

Warszawa, dnia 8 marca 2021 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Akademia Muzyczna

im.Feliksa Nowowiejskiego

ul. Słowackiego 7, 85 -008 Bydgoszcz

sekretariat@amfn.pl

tel. 52 321 11 42

Odwołujący:

B-Act Sp. z o. o.

Ul. Paderewskiego 24

85-075 Bydgoszcz

KRS: 0000001471

reprezentowany przez:

dr hab. Włodzimierza Dzierżanowskiego

adres do doręczeń:

ul. Bagatela 10 lok. 3

00-585 Warszawa

tel.: 22 654 77 41, fax: 22 654 31 31

e-mail: grupasienna@grupasienna.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Inżyniera Kontraktu/ Inwestora Zastępczego inwestycji pod nazwą: Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy

wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy, na etapie wyboru Generalnego Wykonawcy, realizacji robot budowlanych oraz na etapie powykonawczym, znak sprawy: PN- Zp 16/A2020/2020 (zwane dalej „Postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym nr 2020/S 202-490183

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „nową ustawą Pzp”, wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp” czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Portico Project Management Sp. z o. o. i Wspólnicy Sp. k. ul. Spokojna 5, 01-044 Warszawa, (dalej: „Wykonawca Portico”) pomimo, iż oferta tego Wykonawcy nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś Wykonawca Portico podlega wykluczeniu z postępowania oraz zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Sweco Consulting sp. z o.o (dalej: „Wykonawca Sweco”) oraz zaniechania odrzucenia Wykonawcy SMCE Europe Sp. z o. o. (dalej: „Wykonawca SMCE”).

Odwołujący **zarzuca** Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na przekroczeniu 1,00 % dla wartości „cena z czynności przy wyborze Generalnego Wykonawcy”, co w ocenie Zamawiającego nie stanowi oczywistej omyłki rachunkowej wymienionej w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.
2. art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego, w sytuacji gdy Zamawiający zobowiązany był do dokonania tego typu czynności,

3. z ostrożności naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego, w sytuacji gdy Zamawiający uprawniony był do dokonania tego typu czynności,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Portico, pomimo, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób dedykowanych do realizacji zamówienia na stanowisku Inspektora nadzoru robót sanitarnych – wentylacja, klimatyzacja, w sytuacji gdy był wezwany do złożenia wyjaśnień oraz dwukrotnie do uzupełnienia dokumentów,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Portico, w sytuacji gdy Wykonawca zaplanował i zaoferował usługi tj. zagospodarowania kampusu AMFN w 2024 r. w terminie wykraczającym poza ramy określne przez Zamawiającego,
6. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez uznanie, iż Wykonawca Portico prawidłowo zastrzegł wykaz osób wraz z referencjami oraz metodologię, jako tajemnica przedsiębiorstwa,
7. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sweco Consulting sp. z o.o., podczas gdy przedstawiana przez Wykonawcę cena za czynności dodatkowe stanowi manipulację cenową, która doprowadziła do przyjęcia korzystniejszych wyników w celu uzyskania określonej punktacji w kryterium oceny ofert, a tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
8. art. 89 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sweco Consulting sp. z o.o. pomimo, iż cena za czynności dodatkowe jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, *ewentualnie z ostrożności naruszenie:*
9. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Sweco do złożenia wyjaśnień w przed-

miocie rażąco niskiej ceny co do zaoferowanej przez Wykonawcę ceny za czynności dodatkowe,

- 10.art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę SMCE, w sytuacji, gdy Wykonawca SMCE w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, nie udzielił wyjaśnień, a tym samym nie wykazał, iż jego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej,
- 11.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 1 pkt 3) i 4) ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert, w szczególności ocenę oferty Wykonawcy Potrico, przez członka Komisji Przetargowej, który powinien być wyłączony z podejmowania czynności w postępowaniu,
- 12.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący **wnosi o**:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy Portico;
5. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy Portico z postępowania;
6. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę Portico dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa,
7. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy Sweco,
8. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy SMCE,
9. w konsekwencji powyższego wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Zachowanie wymogów formalnych:

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 26 lutego 2021 r., tj. w dniu przekazania Odwołującemu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany.

Interes:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania – w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbiecie dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny:

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Inżyniera Kontraktu/ Inwestora Zastępczego inwestycji pod nazwą: Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy.
2. Zamawiający pismem z dnia 26 lutego 2021 r. poinformował Odwołującego, iż dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Portico, zaś oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. W ocenie Zamawiającego podstawą odrzucenia oferty stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał, iż *„przekroczenie 1,00% dla wartości „cena za czynności przy wyborze Generalnego Wykonawcy” nie jest oczywistą omyłką rachunkową wymienioną w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający postanowił o odrzuceniu oferty”*.

3. W zakresie dotyczącym oferty Portico należy wskazać, iż Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty Portico pismem z dnia 11 lutego 2021 r., działając na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę m.in. do złożenia uzupełnień lub wyjaśnień tj. *„wyjaśnienie bądź wskazanie innej osoby (wraz z podaniem inwestycji potwierdzających spełnianie wymogów określonych w SIWZ) do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót sanitarnych lub inspektora nadzoru robót sanitarnych (wentylacja i klimatyzacja). Zamawiający w SIWZ wskazał, iż możliwość pełnienia więcej niż jednej funkcji w Zespole Wykonawcy przez tę samą osobę nie dotyczy inspektorów nadzoru budowlanego”*. Wykonawca w odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 22 lutego 2021 r. złożył wyjaśnienia oraz uzupełnienie. Zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2021 r. wskazał, iż *„w następstwie złożenia uzupełnień na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 lutego 2020 r., Zamawiający wzywa wykonawcę do uszczegółowienia wyjaśnień : przedstawienie dokładnych dat (miesiąc rok - rozpoczęcia i zakończenia inwestycji stanowiących o doświadczenie mgr inż. Pawła Drożdza. Przy obecnie podanych datach nie jest możliwe wyliczenie minimum 5 -letniego doświadczenia”*. Wykonawca Portico w tym samym dniu złożył uzupełnienie wykazu osób sporządzonego w oparciu o Załącznik nr 5 do SIWZ.
4. Badanie i ocenę ofert, w tym ocena metodyki realizacji zamówienia (stanowiącej kryterium oceny ofert), przeprowadziła Komisja Przetargowa. Istotnym jest, iż w skład Komisji Przetargowej wchodziła osoba, która winna być wyłączona z podejmowania jakichkolwiek czynności w postępowaniu.
5. Dla niniejszego stanu faktycznego znacznie ma także fakt badania przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzeżonej w ofercie Portico. Z treści załącznika do protokołu – *zasadność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa – protokół z posiedzenia komisji z dnia 9 lutego 2020 r.* – wynika, iż Zamawiający badał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W wyniku przeprowadzonej analizy zamawiający stwierdził iż Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym dokonali skutecznego utajnienia części swoich ofert.

6. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż oferta Wykonawcy Portico winna być uznana jako najkorzystniejsza, jak również, że oferta Odwołującego polega odrzuceniu.
7. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił się szeregu nieprawidłowych czynności bądź też zaniechał podjęcia określonych czynności, które w rezultacie doprowadziły do nieuprawnionego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

II. Uzasadnienie zarzutów:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na przekroczeniu 1,00 % dla wartości „cena z czynności przy wyborze Generalnego Wykonawcy”, co w ocenie Zamawiającego nie stanowi oczywistej omyłki rachunkowej wymienionej w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego, w sytuacji gdy Zamawiający zobowiązany był do dokonania tego typu czynności, z ostrożności naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego, w sytuacji gdy Zamawiający uprawniony był do dokonania tego typu czynności:

1. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w rozdziale XV SIWZ określono opis sposobu obliczania ceny, zgodnie z którym:
„1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym łącznej ceny ofertowej netto, stawki podatku VAT oraz łącznej ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia. Cena ofertowa stanowi sumę cen częściowych podanych w Formularzu oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem stanowiącym załącznik nr 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w podziale na:
a. cenę za czynności podstawowe, uzupełniające i pozostałe,

b. cenę za poszczególne czynności dodatkowe.

2. Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SIWZ.

3. Dodatkowo, Wykonawca jest zobowiązany podać cenę netto, wartość podatku Vat oraz cenę brutto: Brak podania w Formularzu ofertowym cen wskazanych w pkt 3 lub podanie cen przekraczających wskazane progi będzie powodować odrzucenie oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

4. Ceny muszą być podane i wyliczone do dwóch miejsc po przecinku.

5. Cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich (PLN).

6. Jeżeli w postępowaniu złożona będzie oferta, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. W takim przypadku Wykonawca, składając ofertę, jest zobligowany poinformować Zamawiającego, że wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) usługi, których świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku”.

2. Uzupełnienie powyższego stanowił Załącznik nr 8 do SIWZ – Formularz ofertowy, w którym Wykonawcy zobowiązani byli do wskazania: ceny netto (**suma wartości cen netto B I. oraz B II.**), podatku VAT (**suma wartości podatku VAT B I. oraz B II.**) oraz ceny brutto (**suma wartości cen brutto B I. oraz B II.**) przy czym:

B) OFERTA

Biorąc udział w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy, na etapie wyboru Generalnego Wykonawcy, realizacji robót budowlanych oraz na etapie powykonawczym o wartości zamówienia przekraczającej równowartość kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp oferujemy wykonanie usług opisanych w szczegółowym opisie przed-

miotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ według poniższego zestawienia:

I. Cena za uczestnictwo w wyborze Generalnego Wykonawcy

Nazwa usługi	Cena netto (zł)	Podatek VAT (zł)	Cena brutto (zł)
Uczestnictwo w ogłoszeniu i wyborze Generalnego Wykonawcy dla zadania inwestycyjnego pod nazwą <i>Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy</i>			

UWAGA ! Cena brutto usługi określonej w pkt. I. nie może stanowić więcej niż 1,0 % wartości usługi określonej w pkt. II oferty.

II. Cena za prowadzenie czynności Inżyniera Kontraktu w trakcie inwestycji

Nazwa usługi	Cena netto (zł)	Podatek VAT (zł)	Cena brutto (zł)
Sprawowanie funkcji inwestora zastępczego / Inżyniera Kontraktu dla zadania inwestycyjnego pod nazwą <i>Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy</i>			

3. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż Odwołujący prawidłowo obliczył cenę wskazaną w poz. B.I Formularza ofertowego. Wartość w poz. B.I została obliczona zgodnie z wytycznymi płynącymi z treści SIWZ. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający we wzorze Formularza ofertowego wskazał, iż cena brutto usługi określonej w pkt. I. nie może stanowić więcej niż **1,0 %** wartości usługi określonej w pkt. II oferty. Wartość tę określił z dokładnością do jednego miejsca po przecinku. Tymczasem z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, iż dla ceny za czynności przy wyborze Generalnego Wykonawcy przekroczył on **1,00 %**

wartości za sprawowanie funkcji Inwestora zastępczego/ Inżyniera kontraktu. W tym zakresie Zamawiający wskazał wartość % z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W tym zakresie Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego wbrew postanowieniom SIWZ dotyczących obliczaniu ceny w poz. B. I na podstawie ceny z poz. B.II Formularza ofertowego na poziomie 1,0%, a więc z dokładnością do jednego miejsca po przecinku. Mając na uwadze postanowienia SIWZ należy wskazać, iż cena poz. B. I Formularza ofertowego stanowiąca wartość 1,006 % wartości poz. B. II Formularza ofertowego mieści się w dopuszczalnej przez Zamawiającego granicy. Stosując reguły matematyczne należy wskazać, iż cena oferty Odwołującego, obliczona zgodnie z postanowieniami siwz nie przekracza 1,0% stosując zasady matematyczne dotyczące zasad zaokrąglania.

4. Niezależnie od powyższego (na wypadek stwierdzenia, iż powyższa argumentacja nie zasługuje na uznanie), wbrew twierdzeniom Zamawiającego był on **uprawniony, a nawet zobowiązany do poprawienia ceny wskazanej w poz. B. I Formularza ofertowego na podstawie określonej ceny w poz. B.II Formularza ofertowego w związku z informacją, iż Cena brutto usługi określonej w pkt. I. nie może stanowić więcej niż 1,0 % wartości usługi określonej w pkt. II oferty. W konsekwencji powyższego Zamawiający zobowiązany był do poprawienia ceny całkowitej oferty, bowiem elementami składającymi się na cenę są ceny określone w poz. B.I i poz. B.II.**
5. Podkreślenia wymaga, iż poprawienie ceny oferty zarówno dla poz. B.I, jak i ceny całkowitej, mieści się w katalogu czynności uprawniających Zamawiającego do sanowania ewentualnych nieprawidłowości oferty. Przy określeniu przez Wykonawcę ceny w poz. B. II Formularza ofertowego możliwym jest poprawienie przez Zamawiającego jako omyłki rachunkowej ceny w poz. B.I Formularza ofertowego. Sposób obliczenia wysokości ceny w poz. B.I wynika bowiem wprost z postanowień SIWZ - *Cena brutto usługi określonej w pkt. I. nie może stanowić więcej niż 1,0 % wartości usługi określonej w pkt. II oferty*. Poprawienie omyłki możliwe jest bez prowadzenia w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień z Wykonawcą. Przy określonej cenie w poz. B.II poprawienie ceny w poz. B.I i konsekwentnie ceny

oferty, **czynność Zamawiającego sprowadzać się będzie wyłącznie do wykonania działania matematycznego, polegającego na obliczeniu wartości ceny w poz. B.I stanowiącej 1,0% wartości ceny określonej w poz. B. II Formularza ofertowego.**

6. W powyższym zakresie nie można zatem mówić, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczaniu ceny. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że **błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich poprawić. Od omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2, różnią się tym, że nie mają charakteru oczywistego.**

Nie są to więc z reguły błędy w działaniach matematycznych, bo jako takie mogą zostać uznane za oczywiste omyłki. Tylko wtedy, gdy brak jest elementu oczywistości, czyli gdy z działania matematycznego nie wiadomo, który jego składnik jest błędny (np. ilość czy cena jednostkowa) i w związku z tym nie wiadomo, jak poprawić ten błąd, możemy mieć do czynienia z błędem w obliczeniu ceny na poziomie rachunkowym. Przykładem błędu w obliczaniu ceny uzasadniającego odrzucenie oferty jest podanie zbyt małych ilości w stosunku do żądania wynikającego z siwz, nieuwzględnienie w cenie wszystkich elementów czy zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT.

7. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 97/20 wskazała, iż „z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty mamy do czynienia co do zasady w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cen lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SIWZ i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego”. Przekładając powyższe na stan analizowanej sprawy należy wskazać, iż Odwołujący składając ofertę uwzględnił wszystkie elementy cenotwórcze, wynikające z odpowiednich przepisów, wymagań Zamawiającego, jak również przyjął za podstawę kalkulacji wszystkie elementy wynikające z

- dokumentacji przetargowej. W złożonej ofercie nie występują zatem uchybienia, które należałoby zakwalifikować jako błąd w obliczaniu ceny.
8. W innym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1885/20 podkreślono, iż *„błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub np. w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT”*. Mając na uwadze powyższe orzeczenie, także w tym przypadku żaden z powyższych elementów nie wystąpił w przedmiotowym stanie faktycznym, w szczególności Wykonawca określił cenę przy uwzględnieniu postanowień rozdziału XV SIWZ oraz właściwej stawki podatku VAT.
9. Różnica między błędem w obliczeniu ceny a oczywistą omyłką rachunkową polega na tym, że ta pierwsza dotyczy nieuwzględnienia (lub błędnego uwzględnienia) kosztów/ceny wszystkich elementów kosztotwórczych/cenotwórczych, gdy druga odnosi się do błędu w obliczaniu ceny.
10. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien dokonać poprawienia omyłki rachunkowej, a nie odrzucać jego ofertę z uwagi na rzekome błędy w obliczeniu ceny. Podkreślenie wymaga, iż omyłka jaka wystąpiła w ofercie Odwołującego możliwa była do zidentyfikowania przez Zamawiającego bez jakiegokolwiek ingerencji ze strony Odwołującego. W takiej sytuacji Zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany do poprawienia omyłki rachunkowej. Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 8 lipca 2020 r, sygn. akt KIO 1030/20: **„dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia. Nie budziło wątpliwości Izby, że zaistniała w przedmiotowym przypadku omyłka rachunkowa była dostrzegalna na pierwszy rzut oka i możliwa do jednoznacznego stwierdzenia podczas dokonywanej przez Zamawiającego weryfikacji obliczeń zgodnie z podanym w SIWZ sposobem obliczenia ceny oferty, wedle którego cena wskazana w ofercie miała być ceną kosztorysową wyliczoną na podstawie przedmiaru robót i kosztorysu ofertowego. Zamawiający był w stanie wykryć tę omyłkę wykonując podczas weryfika-**

*cji oferty wykonawcy PRDM proste działania arytmetyczne polegające na zsumowaniu poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego. **Informacje niezbędne do poprawienia tej omyłki Zamawiający powziął wprost z treści oferty (z treści kosztorysu ofertowego), a nie na skutek jakichkolwiek wyjaśnień ze strony wykonawcy PRDM. Treść oferty pozwala na jednoznaczne przesądzenie, który wynik matematycznego działania został określony przez wykonawcę PRDM wadliwie.** Przedmiotowa omyłka nie budziła żadnych wątpliwości co do możliwości ustalenia, na którym etapie działania arytmetycznego wykonawcy PRDM powstała nieprawidłowość i w jaki sposób należałoby ją poprawić. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, omyłka ta była możliwa do poprawienia tylko w jeden sposób - poprzez wskazanie prawidłowej łącznej wartości wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego”.*

11. Zauważania wymaga także fakt, iż obliczona przez Odwołującego cena w poz. B.I stanowi 1,006 % wartości ceny określonej w poz. B.II Formularza ofertowego. Poprawienie zatem ceny całkowitej oferty nie wpływa na zmianę rankingu ofert pod względem ceny. Oferta Odwołującego, po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej, nadal pozostaje ofertą najkorzystniejszą pod względem ceny. Podkreślenia wymaga, iż „postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia omyłek pisarskich, rachunkowych czy niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco” (tak w wyroku KIO z dnia 20 października 2020 r., sygn. akt KIO 2127/20, KIO 2495/20).
12. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie omówił i nie wskazał przyczyn, dla których nie mógł zastosować przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Co

więcej, działanie Zamawiającego jest o tyle nieuzasadnione, iż nie wskazał konkretnego punktu przywołanego przepisu, sugerując jedynie, iż chodzi o oczywistą omyłkę rachunkową. **Z tego względu z ostrożności procesowej, Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp polegający na zaniechaniu poprawienia innej omyłki.**

13. W ocenie Odwołującego zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp w analizowanym stanie faktycznym także jest działaniem uprawnionym. Cena podana w Formularzu ofertowym, a dotycząca poz. B.I wynosi 1,006 % ceny określonej w poz. B.II, a tym samym stanowi ona 0,0063 % w skali wartości całego kontraktu. Różnica ta jest nieistotna i jako taka winna stanowić podstawę do poprawy. Należy podkreślić, iż art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp stanowi obowiązek dla Zamawiającego i jako taki winien zostać użyty. Okoliczność ta niewątpliwie wskazuje, iż niewielka różnica, wynikająca z ewentualnych nieprawidłowości działań matematycznych, nie może rzutować na negatywne konsekwencje zarówno dla Wykonawcy, jak i dla Zamawiającego. Wybór oferty Odwołującego, mając na uwadze przede wszystkim kryterium ceny, byłby uzasadniony także pod względem ekonomicznym. Drobne uchybienia nie powinny niwelować szansy udzielenia zamówienia Odwołującemu.

14. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 lipca 2020 r., sygn., akt KIO 973/20 „**ustawodawca przewidział jedynie dopuszczalność poprawienia omyłek, które są zwykle drobnymi pomyłkami** (...) a nie przewidział poprawienia formularza cenowego poprzez dokonanie wpisania wszystkich wymaganych treścią SIWZ cen jednostkowych, które mają opisane na gruncie SIWZ znaczenie w zakresie tego co zawierają jako elementy kosztowe, a także w jaki sposób będzie następowało rozliczenie sukcesywnej dostawy pomiędzy stronami. Izba reprezentuje pogląd, że obowiązek podania przez Odwołującego w ofercie cen jednostkowych netto miał charakter obligatoryjny z powodu przyjęcia przez niego oświadczenia Zamawiającego wynikającego w powołanej wyżej treści SIWZ, że rozliczenie sukcesywnych dostaw będzie następować na podstawie iloczynu faktycznie zrealizowanych dostaw przedmiotu umowy oraz cen jednostkowych netto podanych w formularzu cenowym, stanowiącym

*Załącznik nr 1 do umowy. Niezależnie od powyższego, Izba stanęła na stanowisku, że **dokonanie poprawienia - dopisania cen jednostkowych netto spowoduje istotną zmianę treści oferty polegającą na tym, że pierwotnie oferta nie zawierała essentialia negotii, a wskutek uzupełnienia cen jednostkowych netto powstała nowa treść oferty***”.

15. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego winien kaskadowo ocenić czy po pierwsze cena oferty Odwołującego została określona przy uwzględnieniu postanowień SIWZ, a następnie po ewentualnym wyeliminowaniu powyższego, poprawić omyłkę mieszczącą się w katalogu art. 87 ust. 2 pkt 2 lub pkt 3 ustawy Pzp. To Zamawiający poprzez określenie takiej formuły zaokrągleń (do jednego miejsca po przecinku) przy podawaniu w ofercie wymaganego składnika ceny doprowadził do tego, że wykonawca podał ją w ten sposób. Jeżeli więc Zamawiający obecnie wskazuje, że taki sposób wykładni SIWZ, który takie zaokrąglanie dopuszcza i uznaje za dopuszczalny margines błędu jest niewłaściwy – to nie może skutków tej nieprecyzyjności przenosić na wykonawcę lecz musi uznać, że omyłka została wywołana przez Zamawiającego jest niezamierzona i nieistotna (co przy tej skali różnicy jest oczywiste) i poprawić niezgodność z SIWZ na której istnienie wskazuje.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Portico, pomimo, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób dedykowanych do realizacji zamówienia na stanowisku Inspektora nadzoru robót sanitarnych – wentylacja, klimatyzacja, w sytuacji gdy był wezwany do złożenia wyjaśnień oraz dwukrotnie do uzupełnienia dokumentów:

16. W ocenie Odwołującego Wykonawca Portico nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie, tj. nie wykazał, iż

dysponuje osobą na stanowisku Inspektora robót sanitarnych – wentylacja, klimatyzacja.

17. Zgodnie z pkt V.2 lit.c) pkt vii) oraz pkt viii) SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania oraz skierowania do realizacji zamówienia osób legitymujących się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami i doświadczeniem tj.: „1 osobą pełniącą funkcję Inspektora nadzoru robót sanitarnych, posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń, w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz pełnił funkcję inspektora nadzoru danej branży lub kierownika budowy dla co najmniej jednej inwestycji dot. Budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej przez okres co najmniej 12 miesięcy, gdzie wartość robót budowlanych wynosiła co najmniej 40.000.000,00 PLN brutto”, oraz „1 osobą pełniącą funkcję Inspektora nadzoru robót sanitarnych – wentylacja, klimatyzacja, posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń, w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń oraz pełnił funkcję inspektora nadzoru danej branży lub kierownika budowy dla co najmniej jednej inwestycji dot. Budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej przez okres co najmniej 12 miesięcy, gdzie wartość robót budowlanych wynosiła co najmniej 20.000.000,00 PLN brutto”. Jednocześnie Zamawiający określił, iż **„dopuszcza możliwość pełnienia kilku funkcji przez jedną osobę, która posiada stosowne uprawnienia. Przy czym zapis ten nie dotyczy inspektorów nadzoru robót budowlanych”**.
18. Wykonawca Portico wprawdzie zastrzegł wykaz osób dedykowanych do realizacji zamówienia, jednakże na podstawie treści oferty, jak również korespondencji, o której mowa w pkt I.3 niniejszego Odwołania (stan faktyczny), jednoznacznie stwierdzić można, iż Wykonawca złożył wraz z

ofertą wykaz osób sporządzony wg Załącznika nr 5 do SIWZ, z treści którego wynika, iż na dwa stanowiska tj. Inspektora nadzoru robót sanitarnych (o którym mowa w pkt V.2 lit.c) pkt vii) SIWZ) oraz Inspektora nadzoru robót sanitarnych – wentylacja, klimatyzacja (o którym mowa w pkt V.2 lit.c) pkt viii) SIWZ) zaproponował tę samą osobę, wbrew wyraźnemu zakazowi (sic!). Zamawiający wezwał Wykonawcę Portico do złożenia wyjaśnień lub wskazania nowej osoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w odpowiedzi na powyższe złożył wyjaśnienia oraz uzupełnił wykaz osób o osobę dedykowaną na stanowisko Inspektora nadzoru robót sanitarnych – wentylacja, klimatyzacja.

- 19.** Wykonawca Portico przyznał, iż „w ramach Załącznika nr 5 do SIWZ Wykonawca wskazał do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót sanitarnych i Inspektora nadzoru robót sanitarnych **jedną osobę**, spełniającą wszystkie wymogi określone w SIWZ. W opinii Wykonawcy oferta w powyższym zakresie w pełni odpowiada SIWZ, z uwagi na fakt, iż funkcje pełnione przez Inspektora nadzoru robót sanitarnych oraz Inspektora nadzoru robót sanitarnych – wentylacja i klimatyzacja realizowane są w ramach jednej i tej samej branży i wymagają posiadania tożsamych uprawnień. Zważywszy na fakt, że uprawnienia sanitarne to uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych wentylacyjnych, gazowych i wodociągowych, i nie występują odrębne uprawnienia dla specjalności wentylacyjnej czy klimatyzacyjnej, należy przyjąć, że Zamawiający formułując zastrzeżenie o braku możliwości pełnienia kilku funkcji przez inspektorów nadzoru robót budowlanych musiał mieć na myśli łączenie przez jedną osobę funkcji inspektorskich w różnych specjalnościach. (...) **Dodatkowo należy stwierdzić, że jeżeli mimo słuszności powyższej argumentacji zamiar Zamawiającego był inny, powinno być to należycie opisane.** Przepisy obowiązującego prawa wyróżniają bowiem jedynie funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, który to inspektor może posiadać uprawnienia w różnych specjalnościach. **Zamawiający zaniechał stosowania precyzyjnych terminów ustawowych jednocześnie nie wskazując, że w jego rozumieniu inspektor nadzoru robót sanitarnych lub inspektor nadzoru robót sanitarnych – wentylacja i klimatyzacja są w istocie inspekto-**

rami nadzoru budowlanego. Zważywszy na fakt, że uprawnienia sanitarne to uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych wentylacyjnych, gazowych i wodociągowych, i nie występują odrębne uprawnienia dla specjalności wentylacyjnej czy klimatyzacyjnej, należy przyjąć, że Zamawiający formułując zastrzeżenie o braku możliwości pełnienia kilku funkcji przez inspektorów nadzoru robót budowlanych **musiał mieć na myśli łączenie przez jedną osobę funkcji inspektorskich w różnych specjalnościach.** Za słuszością powyższej interpretacji przemawia zarówno wykładnia celowościowa, jak i logiczna, może się bowiem zdarzyć, że osoba posiadająca uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej ma także uprawnienia w specjalności drogowej i jak rozumie Wykonawca, Zamawiający chciał zapobiec właśnie łączeniu kilku funkcji przez jedną osobę w różnych specjalnościach. Dodatkowo należy stwierdzić, że jeżeli mimo słuszości powyższej argumentacji **zamiar Zamawiającego był inny,** powinno być to należycie opisane. Przepisy obowiązującego prawa wyróżniają bowiem jedynie funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, który to inspektor może posiadać uprawnienia w różnych specjalnościach. **Zamawiający zaniedbał stosowania precyzyjnych terminów ustawowych jednocześnie nie wskazując, że w jego rozumieniu inspektor nadzoru robót sanitarnych lub inspektor nadzoru robót sanitarnych – wentylacja i klimatyzacja są w istocie inspektorami nadzoru budowlanego”.**

20. Odwołujący nie zgadza się z powyższym stanowiskiem. Postanowienia specyfikacji były jasne i czytelne w zakresie dotyczącym ilości osób dedykowanych do realizacji zamówienia. Gdyby Zamawiający dopuścił łączenie funkcji inspektorów nadzoru przez jedną osobę, niewątpliwie dałby temu wyraz, jak w przypadku pozostałych osób dedykowanych do realizacji zamówienia. Interpretacja SIWZ w powyższym zakresie jest co najmniej nieuprawniona. Jeżeli Wykonawca Portico miał jakikolwiek wątpliwości jak należy rozumieć specyfikację i w jaki sposób należy wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, mógł na etapie przed złożeniem ofert zwrócić się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienia. Skoro tego nie uczynił nie może jako następstwo swojej niestaranności, przerzucać rzekome niejasności SIWZ na Zamawiającego.

21. Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2176/18, w którym Izba wskazała, że: *„Ocena ofert to ich uszeregowanie w oparciu o przyjęte w danym postępowaniu kryteria oceny ofert, pozwalające zamawiającemu na ustalenie która ze złożonych ofert jest najkorzystniejsza i powinna zostać wybrana. Kluczowe znaczenie przy badaniu prawidłowości oceny ofert przez zamawiającego mają zapisy SIWZ. To bowiem SIWZ jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. SIWZ jest dokumentem, którego postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego. Wskazana zasada z jednej strony gwarantuje, że w przypadku prawidłowej realizacji obowiązków z niej wynikających, zamawiający uzyska przedmiot zamówienia spełniający jego uzasadnione potrzeby, z drugiej zaś strony - w przypadku braku należytej staranności po stronie zamawiającego - obciąża go odpowiedzialnością za niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie w SIWZ istotnych aspektów związanych z prowadzonym postępowaniem. Podkreślić jednakże należy, że **interpretacja zapisów SIWZ winna być dokonana w oparciu o całość zapisów zawartych w dokumencie, nie zaś na podstawie wybranych przez odwołującego się wykonawcę fragmentów, wyrwanych z kontekstu całego dokumentu. Postawienie zarzut niejednoznaczności zapisów SIWZ nie może opierać się wyłącznie na subiektywnych odczuciach danego wykonawcy, dążącego za wszelką cenę do uzyskania zamówienia. Wykonawca winien wykazać, iż z postanowień SIWZ w obiektywny sposób, oceniany z punktu widzenia profesjonalisty działającego na rynku, nie wynikały obowiązki na które powołuje się zamawiający odmawiając przyznania wykonawcy punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Tego, w ocenie Izby, Odwołujący w ramach niniejszego postępowania odwoławczego nie wykazał. Tezy zawarte w odwołaniu są wyłącznie próbą usprawiedliwienia własnych uchybień i zaniedbań, jakich wykonawca dopuścił się przy składaniu oferty. Próba zaś przerzucenia konsekwencji takich działań na Zamawiającego jest, w ocenie Izby, nieuprawniona”.***

22. Wykonawca Portico wykazał zatem jedną osobę na potwierdzenie spełnienia dwóch warunków udziału w postępowaniu. Działanie takie należy ocenić jako niedopuszczalne w świetle postanowień SIWZ.
23. Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż Wykonawca Portico uzupełnił na potwierdzenie spełniania warunków wykaz osób, wskazując na stanowisko Inspektora nadzoru robót sanitarnych – wentylacja, klimatyzacja Pana Pawła Drożdza. Zauważanie wymaga, iż uzupełnienie nastąpiło na skutek wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
24. Z treści uzupełnionego wykazu nie wynikało, iż Pan Paweł Drożdż posiada wymagane doświadczenie. Z tego względu Zamawiający bez wskazywania podstawy prawnej, wystosował do Wykonawcy kolejne wezwanie do przedstawienia dokładnych dat rozpoczęcia i zakończenia inwestycji stanowiących o doświadczeniu ww. osoby. Jak podkreślił zamawiający *„przy obecnie podanych datach nie jest możliwe wyliczenie minimum 5-letniego doświadczenia”*.
25. Powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje, iż Zamawiający wezwał dwukrotnie do złożenia tego samego dokumentu tj. wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tego typu działanie jest nieuprawnione i nie może się ostać. Podkreślenia wymaga, iż w przypadku wezwania do uzupełnienia dokumentów, dokumenty te winny być uzupełnione w sposób pozwalający na stwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro Wykonawca Portico nie uzupełnił wykazu w należyty sposób, to konsekwencją takiego działania winno być wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie zaś ponowne wyzwanie do uzupełnienia dokumentów. W literaturze przedmiotu i orzecznictwie KIO dominuje pogląd, iż Zamawiający wzywa do uzupełniania dokumentów jednokrotnie.
26. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 430/20: *„Z zapisów SIWZ klarownie wynikało, że wraz z ofertą wykonawcy mieli złożyć dokument JEDZ wypełniony w częściach odnoszących się do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzający brak podstaw do wykluczenia. Konsorcjum wraz z ofertą takich dokumentów nie przedstawiło. Zamawiający oceniając prawidłowość postępowania takiego wykonawcy, winien był już w tym*

momencie zastosować tryb przewidziany art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to jest wezwać do uzupełnienia dokumentu, który nie został złożony. Tymczasem Zamawiający jako podstawę wezwania wskazał art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Abstrahując od poprawności zastosowanego tryby, **Wykonawca w momencie otrzymania wezwania winien był przedstawić prawidłowo sporządzony i wypełniony dokument JEDZ i inne niezbędne dokumenty. Przystępujący natomiast złożył dokument o niekompletnym charakterze, bez wymaganych elementów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Izba w składzie rozpoznającym odwołanie podziela stanowisko wyrażone w piśmiennictwie i doktrynie, iż w przypadku gdy wykonawca składa oświadczenie JEDZ w wadliwej lub niekompletnej formie, lub zupełnie pomija w swojej ofercie ten dokument, następnie na wezwanie zamawiającego składa niekompletny JEDZ, nie ma podstaw, aby wykonawca został po raz kolejny, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywany do uzupełnienia wadliwego oświadczenia.** Treść wezwania Zamawiającego była jasna, nie wymagała dodatkowej interpretacji, co oznacza, że jeżeli Konsorcjum przedstawiło wadliwy dokument, nie może liczyć na następne wezwanie. Takie działanie należałoby uznać za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców. W okolicznościach pierwszego wezwania do uzupełnienia, wykonawca winien przedstawić kompleksowo i prawidłowo wypełnione oświadczenie JEDZ. Sytuacja Konsorcjum w postępowaniu wynika z wadliwego zachowania samego wykonawcy, z niedochowania należytej staranności przy wypełnieniu dokumentu, który w obecnym stanie prawnym jest dokumentem o charakterze podstawowym. To z JEDZ Zamawiający czerpie wszelką wiedzę na temat spełniania przez danego wykonawców warunków udziału w postępowaniu, sposobu i poziomu spełniania tych warunków, a także braku podstaw do wykluczenia wykonawcy. Zatem to sam Przystępujący spowodował, że Zamawiający po otrzymaniu dokumentu JEDZ w wyniku uzupełnienia nie był w stanie ocenić, czy wykonawca ten podlega wykluczeniu i czy spełnia ustalone warunki”.

27. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Wykonawca Portico nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarówno w konfi-

guracji, gdzie złożył on wyjaśnienia co do możliwości wykazania spełnienia dwóch warunków za pomocą jednej osoby, jak również w sytuacji zastąpienia pierwotnie wskazanej osoby, kolejną osobą i dwukrotnemu wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu.

28. W powyższych okolicznościach Wykonawca Portico winien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Wykonawca nie wykazał bowiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt V.2 lit.c) pkt vii) oraz pkt viii) SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Portico, w sytuacji gdy Wykonawca zaplanował i zaoferował usługi tj. zagospodarowania kampusu AMFN w 2024 r. w terminie wykraczającym poza ramy określne przez Zamawiającego

29. Z treści karty oceny metodyki wynika, iż Wykonawca Portico zaoferował rozwiązania niezgodne z wymaganiami SIWZ. Członek Komisji Przetargowej wskazał, iż „z harmonogramu wynika, że zagospodarowanie kampusu AMFN nastąpi dopiero w 2024 roku (**przekroczenie zakładanego terminu przez Zamawiającego**)”.

30. Zgodnie z postanowieniami § 2 umowy: „Ustala się termin realizacji umowy w okresie od dnia podpisania umowy:

- a) 3 miesiące od daty podpisania umowy w zakresie czynności Inżyniera dotyczących wyboru Generalnego Wykonawcy,
- b) 33 miesiące licząc od daty podpisania z Generalnym Wykonawcą robót budowlanych w zakresie nadzoru nad realizacją inwestycji”.

31. Mając na uwadze powyższe, a w szczególności jednoznaczne wskazanie przez Zamawiającego, iż Wykonawca Portico przekroczył termin realizacji, stwierdzić należy, iż oferta Wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym terminu realizacji zagospodarowania kampusu AMFN.

32. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1053/19 wskazano, iż „na uwagę zasługuje art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z którego wynika, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z

*zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika, że **zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy tylko wtedy gdy treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji, zatem odrzucenie oferty wykonawcy za jej niezgodność możliwe jest tylko gdy wskazana niezgodność ma charakter merytoryczny, nie formalny - co potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO oraz orzecznictwo sądów okręgowych**".*

33. Niewątpliwie zaoferowanie przez Wykonawcę innego terminu realizacji zagospodarowania kampusu AMFN, niż wynikający z dokumentacji postępowania, stanowi merytoryczny aspekt oferty. Skoro tak, to nie można w tym zakresie poprawić oferty Wykonawcy Portico. Jakkolwiek próba wyjaśnienia powyższego traktowane będzie jako negocjowania treści oferty, co w świetle ustawy Pzp jest niedozwolone.
34. W tym stanie rzeczy Zamawiający winie odrzucić ofertę Wykonawcy Portico bowiem oferta nie odpowiada wymaganiom wynikającym z dokumentacji przetargowej. Zauważania wymaga przy tym, iż złożenie oświadczenia w Formularzu ofertowym co do akceptacji postanowień SIWZ i terminów wynikających z dokumentacji, jest niewystarczające do stwierdzenia, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji. Gdy tak było Zamawiający nie wymagałaby złożenia metodyki wykonania zamówienia, która odnosi się także do terminów realizacji przedmiotowego zamówienia.
35. Działanie Zamawiającego jest tym bardziej niezrozumiałe, iż w powyższym zakresie, pomimo stwierdzenie uchybień merytorycznych, Wykonawca Portico otrzymał punkty, które są o tyle istotne, iż decydują o rankingu oceny ofert złożonych w postępowaniu, co oznacza, iż bezpośrednio wpływają na wynik postępowania. Ponownego podkreślenia wymaga, iż w sytuacji, gdy Zamawiający zidentyfikował niezgodność co do terminu realizacji zamówienia, winien w pierwszej kolejności odrzucić ofertę, nie zaś przyznawać punkty za stwierdzone uchybienia. Z ostrożności stwierdzić należy, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu odrzucenia oferty z uwagi na powyższą niezgodność treści oferty z treścią siwz, Odwołujący wnosi o weryfikację oferty Wykonawcy Portico i nie przyznanie w powyższym zakresie punktów.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez uznanie, iż Wykonawca Portico prawidłowo zastrzegł wykaz osób wraz z referencjami oraz metodologię, jako tajemnica przedsiębiorstwa,

36. Dla prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znaczenie ma przepis art. **11 ust. 2** ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), dalej „uznk.” Zgodnie z którym „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.” Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,
- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu utrzymania ich w poufności”.

37. Tymczasem Wykonawca Portico nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie, iż metodyka i wykaz osób winny być chronione w szczególny sposób.

38. W tym miejscu zauważania wymaga, iż „pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy **nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie.** Przykładowo poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do pu-

blicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.)” (vide: wyrok KIO z 14 sierpnia 2018 r, sygn. akt KIO 1491/18).

39. Podkreślenia wymaga, iż badanie zasadności zastrzeżenia informacji jest na gruncie zamówień publicznych kwestią zindywidualizowaną, odnoszącą się do konkretnych okoliczności.
40. Tymczasem z treści protokołu wynika, iż Zamawiający dokonał analizy pisma Wykonawcy pod kątem wykazania prawidłowo zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż *„Wykonawcy dokonali skutecznego utajnienia części swoich ofert”*.
41. Ustalenia Zamawiającego w powyższym zakresie są nieprawidłowe bowiem uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Wykonawcę Portico ma ogólny i lakoniczny charakter. W orzecznictwie KIO za ugruntowany należy uznać pogląd, iż ogólnikowe wyjaśnienia dotyczą co do zasady przytoczenia definicji z art. 11 ust. 2 uznk bez odniesienia do sytuacji danego wykonawcy.
42. Wykonawca Portico poprzez złożenie ogólnikowych, nie udowodnił, że informacje zawarte w metodyce bądź wykazie osób stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa
43. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2020 r. sygn. akt KIO 2331/20 wskazano, iż *„tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji. Wartość gospodarczą informacji należy oceniać w sposób obiektywny. Aby uznać, czy dana informacja ma wartość gospodarczą należy ocenić czy jej posiadanie przez innego wykonawcę daje przewagę konkurencyjną oraz czy jej ewentualne pozyskanie przez konkurencję może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów (zakłócić konkurencję)”*.

44. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Wykonawca nie wykazał, iż metodyka czy wykaz osób ma dla niego wartość gospodarczą, zaś Zamawiający w ogóle nie zbadał tej kwestii. Podkreślenia wymaga, iż uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie odnosiło się do kwestii przewagi konkurencyjnej, indywidualnych ofert, informacji dedykowanych wyłącznie na rzecz realizacji przedmiotowego zamówienia. Wykonawca jedynie wspomniał o powyższych elementach, jednakże w żaden sposób nie wyjaśnił na czym polega przewaga konkurencyjna w związku z realizacją zamówień podobnych do przedmiotowego. Wykonawca Portico nie wykazał w jaki sposób informacja na temat osób przeznaczonych do realizacji zamówienia wpłynie na konkurencję. Samo stwierdzenie, iż istnieje ryzyko podkupienia pracowników jest niewystarczające. W tym zakresie należałoby udowodnić, iż istnieje realne obawa na wystąpienie tego typu sytuacji poprzez m. in. wykazanie wysokości stawek oferowanych osobom dedykowanym do realizacji zamówienia i ich ocenę czy rzeczywiście stawki te są na tyle niskie, iż każdy zainteresowany może „podkupić” danego pracownika. Podobnie w przypadku stwierdzenia, iż *„w umowach z osobami, które wyraziły zgodę na udział w realizacji zamówienia, zastrzeżono wprost, iż fakt zawarcia umowy oraz jej szczegółowe dane, w tym skierowanie osób do pracy, objęte są zasadami poufności”*. Wykonawca także w tym zakresie nie przedłożył nawet wyciągu z umów, na które się powołuje, nie przytoczył klauzul poufności itp. Powyższe twierdzenie jest zatem całkowicie gołosłowne. Wyjaśnienia w przedmiocie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa sprowadzają się w zasadzie do przytoczenia orzecznictwa KIO w powyższym zakresie. Tego typu działanie nie zasługuje na aprobatę, w szczególności w zakresie utrzymania zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.
45. W świetle powyższego niezasadne zatem jest stanowisko Zamawiającego, iż informacje zastrzeżone przez Wykonawcę mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Istotnym jest, iż nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko

art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, mając na uwadze wykazaną powyżej niestaranność Wykonawcy Portico w przygotowaniu oferty, zastrzeżenie metodyki oraz wykazu osób ma na celu jedynie uniemożliwienie zapoznania się z treścią oferty, a następnie uniemożliwienie stosowania środków ochrony prawnej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sweco Consulting sp. z o.o., podczas gdy przedstawiana przez Wykonawcę cena za czynności dodatkowe stanowi manipulację cenową, która doprowadziła do przyjęcia korzystniejszych wyników w celu uzyskania określonej punktacji w kryterium oceny ofert, a tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sweco Consulting sp. z o.o. pomimo, iż cena za czynności dodatkowe jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie z ostrożności naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Sweco do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny za czynności dodatkowe zaoferowanej przez Wykonawcę.

46. W ocenie Odwołującego cena oferty z czynności dodatkowe - wskazane w ofercie Wykonawcy Sweco w sposób bezsporny i nie budzący wątpliwości wskazuje, iż cena ta nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Wykonawca z tytułu realizacji czynności dodatkowych (stanowiących kryterium nr 2 oceny ofert) zaoferował cenę na poziomie 24.108, 00 zł. Należy zauważyć, iż jest to najniższa cena spośród złożonych ofert. W tym zakresie istnieje duże prawdopodobieństwo, iż Wykonawca celowo zniżył cenę za czynności dodatkowe, bowiem powyższe cena stanowi jedno z kryterium oceny ofert. W tym aspekcie zaniżenie ceny uzasadnia odrzucenie oferty na pod-

stawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ZNKU”).

47.Zgodnie z art. 3 ust. 1 ZNKU, wyrażającym tzw. klauzulę generalną, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 ZNKU przykładowo wymienione zostały działania, kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Są nimi w szczególności wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub **nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku**, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

48.Jak wynika z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 13 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 406/12): *„Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.”*

49. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż jako czyn nieuczciwej konkurencji **praktykę manipulowania ceną oferty**, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. "Optymalizacja" ta z reguły dokonywana jest w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zawyżenia ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcom lub otrzymania części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie realizacji umowy.
50. Także Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że zachowaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami jest manipulowanie cenami polegające na celowym przyjmowaniu rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty. W orzecznictwie Izba oceniała jako naganne prowadzenie przez wykonawców tzw. "inżynierii cenowej", mającej na celu jedynie zdobycie przewagi punktowej i prowadzącej w konsekwencji do wyboru oferty najkorzystniejszej, które jest jednocześnie ofertą najdroższą. Dla przykładu należy powołać orzeczenia o sygn. akt: KIO 1934/12, akt: KIO 640/11, gdzie stwierdzono, że *„Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwoływającego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc "manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług; a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwoływającego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ"*. Podobne stanowisko wyrażano w orzeczeniach sygn. akt KIO 640/11 oraz sygn. akt KIO 2787/11, czy sygn. akt KIO 7/13.

51. Porównując oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu, bez wnikliwej analizy, widocznym jest dysproporcja między ceną za czynności podstawowe ofertowane przez Sweco a cenami pozostałych wykonawców, jak również dysproporcja ceny za czynności dodatkowe Sweco a cenami pozostałych Wykonawców. Wykonawca Sweco oferując cenę za czynności podstawowe na poziomie 5 553 450,00 zł, za czynności dodatkowe – 24 108, 00 zł, uzyskał większą ilość punktów niż Wykonawcy oferujący niższą cenę za czynności podstawowe. Oznacza to tyle, iż Wykonawca Sweco składając ofertę cenę ofertową kalkulował w sposób, który pozwoli mu uzyskać przewagę, pomimo, iż z ekonomicznego punktu widzenia jego oferta jest najdroższa (sic!).
52. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien także odrzucić ofertę Sweco także z uwagi na brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
53. Biorąc pod uwagę, iż w ramach czynności dodatkowych należy wykonać następujące czynności: Opracowanie opinii dendrologicznej, herpetologicznej i entomologicznej w zakresie prowadzenia robót w rejonie zbiornika wodnego, Opracowanie świadectwa charakterystyki energetycznej obiektów oraz świadectwa efektywności urządzeń ciepłowniczych i chłodniczych, Opracowanie instrukcji bezpieczeństwa pożarowego obiektów, Opracowanie ekspertyzy hydrogeologicznej, Prowadzenie nadzoru saperskiego nad robotami – określenie ceny za poziomie 24.108, 00 zł jednoznacznie wskazuje, iż cena ta jest ceną rażąco niską. Cena za czynności dodatkowe zaoferowane przez Wykonawcę Sweco stanowi tylko 35,5% średniej ce wszystkich cen, a druga najniższa cena zaoferowana przez kolejnego Wykonawcę jest o ponad 230% większa od powyższej ceny zaoferowanej przez Sweco.
54. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z informacją od Zamawiającego „ Czynności dodatkowe zostaną uruchomione w ostatnim roku realizacji przedmiotu zamówienia, z wyłączeniem czynności polegających nadzorowaniu nadzoru saperskiego nad robotami...”, co oznacza że zaoferowana cena jest realnie jeszcze niższa (koszt inflacji, zmiany średniej ceny wynagro-

dzenia pracowników), gdyż usługi będą zlecana po dwóch latach od momentu podpisania umowy.

Lp.	Nazwa Wykonawcy	Cena za opcję nr 1	Cena za opcję nr 2	Cena za opcję nr 3	Cena za opcję nr 4	Cena za opcję nr 5	RAZEM
1	B-Act	15 375,00 zł	18 450,00 zł	15 375,00 zł	15 375,00 zł	6 150,00 zł	70 725,00 zł
2	SMCE Europe	18 450,00 zł	18 450,00 zł	12 300,00 zł	12 300,00 zł	9 840,00 zł	71 340,00 zł
3	ZDI	12 300,00 zł	12 300,00 zł	12 300,00 zł	22 140,00 zł	2 460,00 zł	61 500,00 zł
4	Portico	15 990,00 zł	12 300,00 zł	12 300,00 zł	14 760,00 zł	1 045,50 zł	56 395,50 zł
5	Sweco	4 920,00 zł	4 920,00 zł	4 920,00 zł	4 920,00 zł	4 428,00 zł	24 108,00 zł
6	Eco Investment Poland	19 680,00 zł	49 200,00 zł	18 450,00 zł	18 450,00 zł	13 530,00 zł	119 310,00 zł
Stosunek oferty SWECO do średniej ze złożonych ofert za daną opcję		34%	26%	39%	34%	71%	36%

55. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt KIO 1892/19 „Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: *„Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie (...)”*. Podkreślić należy literalną wykładnię przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z której wynika, iż po pierwsze, chodzi nie o jakąkolwiek część składową, ale część istotną, po wtóre, iż chodzi o istotną część składową ceny, nie zaś istotną część składową zamówienia, choć - jak zauważa doktryna, w praktyce - istotna część ceny będzie stanowić cenę za istotną część/ składnik zamówienia. Innymi słowy, ustawodawca nie widzi zagrożenia dla możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami zamawiającego w sytuacji, gdy jakakolwiek część składowa ceny wydaje się rażąco niska, ale *„jedynie”* w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny wydaje się rażąco niska”.

56. Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Odwołujący wskazuje, iż w przypadku nie podzielenia przez Skład Orzekający powyższego zarzutu, Odwołujący zarzuca naruszenie: art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Sweco do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do zaoferowanej przez Wykonawcę ceny za czynności dodatkowe.

57. Jak wskazano powyżej Wykonawca Sweco nie skalkulował ceny w sposób prawidłowy, zaś cena za czynności dodatkowe nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Powyższe uzasadnia zatem skierowanie do Wykonawcy Sweco wniosku o wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny.
58. W wyroku KIO z dnia 23 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2494/19 „*celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy*”.
59. Z wyżej przywołanego wyroku wynika zatem obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jeżeli ta budzi wątpliwości. Skoro Wykonawca Sweco zaniżył cenę za czynności dodatkowe, to koniecznym jest uzyskanie stosowanych wyjaśnień mających na celu przede wszystkim ustalenie czy Wykonawca wykona należycie czynności dodatkowe określone w dokumentacji przetargowej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę SMCE, w sytuacji, gdy Wykonawca SMCE w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, nie udzielił wyjaśnień, a tym samym nie wykazał, iż jego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

60. Pismem z dnia 11 lutego 2021 r. Zamawiający wezwała Wykonawcę SMCE Europe Sp. z o. o. ul. Jana Heweliusza 11/819 , 80-890 Gdańsk na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów co do wyliczenia ceny, wyznaczając termin złożenia wyjaśnień na dzień 22 lutego 2021 r.

61. Wykonawca nie złożył przedmiotowych wyjaśnień, wobec czego jego oferta winna podlegać odrzuceniu. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień.
62. Brak złożenia wyjaśnień oraz dowodów skutkuje następnie uznanie, iż Wykonawca SMCE nie obalił domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Brak wyjaśnień i dowodów jest ewidentny, co z kolei nie może być zakwalifikowane inaczej niż konieczność odrzucenia oferty z przedmiotowego postępowania.
63. Wykonawca SMCE posiadał wystarczająco dużo czasu na złożenie wyjaśnień w powyższym zakresie. Jednakże mimo tak określonego terminu, nie sprostał oczekiwaniom Zamawiającego, wobec czego jego oferta winna być odrzucona.
64. Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy SMCE stanowi także naruszenie zasad równego traktowania wykonawców, którzy będą w takiej samej sytuacji, uczynili zadość obowiązkowi nałożonemu przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 1 pkt 3) i 4) ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert, w szczególności ocenę oferty Wykonawcy Potrico, przez członka Komisji Przetargowej, który powinien być wyłączony z podejmowania czynności w postępowaniu,

65. Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 3) i 4) ustawy Pzp Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:
 - 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
 - 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.
66. W przedmiotowym postępowaniu Członkiem Komisji Przetargowej jest Pani Katarzyna Głazewska. W ocenie Odwołującego osoba ta nie jest osobą bezstronną, w szczególności w odniesieniu do oceny metodyki oferty Wykonawcy Potrico.

67. Pani Katarzyna Głazewska powiązana jest z Wykonawcą Portico w sposób co najmniej spełniający przesłanki, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Pani arch. Katarzyna Głazewska, jest również współwłaścicielem Plus3-Architekci Sp. z o. o. (zgodnie z KRS). Okoliczność ta ma znaczenie z punktu widzenia poniższych informacji:
68. Zgodnie z informacjami publicznymi Plus3-Architekci Sp. z o. o. było zaangażowane jako projektant przy realizacji: budynku użyteczności publicznej Żoliborz One (Budynek biurowy klasy A) oraz projekcie mieszkaniowym Nordic Mokotów: <https://plus3architekci.pl/projekty/zoliborz-one/> <https://plus3architekci.pl/projekty/nordic-mokotow/>. Jednocześnie, na obydwóch tych inwestycjach zaangażowany był Wykonawca Portico, który przy inwestycji Żoliborz One pełnił usługi dot. wykonania projektu wykonawczego i projektu warsztatowego fasady szklanej w systemie Schüco i Aluprof <http://portico.com.pl/portico-design-2>, <http://portico.com.pl/portico-design> oraz przy realizacji projektu Nordic Mokotów, zarządzał inwestycją: https://www.housemarket.pl/inwestycje/102/nordic_mokotow_coraz_bliz_ej_realizacji,6912.html.
69. Pomimo powyższych powiązań z Wykonawcą Portico Pani Katarzyna Głazewska złożyła oświadczenie o braku bezstronności oraz wykonywała w przedmiotowym postępowaniu czynności, w tym badanie i ocenę ofert.
70. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż ocena oferty Wykonawcy Portico, w szczególności ocena metodyki i przyznana ilość punktów w kryterium nr 3 – *Metodyka realizacji zamówienia*, została dokonana w sposób preferencyjny dla tego Wykonawcy. W związku z tym czynność oceny ofert przy udziale ww. osoby, zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp powinna być powtórzona.

zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

71. Mając na uwadze stwierdzone naruszenia ustawy Pzp, należy uznać, iż doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 tej ustawy. Niewątpliwie sytuacja, w której zamawiający na równi traktuje oferty, które winny zostać odrzucone, jak i oferty sporządzone w sposób prawidłowy, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

Wobec powyższego, wnoszę jak w *petitum*.

Za Odwołującego - pełnomocnik

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu;
2. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. wydruk z KRS Odwołującego;
4. dowód dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu;