

Sygn. akt: KIO 137/21  
154/21

**WYROK**  
z dnia 22 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**  
**Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 08 i 16 lutego 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 10.01.2021 r. przez Wykonawcę **PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. (ul. Przecławska 8, 03-879 Warszawa)**

B. w dniu 11.01.2021 r. przez Wykonawcę **TPF Sp. z o.o. (ul. Annapol 22, 03-236 Warszawa)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego (Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń)**

przy udziale:

A. Wykonawcy **TPF Sp. z o.o. (ul. Annapol 22, 03-236 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 137/21 po stronie Odwołującego

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: W. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEON W. N.; J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEON J. P., (ul. Bór 180, 42-202 Częstochowa)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 137/21 i KIO 154/21 po stronie Zamawiającego

C. Wykonawcy **Promat TOP Sp. z o.o. (ul. Przecławska 8, 03-978 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 154/21 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. (ul. Przecławska 8, 03-879 Warszawa)** oraz Wykonawcę **TPF Sp. z o.o. (ul. Annapol 22, 03-236 Warszawa)** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. (ul. Przecławska 8, 03-879 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **TPF Sp. z o.o. (ul. Annapol 22, 03-236 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania

3.1 zasądza od Odwołującego **PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. (ul. Przecławska 8, 03-879 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego (Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń)** kwotę **1800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

3.2 zasądza od Odwołującego **PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o. (ul. Przecławska 8, 03-879 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego (Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń)** kwotę **1800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**

**UZASADNIENIE**

Sygn. akt: KIO 137/21

Zamawiający Województwo Kujawsko-Pomorskie - Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko - Pomorskiego w Toruniu w imieniu, którego działają jako Pełnomocnik Zamawiającego zgodnie z art. 15 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Opracowanie kompletnej dokumentacji technicznej dla Zadania pn. "Przebudowa i rozbudowa istniejącego starego budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego przy ul. Św. Józefa 53-59 w Toruniu - II etap rozbudowy".

**Ogłoszenie o zamówieniu** ukazało się 19 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 097-231744.

Odwołujący **PROMAT Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o.** wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w wyniku zaniechania wykluczenia wykonawcy **Konsorcjum NEON** pomimo tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia i wprowadził tym samym Zamawiającego w błąd; art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w wyniku zaniechania wykluczenia wykonawcy **Konsorcjum NEON** pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy oraz doświadczenia; art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w wyniku zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy **Konsorcjum NEON** wobec złożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień nie zawierających żądanych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 26.06.2020 r. oraz w drugim wezwaniu z dnia 18.11.2020 r. informacji, w tym wobec braku przedłożenia żądanych w powyższym wezwaniu dowodów, które miały rozwiązać wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu i SIWZ, jak również wobec wystąpienia istotnych rozbieżności pomiędzy dwukrotnie składanymi przez **Konsorcjum NEON** wyjaśnieniami i wobec niezasadnego przyjęcia przez tego wykonawcę, że część kosztów została ujęta w tych elementach wynagrodzenia, które nie są adekwatne do takiego założenia (wg oświadczenia **Konsorcjum NEON** ujęcie kosztów prac projektowych branży drogowej w rubryce „koszty

pozostałe”, czy też kosztów przygotowania pokoju pokazowego i nadzoru realizacji przebiegu prac projektowych w rubryce „nadzór autorski”); stanowiący jednocześnie o niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 24.11.2020 r. złożonych przez Konsorcjum NEON, tj. od strony 2 do strony 14, zawierającej treść wyjaśnień wraz z załącznikami pomimo, że nie wystąpiły przesłanki do objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa oraz wykonawca Konsorcjum NEON nie zastrzegł skutecznie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym doszło do nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji na skutek niezgodnej z prawem odmowy udostępnienia tych informacji Odwołującemu. Dodatkowo w ramach tego samego zarzutu, zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 08.01.2021 r., wykonawca Konsorcjum NEON objął w sposób nieuprawniony zastrzeżeniem zasadniczą część uzasadnienia prawnego i faktycznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu dodatkowego wezwania wykonawcy Konsorcjum NEON do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub złożenia w tym przedmiocie dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum NEON i powtórzenia badania i oceny ofert, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum NEON na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp lub na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wobec złożenia przez wykonawcę Konsorcjum NEON wyjaśnień nie zawierających żądanych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 26.06.2020 r. oraz dnia 18.11.2020 r. informacji, w tym wobec braku przedłożenia żądanych w powyższym wezwaniu dowodów i nieścisłości wynikających z treści obu wyjaśnień, nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum NEON na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny i jednocześnie niezgodnej z treścią SIWZ oraz nakazania Zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum NEON w treści wyjaśnień z dnia 24.11.2020 r. i/lub nakazanie Zamawiającemu odtajnienia uzasadnienia prawnego i faktycznego dla zastrzeżonych informacji; nakazanie odtajnienia informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przy piśmie z dnia 24.11.2020 r. zarówno w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą jak i w zakresie zastrzeżonej części wyjaśnień; w ramach alternatywnych zarzutów: nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Konsorcjum NEON do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i/lub wezwania do złożenia wyjaśnień wobec tego, że obecnie złożone zadania w poz. 1 i 3 nie spełniają warunku udziału, gdyż zostały wykonane wspólnie z innym wykonawcą; przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie.

Zamawiający w treści SIWZ w Rozdziale III zatytułowanym Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania żądał złożenia Wykazu wymaganych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Wymagane dokumenty na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

W wyniku modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ z dnia 05.06.2020 r. warunki odnoszące się do zdolności technicznej i zawodowej uzyskały ostatecznie następujący kształt:

3) Zdolność techniczna lub zawodowa.

Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty wstępne oświadczenie w formie jednolitego dokumentu (część IV sekcja 2) - Załącznik Nr 6 do SIWZ, a ten którego oferta zostanie najwyżej oceniona, na wezwanie Zamawiającego także dokumenty potwierdzające okoliczności, że:

wykonał minimum:

a1) projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu ochrony zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup> w ilości minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy dla tej samej inwestycji oraz

a2) projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu ochrony zdrowia o powierzchni netto nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup> dla różnych inwestycji w ilości minimum projekt budowlany i wykonawczy dla każdej z inwestycji (łącznie a 1 i a 2 30 000 m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej);

w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Wykaz usług należy przygotować wg wzoru stanowiącego Załącznik Nr 4 do SIWZ.

W ocenie Odwołującego pierwsza z wymienionych usług (oznaczona lit. a1 w ogłoszeniu o zamówieniu) powinna być wykonana w ramach odrębnej i kompleksowej umowy (dosł. „dla tej samej inwestycji”), jednocześnie dotyczyć obiektu ochrony zdrowia, dla którego uzyskano ostateczną decyzję pozwolenia na budowę i którego powierzchnia użytkowa była nie mniejsza niż 15000 m<sup>2</sup>. W ramach drugiej usługi (lit. a2) dopuszczalne jest połączenie kilku inwestycji (umów) celem spełnienia tej części warunku odnośnie powierzchni netto, jednakże łączna powierzchnia użytkowa dla obu części warunku (lit. a1 i a2) powinna wynosić 30.000 m<sup>2</sup>.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści warunku posługuje się dwoma odrębnymi pojęciami, tj. powierzchnią netto oraz powierzchnią użytkową budynku.

Odwołujący wyjaśnił, że powierzchnia użytkowa to powierzchnia pomieszczeń służących do zaspokajania potrzeb związanych bezpośrednio z celem i przeznaczeniem budynku na wszystkich kondygnacjach. Jest ona całkowicie odmienna w przypadku budynków mieszkalnych i całkowicie inaczej określana np. w budynkach służby zdrowia. Składa się z powierzchni podstawowej (dla budynku mieszkalnego będą to pokoje dzienne, sypialnie, zaś w obiektach służby zdrowia sale operacyjne, sale chorych, izolatki, gabinety zabiegowe, gabinety lekarskie, pomieszczenia socjalne, szatnie, łazienki, pomieszczenia utrzymania czystości, magazyny, apteki itd.) i powierzchni pomocniczej (w obiektach

mieszkalnych będą to kuchnie, spiżarnie, łazienki, korytarze, klatki schodowe, pralnie, pomieszczenia gospodarcze, pomieszczenia techniczne, zaś w obiektach służby zdrowia np. pomieszczenia techniczne obejmujące maszynownie, pomieszczenia wentylarni i klimatyzacji, serwerownie itp. Do powierzchni użytkowej nie wliczamy: garaży, pomieszczeń technicznych, kotłowni, nieużytkowych strychów, poddaszy do późniejszej adaptacji na cele mieszkalne, ogrodów zimowych i składników ogrodowych znajdujących się poza budynkiem. Powierzchnia pomieszczeń pod skośną połączy dachu liczona jest wg określonych zasad: powierzchnie o wysokości 1,4 m do 2,2 m zaliczamy jako użytkowe w 50%, powyżej 2,2 m jako 100%, a wysokość mniejszą niż 1,4 m pomijamy całkowicie.

Powierzchnia netto to powierzchnia wewnętrzna budynku ograniczona przez elementy konstrukcyjne zamykające pomieszczenia. Wliczamy do niej elementy nadające się do demontażu, takie jak ścianki działowe, kanały oraz elementy zewnętrzne: balkony, loggie, podcienie. Nie wliczamy ścian konstrukcyjnych, strychów nieużytkowych, antresoli.

Zatem powierzchnia użytkowa budynku to suma powierzchni użytkowych poszczególnych pomieszczeń, a powierzchnia netto to powierzchnia całego budynku i jego elementów, bez konstrukcji. Co do zasady powierzchnia netto jest większa od sumy powierzchni użytkowych.

W obiektach szpitalnych (a takie zostały wskazane na potwierdzenie warunku przez Konsorcjum NEON) powierzchnia użytkowa jest o 15 - 25% mniejsza niż powierzchnia netto, gdyż do powierzchni użytkowej nie wlicza się szeregu pomieszczeń technicznych, które w szpitalach stanowią od 15 do 25% powierzchni netto.

Wykonawca Konsorcjum NEON w dokumencie JEDZ udzielił negatywnej odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” (str. 6 JEDZ)

Na potwierdzenie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie Konsorcjum NEON przedstawiło trzy dokumenty referencyjne.

Pierwszym z zadań wskazanych w wykazie było zadanie: „Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej budynku przeznaczonego na cele medyczne oraz lądowiska wyniesionego dla śmigłowców LPR realizowanych w ramach inwestycji pn. "Wieloletni program medyczny - rozbudowa i modernizacja Szpitala Uniwersyteckiego nr 2 im, dr, Jana Bizuela w Bydgoszczy." (pozycja nr 1 wykazu usług).

Konsorcjum NEON zrealizował ww. inwestycję w konsorcjum z firmą Archimmodicus. W opinii Odwołującego uzyskał więc doświadczenie jedynie w zakresie faktycznie wykonanych prac i tylko w tym zakresie może powoływać się na zdobyte doświadczenie.

Odwołujący wskazał, że z § 5 ust. 1 umowy szczegółowej do umowy konsorcjum nr 01/12/2018 z dnia 10.12.2018 r. zawartej dla powyższej inwestycji pomiędzy NEON W. N. oraz Archimmodicus Spółka jawna wynika, że strony tej umowy dokonały podziału zadań w taki sposób, że ten pierwszy wykonawca zrealizował 33% zakresu przedmiotowego i tylko w tym zakresie może powoływać się na zdobyte doświadczenie.

W piśmie z dnia 24.11.2020 r. Konsorcjum Neon podtrzymuje jedynie oświadczenia składane wcześniej, iż był uprawniony do powoływania się na wskazane zadanie gdyż każdy z wykonawców wówczas występujących wspólnie dedykował po jednym projektancie każdej branży, ale jednocześnie nie odnosi się i nie kwestionuje faktu wynikającego z umowy z 10.12.2018, w której jasno określono udział NEON jedynie na 33% realizacji.

Jak wynika z projektu wykonanego w ramach ww. zadania, projektanci zarówno realizujący projekt, jak i projektant sprawdzający są to pracownicy konsorcjanta Archimmodicus a nie NEON.

Dowodem przeciwnym miałyby być jedynie własne oświadczenie Wykonawcy NEON oraz oświadczenie ówczesnego konsorcjanta z dnia 20.10.2020 r., w którym w ogóle nie odnosi się on do tego jaki zakres faktycznie wykonały poszczególne podmioty a jedynie stawia ogólne, enigmatyczne oświadczenia.

Konsorcjum Neon zrealizowało inwestycję w konsorcjum z firmami Pracownia Projektowa M. J. oraz firmą Autorska Pracownia Architektoniczna nr 1 mgr inżynier M. B. . Wobec powyższego mogło nabyć doświadczenie jedynie co do zakresu wykonywanych prac. Konsorcjum NEON nie może powoływać się na całość doświadczenia wynikającego z realizacji ww. usługi, jeżeli zrealizowało ją w ramach konsorcjum i udział ograniczał się jedynie do części tej usługi.

W piśmie z 24.11.2020 r. Konsorcjum NEON wskazał, że wykonał wszystkie prace stanowiące przedmiot zamówienia a zaangażowanie konsorcjantów miało na celu przyspieszenie realizacji projektu - siłą rzeczy potwierdził, że nie wykonał zamówienia siłami własnymi, lecz wykonywali go również pracownicy konsorcjantów. Oświadczenie to w opinii Odwołującego stoi w sprzeczności z oświadczeniem uprzednim, iż wykonał cały przedmiot zamówienia.

Potwierdzają to oświadczenia konsorcjantów załączone do ww. pisma. Konsorcjanci nie informują, jaki konkretnie zakres został przez poszczególne podmioty wykonany. Fakty przyznane przez stronę przeciwną nie wymagają dalszych dowodów.

W konsekwencji odwołujący stwierdził, że Wykonawca Konsorcjum NEON nie mógł powołać się na całość doświadczenia związanego z tymi inwestycjami, jak również przedstawił nieprawdziwe informacje jakoby sam zrealizował ww. zadania. Przedstawienie tych danych przez wykonawcę miało wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą po weryfikacji spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jako kolejne zadanie w wykazie Wykonawca Konsorcjum Neon przedstawił zadanie realizowane w Zduńskowolskim Szpitalu Powiatowym Spółka z o.o. (poz. 2 wykazu usług)

Wykonawca w wykazie usług wskazał, iż powierzchnia użytkowa wynosiła dla tego zadania 19 998,36 m<sup>2</sup>. Jak wskazał Odwołujący, z wyjaśnień wykonawcy z 24.11.2020 r., jak również pisma Inwestora z 04.09.2020 r. wynika, że wykonawca wykonał w ramach zadania, na które się obecnie powołuje w wykazie usług, dokumentację projektową o powierzchni 13 232,80 m<sup>2</sup>, zaś dopiero w wyniku zawarcia porozumienia z dnia 07.09.2016 r. została podpisana odrębna umowa. Jak wskazuje Szpital w Zduńskiej Woli w piśmie z 04.09.2020 r. umowa ta została podpisana 15.09.2016 r. i przewidywała wykonanie dokumentacji projektowej zamiennej - powierzchnia użytkowa projektu zamiennego wynosiła 6,765,56 m<sup>2</sup>. Zakończenie realizacji wykonania dokumentacji zamiennej, jak wskazuje sam wykonawca w ww. piśmie nastąpiło dopiero w dniu 15.10.2016 r. Obie dokumentacje projektowe były osobną podstawą wydania dwóch decyzji pozwolenia na budowę i były wykonane na podstawie dwóch umów - a nie jak twierdzi wykonawca w piśmie z 24.11.2020 r. na podstawie aneksu umowy 22/2015. Dokument referencyjny został wystawiony przez Szpital we wrześniu 2016 r. - a więc w momencie zawarcia kolejnej umowy na projekt zamienny, zaś wykonawca w wykazie usług wskazał datę zakończenia na miesiąc 10.2016 r. Złożone w postępowaniu poświadczenie dotyczy pierwszej umowy tj. 22/15, gdyż druga umowa na projekt zamienny zakończyła się dopiero w październiku.

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum NEON stworzył wrazenie (w szczególności w piśmie z dnia 24.11.2020 r.), iż projekt pierwotny był wykonany jako etap I (z powierzchnią ok 13 tys. m<sup>2</sup>) a projekt zamienny jako etap II (z powierzchnią ok 6 tys. m<sup>2</sup>) tej samej umowy. Wobec tej argumentacji wykonawca podał w wykazie datę zakończenia realizacji projektu zamiennego i zsumował powierzchnię z jednej i drugiej umowy, co nie znajduje podstaw wobec pisma ze Szpitala w

Zduńskiej Woli.

Zdaniem Odwołującego nie jest prawdziwe oświadczenie NEON złożone w wykazie usług, iż dokumentacja dla Zduńskiej Woli dotyczyła obiektu o powierzchni użytkowej 19 998,36 m<sup>2</sup> oraz oświadczenie NEON w złożonych wyjaśnieniach z 24.11.2020 r. o tym, że dokumentacja pierwotna i dokumentacja zamienna została wykonana na podstawie jednej umowy i aneksu do niej.

W opinii Odwołującego Konsorcjum NEON nie miało żadnych podstaw do wskazania w wykazie usług w poz. nr 2 wartości powierzchni użytkowej na poziomie 19.998,36 m<sup>2</sup>. Informacja ta jest nieprawdziwa, o czym doskonale wiedział wykonawca Konsorcjum NEON, gdyż to jeden z członków tego Konsorcjum był wykonawcą tego projektu.

Jak podkreślił Odwołujący obowiązkiem wykonawcy Konsorcjum NEON było rzetelne prezentowanie informacji, nie tylko w zgodzie z rzeczywistym stanem rzeczy, lecz również w zgodzie z obecnie obowiązującym orzecznictwem w zakresie możliwości powołania się wykonawcy na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum.

Co do poszczególnych pozycji wykazu usług w ogóle nie można mówić o jakiegokolwiek pomyłce, niedbalstwie czy lekkomyślności, gdyż stroną umowy był sam wykonawca składający w tym zakresie w toku postępowania oświadczenie wiedzy (zawarte w wykazie usług), które nie odpowiadało rzeczywistemu stanowi rzeczy. Było ono więc nieprawdziwe i wprowadzające zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp,

Zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z 26.06.2020 r. zatytułowanym „Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny” wezwał wykonawcę Konsorcjum NEON do złożenia wyjaśnień.

W wyniku unieważnienia pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający wezwał wykonawcę Konsorcjum NEON drugi raz do złożenia wyjaśnień w tym zakresie pismem z dnia 18.11.2020 r.

W drugim wezwaniu Zamawiający wskazał, że jego wystosowanie jest konsekwencją uwzględnienia części zarzutów w odwołaniach wniesionych przez PROMAT Spółka z o.o. oraz TPF Spółka z o.o. Zamawiający w piśmie z dnia 18.11.2020 r. żądał m.in. wskazania miejsca wyceny szeregu elementów świadczenia (opracowanie inwentaryzacji, dokumentacji branży drogowej, kosztów administracyjno-biurowych, kosztów przygotowania pokoju pokazowego, kosztów badań geologicznych i geotechnicznych, kosztów opracowania projektu architektury wnętrz oraz kosztów projektanta instalacji gazów medycznych). Następnie w dalszej części Zamawiający wezwał wykonawcę Konsorcjum NEON do złożenia wyjaśnień w zakresie ujęcia w wycenie nadzoru autorskiego pomimo oświadczenia w piśmie z 05.06.2020 r. (wyjaśnienia treści SIWZ), że usługa ta zostanie zlecona w odrębnych postępowaniu. Wezwał również o sprecyzowanie, jakie koszty zostały ujęte w pozycji „koszty pozostałe”.

W opinii Odwołującego Wykonawca Konsorcjum NEON wraz z pismem z 01.07.2020 r. nie powołał żadnych istotnych dowodów, co więcej wyjaśnienia nie zawierały żadnych skonkretyzowanych faktów mogących mieć wpływ na wysokość zaoferowanego wynagrodzenia, tym bardziej nie wpisywały się one w treść wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w piśmie z 26.06.2020 r.

W kolejnym piśmie z 24.11.2020 r. wykonawca Konsorcjum NEON przedstawił szersze wyjaśnienia jednakże przeważającą część zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Analiza części jawnej wyjaśnień pozwala na stwierdzenie, że są one nie tylko niespójne z wyjaśnieniami z 01.07.2020 r., lecz zawierają w swojej treści nielogiczne i błędne założenia odnoszące się do sposobu skonstruowania wynagrodzenia.

Wezwanie Zamawiającego z listopada 2020 r. nie zawierało skonkretyzowanych żądań co do zakresu przedstawionych informacji, a więc wykonawca miał obowiązek ich przedstawienia wraz z powołaniem dowodów potwierdzających fakty, które legły u podstaw określenia wynagrodzenia na takim poziomie. Brak przedstawienia żądanych przez Zamawiającego informacji, w tym brak przedstawienia dowodów powoduje, że nie możemy w tym wypadku mówić o realizacji obowiązku złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tego rodzaju zaniechania powodują, że mamy do czynienia z sytuacją analogiczną do sytuacji, gdyby wykonawcy nie złożył wyjaśnień na żądanie podmiotu zamawiającego. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca Konsorcjum NEON wskazał, że jeden z podstawowych elementów świadczenia w postaci prac projektowych branży drogowej został uwzględniony w rubryce „koszty pozostałe”. Takie założenie jest nielogiczne i sprzeczne z zasadami odnoszącymi się do sposobu konstruowania wynagrodzenia dla tego typu usług. Jak wskazał Odwołujący, koszt realizacji prac projektowych stanowi podstawowy element świadczenia i nie sposób uznać, że profesjonalny wykonawca ten element wynagrodzenia ujmuje w pozycji „koszty pozostałe”, które winny obejmować koszty transportu, opłat administracyjnych, wydruku i reprodukcji materiałów itp. - nie zaś jeden z podstawowych elementów świadczenia.

Koszty przygotowania pokoju pokazowego (show room) wykonawca Konsorcjum NEON ujął w wartości nadzoru autorskiego (pozycji która nie jest objęta zakresem rzeczowym zamówienia).

Odwołujący wskazał, że nie sposób przyjąć, że wykonawca racjonalnie kalkulujący koszty konieczne do poniesienia na etapie prac projektowych, ujmuje koszty związane z przygotowaniem dokumentacji projektowej w wartości nadzoru autorskiego.

Taka sama sytuacja ma miejsce w odniesieniu do czynności nadzoru realizacji przebiegu prac projektowych, które według oświadczenia Konsorcjum NEON zostały również ujęte w kosztach nadzoru autorskiego. W ocenie Odwołującego założenie to jest nielogiczne i sprzeczne z zasadami konstruowania wynagrodzenia za prace projektowe.

Odwołujący zauważył, że Wykonawca Konsorcjum NEON ujmując wartość nadzoru autorskiego w wyjaśnieniach nr 1 wykazał się brakiem znajomości dokumentacji postępowania, gdyż jak wynika z odpowiedzi na pytanie nr 6 zawarte w piśmie z dnia 05.06.2020 r. usługa nadzoru autorskiego ma zostać zlecona przez Zamawiającego w odrębnym postępowaniu.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca nie ujął w wartości zamówienia jednego z najistotniejszych i koniecznego do realizacji przedmiotu zamówienia elementów w postaci inwentaryzacji obszaru objętego przedmiotem projektowania.

W ramach przedmiotowej usługi w obowiązkach Wykonawcy jest opracowanie szeregu inwentaryzacji. Zdaniem Odwołującego tego elementu przedmiotu zamówienia nie objął wyceną wykonawca Konsorcjum NEON, co oznacza, że jego cena nie zawiera wszystkich elementów zamówienia - a zatem zakres świadczenia zaoferowanego przez tego wykonawcę jest niezgodny z treścią SIWZ. Stanowi to potwierdzenie, że w sposób nieprawidłowy dokonał wycenienia wynagrodzenia (rażąco niska cena) lub wręcz popełnił błędy w jego kalkulacji (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp) stanowiące o niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślał także, że Wykonawca powinien szczegółowo przedstawić i potwierdzić dowodami koszty, o które pytał Zamawiający w piśmie z 18.11.2020 r. od punktu a-g, w więc pokazać jakie są koszty inwentaryzacji, dokumentacji branży drogowej, koszty pokoju pokazowego, koszty badań geologicznych, koszty architekta wnętrz, koszty projektanta

gazów medycznych.

Tymczasem wykonawca, przynajmniej w wiadomej Odwołującemu części wskazał jedynie, że:

-projekt w branży drogowej Wliczył w pozycji „koszty pozostałe” i wykona go Pan S. nie wskazując kwoty ani oferty cenowej uzyskanej od ww. osoby;

-pokój pokazowy wliczył w pozycję „nadzór autorski” nie wskazując jaki poziom kosztów będzie się wiązał z jego wykonaniem tj. kto je wykona i za jakie wynagrodzenie, a przede wszystkim sztucznie i w sposób wymuszony wezwaniem przypisał ten zakres do pozycji dotyczącej zupełnie innego zakresu;

-badania geologiczne i geodezyjne wliczył w koszty „prace projektanta branży konstrukcyjnej” pana Z., choć powszechnie wiadome jest, iż to nie projektant wykonuje te czynności, lecz przedsiębiorstwa geologiczne dysponujące sprzętem odwiertowym oraz geodeci na podstawie taryfy opłat, które uiszcza się w zależności od metrażu pomiaru. Wykonawca powinien był przedstawić oferty na wykonanie tych czynności od owych niezależnych podmiotów.

-architekt wnętrz - wykonawca podał, iż wykona tę usługi pan B. jednak nie wskazał, w którą pozycję pierwotnej kalkulacji praca tej osoby była wliczona, jak i nie pokazał oferty z wyceną jego usług;

- projekt instalacji gazów medycznych - wykonawca wskazał, iż zakres ten wykona pan Imbra jednak pierwotnie w kalkulacji brak wyceny pracy tej osoby, jak również do drugich wyjaśnień nie została załączona oferta cenowa określająca koszt z tym związany.

Odwołujący wskazywał także że obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest złożenie nie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień umotywowanych, dających zamawiającemu przekonanie, że zaproponowana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp

Wykonawca Konsorcjum NEON 24.11.2020 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 18.11.2020 r., zastrzegł znaczą cześć wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa. Na str. 2 wyjaśnień pod tabelą stanowiącą kopie tabeli z wyjaśnień nr 1 zawarł lakoniczne, kilkudzaniowe zastrzeżenie.

Wykonawca objął zastrzeżeniem nie tylko treść wyjaśnień, lecz również zasadniczą część uzasadnienia prawnego i faktycznego zastrzeżenia tychże informacji.

W ocenie Odwołującego odmowa dostępu do części uzasadnienia zastrzeżenia informacji jest całkowicie niezasadna, zaś złożone zastrzeżenie, jako zbyt lakoniczne i nie potwierdzone stosownymi dowodami, jak np. umowy o poufności, umowy z pracownikami, polityki poufności danych również nie może zostać ocenione jako skuteczne.

Moment skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma też o tyle istotne znaczenie, że nie jest dopuszczalne wyjaśnianie, czy też uzupełnianie wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w przypadku gdy wykonawca poprzestanie jedynie na wskazaniu, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też w przypadku gdy wykonawca nie wykaże zasadności takiego zastrzeżenia, bądź też gdy takie wykazanie będzie lakoniczne czy też niepełne.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. W jej treści wniósł o:

1)odrzucenie odwołania z powodu nieprzekazania Zamawiającemu odwołania zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) lub w sytuacji uznania, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania,

2)oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu żądania odrzucenia odwołania Zamawiający wskazał, że Odwołujący wniósł odwołanie w postaci elektronicznej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W związku z tym, odwołanie powinno być podpisane odpowiednim podpisem i takie powinno być przekazane Zamawiającemu. Zamawiający wskazał, że plik zawierający treść odwołania nie został podpisany odpowiednim podpisem. Tylko plik o nazwie „Pełnomocnictwo KIO Promat 20.10.2020 (002)” zawierał kwalifikowany podpis elektroniczny. Zamawiający powołał się na art. 516 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu żądania oddalenia odwołania Zamawiający wskazał, że wszystkie twierdzenia Odwołującego należy uznać za nieuzasadnione.

Zamawiający wyjaśnił, że w zakresie wymagania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dopuścił połączenie kilku inwestycji z tym, że łączna powierzchnia użytkowa dla obu części powinna wynosić 30.000 m<sup>2</sup>. Poza tym wykonawca Neon dokumentując doświadczenie wskazał wyłącznie na obiekty szpitalne, a więc zgodnie z wymogami Zamawiającego.

W SIWZ Zamawiający nie określił, co rozumie pod tymi pojęciami powierzchnia użytkowa i powierzchnia netto. W efekcie przyjął, że istotny jest końcowym fragmentem warunku doświadczenia: „łącznie a1 i a2 30 000 m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej”. Zamawiający wskazał, że posługiwanie się przez Odwołującego Polską Normą PN-ISO 9836:2015-12 nie ma zastosowania, gdyż Zamawiający nie odwołuje się do niej definiując warunek udziału w postępowaniu. Polskie Normy nie są powszechnie obowiązującymi aktami prawnymi.

W wyjaśnieniach Wykonawca Neon wskazał, że cały zakres zamówienia, na które powołuje się w ofercie, był realizowany przez wszystkich członków konsorcjum (dotyczy pozycji nr 1 3 Wykazu usług, tj. Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr. J. Bizuela w Bydgoszczy oraz WSS nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu). W związku z tym nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego. Wykonawcy mają prawo w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia powoływać się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji umów w ramach konsorcjum. Zamawiający przeanalizował zakres doświadczenia, na jaki powołuje się Wykonawca i stwierdził, że zakres doświadczenia firmy Neon odpowiada rzeczywistości zaangażowaniu tego podmiotu w realizację zamówienia w ramach konsorcjum. Z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Neon z 24 sierpnia 2020 r. z 3 września 2020 r. oraz z 24 listopada 2020 r. wynika, że wykonawca Neon brał udział faktyczny i konkretny w realizowanych pracach, a nie jedynie formalny. Zatem ma on prawo powołać się na całość doświadczenia wynikającego z realizacji usług wskazanych w pozycji 1 i 3 wykazu usług, pomimo zrealizowania ich w ramach konsorcjum, a co za tym idzie nie wprowadził w błąd Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pozycji nr 2 Wykazu usług Zamawiający wskazał, że była to realizacja jednej umowy, do której zawarto aneks. W ramach tej samej umowy nr 22/2015 ze Zduńskowolskim Szpitalem Powiatowym sp. z o.o. wykonano dwa projekty budowlane i wykonawcze budowy i przebudowy budynków szpitala (tj. pierwotny i zamienny), a realizacja ww. umowy miała dwa etapy. Etap I powierzchnia użytkowa nowoprojektowana i przebudowywana wynosiła 13.232,80 m<sup>2</sup> - (wielkość powierzchni na podstawie ww. umowy nr 22/2015 w jej pierwotnym brzmieniu). Etap II - na podstawie aneksu do ww. umowy nr 22/2015 podpisanego 7 września 2016 roku powierzchnia

użytkowa całkowicie przeprojektowanej nowej części z Etapu I wyniosła 6.765,56 m<sup>2</sup>. Łączna wielkość powierzchni użytkowej wyniosła 19.998,36 m<sup>2</sup>.

Zamawiający wskazał że według Odwołującego dla tej części warunku: „dopuszczalne jest pouczenie kilku inwestycji (umów) celem spełnienia tej części warunku odnośnie powierzchni netto (...)”. Dlatego nawet kiedy przyjmujemy rozumienie warunku wskazane w odwołaniu, to Konsorcjum Neon mogło połączyć kilka inwestycji (umów) w celu spełnienia warunku określonego w pkt. a2, na który spełnienie przedstawił usługę projektowania dla Zduńskowolskiego Szpitala Powiatowego sp. z o. o. (umowa i aneks).

Ponadto w ramach warunku udziału wymagał doświadczenia w wykonaniu dwóch projektów budowlanych i wykonawczych wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę, przy czym pierwszego dla obiektu ochrony zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 15000 m<sup>2</sup>, a drugiego dla obiektu ochrony zdrowia o powierzchni netto nie mniejszej niż 15000 m<sup>2</sup>. Tak sformułowany warunek potwierdzają w sposób wystarczający zamówienia wykonane dla Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu (pozycja nr 1 wykazu usług) oraz dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr im. Św. Barbary w Sosnowcu (pozycja nr 3 wykazu usług).

W opinii Zamawiającego zarzuty Odwołującego co do braku w wycenie określonych pozycji (m. in. pokoju pokazowego, badań geologicznych czy architekta wnętrz) nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania. Koszty dotyczące przedmiotowych pozycji zostały przez Wykonawcę Neon uwzględnione w cenie oferty, a także w wyjaśnieniach z 1 lipca 2020 r. oraz w wyjaśnieniach z 24 listopada 2020 r.

Zamawiający wskazał, że otrzymał 5 ofert. Kwotę na sfinansowanie zamówienia, która została podana na otwarciu ofert to 17 200 000 zł. Kwota na jaką szacował Zamawiający wartość zamówienia to 18 231 620,62 zł brutto (14 822 455,79 zł netto). Spośród złożonych ofert cena jednej, tj. TPF sp. z o. o. odbiega od cen pozostałych ofert. Średnia cena złożonych ofert i to pomimo ceny oferty Wykonawcy TPF sp. z o.o, która znacznie odbiega od pozostałych cen wynosi 6 825 214,07 zł brutto i stanowi 37,44 % kwoty na jaką oszacował Zamawiający wartość zamówienia powiększoną o podatek VAT.

Zamawiający wyjaśnił, że szacując wartość przedmiotu zamówienia na usługi projektowe musi stosować wytyczne zawarte w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r. nr 130 poz. 1389). Dlatego kwota szacunkowa dla tego zamówienia jest tak znaczna. Jednak rynek zweryfikował wartość zamówienia określoną przez Zamawiającego i ceny ofert złożonych w postępowaniu aktualizowały wartość zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) Zamawiający musi wezwać wykonawców, których ceny są niższe o ponad 30% w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz są niższe o ponad 30% w stosunku do średniej arytmetycznej, cen wszystkich złożonych ofert do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Takie wezwanie jest obligatoryjne. Nawet jeśli Zamawiający nie miałby wątpliwości co do cen wskazanych w ofertach. Pierwsze wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie zwierały konkretnych pytań i ograniczały się do ogólnego przytoczenia art. 90 ustawy PZP dając swobodę Wykonawcom w złożeniu wyjaśnień.

Zamawiający wyjaśnił także, że rozpatrując wyjaśnienia wykonawcy Neon miał na uwadze fakt, że złożone oferty w postępowaniu zweryfikowały wartość przedmiotu zamówienia. Zamawiający przekazał zestawienie ofert złożonych w 7 postępowaniach na projektowanie, które prowadził od 2020 r., z którego wynika, że składane oferty, a w szczególności średnia cena złożonych ofert stanowiły od 27,15 % do 58,10 % wartości szacowania powiększonej o podatek VAT.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że: „jeden z podstawowych elementów świadczenia prace projektowe branży drogowej zostały uwzględnione w „kosztach pozostałych”, Odwołujący wskazuje, że nie sposób uznać, że profesjonalny wykonawca ten element wynagrodzenia ujmuje w pozycji „koszty pozostałe”, które winny obejmować koszty transportu, opłat administracyjnych, wydruku i reprodukcji materiałów itp. - nie zaś jeden z podstawowych elementów świadczenia. Zamawiający zwrócił natomiast uwagę, że nie wskazał w SIWZ sposobu kalkulacji ceny za przedmiot zamówienia. Wykonawcy kalkulując cenę oferty stosują swoje metody wyceny prac będących przedmiotem zamówienia, a ich obowiązkiem jest wycena wszystkich elementów zawartych w przedmiotowym zamówieniu. Zamawiający mając wątpliwości (które pojawiły się na skutek wniesienia odwołania przez TPF sp. z o.o. z 23.10.2020 r.), czy pewne elementy zostały wycenione, sformułował wezwanie w tym zakresie i otrzymał od Konsorcjum Neon wyjaśnienia rozwiewające jego wątpliwości.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że: „Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do kosztów przygotowania pokoju pokazowego (show room), który to koszt, jak wynika z wyjaśnień z 24.11.2020 r., wykonawca Konsorcjum NEON ujął w wartości nadzoru autorskiego (pozycji która nie jest objęta zakresem rzeczowym zamówienia).

Zamawiający wskazał, że Konsorcjum Neon wyjaśniło, że kwota wskazana w pozycji „Nadzór autorski” obejmuje koszty związane z nadzorem realizacji i przebiegu prac projektowych oraz koszt przygotowania pokoju pokazowego. Kwota wskazana w tej pozycji nie dotyczy nadzoru autorskiego w rozumieniu prawa budowlanego, a dotyczącego nadzoru zgodności robót budowlanych z dokumentacją projektową.

Odnosząc się do zarzutu braku wyceny przez Konsorcjum Neon inwentaryzacji obszaru objętego przedmiotem projektowania, Zamawiający wskazał, że taka wycena została uwzględniona w cenie oferty Konsorcjum. W wyjaśnieniach z 2.11.2020 r. Konsorcjum wskazało, że inwentaryzacja realizowana będzie przez 20 osób personelu Wykonawcy. Każda z nich w ramach swoich obowiązków wykona inwentaryzację istniejących obiektów zgodnie z wymogami SIWZ i otrzyma za to wynagrodzenie wskazane w Tabeli wynagrodzeń uczestników procesu projektowego, która stanowi element wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Neon. Dlatego nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego o braku wyceny tego elementu zamówienia.

Odnosząc się do uwag Odwołującego dotyczących badań geologicznych i geodezyjnych Zamawiający wskazał, że Konsorcjum Neon wyjaśniło, że koszt wykonania badań geologicznych zawarty jest w wynagrodzeniu projektanta branży konstrukcyjnej pana mgr inż. budownictwa M. Z., którego oferta obejmuje wykonanie m.in. ww. badań. Na potwierdzenie powyższego do wyjaśnień załączyło konsorcjum odpowiednie oświadczenie pana mgr inż. M. Z., że zakres jego działań obejmuje wykonanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Odpowiedzialny będzie on za wykonanie m. in. badań geologicznych oraz realizacji zamówienia. Z wyjaśnień nie wynika, żeby to pan Zawada samodzielnie wykonywał badania geologiczne i geodezyjne, tylko jego oferta obejmuje zapewnienie wykonania tych badań.

Odnosząc się do uwag Odwołującego dotyczących braku wyceny architekta wnętrz oraz projektu instalacji gazów medycznych, Zamawiający wskazał, że Konsorcjum Neon w wykazie osób składanych w ramach wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przedstawił architekta wnętrz zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu. Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał takiego architekta wraz z podstawą jego zatrudnienia, zakresem czynności oraz wynagrodzeniem załączając do wyjaśnień ofertę projektanta branży drogowej i potwierdził, że wycenił ten element

zamówienia.

Konsorcjum Neon wyjaśnił, że koszt projektanta w zakresie gazów medycznych zawarty jest w wynagrodzeniu pana mgr inż. K. I., którego oferta obejmuje wykonanie m. in. projektu budowlanego i wykonawczego gazów medycznych. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał wynagrodzenie projektanta.

Dalej Zamawiający wyjaśnił, że projektowanie w zakresie instalacji gazów medycznych wchodzi w zakres specjalności instalacyjnej sanitarnej. Konsorcjum Neon wskazał 2 osoby o uprawnieniach budowlanych w specjalności sanitarnej (sieci, instalacje i urządzenia ciepłownicze, wentylacyjne, gazowe, wodociągowe i kanalizacyjne), tj. p. W. N. i p. K. I., których wynagrodzenie zawarte jest w cenie oferty.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia ustawowych przesłanek skuteczności zastrzeżenia, jakie poczynił Wykonawca Neon Zamawiający uznał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Na stronie 2 wyjaśnień (pod tabelą „Kalkulacja wyceny”) Wykonawca Neon wskazał również, które informacje obejmuje zastrzeżeniem oraz uzasadnił to zastrzeżeniem. Z uzasadnienia wynika, że możliwe jest zastrzeżenie informacji składanych w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym ocenić należało samo dokonanie zastrzeżenia i ta ocena wypadła pozytywnie. W ocenie Zamawiającego wykonawca Neon wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający odstąpił część zastrzeżonych wyjaśnień Konsorcjum Neon, w tym fragmenty wyjaśnień dotyczące istotnych elementów cenotwórczych, o które zapytał Zamawiający w II wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 18.11.2020 r. Wyjaśnił, że takie działanie Zamawiającego umożliwiło Odwołującemu przedstawienie zarzutów dotyczących wyjaśnień Konsorcjum Neon i nie wpłynęło na wynik postępowania.

#### **Sygn. akt KIO 154/21**

Wykonawca TPF Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechania odstąpienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez:

a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Neon W. N. oraz Neon J. P.

b) Promat Techniczna Ochrona Przeciwopozarowa Sp. z o.o. wyjaśnień z dnia 24 listopada 2020 wraz z załącznikami, stanowiących drugie wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nie zostały przez wykonawców skutecznie zastrzeżone;

Jako zarzut ewentualny przedstawiono zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Ustawy PZP w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawców Neon i Promat wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferty zawierają cenę rażąco niską; oraz jako zarzut ewentualny - na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 - art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Neon i Promat, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy Neon i Promat nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 Ustawy.

Ponadto podniesiono zarzut naruszenia art. 36a ust. 1 w związku z art. 2 pkt. 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Promat, jako niezgodnej z Ustawą PZP w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy; art. 89 ust. 1 pkt. 7a w związku z art. 10a ust. 5 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Promat, pomimo iż oświadczenie woli Promat o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym; art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Neon jako najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty Wykonawców Neon i Promat;
4. wykluczenia Wykonawców Neon i Promat z postępowania;
5. odstąpienia i udostępnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu;
6. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej; W dniu 13 października 2020 roku

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - wybrał ofertę Neon.

24 listopada 2020 roku wykonawcy Neon i Promat złożyli drugie wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący po zapoznaniu się z treścią tych wyjaśnień wykonawcy Promat stwierdził, że Wykonawca nie wykazał ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem wyjaśnienia i załączniki do nich nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z elementów wyjaśnień nie wynika, aby intencją Wykonawcy było zastrzeżenie złożonych wyjaśnień bądź ich części jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Promat ani nie wskazał, że jakiegokolwiek informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ani też nie przedstawił uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołującemu nie są znane przyczyny uznania przez Zamawiającego II wyjaśnień RNC jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jest to wyłącznie inicjatywa własna Zamawiającego. Zamawiający dokonał częściowego odstąpienia przedmiotowych wyjaśnień jednocześnie zaznaczając, że „w pozostałym zakresie argumenty dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące cen i zatrudnienia zostały przez Pełnomocnika Zamawiającego uwzględnione zgodnie z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym wszystkie tego typu informacje wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i dowodach zostały potraktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.”

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Promat nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Nie wykazał, że podjął działania niezbędne do zachowania informacji w poufności, np. poprzez załączenie kopii odpowiednich umów o poufności czy też kopii procedur obowiązujących w firmie. Ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że takie umowy, procedury i certyfikaty posiada. Nie wykazał, że w jego organizacji obowiązują zasady dotyczące zachowania poufności - nie dołączono żadnych procedur obowiązujących w Promat, itp. Nie wykazał, że oferta podwykonawcza stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa - że podwykonawca dokonał takiego zastrzeżenia oraz że informacje te spełniają przesłanki ustawowe dla tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do Wykonawcy Neon:

Odwołujący stwierdził, że informacje zawarte w/w dokumencie nie wykazują ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem w/w dokumenty nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca Neon ograniczył się jedynie do stwierdzenia: „Konsorcjum Neon zastrzega jako tajemnicę

przedsiębiorstwa dalszą część niniejszego pisma oraz załączniki do niego, albowiem dotyczą tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w dalszej części niniejszego pisma i załącznikach do niego zawierają dane podlegające ochronie i nie mogą być udostępniane do wiadomości publicznej, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie oświadczenie nie spełnia przesłanek skutecznego zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto stwierdzenia te są całkowicie gołostowne i nie zasługują na uznanie za wystarczającą argumentację. Ponadto Odwołujący wskazał, że Wykonawca Neon nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji; nie wykazał, że podjął działania niezbędne do zachowania informacji w poufności, np. poprzez załączenie kopii odpowiednich umów o poufności czy też kopii procedur obowiązujących w firmie, nie wykazał, że w jego organizacji obowiązują zasady dotyczące zachowania poufności - nie dołączono żadnych procedur.

Zamawiający również w stosunku do wyjaśnień wykonawcy Neon dokonał częściowego odtajnienia przedmiotowych wyjaśnień jednocześnie zaznaczając, że: „w pozostałym zakresie argumenty dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące cen i zatrudnienia i zatrudnienia zostały przez Pełnomocnika Zamawiającego uwzględnione zgodnie z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym wszystkie tego typu informacje wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i dowodach zostały potraktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.”

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Ustawy PZP w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawców Neon i Promat wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferty zawierają cenę rażąco niską

Odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny Wyjaśnień RNC przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Neon i Promat, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do całości Wyjaśnień RNC - zgodnie z Zarzutem 1.

26 czerwca 2020 roku Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy PZP wezwał Wykonawców Neon oraz Promat do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oprócz ogólnego wezwania stanowiącego powtórzenie brzmienia art. 90 Ustawy PZP Zamawiający wskazał, że wymaga dołączenia do wyjaśnień dowodów.

Zdaniem odwołującego Wykonawcy nie wykazali żadnych czynników, które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny, jaka została zaoferowana, a wykonawca Neon nie przedstawił ani jednego dowodu.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał minimalnej choćby analizy złożonych I wyjaśnień, całkowicie pomijając postawione przez siebie w I Wezwaniach wymagania dla tych wyjaśnień. Jest to zaniechanie Zamawiającego, które narusza przepisy Ustawy.

Odwołujący wskazał na rozkład ciężaru dowodu, zgodnie z którym to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego Wykonawcy Neon oraz Promat nie sprostali ciężarowi na nich obowiązkowi ciężarowi dowodowemu, zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe.

24 listopada 2020r. Wykonawca Neon złożył II wyjaśnienia.

W opinii Odwołującego treść II Wyjaśnień RNC wzajemnie się wyklucza. Wykonawca Neon oświadczył, że cały zakres zamówienia zostanie przez niego wykonany samodzielnie, a jednocześnie nie zawarł żadnej informacji w zakresie posiadanego oprogramowania, skanerów laserowych czy sond endoskopowych. Zatem przedmiotowa inwentaryzacja zostanie wykonana „tradycyjną” metodą przy pomocy pomiarów narzędziami ręcznymi, czemu również Neon nie zaprzeczył w II wyjaśnieniach RNC. Przedmiotowa metoda wiąże się również z konieczności długotrwałej fizycznej obecności projektantów z Częstochowy na miejscu inwentaryzowanego obiektu mieszczącego się w Toruniu.

Odwołujący podkreślił, że w ramach przedmiotowej usługi w obowiązkach Wykonawcy zawarto opracowanie szeregu inwentaryzacji. Cechuje ją bardzo szeroki zakres, spowodowany zarówno wielkością inwestycji, jak również jej typem oraz rozmiarem budynku i placu przyległego.

Wskazane przez Wykonawcę Konsorcjum Neon zaangażowanie w opinii Odwołującego może być wystarczające, ale gdyby w zakresie inwentaryzacji było jedno piętro. Tymczasem obiekt składa się z 6 kondygnacji, z których każda jest inna (nie zachodzi powtarzalność danych) oraz z terenu przyległego.

Wedle tak przyjętej koncepcji realizacji usługi, Odwołujący poniósł, że Wykonawca Neon w ogóle nie skalkulował kosztów wykonania inwentaryzacji, co według przyjętych przez niego stawek powinno wynosić:  $6 \times 171\,969,47 \text{ PLN} = 1\,031\,816,82 \text{ PLN}$  brutto

Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach pojawia się zaangażowanie 11 dodatkowych osób - dla tego zwiększenia nie podano udokumentowania kosztów. W II wyjaśnieniach Wykonawca Neon nie podał żadnego kosztu inwentaryzacji. Tabela uwzględnia stawki, jakie Wykonawca Neon określił w 1 wyjaśnieniach. Różnica w obu zestawieniach to 209 295,83 PLN netto, co stanowi niedoszacowanie na poziomie 5,8% wartości całej oferty Wykonawcy.

Do wykonania dokumentacji niezbędny jest projektant posiadający uprawnienia do projektowania w specjalności drogowej. Zgodnie z wnioskowaniem Odwołującego: o ile w wykazie osób składanych przez Neon w ramach wezwania w trybie art. 26 ust. 1 projektant ten zgodnie z warunkiem został umieszczony, o tyle w wyjaśnieniach takiego specjalisty już nie ma. Skoro nie został ujęty w wyjaśnieniach, należy uznać, że Wykonawca Neon nie ujął w cenie oferty kosztów projektanta o specjalności drogowej.

Zdaniem Odwołującego przyjmując stawki własne Neon, na okres realizacji zamówienia 14 miesięcy, niedoszacowanie ofert wyniosło:  $14 \text{ miesięcy} \times 19\,463,35 = 273\,486,90 \text{ PLN}$  brutto.

Zdaniem Odwołującego, tożsamasytuacja występuje u Wykonawcy Promat. Wykonawca ten przedstawił dwie oferty podwykonawcze, przy czym żadna nie zawiera w swym zakresie projektu związanego z branżą drogową, a Wykonawca Promat w ramach własnego zespołu wykazał jedynie Koordynację w branży sanitarnej, elektrycznej i koordynację całego projektu. W takim stanie rzeczy bezspornym jest, że obaj Wykonawcy pominieli w swych wyjaśnieniach zakres opisany w OPZ pkt. 4.3. Wskazali jedynie w swoich wyjaśnieniach, jakie kwoty ponoszą w ramach niektórych stanowisk. Wykonawca Neon wskazał stawkę dla projektantów instalatorów, konstruktorów 16 636,51 brutto a więc koszt pracodawcy 19 463,35 PLN brutto. Promat wskazał stawkę dla koordynatora.

Niedoszacowanie ofert wynosi: Neon:  $14 \text{ miesięcy} \times 19\,463,35 = 273\,486,90 \text{ PLN}$  brutto Promat:  $35 \text{ zł} \times 8 \text{ h} \times 21 \text{ dni} \times 14 \text{ miesięcy} = 82\,320,00 \text{ PLN}$  brutto.

W wyjaśnieniach w odniesieniu do wezwania Zamawiającego Wykonawca Neon oświadczył, że przedmiotowy specjalista został uwzględniony w tabeli Kalkulacja wyceny, w rubryce „Kosztach pozostałych” na podstawie oferty

projektanta odpowiedniej specjalności Pana R. S. . Na potwierdzenie powyższego do niniejszych wyjaśnień dołączono odpowiednie oświadczenie (...).

W wykazie osób Wykonawca wskazał ze z w/w specjalistą posiada „umowę o zatrudnieniu” w formularzu ofertowym nie wykazał udziału żadnego podwykonawstwa. wobec czego taka oferta podwykonawcza od P. S. nie może być brana pod uwagę - stanowiłoby to zmianę oferty w zakresie braku podwykonawstwa.

Wykonawca Promat określił, że przedmiotowe koszty uwzględnił jego podwykonawca w poz. 1.14 i 1.17 oferty podwykonawczej. We wskazanych punktach wyszczególnione jest natomiast:

1.14 - zagospodarowanie terenu z niezbędnymi przyłączami (sanitarnymi i energetycznymi, elektrycznymi), w tym wszystkich rozwiązań tymczasowych koniecznych dla zapewnienia ciągłości pracy szpitala

1.17 - wykonanie projektów stałej organizacji ruchu oraz docelowej organizacji ruchu.

Oznacza to zdaniem odwołującego, że podwykonawca uwzględnił jedynie organizację ruchu i zagospodarowanie terenu. Natomiast w cenie oferty nie uwzględniono wykonania projektów dróg dojazdowych i ewakuacyjnych.

W odniesieniu do pozycji „kosztów administracyjno-biurowych” Odwołujący wskazał, że żaden z Wykonawców w ramach składnych wyjaśnień nie odniósł się do ogólnych kosztów prowadzenia działalności. Nie określono kosztów związanych z korzystaniem z oprogramowania, powierzchni biurowej, obsługi administracyjnej.

Wykonawca Neon oświadczył w wyjaśnieniach: „koszty administracyjna biurowe uwzględnione zostały w tabeli „Kalkulacja wyceny” w rubryce „koszty pozostałe”. Zatem potwierdzamy, że uwzględniliśmy w cenie naszej oferty koszty administracyjno-biurowe”.

Wykonawca Promat natomiast określił, że przedmiotowych kosztów nie uwzględnił, gdyż byłby to zabieg sztuczny. „Koszty administracyjne - lit B) w ofercie Promedicon oraz w kalkulacji Promat zostały ujęte proporcjonalnie jako koszty poszczególnych usług bez osobnego wyodrębnienia co byłoby zabiegiem sztucznym czy wręcz nie byłoby to możliwe jako, że to koszty ponoszone stale i pokrywane z bieżącego zarobku spółki.

Odwołujący wskazał, że w kalkulacji cenowej Wykonawcy Promat brak jest pozycji związanej z kosztami administracyjnymi. Aby twierdzenia Promat można było uznać za racjonalne - powinny się one znaleźć w I Wyjaśnieniach RNC. Każdy przedsiębiorca ponosi koszty administracyjno-biurowe, to jest oczywiste. Koszty te można ujmować w cenie oferty na różne sposoby, w tym także jako tzw. narzuty na inne koszty, np., na wynagrodzenie.

Odwołujący wskazał, że w ramach usługi Wykonawca zobligowany jest do wykonania pokoju pokazowego. Stanowi o tym OPZ pkt. 6.7 „W przypadku pokoi łóżkowych Wykonawca zobowiązany jest do wcześniejszego zrealizowania pokazowego pokoju, na podstawie którego Zamawiający i Użytkownik będą mogli wnieść uwagi dotyczące jego w wykonania”.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotowy zapis stanowi jednoznacznie, że Zamawiający nie wymaga projektu pokoju pokazowego, a realnego fizycznego wykonania i do tego wykonania Zamawiający zastrzega sobie prawo złożenia uwag.

W opinii Odwołującego żaden z Wykonawców takiego kosztu nie uwzględnił w swoich wyjaśnieniach, a stanowi on istotny element składowy oferty. W II wyjaśnieniach obaj Wykonawcy ograniczyli się tylko do lakonicznych stwierdzeń:

Jak wskazywał Odwołujący, nadzór autorski nie ma nic wspólnego z fizycznym wykonaniem pokoju pokazowego. Jest to ratowanie treści I wyjaśnień RNC i próba umieszczania nieuwzględnionych kosztów w jakichkolwiek pozycjach. Nadzór autorski to usługa, która jest wykonywana na zupełnie innym etapie, niż zaistnieje obowiązek przedstawienia pokoju pokazowego.

Jak wskazywał Odwołujący: Wykonawca Promat w wyjaśnieniach z dnia 24 listopada 2020 nie odniósł się i nie przedstawił kalkulacji ani nie odpowiedział na pytanie Zamawiającego w zakresie pokoju pokazowego. Pojawiło się jedynie lakoniczne stwierdzenie „koszty przygotowania pokoju pokazowego - lit. C zostały zaliczone do poz. 23 oferty Promedicon”. Pod pozycją 23 oferty Promedicon widnieje „opracowanie projektu aranżacji wnętrz z kartami pomieszczeń, oznakowaniem pomieszczeń oraz systemu informacji wizualnej i specyfikacji wyposażenia w meble, w sprzęt oraz aparaturę medyczną”.

W ramach przedmiotu umowy, zgodnie z pkt. § 1 pkt. 3 Umowy, należy wykonać: „sporządzenie i uzyskanie zatwierdzenia dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla obiektów ochrony zdrowia, tzw. infrastruktury krytycznej”.

Jak zwrócił uwagę Odwołujący, Wykonawca Neon oświadczył, że całość zamówienia wykona samodzielnie. W ramach złożonych wyjaśnień nie wykazał, że dysponuje osobą uprawnionego geotechnika oraz hydrogeologa. Nie wskazał, że posiada wymagany do badań sprzęt.

Odwołujący wyjaśnił, że badań związanych z opracowaniem dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla takiego obiektu nie da się wykonać wiertnicą ręczną. Do wykonania otworów wiertniczych budynku podpiwniczonego trzeba użyć specjalistycznych wiertnic, jak również zgodnie z Rozporządzeniem wykonać sondowania, badania uziarnienia, wytrzymałości. Wykonawca Neon w II Wyjaśnieniach wskazał, że „koszt wykonania badań geologicznych zawarty jest w wynagrodzeniu projektanta branży konstrukcyjnej Pana mgr. inż. Budownictwa M. Z., którego oferta obejmuje wykonanie m.in. w/w badań. Na potwierdzenie powyższego do niniejszych wyjaśnień załączono odpowiednie oświadczenia. Zatem potwierdzamy, że uwzględniliśmy w cenie naszej oferty koszty wykonania badań geologicznych.”

Odwołujący podkreślił, że: „opinia geotechniczna jest wykonywana przez geotechnika/geologa, a nie jak wskazano „konstruktora”. Nie ma możliwości, aby została wykonana przez projektanta/asystenta, gdyż nie posiadają oni specjalistycznej wiedzy w przedmiotowym zakresie. Dokumentacja ta zawiera informację o poziomie wód gruntowych, opis poszczególnych warstw gruntów z podaną głębokością ich zalegania, miąższością, zagęszczeniem, wilgotnością czy spójnością. Powinny w niej znaleźć się również orientacyjne obliczenia nośności gruntu oraz ogólne zalecenia wynikające z badań oraz interpretacji geologa - np. dotyczące poziomu posadowienia dna fundamentów. W części graficznej natomiast na planie sytuacyjnym zostają zaznaczone punkty wierceń i linie przekrojów geotechnicznych. W przekrojach otworów przedstawia się warstwy gruntu. Potwierdza to chociażby dokumentacja archiwalna dołączona do postępowania przetargowego, która została podpisana przez geologa i hydrogeologa. Biorąc pod uwagę rozmiar budynku oraz jego podpiwniczenie odwierty muszą być wykonywane przez specjalne wiertnice. Wykonane odwierty muszą mieć co najmniej 10 metrów Przy średniej stawce 100 zł/m odwiertu każdy taki odwiert to 1000 zł netto. Wykonując tak jak w archiwalnej dokumentacji 7 odwiertów i 5 saldowań do głębokości 10 m otrzymujemy 120 mb odwiertów o łącznej wartości 12 000,00 zł netto. Do samych badań należy doliczyć mapę geodezyjną, wykonanie badań warunków hydrogeologicznych, tymczasem na całą tę część Wykonawca Neon przeznaczył w kosztorysie dla konstruktora 16 636,51 PLN brutto. Jednocześnie w tej cenie uwzględniając inwentaryzację”.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Promat w II wyjaśnieniach nie odniósł się w ogóle do tego pytania, nie przedstawił kalkulacji ani nie odpowiedział na pytanie Zamawiającego w zakresie badań geologicznych i geotechnicznych. Pojawiło się jedynie lakoniczne stwierdzenie wplątane w przedstawienie kalkulacji podwykonawcy Promedicon z informacją, że badania są z niej wyłączone „Dowód ten potwierdza w szczególności, iż zakres którego dotyczy wezwanie Zamawiającego

został uwzględniony w wycenie poza poz. D z wezwania, a więc poza badaniami geologicznymi i geotechnicznymi, które leżą po stronie Promat, załączone do pisma z dnia 02.07.2020r". Jednocześnie jednak Promat nie przedstawił wyliczenia dla tego kosztu.

Zgodnie z OPZ pkt. 5.25 wraz z przebudową budynku projektant musi tak opracować dokumentację związaną z aranżacją wnętrza budynku:

Do wykonania takiej dokumentacji niezbędny jest architekt wnętrz. W wykazie osób składanych przez Wykonawcę Neon w ramach wezwania w trybie art. 26 ust. 1 projektant ten zgodnie z warunkiem został umieszczony, zaś w wyjaśnieniach składanych w ramach wezwania w trybie art. 90 ust. 1 takiego specjalisty nie ma. Zatem zdaniem Odwołującego bezspornym jest, że Wykonawca ten pominął w swych wyliczeniach zakres opisany w OPZ pkt. 5.25.

Odwołujący stwierdził, że niedoszacowanie oferty w zakresie architekta wnętrz wynosi: 14 miesięcy x 21 063,65 = 294 891,10 PLN brutto. W przypadku Wykonawcy Neon taki zakres to ponad 6% wartości oferty. Przewyższa przy tym, nie sprecyzowane przez Wykonawcę w wyjaśnieniach pozycję „koszty pozostałe” o wartości 130 000,00 PLN netto.

W drugich wyjaśnieniach z dnia 24 listopada 2020r Wykonawca Neon wskazuje w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego: „koszty architekta wnętrz zawarte są w wynagrodzeniu Pana mgr. inż. P. B., którego oferta obejmuje wykonanie m.in. projektu aranżacji wnętrza z wyposażeniem. Na potwierdzenie powyższego do niniejszych wyjaśnień załączono odpowiednie oświadczenie mgr inż. P. B.. Zatem potwierdzamy, że uwzględniliśmy w cenie naszej oferty koszt architekta wnętrz”

Wykonawca Promat wskazał, że koszty te znajdują się w ofercie podwykonawcy „koszty architekta wnętrz - lit E) - wpoz.23”, a więc łącznie z pokojem pokazowym.

Analogiczna sytuacja dotyczy konieczności dysponowania projektantem w zakresie instalacji gazów medycznych bez ograniczeń.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Wykonawca Neon wskazuje w tabeli pozycję nazwaną „Instalatorzy”, wskazując 2 osoby, nie podając przy tym jakich specjalności są to specjaliści. Analizując zapisy Programu Funkcjonalno-Użytkowego w części OPIS CZĘŚĆ INSTALACYJNA (od str. 43) Zamawiający określił jakie instalacje będą znajdować się w budynku i wymagają przeprojektowania.

Odwołujący ponosił, że Wykonawca Neon nie doliczył co najmniej jednego instalatora. Wykonawca Neon wskazuje w wyjaśnieniach stawki jakie obowiązują dla Instalatorów. Zgodnie z tabelą średni miesięczny całkowity koszt wynagrodzenia to 19 463,35 PLN. Odwołujący przyjął, że niedoszacowanie oferty w zakresie architekta wnętrz wynosi: 14 miesięcy x 19 463,35 = 272 486,90 PLN brutto.

W wyjaśnieniach z dnia 24 listopada 2020 w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego Wykonawca Neon oświadczył tylko „koszt projektanta w zakresie instalacji gazów medycznych zawarte są w wynagrodzeniu Pana mgr. inż. K. I., którego oferta obejmuje wykonanie m.in. projektu budowlanego gazów medycznych oraz projektu wykonawczego gazów medycznych. Na potwierdzenie powyższego do niniejszych wyjaśnień załączono odpowiednie oświadczenia (...). Zatem potwierdzamy; że uwzględniliśmy w cenie naszej oferty koszty projektanta w zakresie instalacji gazów medycznych”

Wykonawca Promat wskazał jak w przypadku każdego z elementów, że koszty te znajdują się w ofercie podwykonawcy „koszty architekta wnętrz - lit. f)-w poz. 1.16, 1.28”.

Naruszenie art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Promat, jako niezgodnej z Pzp w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy

Odwołujący zauważył, że niesporne między Stronami jest, że na gruncie Ustawy PZP nie jest możliwe powierzenie podwykonawcy realizacji 100% przedmiotu zamówienia - Zamawiający potwierdził słuszność tego stanowiska w odpowiedzi na I odwołanie Odwołującego (KIO 2736/20). Sporne pozostało ustalenie stanu faktycznego - Zamawiający wskazuje, że powierzenie obejmuje jedynie 98%, a nie 100%. A zatem nie mamy do czynienia z podwykonawstwem całości przedmiotu zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący, z wykładni literalnej przepisu art. 36a ust. 1 PZP wynika, że w zamówieniach publicznych zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Odwołujący wskazał, że sytuacja z jaką mamy do czynienia to taka, w której wykonawca sam nic nie wykonuje, całość powierzył podwykonawcy.

Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 7a Ustawy w związku z art. 10a ust. 5 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Promat, pomimo iż oświadczenie woli Wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wykonawca TPF cofnął powyższy zarzut.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, że część wyjaśnień złożonych przez Neon i Promat została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i złożone wyjaśnienia zostały w części odtajnione. Wyjaśnienia Wykonawcy Promat odtajnione zostały w części nieobjętej umów o pracę, oferty podwykonawcy i kalkulacji Promedicon. Samo uzasadnienie zastrzeżenia nie było i nie jest objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z kolei Wykonawca Neon w części jawnej wyjaśnień zawarł informację o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a szczegółowe wyjaśnienie zastrzeżenia zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (ceny i zatrudnienie osób).

Zamawiający wskazał, że odtajnił część zastrzeżonych wyjaśnień obu Wykonawców. Szczególnie fragmenty wyjaśnień dotyczące istotnych elementów cenotwórczych, o które zapytał Zamawiający w II wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 18.11.2020 r. Takie działanie Zamawiającego umożliwiło Odwołującemu przedstawienie zarzutów dotyczących wyjaśnień Wykonawcy Promat oraz Konsorcjum Neon i nie wpłynęło na wynik postępowania.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących ceny Zamawiający zauważył, że Konsorcjum Neon wskazał w swoich wyjaśnieniach, że inwentaryzacja realizowana będzie 20 osób personelu Wykonawcy, a nie jak twierdzi Odwołujący - 9. Każda z nich w ramach swoich obowiązków wykona inwentaryzację istniejących obiektów zgodnie z wymogami SIWZ i otrzyma za to wynagrodzenie wskazane w Tabeli wynagrodzeń uczestników procesu projektowego, która stanowi element wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Neon. Dlatego nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że konsorcjum Neon w ogóle nie skalkulował kosztów wykonania inwentaryzacji”.

Zamawiający wskazał, że nie jest prawdą, co twierdzi Odwołujący, że: „Inwentaryzacje budynku należy wykonać zanim rozpocznie się prace związane z Etapem II, a więc Koncepcję Wstępną. Do tego momentu Wykonawca musi zgodnie z Etapem I opracować analizę funkcjonalno-techniczną budynku, mając na to 30 dni”. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie określił, w Etapie realizacji zamówienia wymaga wykonania inwentaryzacji. To jest decyzja Wykonawcy i może on wykonać inwentaryzację, kiedy uzna, że jest mu ona niezbędna - niekoniecznie w Etapie I, żeby przystąpić do

dalszej pracy.

Odnosnie do kosztów opracowania dokumentacji branży drogowej Zamawiający wskazał, że:

Konsorcjum Neon wskazało w wykazie osób składanych w ramach wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp projektanta branży drogowej zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu. Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał takiego projektanta wraz z podstawą jego zatrudnienia, zakresem czynności oraz wynagrodzeniem załączając do wyjaśnień ofertę projektanta branży drogowej i potwierdził, że wycenił ten element zamówienia. Projektant ma być zatrudniony na podstawie umowy cywilnoprawnej, czyli podstawą dysponowania jest dysponowanie bezpośrednio przez Konsorcjum Neon, a nie jest on podwykonawcą Konsorcjum.

Jak wskazał dalej Zamawiający, Wykonawca Promat w swoich wyjaśnieniach wskazał, że koszty dokumentacji projektowej branży drogowej uwzględnione zostały w ofercie Promedicon. Wykonawca wyjaśnił, w których pozycjach (1.14 i 1.17) uwzględniono wycenę oraz co składa się na dane pozycje: „W ramach zagospodarowania terenu przewidziano następujące elementy budynek z zadaszonym podjazdem dla karetek do położniczej izby przyjęć i liczby przyjęć planowych, infrastruktura uzbrojenia zewnętrznego, drogi, dojazdy, piesze jezdnie, chodniki, parkingi, zieleń wysoka, niska, trawniki i mała architektura, oświetlenie terenu.

Odnosnie do kosztów administracyjno-biurowych Zamawiający wskazał, że nie jest prawdą, że żaden z Wykonawców nie odniósł się do powyższych kosztów. Konsorcjum Neon wyjaśnił, że uwzględnił takie koszty i zostały one uwzględnione w polu „Koszty pozostałe”. Z kolei Wykonawca Promat na szczegółowe pytanie Zamawiającego wskazał, gdzie uwzględnił powyższe koszty i wyjaśnił, że koszty administracyjne zostały uwzględnione w ofercie Promedicon i w kalkulacji Promat oraz ujęte zostały proporcjonalnie jako koszty poszczególnych usług bez osobnego wyodrębniania. Wykonawca Promat wskazał, że takie wyodrębnienie byłoby sztuczne lub niemożliwe, a koszty takie stale pokrywane są z bieżącego zarobku spółki.

Odnosnie do kosztów zrealizowania pokoju pokazowego Zamawiający wskazał, że zgodnie z OPZ pkt. 6.7. „W przypadku pokoi łóżkowych Wykonawca zobowiązany jest do wcześniejszego zrealizowania pokoju pokazowego, na podstawie którego Zamawiający i Użytkownik będą mogli wnieść uwagi dotyczące jego wykonania”.

Według Odwołującego w powyższym zapisie Zamawiający nie wymaga projektu pokoju pokazowego, a realnego fizycznego jego wykonania i do tego wykonania Zamawiający zastrzega sobie prawo złożenia uwag. Jak wyjaśnił Zamawiający - nie jest to prawdą, gdyż mamy do czynienia z zamówieniem publicznym na usługę projektowania i Zamawiający oczekuje zrealizowanie pokoju pokazowego np. w formie wizualizacji rysunkowej, a nie fizycznego wykonania pokoju. Gdyby taki wymóg był postawiony, to Zamawiający wprost napisałby o konieczności wykonania robót celem przygotowania takiego pokoju. Należy też wskazać, że Zamawiający nie wskazał formy w jakiej ma być wykonany pokój pokazowy pozostawiając to wyborowi Wykonawców.

Wykonawca Promat w swoich wyjaśnieniach wskazał, że koszty uwzględnienia pokoju pokazowego zostały zawarte w poz. 1.23 oferty Promedicon. W związku z tym, że Zamawiający oczekiwał projektu wizualizacji pokoju pokazowego nie znajduje uzasadnienia zarzut braku kalkulacji wykonania tego elementu zamówienia.

Wykonawca Konsorcjum Neon koszt przygotowania ww. pokoju zawarł w Kalkulacji wyceny w pozycji „Nadzór autorski” i potwierdził, że uwzględnił w cenie oferty ten element zamówienia. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca Konsorcjum Neon wskazał, że pozycja „Nadzór autorski” obejmuje koszty związane z nadzorem realizacji przebiegu prac projektowych (a nie nadzór autorski w rozumieniu prawa budowlanego) oraz koszt przygotowania pokoju pokazowego.

Odnosnie do kosztów badań geologicznych oraz geotechnicznych Zamawiający wskazał, że Wykonawca Konsorcjum Neon wskazał, że koszt wykonania badań geologicznych zawarty jest w wynagrodzeniu projektanta branży konstrukcyjnej pana mgr inż. budownictwa M. Z., którego oferta obejmuje wykonanie m.in. ww. badań. Na potwierdzenie powyższego do wyjaśnień załączają konsorcjum odpowiednie oświadczenie pana mgr inż. M. Z., że zakres jego działań obejmuje wykonanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Odpowiedzialny będzie on za wykonanie m. in. badań geologicznych oraz geotechnicznych stąd otrzyma drugie najwyższe wynagrodzenie Spośród personelu uczestniczącego w realizacji zamówienia.

Wykonawca Promat wskazał, że badania geologiczne i geotechniczne będą wykonywane przez niego, a nie podwykonawca Promedicon, a wycena zawarta jest w kalkulacji Promat do pisma wyjaśniającego rażąco niską cenę z 2.07.2020 r.

Odnosnie do kosztów architekta wnętrz Zamawiający wskazał, że Wykonawca Konsorcjum Neon wskazało w wykazie osób składanych w ramach wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp architekta wnętrz zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu. Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał takiego architekta wraz z podstawą jego zatrudnienia, zakresem czynności oraz wynagrodzeniem załączając do wyjaśnień ofertę projektanta branży drogowej i potwierdził, że wycenił ten element zamówienia.

Wykonawca Promat w swoich wyjaśnieniach wskazał, że wycenił w swojej ofercie koszty architekta wnętrz. Koszty uwzględnione zostały w ofercie podwykonawcy Promedicon w poz. 1.23 oferty. Zatem oferta Wykonawcy obejmuje koszty architekta wnętrz.

Odnosnie do kosztów projektanta w zakresie instalacji gazów medycznych Zamawiający wskazał, że Wykonawca Konsorcjum Neon wyjaśnił, że koszt projektanta w zakresie gazów medycznych zawarty jest w wynagrodzeniu pana mgr inż. K. I., którego oferta obejmuje wykonanie m. in. projektu budowlanego i wykonawczego gazów medycznych. W wyjaśnieniach wykonawca wskazał wynagrodzenie projektanta. Projektowanie w zakresie instalacji gazów medycznych wchodzi w zakres specjalności instalacyjnej sanitarnej. Konsorcjum Neon wskazał 2 osoby o uprawnieniach budowlanych w specjalności sanitarnej (sieci, instalacje i urządzenia ciepłe, wentylacyjne, gazowe, wodociągowe i kanalizacyjne), tj. p. W. N. i p. K. I., których wynagrodzenie zawarte jest w cenie oferty.

Wykonawca Promat w wyjaśnieniach wskazał, że wycenił w swojej ofercie koszty projektanta instalacji gazów medycznych. Koszty uwzględnione zostały w ofercie podwykonawcy Promedicon w poz. 1.16, 1.18, 1.22 oferty, gdzie wprost wskazane są gazy medyczne.

W odniesieniu do zarzutu 4, zdaniem Zamawiającego Odwołujący przeczy własnym twierdzeniom w odwołaniu. Stwierdza bowiem, że Wykonawca Promat powierzył podwykonawcy cały przedmiot zamówienia, z drugiej strony powołując się na zestawienie w tabeli mówi o ok. 98% wartości zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca Promat będzie musiał podzlecić wykonanie obsługi prawnej oraz opracowanie dokumentacji geotechniki i pomiarów gruntowo wodnych, co stoi w sprzeczności z wyjaśnieniami Wykonawcy Promat. Wskazał on w wyjaśnieniach z 2.07.2020 r. że ww. koszty cenowe są po stronie firmy Promat i to on wykona te usługi.

Jak argumentował Zamawiający, nawet gdyby przyjąć, że Wykonawca Promat powierzył ok. 98% przedmiotu zamówienia, to nie jest to całość. Chodzi o procentową wartość zamówienia a nie o zakres rzeczowy Nie ma w przepisach Ustawy PZP (ani innych ustaw) wskazania jak należy rozumieć całość (przyjąć więc trzeba, że całość to

100%).

Co do zarzutu 5 - Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w I odpowiedzi na I odwołanie.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania Wykonawcy Promat z uwagi na nieprzekazanie Zamawiającemu odwołania zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.).

Zgodnie z tym artykułem Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopie tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że odwołanie przesłane mailem zostało przesłane w postaci elektronicznej. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na rozróżnienie brzmienia art. 514 ust. 2 oraz art. 508 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł 508 w sposób szczególny traktuje wniesienie odwołania lub przystąpienia jednoznacznie wskazując na konieczność opatrzenia pisma odpowiednim podpisem w sytuacji, gdy jest ono wnoszone w postaci elektronicznej. W odniesieniu do przesłania odwołania Zamawiającemu brak takiego dodatkowego wymogu. Okolicznością istotną jest, że Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron przyznał, że zapoznał się z treścią odwołania wniesionego przez Wykonawcę Promat.

#### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

KIO 137/21

KIO 154/21

Odwołania podlegały oddaleniu.

Pierwszy z zarzutów dotyczył naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.

Żadna z powyższych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania nie znalazła zastosowania. Wykonawca Konsorcjum: W. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEON W. N.; J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEON J. P. (dalej Wykonawca Konsorcjum Neon) nie wprowadził Zamawiającego w błąd, a co za tym idzie, nie podlegał wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający wymagał, aby w zakresie wykazania zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. wykazali, że wykonali minimum:

a1) projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu ochrony zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup> w ilości minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy dla tej samej inwestycji oraz

a2) projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu ochrony zdrowia o powierzchni netto nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup> dla różnych inwestycji w ilości minimum projekt budowlany i wykonawczy dla każdej z inwestycji (łącznie a 1 i a 2 30 000 m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej);

w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Odwołujący w treści odwołania dokonał wykładni pojęć użytych przez Zamawiającego w warunku doświadczenia, tj. powierzchni netto oraz powierzchni użytkowej budynku. W tym zakresie odwołał się do Polskiej Normy PN-ISO 9836:2015-12. Jednakże Zamawiający odnosząc się w treści warunku do pojęć „powierzchnia użytkowa” oraz „powierzchnia netto” nie zdefiniował sposobu ich rozumienia, jak również nie wskazał, że należy je rozumieć zgodnie z Polską Normą PN-ISO 9836:2015-12. Ponadto Odwołujący nie wykazał, na czym polega niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do powyższych pojęć.

W odniesieniu do poszczególnych pozycji wykazu wykonanych zadań przedstawionych przez Wykonawcę Konsorcjum Neon należy wskazać co następuje:

W wyjaśnieniach Wykonawca Konsorcjum Neon wskazał, że cały zakres zamówienia, na które powołuje się w ofercie, był realizowany przez wszystkich członków konsorcjum (dotyczy pozycji nr 1 3 Wykazu usług, tj. Szpital Uniwersytecki nr 2 im. dr. J. Bizuela w Bydgoszczy oraz WSS nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu). Do wyjaśnień z 24 listopada 2020 r. Wykonawca Neon załączył oświadczenie konsorcjanta - Archimmodicus sp. z o. o. sp. k., z 20 października 2020 r. W ww. oświadczeniu Archimmodicus sp. z o. o. sp. k. potwierdził m.in. że projektanci firm tworzący konsorcjum brali udział w projektowaniu we wszystkich specjalnościach a firma Neon W. N. pełniła funkcje lidera konsorcjum.

Ponadto Odwołujący przedstawił Umowę szczegółową do umowy konsorcjum nr 01/12/2018 zawartej 10.12.2018 r. w Częstochowie pomiędzy W. N. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwa Neon W. N. a Archimmodicus sp. j. M. F. G. K. . Przedmiotem umowy jest określenie podstawowych warunków współpracy Partnerów Konsorcjum m. in. w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, podziału zadań pomiędzy Partnerów Konsorcjum w ramach realizacji przedmiotu Zamówienia, udziału Partnerów Konsorcjum w wynagrodzeniu za wykonanie przedmiotu Zamówienia. Zgodnie z §4 umowy Partnerzy ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec Zamawiającego za terminowe i należyte wykonanie Kontraktu oraz inne zobowiązania Konsorcjum związane z realizacją Kontraktu, a także szkody wyrządzone wykonaniem lub zaniechaniem czynności w ramach tych zobowiązań. Zgodnie z § 5 „Szczegółowy podział zadań wynikających z Zamówienia określa Załącznik nr 1 do niniejszej Umowy. Załącznik nr 1 stanowi integralną część niniejszej Umowy i określa rzeczywisty podział prac w ramach wspólnej realizacji Zamówienia, stanowiący podstawę określenia udziałów Partnerów Konsorcjum w wartości realizowanego zamówienia oraz rozliczeń za wykonane roboty. Ustala się, że Partnerom przysługują następujące udziały w Konsorcjum w ramach realizacji Zamówienia, określone procentowo: a) W. N. – Lider: 33%, Archimmodicus sp. j. M. F. G. K. – Partner Konsorcjum – 57%.”

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Szczegółowej Umowy Konsorcjum nr 01/12/2018 „W celu realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnej z kontraktem, każdy z partnerów Konsorcjum deleguje do wykonania przedmiotu zamówienia co najmniej jednego projektanta dla każdej z branż.” „Delegowani przez Partnerów Konsorcjum projektanci utworzą Zespół Projektowy, który wspólnie opracuje wielobranżową dokumentację projektową budynku szpitala oraz ładowiska wyniesionego dla śmigłowców LPR, stanowiącą przedmiot zamówienia, w zakresie wszystkich branż.”

W ocenie Izby, nawet jeśli z postanowień umowy wynikał podział udziałów, w którym liderowi przypadło 33%, to nie wyłączało to lidera konsorcjum z udziału we wszystkich branżach. Postanowienia załącznika nr 1 są jednoznaczne – każdy z konsorcjantów delegował po jednym z projektantów (tak jak w przypadku usługi dotyczącej Szpitala Uniwersyteckiego Nr 2 im. dr. Jana Bizuela w Bydgoszczy), to na stronie tytułowej projektu nie wskazuje się ich wszystkich, tylko jednego, tzw. projektanta wiodącego w danej specjalności. To właśnie z tego względu na pierwszej stronie projektu wykonanego w ramach usługi dotyczącej Szpitala Uniwersyteckiego Nr 2 im. dr. Jana Bizuela w Bydgoszczy nie wskazano wszystkich członków Zespołu Projektowego konsorcjum Neon W. N. oraz Archimmodicus Spółka jawna, tylko niektórych z nich.”

Istotne znaczenie ma także okoliczność, że Wykonawca Neon W. N. pełnił rolę lidera konsorcjum. Powyższe okoliczności w ocenie Izby potwierdzają, że Wykonawca Konsorcjum Neon brał udział w całości realizacji zamówienia (tzn. w realizacji wszystkich prac), co oznacza, że nabył doświadczenie w zakresie przedmiotowego zamówienia.

Podobne rozważania należy odnieść do zarzutu dotyczącego wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do realizacji zadania polegającego na wykonaniu usługi dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu

Odwołujący podniósł, że Wykonawca Konsorcjum Neon zrealizował daną inwestycję w wraz z firmami Pracownia Projektowa M. J. oraz firmą Autorska Pracownia Architektoniczna nr 1 mgr inżynier M. B., co oznacza, że mógł nabyć doświadczenie jedynie co do zakresu wykonywanych prac i nie może powoływać się na całość doświadczenia wynikającego z realizacji ww. usługi, jeżeli zrealizował ją w ramach konsorcjum, a jego udział ograniczał się jedynie do części tej usługi.

Wykonawca Konsorcjum Neon złożył wyjaśnienia 03 września 2020 r. oraz z 24 listopada 2020 r., w których wskazał, że zakres prac wykonywany przez firmę Neon W. N. obejmował opracowanie projektu we wszystkich specjalnościach budowlanych niezbędnych do wykonania umowy w tym uzyskania decyzji pozwolenia na budowę. Projektanci firmy Neon W. N. brali udział w projektowaniu we wszystkich specjalnościach. Wszystkie prace realizowane były wspólnie przez wszystkich konsorcjantów w ramach jednego zespołu projektowego. Jednym z celów powołania konsorcjum było skrócenie czasu wykonywania projektu poprzez zwiększenie ilości osób zajmujących się projektem jednocześnie.

Odwołujący przedstawił jako dowód:

- Formularz ofertowy w postępowaniu przetargowym „Poprawa właściwości energetycznych budynków Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu w ramach kompleksowego programu zarządzania energią – wykonanie dokumentacji projektowej”, z którego wynika, że W. N. był liderem konsorcjum.

- Umowę nr 41/PNE/DOT/2012 o wykonanie prac projektowych zawartą 13.08.2012 r. pomiędzy Wojewódzkim Szpitalem Specjalistycznym nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu (Zamawiającym) a W. N. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Neon W. N., M. J. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „Pracownia Projektowa M. J.”, M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Architektoniczna Pracownia Autorska M. B.”. Z treści umowy wynika, że Liderem Konsorcjum był W. N. .

Skoro zatem firma Neon W. N. pełniła funkcję lidera konsorcjum, a projektanci tej firmy brali udział w projektowaniu wszystkich specjalności, to wykonawca nabył doświadczenie w ramach prac stanowiących przedmiot zamówienia. Skoro bowiem przedmiot prac stanowiło opracowanie dokumentacji projektowej, a Wykonawca Neon W. N. brak udziału w przygotowaniu wszystkich projektów, to znaczy, że nabył doświadczenie w realizacji zamówienia, które pozwala u wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Przedmiot zamówień referencyjnych miał charakter całości, a Odwołujący nie wykazał możliwości i sposobu przeprowadzenia podziału.

Zatem Wykonawca Neon W. N. miał prawo powołać się na całość doświadczenia wynikającego z realizacji usług wskazanych w pozycji 1 i 3 wykazu usług, pomimo iż realizował je w ramach konsorcjum. W konsekwencji należy stwierdzić, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zgodnie z treścią warunku opisanego przez Zamawiającego wykonawcy mieli wykazać, że zrealizowali projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu ochrony zdrowia o powierzchni netto nie mniejszej niż 15 000 m<sup>2</sup> dla różnych inwestycji w ilości minimum projekt budowlany i wykonawczy dla każdej z inwestycji (łącznie a1 i a2 30 000 m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej). Wykonawca Konsorcjum Neon w wykazie przedstawił usługę zrealizowaną na rzecz Zduńskowolskiego Szpitala Powiatowego sp. z o.o.

Wykonawca wskazał, że zawarł umowę nr 22/2015 ze Zduńskowolskim Szpitalem Powiatowym sp. z o.o., w ramach której wykonano dwa projekty budowlane i wykonawcze budowy i przebudowy budynków szpitala (tj. pierwotny i zamienny), a realizacja ww. umowy miała dwa etapy. Etap I powierzchnia użytkowa nowoprojektowana i przebudowywana wynosiła 13.232,80 m<sup>2</sup> - (wielkość powierzchni na podstawie ww. umowy nr 22/2015 w jej pierwotnym brzmieniu). Etap II - na podstawie aneksu do ww. umowy nr 22/2015 podpisanego 7 września 2016 roku powierzchnia użytkowa całkowicie przedprojektowanej nowej części z Etapu I wyniosła 6.765,56 m<sup>2</sup>. Łączna wielkość powierzchni użytkowej wyniosła 19.998,36 m<sup>2</sup>

W ocenie Izby Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. W tej części warunku: dopuszczalne było połączenie kilku inwestycji (umów) celem spełnienia tej części warunku odnośnie powierzchni netto. Zatem Wykonawca Konsorcjum Neon mógł połączyć kilka inwestycji (umów) w celu spełnienia warunku określonego w pkt. a2, na który spełnienie przedstawił usługę projektowania dla Zduńskowolskiego Szpitala Powiatowego sp. z o. o. (umowa i aneks).

Należy zauważyć, że skoro Wykonawca wykonał dwa projekty, uzyskano dwa pozwolenia na budowę (tak wskazuje sam Odwołujący), to łączenie spełnił wymagania warunku udziału w postępowaniu. Nawet jeśli jeden z tych projektów jest projektem zamiennym, nie oznacza, że Wykonawca nie wykonał dwóch projektów dla inwestycji powierzchni (łącznie) 19.998,36 m<sup>2</sup>.

Odwołujący podniósł, że: „Jak wynika z wyjaśnień wykonawcy z dnia 24.11.2020 r., jak również pisma Inwestora z dnia

04.09.2020 r. wykonawca wykonał w ramach zadania, na które się obecnie powołuje w wykazie usług dokumentację projektową o powierzchni 13 232,80 m<sup>2</sup>, zaś dopiero w wyniku zawarcia porozumienia z dnia 07.09.2016 r. została podpisana odrębna umowa. Jak wskazuje Szpital w Zduńskiej Woli w piśmie z dnia 04.09.2020 r. umowa ta została podpisana 15.09.2016 r. i przewidywała wykonanie dokumentacji projektowej zamiennej - powierzchnia użytkowa projektu zamiennego wynosiła

6.765,56 m<sup>2</sup>. Zakończenie realizacji wykonania dokumentacji zamiennej, jak wskazuje sam wykonawca w ww. piśmie nastąpiło dopiero w dniu 15.10.2016 r."

Abstrahując tutaj do prawidłowości twierdzeń Odwołującego dotyczących wykonania pierwotnej dokumentacji projektowej i zamiennej dokumentacji projektowej na podstawie dwóch różnych umów, to już w świetle przedstawionej w odwołaniu interpretacji warunku doświadczenia „zsumowanie” doświadczenia wynikającego z wykonania pierwotnej i zamiennej dokumentacji projektowej było w pełni dopuszczalne.

Bezzasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Promat, jako niezgodnej z Pzp w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy

Zgodnie z artykułem 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie z art. 2 ust. 9b ustawy Prawo zamówień publicznych Ilekroć w ustawie jest mowa o umowie o podwykonawstwo należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Trafnie zwrócił uwagę Zamawiający na niekonsekwencję Odwołującego, który raz twierdzi, że Wykonawca Promat Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa sp. z o.o. powierzył podwykonawcy cały przedmiot zamówienia, z drugiej strony powołując się na zestawienie w tabeli mówi o ok. 98% wartości zamówienia.

Odwołujący wskazał również, że Wykonawca Promat Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa sp. z o.o. będzie musiał podzlecić wykonanie obsługi prawnej oraz opracowanie dokumentacji geotechniki i pomiarów gruntowo wodnych, co stoi w sprzeczności z wyjaśnieniami Wykonawcy Promat Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa sp. z o.o. Wskazał on w wyjaśnieniach z 2.07.2020 r. że ww. koszty cenowe są po stronie firmy Promat Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa sp. z o.o. i to on wykona usługi geotechniki i pomiarów gruntowo wodnych, co przeczy temu, że Wykonawca ten nie będzie realizował zamówienia, zlecając całość zadania innemu podmiotowi.

Nawet gdyby przyjąć, że Wykonawca Promat Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa sp. z o.o. powierzył ok. 98% przedmiotu zamówienia, to nie oznacza to, że wykonawca powierzył całość zamówienia podwykonawcom.

Ponadto brak jest wskazania w treści przepisów ustawy, aby nie było możliwe przekazanie do realizacji zamówienia przez podwykonawcę tak znaczącej części zamówienia.

W konsekwencji należało uznać zarzut za bezzasadny.

Obaj Odwołujący zarzucali Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Neon z uwagi na okoliczność, że Wykonawca nie wykazał, że cena przez niego zaferowana nie jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca dwukrotnie złożył wyjaśnienia wezwania Zamawiającego.

Nie bez znaczenia jest wskazywana przez Zamawiającego okoliczność, że w postępowaniu zostało złożone 5 ofert. Kwota na jaką szacował Zamawiający wartość zamówienia to 18 231 620,62 zł brutto (14 822 455,79 zł netto). Spośród złożonych ofert cena jednej, tj. Odwołującego TPF sp. z o. o. odbiega od cen pozostałych ofert. Średnia cena złożonych ofert i to pomimo ceny oferty Wykonawcy TPF sp. z o.o., (która znacznie odbiega od pozostałych cen) wynosi 6 825 214,07 zł brutto i stanowi 37,44 % kwoty na jaką oszacował Zamawiający wartość zamówienia powiększoną o podatek VAT.

Ma to istotne znaczenie, gdyż to właśnie ceny złożonych ofert wskazują na poziom rynkowy cen. Skoro ceny niemal wszystkich ofert znacząco odbiegały od ceny szacunkowej Zamawiającego, a ich średnia stanowi 37% ceny szacowanej przez Zamawiającego, brak jest podstawy do automatycznego uznania, czy założenia, że cena tych ofert jest rażąco niska. Ponadto oferta Wykonawcy Konsorcjum Neon nie była ofertą z ceną najniższą; plasowała się na trzecim miejscu pod względem ceny (pośród 5 ofert złożonych w postępowaniu).

Na powyższą kwestię wskazuje art. 90 ust. 1a punkt 1), zgodnie z którym w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zatem już z przepisu ustawy wynika, że mogą zaistnieć okoliczności, w których Zamawiający ma możliwość uznać, że – np. tak jak w niniejszym postępowaniu – skoro średnia cen ofert odbiega od ceny szacunkowej zamawiającego, to jest to rozbieżność, która nie musi potwierdzać rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy.

Ponadto okolicznością istotną w niniejszym postępowaniu jest fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje usługi projektowania, a zatem usługi niematerialne.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Konsorcjum Neon o złożenie wyjaśnień i takie wyjaśnienia uzyskał.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Wykonawca w treści wyjaśnień odniósł się do wszystkich okoliczności, na które wskazywali Odwołujący.

Ponadto podnoszone przez Wykonawców okoliczności w postaci ujęcia określonych kosztów w innej pozycji, niewyodrębnienia nazwy pozycji nie oznacza automatycznie, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaferowaną cenę. To wysokość, realność ceny podlega ocenie, a nie styl czy forma wyjaśnień. W tym zakresie należy wskazać na argument Odwołującego Promat, że: „jeden z podstawowych elementów świadczenia prace projektowe branży drogowej zostały uwzględnione w „kosztach pozostałych”. Odwołujący swoją argumentację opierał nie na okoliczności, że w ramach ceny określonej w kosztach pozostałych nie jest możliwe zrealizowanie prac projektowych w branży drogowej, ale na okoliczności oceny profesjonalizmu wykonawcy.

Przede wszystkim Zamawiający nie określił sposobu kalkulacji ceny za przedmiot zamówienia. Wykonawcy kalkulując

cenę oferty stosują swoje metody wyceny prac będących przedmiotem zamówienia, a ich obowiązkiem jest wycena wszystkich elementów zawartych w przedmiotowym zamówieniu.

Ponadto Odwołujący zarzucili, że Wykonawca Konsorcjum Neon koszty przygotowania pokoju pokazowego (show room) ujął w wartości nadzoru autorskiego (pozycji która nie jest objęta zakresem rzeczowym zamówienia). W treści wyjaśnień Wykonawca Konsorcjum Neon wskazał, że kwota w pozycji „Nadzór autorski” obejmuje koszty związane z nadzorem realizacji i przebiegu prac projektowych oraz koszt przygotowania pokoju pokazowego. Kwota wskazana w tej pozycji nie dotyczy nadzoru autorskiego w rozumieniu prawa budowlanego, a dotyczącego nadzoru zgodności robót budowlanych z dokumentacją projektową.

Jak wskazano powyżej, sam fakt braku wyszczególnienia pozycji przygotowania pokoju pokazowego nie oznacza, że Wykonawca takiego elementu nie ujął w cenie. Wykonawca potwierdził, że element ten został ujęty w cenie i że jego wartość jest nie wyższa niż 20000 złotych. Żaden z Odwołujących nie zaprzeczył, że wymagania Zamawiającego w zakresie tego elementu przedmiotu zamówienia mają minimalnych charakter, a wykonanie pokoju pokazowego stanowi marginalny element przedmiotu zamówienia jak i koszt. Wykonawcy nie wykazali, że cena oferty Przystępującego, jak również wartość pozycji nadzór autorski nie wystarczy na pokrycie kosztów wykonania pokoju pokazowego. Dodatkowo należy zauważyć, że okoliczność, że Wykonawca Konsorcjum Neon zawarł w swojej wycenie pozycję zatytułowaną „nadzór autorski” podczas gdy brak jest takiego elementu w przedmiocie zamówienia nie może dyskwalifikować oferty Przystępującego. Nawet gdyby przyjąć (tak jak Odwołujący), że Wykonawca Konsorcjum Neon wycenił dodatkowo pozycję, która nie stanowi elementu przedmiotu zamówienia, to Wykonawca ten ujął w treści oferty znaczną nadwyżkę finansową, która stanowi dodatkowy bufor finansowy. W takiej sytuacji raczej przeczy stanowisku Odwołujących, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Konsorcjum Neon jest rażąco niska.

Wykonawca Konsorcjum Neon potwierdził także zrealizowanie inwentaryzacji. Zgodnie z wyjaśnieniami, będzie realizowana przez 20 osób personelu Wykonawcy. Każda z nich w ramach swoich obowiązków wykona inwentaryzację istniejących obiektów zgodnie z wymogami SIWZ i otrzyma za to wynagrodzenie wskazane w Tabeli wynagrodzeń uczestników procesu projektowego, która stanowi element wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Neon.

Skoro zatem Wykonawca tę kwestię w wyjaśnieniach omówił, nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego o braku wyceny tego elementu zamówienia. Wykonawca Konsorcjum Neon przedstawił wyjaśnienie, że inwentaryzacji zamierza dokonać przy użyciu urządzeń laserowych, przy odczycie dokumentacji technicznej i innych urządzeń bez konieczności niszczenia ścian budynku. To w gestii Wykonawcy pozostaje sposób realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie inwentaryzacji. Odwołujący nie dowiódł, aby ten sposób dokonania inwentaryzacji powodował, że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska.

Odnosząc się do uwag Odwołującego dotyczących badań geologicznych i geodezyjnych tj. wliczenia ich „w koszty „prac projektanta branży konstrukcyjnej” pana Zawady, choć nie projektant wykonuje te czynności, a przedsiębiorstwa geologiczne dysponujące sprzętem odwiertowym oraz geodeci na podstawie taryfy opłat, należy wskazać, że Wykonawca Konsorcjum Neon w treści wyjaśnień wskazał, że koszt wykonania badań geologicznych zawarty jest w wynagrodzeniu projektanta branży konstrukcyjnej pana mgr inż. budownictwa M. Z., którego oferta obejmuje wykonanie m.in. ww. badań. Na potwierdzenie powyższego załączono oświadczenie inż. M. Z., zgodnie z którym zakres jego działań obejmuje wykonanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Odpowiedzialny będzie on za wykonanie m. in. badań geologicznych oraz realizacji zamówienia. Należy ponownie wskazać, że ocenie podlega realność ceny, nie zaś okoliczność, że Wykonawca ujął koszty nie wyszczególnił dodatkowej pozycji. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu Przystępującego Konsorcjum Neon, że koszty wymaganych badań geologicznych są marginalne. Jak wskazał Przystępujący, wartości takich prac, przy szacunkowo 120 mb odwiertów za przeciętnie 100 zł za 1 mb odwiertu, to łącznie około 12 000,00 PLN. Oferta pana Z. opiewa na wielokrotnie wyższą kwotę, co przeczy tezie, że Wykonawca Konsorcjum Neon nie będzie mógł zrealizować zamówienia za zaoferowaną cenę.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, że Wykonawca Konsorcjum Neon podał, iż te usługi „architekta wnętrz” wykona pan B. jednak Przystępujący nie wskazał, w którą pozycję pierwotnej kalkulacji praca tej osoby była wliczona, jak i nie pokazał oferty z wyceną jego usług należy wskazać, że twierdzenia te nie są prawidłowe.

Do wyjaśnień z 24 listopada 2020 r. załączono oświadczenie Pana P. B., potwierdzające, że jego oferta obejmuje wykonanie m.in. projektu aranżacji wnętrz z wyposażeniem oraz potwierdzające wysokość jego wynagrodzenia.

Ponownie należy wskazać, że sposób kalkulacji nie został przez Zamawiającego narzucony, a Zamawiający nie żądał wskazania w którą pozycję pierwotnej kalkulacji praca tej osoby była wliczona. Przystępujący potwierdził jednak, że kalkulacja wyceny zamieszczona w wyjaśnieniach z 01 lipca 2020 r. uwzględniała koszty pracy tej osoby. Z wyjaśnień wynika, że pan B. zajmuje stanowisko: „Asystent/pozostały”. Z kolei w kalkulacji wyceny zamieszczonej w wyjaśnieniach z 01 lipca 2020 r. uwzględniono koszty pracy 6 Asystentów i 4 osób „Pozostałych”, a zatem również koszty pracy pana B. .

Podobne uwagi należy odnieść do zarzutu Odwołującego poczynione odnośnie zarzutu Odwołującego, że „projekt instalacji gazów medycznych” zostanie wykonany przez Pana K. I., jednak w pierwotnej kalkulacji brak jest wyceny pracy tej osoby, a do kolejnych wyjaśnień nie została załączona oferta cenowa.

Wykonawca Konsorcjum Neon przedstawił wyjaśnienia z których wynikało, że koszt projektanta w zakresie gazów medycznych zawarty jest w wynagrodzeniu pana mgr inż. K. I., którego oferta obejmuje wykonanie m. in. projektu budowlanego i wykonawczego gazów medycznych. W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał także wynagrodzenie projektanta.

Do wyjaśnień z 24 listopada 2020 r. załączono oświadczenie mgr inż. K. I., potwierdzające, że jego oferta obejmuje wykonanie m.in. projektu budowlanego gazów medycznych oraz projektu wykonawczego gazów medycznych oraz potwierdzające wysokość jego wynagrodzenia. Z tabeli wynagrodzeń uczestników procesu projektowego zamieszczonej na str. 14/17 wyjaśnień z 24 listopada 2020 r. pan I. zajmuje stanowisko: „Asystent/pozostały”. W kalkulacji wyceny zamieszczonej w wyjaśnieniach z 01 lipca 2020 r. uwzględniono koszty pracy 6 Asystentów i 4 osób „Pozostałych”, a zatem także koszty pracy pana K. I. . Oznacza to, że twierdzenia Odwołujących są bezzasadne.

Konsorcjum Neon wyjaśnił także, że uwzględnił koszty administracyjno – biurowe w pozycji „Koszty pozostałe”. Zatem również zarzut w zakresie braku tego rodzaju kosztów jest bezzasadny.

Bezzasadne są także twierdzenia Odwołujących o zmienionej liczbie osób wykonujących zamówienie. Odwołujący wskazywali, że z wyjaśnień z dnia 01 lipca wynika, że zamówienie zostanie zrealizowane przez 23 osoby. Wyjaśnienia z 24 listopada na stronie 14-17 potwierdzają te ilości. Zatem także to twierdzenie jest nieuprawnione.

Nie jest również uprawnione twierdzenie Odwołujących, że do każdego z elementów wyjaśnień należy złożyć dowody. Jeśli treść samych wyjaśnień, dołączone oferty potwierdzały realność zaoferowanej ceny, nie można czynić zarzutu, że wyjaśnienia są niewystarczające.

Za bezzasadny został uznany także zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 90 ust. 3 ustawy dotyczący nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień przez Wykonawcę Promat.

Do oceny tego zarzutu aktualne pozostają przedstawione powyżej ustalenia co do średniej arytmetycznej wszystkich ofert w postępowaniu. Skoro ceny niemal wszystkich ofert znacząco odbiegały od ceny szacunkowej Zamawiającego, a ich średnia stanowi 37% ceny szacowanej przez Zamawiającego, brak jest podstawy do automatycznego uznania, czy założenia, że cena tych ofert jest rażąco niska. Oferta Wykonawcy Promat nie była ofertą z ceną najniższą; plasowała się na czwartym, przedostatnim miejscu pod względem ceny (pośród 5 ofert złożonych w postępowaniu).

Niezależnie od powyższego Wykonawca Promat złożył wyjaśnienia, które nie pozwalały na stwierdzenie, że zaofferowana przez niego cena jest rażąco niska. Wbrew twierdzeniu Odwołującego TPF, Wykonawca Promat w swoich wyjaśnieniach wskazał na koszty dokumentacji projektowej branży drogowej. Wyjaśnił, że zostały uwzględnione w ofercie Promedicon. Wykonawca wyjaśnił także, w których pozycjach (1.14 i 1.17) uwzględniono wycenę oraz co składa się na dane pozycje: „W ramach zagospodarowania terenu przewidziano następujące elementy budynku z zadaszonym podjazdem dla karet do położniczej izby przyjęć izby przyjęć planowych, infrastruktura uzbrojenia zewnętrznego, drogi, dojazdy, piesze jezdnie, chodniki, parkingi, zieleni wysoka, niska, trawniki mała architektura, oświetlenie terenu”.

Odnosnie kosztów administracyjno-biurowych Wykonawca Promat na szczegółowe pytanie Zamawiającego wskazał, że koszty te zostały uwzględnione w ofercie Promedicon i w kalkulacji Promat oraz ujęte zostały proporcjonalnie jako koszty poszczególnych usług bez osobnego wyodrębniania. Promat wskazał, że takie wyodrębnienie byłoby sztuczne lub niemożliwe, a koszty takie stale pokrywane są z bieżącego zarobku spółki.

W odniesieniu do kosztów wykonania pokoju pokazowego Wykonawca Promat w swoich wyjaśnieniach wskazał, że koszty zostały zawarte w poz. 1.23 oferty Promedicon.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że Zamawiający przyznał, że oczekiwał projektu wizualizacji pokoju pokazowego, zatem nie było konieczne wyszczególnienie dodatkowej kalkulacji dla tego elementu zamówienia. W konsekwencji należy także przyjąć, że wartość tej pozycji jest znikoma

Wykonawca Promat wskazał również, że badania geologiczne i geotechniczne będą wykonywane przez niego, a nie przez podwykonawcę Promedicon, a wycena zawarta jest w kalkulacji do pisma wyjaśniającego rażąco niską cenę z 2.07.2020 r.

Wykonawca wyjaśnił także że koszty architekta wewnątrz zostały ujęte w kalkulacji Promedicon i są one łącznie z pokojem pokazowym.

Odwołujący zarzucił także brak uwzględnienia w cenie oferty kosztów projektanta instalacji gazów medycznych. Wykonawca Promat wyjaśnił, że wycenił koszty projektanta instalacji gazów medycznych, tj. zostały one ujęte w ofercie podwykonawcy Promedicon w poz. 1.16, 1.18, 1.22 oferty, gdzie wprost wskazane są gazy medyczne.

Jak wskazano powyżej, nawet jeśli wyjaśnienia składane przez Wykonawców nie są tak dokładne i nie zawierają bardziej szczegółowych pozycji, na jakie wskazywał Odwołujący, nie można uznać, że nie zostały zawarte w nich wszystkie koszty. Wykonawca Promat odniósł się do wezwania Zamawiającego wyjaśniając, iż ujął w wycenie wszystkie koszty, a zatem brak jest podstawy do stwierdzenia, że zaofferowana cena jest rażąco niska.

W odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny, złożonych przez Wykonawcę Konsorcjum Neon należy wskazać, że zarzut jest zasadny.

Zgodnie z artykułem 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Naczelną zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania.

Zgodnie z artykułem 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzeżł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Powyżej zacytowany artykuł zawiera odniesienie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z artykułem 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zatem dla oceny czy dana informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa w pierwszej kolejności należy ustalić, czy informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i czy posiadają wartość gospodarczą, a jednocześnie nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Oznacza to, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć tylko takie informacje, co do których wykazano, że posiadają wartość gospodarczą i nie są powszechnie znane w kręgu osób zajmujących się tym rodzajem informacji.

Wykonawca Konsorcjum neon nie wykazał, nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Nie wykazał, jaką szkodę mogłoby ponieść przedsiębiorstwo/firma w sytuacji ujawnienia wyjaśnień. Nie wykazał także żadnych kroków, jakie zostały podjęte w celu ochrony tych informacji w przedsiębiorstwie.

Złożone wyjaśnienia powstały jedynie na użytek tego postępowania i nie są informacją szczególnie chronioną w przedsiębiorstwie.

Nie ulega wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało poczynione jedynie w celu nieujawnienia ich przed wykonawcami w postępowaniu, nie zaś w celu ochrony szczególnie chronionej tajemnicy w przedsiębiorstwie.

Nie jest istotą zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej czy sądów powszechnych, co może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale przedstawienie przez Wykonawcę konkretnych, rzeczywistych faktów co do tego, że informacja posiada wartość gospodarczą oraz jest chroniona w konkretny, szczególnie sposób.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że Zamawiający dokonał odtajnienia części wyjaśnień Wykonawcy Konsorcjum Neon, a zatem Wykonawcy mieli możliwość zapoznania się z treścią wyjaśnień w takim stopniu, że przygotowano odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zaofferowanej ceny i oceny wyjaśnień przez Zamawiającego (o czym świadczy okoliczność, że sformułowane zostały zarzuty wraz z przytoczeniem okoliczności faktycznych). Z tego względu Izba nie nakazywała Zamawiającemu dokonania czynności odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Podobne rozważania należy odnieść do oferty Wykonawcy Promet. Wykonawca nie wykazał, nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Nie wykazał, jaką szkodę mogłoby ponieść przedsiębiorstwo/firma w sytuacji ujawnienia wyjaśnień. Nie wykazał także żadnych kroków, jakie zostały podjęte w celu ochrony tych informacji w przedsiębiorstwie.

Złożone wyjaśnienia powstały jedynie na użytek tego postępowania i nie są informacją szczególnie chronioną w przedsiębiorstwie.

Niezależnie od powyższego Zamawiający dokonał odtajnienia (prawie całości) treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Promet oraz większości załączników dołączonych do tych wyjaśnień.

Zgodnie z artykułem 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W sytuacji, gdy Zamawiający odtajnił znaczącą część wyjaśnień lub prawie ich całość (przedstawionych przez Wykonawców) i złożonych wraz z wyjaśnieniami dokumentów (co pozwoliło wykonawcom konkurencyjnym na złożenie odwołania i postawienie zarzutów w zakresie zaofiarowanej ceny), a zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny został przez Izbę rozpoznany, uwzględnienie zarzutu dotyczącego art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia nieodtajnionych dokumentów (w postaci np. umów o pracę, mediany wynagrodzeń na rynku) nie wpłynie na wynik postępowania. Z tego względu, mimo że Wykonawcy Konsorcjum Neon oraz Promat nie wykazali skuteczności i rzeczywistej podstawy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołanie podlegało oddaleniu.

Odwołujący TPF w treści odwołania zastrzegł, że zarzut rażąco niskiej ceny został sformułowany na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. W sytuacji odtajnienia wyjaśnień wnosił o nierozpoznanie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

Izba miała jednak na uwadze okoliczność że Wykonawca Promet w odwołaniu o sygnaturze akt KIO 137/21 postawił zarzut rażąco niskiej ceny. Sprawy z odwołania o sygnaturze akt KIO 137/21 oraz 154/21 zostały skierowane zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do łącznego rozpoznania. Zatem Izba była zobowiązana do rozpoznania zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny. W niniejszym postępowaniu wystąpiła zatem szczególna sytuacja - gdyby uznać stanowisko Odwołującego TPF, aby zarzut rażąco niskiej ceny został rozpoznany po odtajnieniu dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa a dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący miałby możliwość ponownego wniesienia odwołania na tę samą czynność Zamawiającego dotyczącą oceny wyjaśnień wykonawców (już po dokonaniu rozstrzygnięcia Izby w tym zakresie), co byłoby nieuprawnione.

Odwołujący Promet oraz Odwołujący TPF w trakcie rozprawy złożyli wnioszek do protokołu o zaniechanie zaliczenia w poczet kosztów wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Zamawiającego z uwagi na fakt, że nie stawiał się na drugi z wyznaczonych terminów rozprawy.

Izba zaliczyła jednak w poczet kosztów wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Zamawiającego z uwagi na okoliczność, że pełnomocnik stawiał się na pierwszy z terminów wyznaczonych do rozpoznania sprawy, przygotował pisma procesowe – odpowiedź na odwołanie do każdej ze spraw, co oznacza, że podjął działania procesowe na rzecz Zamawiającego.

Ponadto drugi z wyznaczonych terminów do rozpoznania sprawy został wyznaczony na prośbę jednego z pełnomocników Odwołujących w celu umożliwienia wcześniejszego zapoznania się ze złożonymi pismami procesowymi. Strony i uczestnik postępowania zostali zobowiązani przez Izbę do wymiany pism procesowych przed drugim z wyznaczonych terminów rozprawy. Zatem strony postępowania miały możliwość przedstawienia i zapoznania się z pełną argumentacją strony przeciwnej, w tym odpowiedzią na odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1).

**Przewodniczący:.....**