

sygn. akt: **KIO 1683/19**

WYROK

z dnia 12 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **K. M.-K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą LEDCITY K. M.-K. z siedzibą w Stróżach, Stróże 335A, 31-331 Stróże** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków**, przy udziale wykonawcy **Windmill sp. z o.o., ul. Rynkowa 6a; 05-261 Marki**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego, przy udziale wykonawcy **CinematicVR sp. z o.o., ul. Klementyny Hoffmanowej 19, 35-016 Rzeszów**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża K. M.-K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą LEDCITY K. M.-K. z siedzibą w Stróżach, Stróże 335A, 31-331 Stróże** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **K. M.-K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą LEDCITY K. M.-K. z siedzibą w Stróżach, Stróże 335A, 31-331 Stróże**, 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 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Małopolskie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Wykonanie III Etapu projektu pn. „m_MSIT - mobilny Małopolski System Informacji Turystycznej” polegającego na wykonaniu wirtualnych spacerów po wybranych atrakcjach turystycznych z terenu Małopolski, wykonanych w technologii 2D i 3D z wykorzystaniem filmów 360°, do prezentacji na regionalnym portalu turystycznym visitmalopolska.pl, aplikacji mobilnej *VisitMałopolska* oraz w goglach *VIR*”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE, pod numerem 2019/S 109-265944.

Dnia 19 sierpnia 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 29 sierpnia 2019 roku, wykonawca K. M.-K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą LEDCITY K. M.-K. z siedzibą w Stróżach (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy CinematicVR sp. z o. o., ul. Klementyny Hoffmanowej 19, 35-016 Rzeszów (dalej jako „*CinematicVR*”),
2. dokonania czynności wyboru oferty złożonej przez CinematicVR, jako najkorzystniejszej,
3. w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty CinematicVR,
4. ewentualnie zaniechania wezwania CinematicVR w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
5. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Solutions360 B. H., ul. Generała Maczka 6/36, 71-050 Szczecin (dalej jako „*Solutions360*”),
6. w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty Solutions360,
7. ewentualnie zaniechania wezwania Solutions360 w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
8. w konsekwencji zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia CinematicVR z postępowania, mimo faktu, iż wykonawca ten w skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, względnie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia CinematicVR z postępowania, mimo faktu, iż wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć

istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji, że posiada on doświadczenie w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzech usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Przy czym za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360°, z których co najmniej jedna ma wartość przynajmniej 100 000,00 zł brutto, a dwie pozostałe są na kwotę przynajmniej 50 000 zł brutto każda

i wskazanie, że:

- a) CinematicVR wykonał na rzecz Polskiej Agencji inwestycji i Handlu S.A. usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360° o wartości 123.000 zł brutto, podczas gdy, zgodnie z pkt. VI SIWZ przez „usługę” Zamawiający rozumie realizację usługi w ramach jednej umowy, natomiast usługi na rzecz Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. wykonywane były przez CinematicVR na podstawie dwóch odrębnych umów o wykonanie zamówienia publicznego o wartości 61.500 zł każda, a zsumowanie wartości tych usług nie było dopuszczalne,
- b) CinematicVR wykonał na rzecz Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360°, podczas gdy, zgodnie z opisem zamówienia realizowanego na rzecz Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. przedmiotem zamówienia było przygotowanie 1 scenariusza i wyprodukowanie na jego podstawie 1 filmu reklamowego w technice sferycznej. Natomiast zgodnie z SIWZ w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca zobligowany był do legitymowania się doświadczeniem obejmującym „wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360c” - a zatem wykonaniu produkcji składających się każdorazowo z więcej niż 1 filmu 360°,
- c) CinematicVR wykonał na rzecz Hackett Hamilton sp. z o.o. usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360° o wartości 61.896,- zł brutto, podczas gdy, zgodnie z informacjami publikowanymi przez CinematicVR na stronie www pod adresem: <https://cinematicvr.pl/portfolio/amundsen-vr->

experience/ usługi na rzecz Hackett Hamilton sp. z o.o. wykonywane były przez CinematicVR oraz studio Optimesh, co powoduje, że wartość usługi faktycznie wykonanej przez CinematicVR jest mniejsza niż deklarowana w Wykazie Usług Wykonanych,

- d) CinematicVR wykonał na rzecz Hackett Hamilton sp. z o.o. usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360° o wartości 61.896,- zł brutto, podczas gdy, zgodnie z informacjami publikowanymi przez CinematicVR na stronie www pod adresem: <https://cinematicvr.pl/portfolio/amundsen-vr-experience/> usługi na rzecz Hackett Hamilton sp. z o.o. dotyczyły produkcji filmu animowanego - czyli wykonanego techniką cyfrową, podczas, gdy wykonawca zobligowany był do wykazania doświadczenia w zakresie produkcji „filmu” lub osadzenia w wirtualnej rzeczywistości „filmu” czyli zgodnie z obowiązującą definicją - materiału rejestrowanego kamera,
- e) CinematicVR zrealizował na rzecz Hackett Hamilton sp. z o.o. usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360° o wartości 61.896,- zł brutto, podczas gdy, zgodnie z informacjami publikowanymi przez CinematicVR na stronie www pod adresem: <https://cinematicvr.pl/portfolio/amundsen-vr-experience/> usługi na rzecz Hackett Hamilton sp. z o.o. dotyczyły produkcji filmu animowanego, natomiast zgodnie z SIWZ w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca zobligowany był do legitymowania się doświadczeniem obejmującym „wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360°” - a zatem produkcji składających się każdorazowo z więcej niż 1 filmu 360°. Animacja stworzona w całości techniką cyfrową, bez osadzenia w niej filmu nie spełnia natomiast powyższych warunków, gdyż nie zawiera w sobie więcej niż 1 materiału (filmu) zarejestrowanego kamerą,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia CinematicVR mimo, iż podmiot ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w cz. VI pkt. 1. lit. b) SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia,
3. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 2 pkt 2 w zw. z §14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez brak wezwania CinematicVR do przedstawienia dokumentu wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w wykonaniu usługi o wartości przekraczającej 50.000,-

zł brutto w związku z faktem, że wydruk wiadomości mailowej przedłożony na wykazanie spełnienia przedmiotowego warunku podpisany jako mający pochodzić od Ars Thanea S.A., nie pozwala na stwierdzenie na rzecz jakiego podmiotu został wystawiony, ani od jakiego podmiotu pochodzi, a z ostrożności w przypadku uznania, że pochodzi od Ars Thanea S.A. - wydruk nie może zostać uznany za pochodzący od Ars Thanea S.A. wobec nadania go pocztą elektroniczną przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji podmiotu,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy CinematicVR w sytuacji gdy zawierała ona rażąco niską cenę;

względnienie:

5. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewezwanie wykonawcy CinematicVR do udzielenia dalszych wyjaśnień, w sytuacji, gdy dotychczas udzielone w istocie nie stanowią rzetelnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i nie udzielają odpowiedzi na wszystkie zadane pytania,
6. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez brak wezwania Solutions360 do przedstawienia dokumentu wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w wykonaniu usług co najmniej trzech usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Przy czym za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360°, z których co najmniej jedna ma wartość przynajmniej 100 000,00 zł brutto, a dwie pozostałe są na kwotę przynajmniej 50 000 zł brutto każda, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie przedstawił żadnych wymaganych referencji,
7. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Solutions360, mimo, iż podmiot ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w cz. VI pkt. 1. lit. b) SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia,
8. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Solutions360 w sytuacji, gdy zawierała ona rażąco niską cenę.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez KIO odwołania i jego uwzględnienie,
- 2) w ramach czynności polegających na przygotowaniu rozprawy wniósł o to, by KIO (ewentualnie w osobie Prezesa) działając na podstawie art. 185 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 1191 §1 KPC w zw. z art. 248 § 1 KPC zobowiązała:

- a) CinematicVR, by ten dostarczył w terminie wyznaczonym przez KIO (ewent. Prezesa KIO), lecz jednak nie później niż w terminie 3 dni roboczych przed planowanym terminem rozprawy:
- 1) dokumenty umów zawartych pomiędzy CinematicVR a Polską Agencją Inwestycji i Handlu S.A., na podstawie których zlecono CinematicVR wykonanie usług wskazanych przez CinematicVR w Wykazie Usług Wykonanych w pkt. 1 tego wykazu,
 - 2) dokumenty faktur VAT wystawionych w wyniku realizacji umów, o których mowa w pkt. 1,
 - 3) potwierdzenia zapłaty wynagrodzenia za wykonanie umów, o których mowa w pkt. 1,
 - 4) dokumenty umów zawartych pomiędzy CinematicVR a Ars Thanea S.A., na podstawie, których zlecono CinematicVR wykonanie usług wskazanych przez CinematicVR w Wykazie Usług Wykonanych w pkt. 2 tego wykazu,
 - 5) dokumenty faktur VAT wystawionych w wyniku realizacji umów, o których mowa w pkt. 4,
 - 6) potwierdzenia zapłaty wynagrodzenia za wykonanie umów, o których mowa w pkt. 4,
 - 7) dokumenty umów zawartych pomiędzy CinematicVR a Hackcett Hamilton sp. z o.o., na podstawie, których zlecono CinematicVR wykonanie usług wskazanych przez CinematicVR w Wykazie Usług Wykonanych w pkt. 3 tego wykazu,
 - 8) dokumenty umów zawartych pomiędzy CinematicVR a Studiem Optimesh, na podstawie których realizowano współpracę obejmującą wykonanie usług wskazanych przez CinematicVR w Wykazie Usług Wykonanych w pkt. 3 tego wykazu,
 - 9) dokumenty faktur VAT wystawionych w wyniku realizacji umów, o których mowa w pkt. 7 i 8,
 - 10) potwierdzenia zapłaty wynagrodzenia za wykonanie umów, o których mowa w pkt. 7 i 8,
- b. zamawiającego, by ten dostarczył w terminie wyznaczonym przez KIO (ewent. Prezesa KIO), lecz jednak nie później niż w terminie 3 dni roboczych przed planowanym terminem rozprawy, dokumenty lub oświadczenia poświadczające czy zamawiający weryfikował tożsamość usług wskazywanych przez CinematicVR, jako zrealizowanych i świadczących o posiadanym doświadczeniu z treścią SIWZ, a jak tak to, z jakim rezultatem,

- c. zamawiającego, by ten dostarczył w terminie wyznaczonym przez KIO (ewent. Prezesa KIO), lecz jednak nie później niż w terminie 3 dni roboczych przed planowanym terminem rozprawy, dokumenty lub oświadczenia poświadczające czy zamawiający weryfikował tożsamość usług wskazywanych przez Solutions360, jako zrealizowanych i świadczących o posiadanym doświadczeniu z treścią SI WZ, a jak tak to, z jakim rezultatem,
- 3) w przypadku braku uwzględnienia powyższego wniosku (ujętego w ramy pkt 2) działając na podstawie § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wnosząc o analogiczne zobowiązanie CinematicVR oraz zamawiającego o dostarczenie ww. dokumentów i oświadczeń w w/w terminie, ewentualnie w trakcie rozprawy,
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania, w tym dowodu z:
- a) dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przygotowanie 8 scenariuszy i wyprodukowanie na ich podstawie 8 filmów reklamowych w technice sferycznej promujących polskie branże perspektywiczne w ramach realizacji Branżowych Programów Promocji w 2018 r.” nr referencyjny: BOK/BR-25-63/2017,
 - b) opinii biegłego na okoliczność ustalenia czy materiały wyprodukowane przez CinematicVR, a powołane w Wykazie Usług Wykonanych odpowiadają swoim usługom, których realizacją winien się legitymować wykonawca w ramach posiadanego zgodnie z s.i.w.z.,
- 5) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i badania ofert oraz czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy CinematicVR, jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 6) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w związku z czym wykluczenia CinematicVR oraz Solutions360 z postępowania (w konsekwencji odrzucenia ich ofert) oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej,
- 7) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz zwrotu kosztów według spisu, jaki przedłożony zostanie na rozprawie.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowych działań zamawiającego odwołujący doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji

osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający bezpodstawnie wybrał bowiem ofertę CinematicVR, mimo tego, iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Gdyby zamawiający postąpił w sposób prawidłowy, to zamawiający weryfikowałby dokumenty złożone przez kolejnego wykonawcę, które byłyby również przedmiotem oceny, a w wyniku tego winno dojść do odrzucenia oferty kolejnego wykonawcy Solutions360 - ewentualnie wszczęcia postępowania odwoławczego przed KIO, a oferta odwołującego miała by wówczas szansę zostać uznana za najkorzystniejszą z uwagi na fakt, że oferta odwołującego została oceniona na trzecim miejscu - co przesądza o naruszeniu interesu odwołującego. Tym samym, gdyby zamawiający postąpił prawidłowo, oferta odwołującego miałaby szansę w konsekwencji zostać uznana za najkorzystniejszą, a on mógłby uzyskać zamówienie. W konsekwencji, w wyniku błędnych czynności zamawiającego (w tym jego zaniechań), odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji zamówienia, co stanowi o naruszeniu jego interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i o możliwości powstania po jego stronie szkody (niemożliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący Cinematic VR złożył pismo procesowe, w którym szczegółowo odniósł się do zarzutów podniesionych przez odwołującego, wnosząc za zamawiającym o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach

procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadanego doświadczenia, CinematicVR oświadczył, iż zrealizował następujące usługi:

- a) usługę na rzecz Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. o wartości 123.000,- zł brutto,
- b) usługę na rzecz Ars Thanea S.A. o wartości 68.080,50 zł brutto,
- c) usługę na rzecz Hackett Hamilton sp. z o.o. o wartości 61.896,- zł brutto.

Odwołujący wskazał, iż CinematicVR składając oświadczenie, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu oświadczył, że usługi, o których mowa powyżej odpowiadają swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, każda z nich realizowana była w ramach osobnej umowy oraz ich wartość jest tożsama ze wskazaną w Wykazie Usług Wykonanych. Tymczasem już pobieżna analiza portfolio CinematicVR publikowanego na stronie <https://cinematicvr.pl/portfolio/promocvine-filmv-360-dia-p5ih/> nasuwa wnioski, iż filmy realizowane na rzecz Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. realizowane były na podstawie odrębnych umów. Świadczy o tym przede wszystkim powołanie się przez CinematicVR na realizację „dwóch projektów”. Odwołujący wskazał, iż z powszechnie dostępnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przygotowanie 8 scenariuszy i wyprodukowanie na ich podstawie 8 filmów reklamowych w technice sferycznej promujących polskie branże perspektywiczne w ramach realizacji Branżowych Programów Promocji w 2018 r.” nr referencyjny: BOK/BR-25-63/2017 wynika, iż zamówienie, którego dotyczyło w/w postępowanie składało się z 8 zadań, z których każde z zadań obejmowało przygotowanie jednego scenariusza i jednego filmu. Wybór wykonawcy dokonywany był dla każdej części odrębnie - i jak wynika z analizy wzoru umowy stanowiącej załącznik do s.i.w.z. - realizacja każdej z części zamówienia dokonywana była na podstawie odrębnej umowy. CinematicVR został wybrany do realizacji części II zamówienia za kwotę 61.500 zł brutto oraz realizacji części IV zamówienia za kwotę 61.500 zł brutto. Powyższe jednoznacznie potwierdza, zdaniem odwołującego, że CinematicVR realizował na rzecz Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. dwie odrębne usługi, których wartość wynosiła po 61.500 zł każda. Tymczasem zgodnie z treścią s.i.w.z. „przez usługę (na której wykonanie wykonawca powołuje się w celu wykazania doświadczenia) Zamawiający rozumie realizację usługi w ramach jednej umowy”. Jako, że usługi na rzecz PAIiH S.A. były realizowane niezależnie na podstawie osobnych umów, CinematicVR nie jest uprawniony do powołania się na realizację w/w usług, jako wykazujących jego doświadczenie. Wartość poszczególnych usług pozostaje również poniżej progu określonego przez zamawiającego na kwotę 100.000 zł brutto.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy CinematicVR, w zakresie, w którym wykonawca ten wykonał na rzecz Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360° o wartości 123.000 zł brutto, Izba uznała za bezzasadny.

Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 27 czerwca 2019 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 12 zmodyfikował pkt. VI.1 pkt b s.i.w.z., w ten sposób, że zamiast zapisu *„spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należyтым wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej trzech usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Za usługę* odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360⁰, z których co najmniej jedna ma wartość przynajmniej 100 000,00 zł brutto, a dwie pozostałe są na kwotę przynajmniej 50 000,00 zł brutto każda. *przez „usługę” Zamawiający rozumie realizację usługi w ramach jednej umowy”* wprowadził zapis o treści *„spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należyтым wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzech usług, z których każda polegała na wykonaniu wirtualnych spacerów typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360⁰, i z których co najmniej jedna usługa miała wartość przynajmniej 100 000,00 zł brutto, a dwie pozostałe usługi były o wartości przynajmniej 50 000,00 zł brutto każda *przez „usługę” Zamawiający rozumie realizację usługi w ramach jednej umowy/zamówienia”*.

Izba wskazuje, iż przystępujący CinematicVR przedstawił wykaz wykonanych usług, w którym podał, że zrealizował dla PALiH materiały filmowe na podstawie jednego zamówienia, jakim było zamówienie publiczne nr 621735. W wyniku wygrania tego zamówienia w dwóch z ośmiu części, zostały podpisane dwie odrębne umowy, które obejmowały ten sam przedmiot, zostały zawarte w tym samym dniu i realizowane były w ramach tego samego zadania, wypełniając tym samym dyspozycję zawartą w s.i.w.z. przedmiotowego postępowania. Na rozprawie przystępujący CinematicVR oświadczył, że projekty te, w ramach jednego zamówienia, były realizowane symultanicznie, co oznacza, że sposób, technika i technologia wykonania była tożsama, jedynie efekt końcowy zamówienia był odmienny albowiem dotyczył dwóch różnych zakresów tematycznych,

różnych branż. Tym samym uznać należało, iż powyższe okoliczności jednoznacznie stanowią o tym, że przystępujący zrealizował na rzecz PALiH jedno zamówienie, a w tym samym w pełni sprostął wszystkim wymaganiom zamawiającego określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy CinematicVR, w zakresie, w którym wykonawca zgodnie z opisem zamówienia realizowanego na rzecz PALiH przedmiotem zamówienia było przygotowanie 1 scenariusza i wyprodukowanie na jego podstawie 1 filmu reklamowego w technice sferycznej, podczas gdy zdaniem odwołującego warunek s.i.w.z. dotyczył wyprodukowania więcej niż 1 filmu 360°, Izba uznała za bezzasadny.

Odwołujący podniósł, iż z treści dokumentacji postępowania na *„Przygotowanie 8 scenariuszy i wyprodukowanie na ich podstawie 8 filmów reklamowych w technice sferycznej promujących polskie branże perspektywiczne w ramach realizacji Branżowych Programów Promocji w 2018 r.”* wynika, iż usługa realizowana przez CinematicVR obejmowała realizację 1 scenariusza i wyprodukowanie na jego podstawie 1 filmu. Tymczasem, zdaniem odwołującego, w celu wykazania odpowiedniego doświadczenia wykonawca zobligowany był do wykazania, iż zrealizował usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia uważa się usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360°. Już sama literalna wykładnia treści s.i.w.z. nie pozostawia wątpliwości, iż na usługę zrealizowaną przez wykonawcę, na którą powołuje się w ramach posiadanego doświadczenia, winna składać się produkcja złożona z więcej niż 1 filmu 360°. Świadczy o tym mianowicie użycie liczby mnogiej *„filmów 360°”*. Analogiczne sformułowanie, prowadzące do oczywiście analogicznych wniosków użyte zostało w treści załącznika nr 5v do s.i.w.z., gdzie wykonawca zobowiązany był o wskazania usług polegających na *„wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° (ponownie liczba mnoga) i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360°”* (ponownie liczba mnoga).

W ocenie odwołującego, mając na uwadze, iż produkcje wykonywane przez CinematicVR na rzecz PALiH stanowiły pojedyncze filmy (nie zaś materiały składające się z więcej niż 1 filmu), nie sposób uznać, aby ich realizacja mogła być przez CinematicVR przywoływana w ramach wykazywanego doświadczenia, warunkującego udział w postępowaniu.

W ocenie Izby, opis spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, odnosi się do wykazania przez wykonawców filmów o odpowiednich wartościach, tj. 1 o wartości 100 000 zł i 2 o wartości 50 000 zł każdy, w sumie 3 filmów.

Podkreślić należy, że główną intencją zamawiającego było, aby wykonawca wykazał swoje doświadczenie poprzez wartość i liczbę wykonanych usług/zamówień. Nie ulega bowiem wątpliwości, że to właśnie te elementy, a nie liczba filmów wykonanych w ramach jednej usługi/jednego zamówienia zostały wyeksponowane przez zamawiającego. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób wyraźny wskazuje, iż każdy wykonawca musiał wykazać doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie „co najmniej trzech usług/zamówień”, z których każda musiała mieć określoną przez zamawiającego minimalną wartość. Skoro zatem przystępujący wykazał odpowiednią liczbę usług o odpowiedniej wartości wymaganej przez zamawiającego, to nie sposób uznać, że daleko posunięta nadinterpretacja postanowień s.i.w.z., na tym etapie postępowania dokonana przez odwołującego, znajduje swoje uzasadnienie.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy CinematicVR, w zakresie, w którym przystępujący wykonał na rzecz Hackett Hamilton sp. z o.o. (HH) usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360° o wartości 61.896,- zł brutto, podczas gdy była ona wykonywana przez przystępującego oraz studio Optimesh, co powoduje, że wartość usługi faktycznie wykonanej przez przystępującego jest mniejsza niż deklarowana w Wykazie Usług Wykonanych, Izba uznała za bezzasadny.

Odwołujący podniósł, iż powołanie się przez CinematicVR na doświadczenie wynikające z realizacji usługi na rzecz HH pozostaje wadliwe. Zakres usługi realizowanej przez CinematicVR na rzecz HH nie odpowiada zakresowi doświadczenia oczekiwanego od wykonawcy. Odwołujący wskazał, iż pobieżna analiza informacji prezentowanych w portfolio CinematicVR na stronie internetowej pod adresem <https://cinematicvr.pi/portfolio/amundsen-vr-experience/> prowadzi do wniosku, że wartość usługi faktycznie wykonanej przez CinematicVR jest mniejsza niż deklarowana w Wykazie Usług Wykonanych. Wynika to z faktu, iż zgodnie z zamieszczonymi na stronie informacjami umowa realizowana była przez CinematicVR wraz z podmiotem określonym, jako Studio Optimesh. W przypadku przyjęcia, że usługa na rzecz HH była realizowana przez dwa podmioty, wówczas CinematicVR nabył realne doświadczenie wyłącznie w zakresie kwoty odpowiadającej uzyskanemu przez niego wynagrodzenia i jedynie na realizację usługi o takiej wartości może się powoływać. Istotnym jest więc, iż dla wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem uzyskanym w wyniku realizacji usługi wspólnie z innym podmiotem kluczowe jest, aby realizacja ta odbywała się w oparciu o umowę konstruującą solidarną odpowiedzialność konsorcjantów za wykonane zamówienie. W przeciwnym wypadku brak jest podstaw do

przyznania wykonawcy uprawnień do powoływania się na usługi wykonane przez inny podmiot. W ocenie odwołującego brak jest natomiast podstaw do przyjęcia, jakoby usługa na rzecz HH miała być wykonywana w formie dopuszczającej powoływanie się przez wykonawców na całość prac. Świadczy o tym przede wszystkim fakt wyszczególnienia czynności realizowanych przez każdego z wykonawców.

Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał żadnym dowodem, czy usługa realizowana była faktycznie przez przystępującego łącznie (w konsorcjum) z drugim wykonawcą, ani jaki był faktycznie podział wartości zamówienia na poszczególnych wykonawców. W tym zakresie za wiarygodne Izba przyjęła oświadczenie przystępującego, który wskazał, iż nie realizował ww. zamówienia w ramach grupy wykonawców, czy też w ramach konsorcjum. Okolicznością bezsprzeczną bowiem jest, że przystępujący był podmiotem, który w całości i bezpośrednio przed HH odpowiadał za powierzone mu zadanie inwestycyjne. Powyższe okoliczności potwierdza, wystawiona przez HH referencja, której wyłącznym adresatem jest przystępujący. Izba, wobec braku dowodów przeciwnych, dała wiarę oświadczeniom przystępującego, iż Studio Optimesh pełniło rolę tylko i wyłącznie podwykonawcy, który wykonując powierzony mu zakres czynności, podlegał instrukcjom przystępującego.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy CinematicVR, w zakresie, w którym przystępujący wykonał na rzecz HH, usługę polegającą na wykonaniu wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360° o wartości 61.896,- zł brutto, w sytuacji, gdy usługi na rzecz HH dotyczyły produkcji filmu animowanego, czyli wykonanego techniką cyfrową, podczas, gdy wykonawca zobligowany był do wykazania doświadczenia w zakresie produkcji „filmu” lub osadzenia w wirtualnej rzeczywistości „filmu”, czyli zgodnie z obowiązującą definicją materiału rejestrowanego kamerą, Izba uznała za bezzasadny.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z powszechną definicją film animowany to rodzaj filmu, w którym obrazów nie uzyskuje się na drodze rejestrowania zjawisk (w sposób ciągły) przy pomocy kamery. Źródłem danych jest często ręcznie rysowana grafika, która przedstawia na pojedynczych klatkach filmu kolejne fazy ruchu (stąd też film animowany określa się zazwyczaj mianem filmu rysunkowego lub kreskówki). Można w nim wykorzystywać również techniki animacji poklatkowej zdjęć poklatkowych. Pojęcia filmu i filmu animowanego nie są tożsame, stąd też brak jest podstaw do ich zrównywania przez CinematicVR i powoływania się w ramach oczekiwanego doświadczenia obejmującego wykonanie wirtualnych spacerów zawierających filmy 360° i/lub produkcji typu wirtualna rzeczywistość zawierających filmy 360° animacji komputerowych w technice 3d. Odwołujący zarzucił, że w celu wykazania odpowiedniego doświadczenia wykonawca zobligowany był do wskazania, iż zrealizował

usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Literalna wykładnia treści s.i.w.z. nie pozostawia wątpliwości, iż na usługę zrealizowaną przez wykonawcę, na którą powołuje się w ramach posiadanego doświadczenia, winna więc składać się produkcja złożona z więcej niż 1 filmu 360. Animacja stworzona natomiast przez CinematicVR na rzecz HH w całości techniką cyfrową nie spełnia natomiast powyższych warunków, gdyż nie zawiera w sobie więcej niż 1 (a nawet żadnego) filmu zarejestrowanego kamerą.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zdefiniował pojęcia „filmu”, co oznacza, że każda produkcja, której finalnym efektem jest ruchomy obraz wypełnia definicję filmu. Nadto podnieść należy, iż zamawiający nie wyłączył w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia produkcji animowanych. Jak słusznie podał przystępujący, nie można przyjąć, że zamawiający zawęził definicję filmu tylko i wyłącznie do filmu, który został nagrany kamerą, przez co wykluczył możliwość powoływania się na doświadczenie zdobyte przy realizacji filmu animowanego. W ocenie Izby, słusznie przystępujący podniósł, iż przytoczona przez odwołującego definicja filmu (ograniczona tylko i wyłącznie do materiału rejestrowanego kamerą), sprowadzająca jednocześnie animację do ręcznie rysowanej „kreskówki”, jest nie do przyjęcia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że nie uwzględnia ona szeregu nowych technologii cyfrowych, którymi posługuje się dzisiejsza kinematografia, a zwłaszcza twórcy zajmujący się interaktywnymi formami VR. W tradycyjnej kinematografii od lat stosuje się efekty specjalne (CGI ang. Computer Generated Imagery) i animację komputerową, które w niektórych produkcjach stanowią połowę (i więcej) materiału filmowego. Film zawierający nawet przeważającą część materiału wygenerowanego cyfrowo, bez wątplenia nadal jest filmem. Dodatkowo, zauważyć należy, iż sam odwołujący przedstawiając swoją argumentację posługuje się sformułowaniami: „film animowany”, „film rysunkowy”, co oznaczać może, że przyporządkowuje tego rodzaju produkcje do jednego z rodzaju filmów.

W konsekwencji powyższych ustaleń, Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia CinematicVR mimo, iż podmiot ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w cz. VI pkt 1 lit. b s.i.w.z. w zakresie wymaganego doświadczenia.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 2 pkt 2 w zw. z §14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez brak wezwania CinematicVR do przedstawienia dokumentu

wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w wykonaniu usługi o wartości przekraczającej 50.000,- zł brutto, w związku z faktem, że wydruk wiadomości mailowej przedłożony na wykazanie spełnienia przedmiotowego warunku podpisany, jako mający pochodzić od Ars Thanea S.A., nie pozwala na stwierdzenie na rzecz jakiego podmiotu został wystawiony, ani od jakiego podmiotu pochodzi, a z ostrożności w przypadku uznania, że pochodzi od Ars Thanea S.A. - wydruk nie może zostać uznany za pochodzący od Ars Thanea S.A. wobec nadania go pocztą elektroniczną przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji podmiotu, Izba uznała za bezzasadny.

Odwołujący podniósł, iż choć przepisy rozporządzenia nie zawierają wyraźnych wytycznych, co do niezbędnego kształtu referencji, to jednak pewne warunki zostały w tym zakresie wypracowane przez praktykę orzeczniczą. Wydruk wiadomości mailowej przedstawiony przez CinematicVR wymogów tych nie spełnia. W jego treści nie zawarto bowiem żadnego odniesienia do firmy wykonawcy, a wręcz przeciwnie - adresat wiadomości zwrócił się personalnie do osoby o imieniu „K.” - zapewne K.Z. Tymczasem, jak wynika z danych ujawnionych w CEIDG – K.Z. do 28 lutego 2018 roku prowadził (obecnie ma status zawieszony) jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą (...). Przedmiotem działalności gospodarczej K.Z. była działalność związana z produkcją filmów, nagrań wideo i programów telewizyjnych, a w ramach prowadzonej działalności K.Z. posługiwał się adresem e-mail kontakt@cinematicvr.pl (ujawnionym w CEIDG), a więc adresem na jaki skierowana została wiadomość przedstawiona następnie przez CinematicVR, jako potwierdzenie wykonania usług przez spółkę. Fakt jednak, iż po pierwsze w treści wiadomości brak jest wyraźnego określenia podmiotu, którego usług dotyczy, po wtóre została skierowana bezpośrednio do osoby o imieniu „K.”, a ostatecznie została nadana na adres mailowy powszechnie wykorzystywany przez K.Z., w prowadzonej jednoosobowej działalności gospodarczej nie pozwala na uznanie przedmiotowego dokumentu za odpowiadającego wymogom rozporządzenia i potwierdzającego należyte wykonanie usług przez CinematicVR. wydruk wiadomości e-mail przedstawiony przez CinematicVR, jako poświadczający prawidłowe wykonanie usług na rzecz Ars Thanea S.A. nie zawiera informacji pozwalających na stwierdzenie, przez jaki podmiot został wydany. Bezpośrednio pod treścią dokumentu umieszczono bowiem podpis „(...) Head of XR & Partner”. Określenie „XR & Partner” jest natomiast określeniem o nieznanym treści. Wobec zatem faktu, iż w treści wiadomości mailowej nadanej na adres kontakt@cinematicvr.pl nie wskazano wprost wystawcy referencji, nie sposób, aby uznać jej za spełniającą wymogi rozporządzenia. Odwołujący podniósł również, iż na wypadek uznania, jakoby mail nadany na adres kontakt@cinematicvr.pl miał zostać uznany za pochodzący od Ars Thanea S.A. odwołujący zarzucił, iż pochodzi on od osoby nieuprawnionej do reprezentacji w/w podmiotu.

W ocenie Izby, analiza przedłożonego poświadczenia (referencji) uzupełniająco wsparta oświadczeniem przystępującego, wskazuje na czyją rzecz została wystawiona, przez kogo została podpisana oraz jakiego zadania dotyczyła. Nadto odwołujący kwestionując powyższą referencję winien udowodnić, że zawiera ona informacje, które nie znajdują odzwierciedlenia w wykazie wykonanych usług. Forma, w jakiej zostało złożone przedmiotowe oświadczenie wiedzy, jakim jest z pewnością dokument referencji, nie jest sprzeczny z zasadami określonymi przepisami rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów. Rozporządzenie to stanowi bowiem, iż dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem (§14 ust. 2 rozporządzenia). Przedmiotowa referencja została złożona w elektronicznej kopii dokumentu, podpisana przez osobę upoważnioną. Izba stwierdziła, że z referencji wprost wynika, przez kogo została ona wystawiona, świadczą o tym dwa elementy, tj. adres e-mail, z którego została wysłana oraz sama jej treść, cyt. *„Chciałem w imieniu całego zespołu Ars Thanea (...)”*. W referencji znajduje się również odwołanie do przedmiotu usługi wykazanej w Wykazie Usług oraz do wysokiej jakości wykonanej usługi. Podnieść należy, że odwołujący nie kwestionował, po pierwsze samego faktu wykonania usługi, po drugie jakości jej wykonania. W tym miejscu należy podkreślić, że potwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wykaz wykonanych usług, a referencje (poświadczenia) dotyczą jedynie poprawności jej wykonania. Skoro zatem odwołujący nie zarzucił faktu wykonania usługi ani jej poprawności, to zarzut dotyczący formy poświadczenia, nie może decydować o wadliwości czynności zamawiającego.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nieodrżucenie oferty wykonawcy CinematicVR w sytuacji, gdy zawierała ona rażąco niską cenę, względnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewezwanie wykonawcy CinematicVR do udzielenia dalszych wyjaśnień w sytuacji, gdy dotychczas udzielone w istocie nie stanowią rzetelnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i nie udzielają odpowiedzi na wszystkie zadane pytania, Izba uznała za niezasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, że podstawa prawna żądania odwołującego w zakresie zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie zaniechania wezwania przez zamawiającego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, jest błędna, albowiem przywołany przez odwołującego przepis odnosi się do dokumentów podmiotowych wykonawcy, a nie do procedury wyjaśniania ceny ofertowej. Niemniej przyporządkowując opis naruszenia do właściwej podstawy prawnej, Izba nie stwierdziła wadliwości czynności zamawiającego w tym zakresie. Zdaniem Izby przystępujący w sposób wyczerpujący, odpowiadając wprost na pytania zamawiającego wyjaśnił sposób kształtowania

i racjonalizacji ceny ofertowej na określonym w ofercie poziomie. Dlatego też, brak było podstaw do dodatkowego wzywania tego wykonawcy do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (RNC).

Co do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, z uwagi na okoliczność, że zawiera ona RNC, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny.

W szczególności Izba wskazuje, iż odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na podnoszone w odwołaniu okoliczności. Same twierdzenia odwołującego, bez chociażby uprawdopodobnienia ich prawdziwości nie mogą przesądzać o zasadności stawianego zarzutu. A to na odwołującym, który wywodzi określone skutki prawne spoczywa obowiązek dowodowy (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 KC).

Z uwagi na okoliczność, iż postępowanie jest prowadzone w trybie art. 24aa ustawy Pzp, czy w tzw. procedurze odwróconej, Izba za bezzasadne uznała zarzuty dotyczące wykonawcy Solutions360 w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zamawiający nie przeprowadził w odniesieniu do tego wykonawcy procedury z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym wykonawca ten nie był jeszcze podmiotem badanym przez zamawiającego pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż postępowanie takie prowadzone jest wyłącznie (w procedurze odwróconej) w stosunku do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w ramach kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż odwołujący (podobnie jak w odniesieniu do oferty wykonawcy CinematicVR) nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie okoliczności podnoszonych w odwołaniu. Dlatego też zarzut powyższy, jako niepotwierdzony, należało oddalić.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego uznając, iż dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki postępowania.

Izba oddaliła wnioski dowodowe powołane przez odwołującego w trybie art. 185 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 1191 §1 KPC w zw. z art. 248 § 1 KPC, albowiem zgodnie z powołanym przepisem ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Tym samym wyłączona jest możliwość zastosowania przepisu art. 248 § 1 KPC, a jedynie w ograniczonym zakresie przepisy o sądzie polubownym (arbitrażowym). Nadto przepisy

ustawy Pzp, wprost odwołują się poprzez art. 14 ustawy Pzp, do ustawy Kodeks Cywilny, a nie do KPC. W zakresie postępowania dowodowego zaś, przepisy ustawy Pzp regulują tę kwestię w sposób tożsamy, jak przepisy KC, tj. art. 190 ust. 1 ustawy Pzp i art. 6 KC - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Dlatego też Izba postanowiła jw.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: