art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Wezwanie dotyczyło potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez członków kluczowego zespołu.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje:
Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych nie zasługuje na uwzględnienie.

W razie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy konieczności wyjaśnienia jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego, wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień jest obowiązkiem Zamawiającego. Dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie są treścią oferty w sensie ścisłym – treść oferty określa zakres i sposób przyszłego świadczenia. W konsekwencji nie było podstawy do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący formułował nadto zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Netrix jako wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, poprzez wskazanie w załączniku 7a do SIWZ w zakresie pozycji 5 i 6 nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia Pana A.J. . W ocenie Odwołującego, nie można było się legitymować inwestycjami wykonanymi w imieniu własnym, ale na zlecenie inwestora będącego osobą trzecią. Odwołujący przy tym powoływał się na definicję „inwestycji” podaną w przyszłej umowie na realizację zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, co następuje:
Zamawiający, opisując sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie podał definicji inwestycji. Nie odwołał się również do definicji podanej w przyszłej umowie.

W takich okolicznościach Izba zważyła, co następuje: pojęcie „inwestycja”, wobec braku zdefiniowania tego pojęcia w opisie sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, musi być interpretowane możliwie szeroko – aby nie zawężyło kręgu

potencjalnych wykonawców. W ocenie składu orzekającego nic nie stoi na przeszkodzie, aby posłużyć się inwestycją wykonaną w imieniu własnym – nie było zastrzeżenia, że inwestor musi być podmiotem trzecim. Brak również podstawy do stwierdzenia nieprawdziwości podanych informacji – Przystępujący nie podał informacji nieprawdziwych, a jedynie Odwołujący inaczej interpretował opis warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez brak odrzucenia oferty Netrix, mimo że oferta tego wykonawcy nie spełniała wymogów, w zakresie wskazanym w załącznikach 7a oraz 7b do SIWZ, z uwagi na to że:

a) informacje wskazane przez Netrix w ww. załączniku 7a nie pozwalają stwierdzić, czy Pan A.J. w zakresie pozycji 5 i 6 spełnia warunek doświadczenia w pozyskiwaniu i przygotowaniu do inwestycji (wraz z jej dokonaniem) projektów o charakterze innowacyjnym działając przy tym na zlecenie inwestora (osoby lub podmiotu dokonującego inwestycji w projekty na wczesnych etapach rozwoju),

b) informacje wskazane przez Netrix w ww. Załączniku 7b nie pozwalają stwierdzić, jaki podmiot dokonywał wyjścia z inwestycji, albowiem wykonawca wskazał jedynie, że spółką dokonując wyjścia jest „HardGamma Ventures” nie wskazując żadnej formy organizacyjno-prawnej tego podmiotu, natomiast w pozycji 1 tego załącznika jako spółkę, z której dokonano wyjścia, wskazano podmiot „Techstars Ltd.”, który nie widnieje w żadnych rejestrach przedsiębiorców, zarówno krajowych jak i zagranicznych.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jako podstawę faktyczną zarzutu opartego o przytoczony wyżej przepis Odwołujący podawał opis dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje:

Dokumenty, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie mogą być podstawą od odrzucenia oferty. Odwołujący mylnie utożsamia treść oferty z dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Izba nie może sama domyślać się zarzutu, który nie został sformułowany odwołaniu, ponieważ jest związana zarzutami odwołania (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). O ile w przypadkach oczywistych (jak pomylenie przez Odwołującego art. 89 ust. 2 Prawa zamówień publicznych

z art. 89 ust. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, przy jasnym sformułowaniu podstawy faktycznej Izba może samodzielnie zrekonstruować prawidłowość zarzutu co do postawy faktycznej i prawnej, to jednak Izba nie może, wobec braku jasnego przyporządkowania naruszenia, samodzielnie dopatrywać się postawienia zarzutów, które w odwołaniu nie zostały wyraźnie sformułowane. Wobec braku jakiegokolwiek związku pomiędzy treścią oferty, a uzasadnieniem zarzutu, Izba zarzut oddaliła.

Niezależnie od powyższego braku związku pomiędzy podstawą prawną, a podstawą faktyczną zarzutu, Izba nie dopatrywała się w okoliczności, że określonej inwestycji dokonano w imieniu własnym, a nie w imieniu podmiotu trzeciego, podstaw do negatywnych konsekwencji dla Przystępującego w kontekście stawianych zarzutów. Odnośnie podania niepełnych firm przedsiębiorstw, Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do pełnego oznaczenia danych spółek; w ocenie Izby nie ziszczała się przesłanka do odrzucenia oferty Przystępującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ przez podanie niepełnych oznaczeń podmiotów w załączniku 7b do oferty Przystępującego.

Odwołujący podnosił także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez wybór oferty złożonej przez Netrix, mimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i spełnia wszystkie wymogi wskazane w SIWZ, zaś oferta Netrix nie spełnia tych wymogów, jak i również zawiera w swojej treści liczne uchybienia, które winny skutkować znacznie niższą oceną oferty Netix w kryteriach pozacenowych, pominięte przez Zamawiającego takie jak:

a) uwzględnienie w ocenie oferty Netrix, w ramach stanowiącego załącznik do biznesplanu pn. „Zestawienie doświadczenia członków Kluczowego Zespołu, zdobytego w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, w zakresie pozyskiwania kolejnych rund finansowania lub wyjść z inwestycji o charakterze badawczo- rozwojowym (B+R) na wczesnych etapach rozwoju - innych niż wykazane w Załączniku 7b do SIWZ”, doświadczenia Pana P.Z., który to nie stanowi potencjału własnego Netrix, albowiem nie posiada z tym podmiotem podpisanej żadnej umowy ani nie łączy go z tym podmiotem żaden inny stosunek prawny;

b) uwzględnienie w ocenie oferty Netrix, w ramach stanowiącego załącznik do oferty pn. „Zestawienie doświadczenia członków Kluczowego Zespołu, zdobytego w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, w zakresie pozyskiwania kolejnych rund finansowania lub wyjść z inwestycji o charakterze badawczo-rozwojowym (B+R) na wczesnych etapach rozwoju - innych niż wykazane w Załączniku 7b do SIWZ”, doświadczenia wskazanego w pozycji 3 tego dokumentu, podczas gdy wskazane w tym punkcie wyjście z inwestycji realizowane było na rachunek własny członka Kluczowego Zespołu, podczas gdy warunki SIWZ wprost

wskazują, iż zakwalifikowane w ramach ww. doświadczenia mogą być wyłącznie projekty, w ramach których członek Kluczowego Zespołu działał na zlecenie inwestora - osoby lub podmiotu dokonującego inwestycji w projekty;

c) uwzględnienie w ocenie oferty Netrix w ramach załącznika do biznesplanu pn. „Zestawienie doświadczenia członków Kluczowego Zespołu, zdobytego w okresie 5 lat przed terminem składania ofert w zakresie pozyskiwania i przygotowania do inwestycji (wraz z jej dokonaniem) projektów o charakterze badawczo-rozwojowym (B+R) na wczesnych etapach rozwoju - innych niż wykazane w Załączniku 7a do SIWZ" trzech projektów, które powielają się z Załącznikiem 7a do SWIZ, tj. pozycji 4, 7 i 8, które również wskazane zostały przez Netrix w Załączniku 7a pomimo wyraźnego zakazu w tej materii, jak i również uwzględnienie w ramach wyżej wskazanego załącznika pozycji 5, która nie tylko dotyczy inwestycji na rachunek własny członka Kluczowego Zespołu (nie na zlecenie inwestora), ale de facto stanowi transakcję odkupu udziałów, a nie inwestycję w projekt - badawczo rozwojowy albowiem przy transakcji sprzedaży spółce realizującej projekt nie są przekazywane żadne środki z tego typu transakcji.

W odniesieniu do tak sformułowanego zarzutu, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucał, że oferta Przystępującego została zbyt wysoko oceniona w pozacenowych kryteriach oceny ofert w trzech zakresach: błędnie zaliczono doświadczenie Pana P.Z., mimo że nie stanowi on „potencjału własnego”, zaliczenie doświadczenia polegającego na inwestycji we własnym imieniu, oraz uwzględnienie w ocenie oferty pozycji 4, 7 i 8.

Z odpowiedzi na odwołanie wynikało, że Zamawiający dokonując oceny oferty Przystępującego, nie brał pod uwagę pozycji 4, 7 i 8 w zał. nr 2 do Biznes Planu.

W związku z powyższym Izba zważyła, że opisywane w przedmiotowym zarzucie podstawy faktyczne nie miały wpływu na wynik postępowania – Zamawiający nie oparł oceny oferty i ostatecznie jej wyboru na pozytywnej ocenie kwestionowanych przez Odwołującego pozycji 4, 7 i 8 w zał. nr 2 do Biznes Planu. Co do inwestycji w imieniu własnym, Izba również nie dopatrzyła się ograniczenia w SIWZ, wykluczającego możliwość posługiwania się takimi inwestycjami. Akceptacja przez Zamawiającego doświadczenia Pana P.Z. była uprawniona na podstawie dokumentów złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zarzutu braku realnego udostępnienia potencjału Odwołujący nie postawił. W konsekwencji Izba zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oddaliła.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [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 \(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972\)](#).

Przewodniczący:

.....