

sygn. akt: **KIO 1327/17**

WYROK
z dnia 19 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Marek Koleśnikow Izabela Kuciak
Protokolant:	Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2017 r. przez **P. S.A., (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Częstochowa, (...)**,

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. G. B. sp. z o.o. sp. k., (...), A. G.B. sp. z o.o., (...)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **CZ.P.B.P. P. S.A., K. P. Z. R.-B. K.-B., (...)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **P. S.A., (...)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **P. S.A., (...)**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Zamawiający - Gmina Miasto Częstochowa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wykonanie obiektu sportowo-rekreacyjnego „Park Wodny” w C. przy ul. (...) w zakresie umożliwiającym uzyskanie, zgodnie z przepisami Prawa budowlanego, pozwolenia na użytkowanie”.

W dniu 24 grudnia 2016 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu – pod numerem 2016/S 249-456884.

Dnia 19 czerwca 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 29 czerwca 2017 roku, wykonawca P. S.A. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności i zaniechań zamawiającego, tj.:

- wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CZ.P.B.P, P. S.A. oraz K. P. Z. R.-B. K.-B. („konsorcjum P.”) mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum P. mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści s.i.w.z.,

- zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. A. G. B. Sp. z o.o., Sp.k. oraz A. G.B. Sp. z o.o. („konsorcjum A.”) mimo niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym oraz stosowania określonych norm zarządzania środowiskowego,

- zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum A. mimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podjęte przez zamawiającego, tj. w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym oraz stosowania określonych norm zarządzania środowiskowego,

- nieprawidłową, naruszającą zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także niezgodną z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ocenę punktową ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego,

- zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum A. z postępowania i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą poprzez bezzasadne przyjęcie, że konsorcjum A. wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych s.i.w.z. w zakresie dysponowania potencjałem kadrowym (pkt 5.3 ppkt 1 lit. a) s.i.w.z.) oraz stosowania określonych norm zarządzania środowiskiem (pkt 5.5 s.i.w.z.),
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum A. z postępowania i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą mimo, że konsorcjum A. wprowadziło w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, co do dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym oraz stosowania określonych norm zarządzania środowiskiem, a więc co do spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że nie było w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,
4. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum A. z postępowania i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą mimo, że konsorcjum A., co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawiło informacje dotyczące dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym oraz stosowania określonych norm zarządzania środowiskiem wprowadzające w błąd zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
5. art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zakwalifikowanie jako oczywistej omyłki pisarskiej oświadczenia konsorcjum A. zawartego w części III pkt C JEDZ i zaniechanie wezwania konsorcjum A. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum P. mimo, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., z uwagi na zaoferowanie zaprojektowania i wykonania inwestycji o innych parametrach niż określone w s.i.w.z. (powierzchnia zabudowy budynku),
7. art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum A. mimo nieprzedłużenia okresu związania ofertą przez tego wykonawcę,
8. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum P. mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., tj. zaoferowanie zaprojektowania i wykonania inwestycji o innych parametrach niż określone w s.i.w.z. (powierzchnia zabudowy budynku),
9. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum P.,
 - b) unieważnienie czynności poprawienia omyłki w ofercie konsorcjum A.;
 - c) odrzucenia oferty konsorcjum P. z uwagi na niezgodność tej oferty z postanowieniami s.i.w.z.,
 - d) wykluczenia z postępowania konsorcjum A. i uznania jego oferty za odrzuconą lub odrzucenie oferty konsorcjum A.,
 - e) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym nakazanie weryfikacji punktacji odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
- 3) zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych przepisami prawa, w tym kosztów wpisu od odwołania.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na 3 miejscu z łączną punktacją w wysokości 217,95 punktów. Jednak z uwagi na fakt, że zamawiający dokonał błędnej pod względem formalnym i merytorycznym oceny złożonych w postępowaniu ofert, oferta odwołującego nie została wybrana mimo, iż jest ofertą najkorzystniejszą. W związku z tym odwołujący poniósł szkodę polegającą na nie osiągnięciu korzyści wynikających z realizacji zamówienia. Nieprawidłowe badanie i ocena ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego, a także wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum P. mimo jej niezgodności z postanowieniami s.i.w.z. oraz zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum A., mimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, pozbawia odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający złożył, w formie pisemnej, oświadczenie stanowiące odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że:

- 1) uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu odnoszące się do konsorcjum A. w zakresie zaniechania wykluczenia z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu i nieprzedłużenia terminu związania ofertą.
- 2) odrzuca zarzuty dotyczące konsorcjum firm A. w zakresie:
 - a) oceny kryteriów pozacenowych,

- b) naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez poprawienie JEDZ w części III pkt C jako oczywistej omyłki pisarskiej oraz
 - c) wprowadzenia w błąd zamawiającego poprzez złożenie w ofercie przetargowej oświadczeń stwierdzających, że konsorcjum A. spełnia warunek odnośnie dysponowania projektantem w specjalności architektonicznej oraz posiadania zaświadczenia niezależnego podmiotu potwierdzającego spełnianie norm zarządzania środowiskiem.
- 2) odrzuca w całości zarzuty odnoszące się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CZ.P.B.P. P. S.A. i K. P. Z. R.-B. K.-B..

Wobec stanowiska zamawiającego, odwołujący oświadczył, iż cofa zarzuty odwołania, dotyczące konsorcjum A., które nie zostały uwzględnione przez zamawiającego w piśmie procesowym stanowiącym odpowiedź na odwołanie. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania podtrzymuje.

Przystępujący – konsorcjum P., oświadczył, iż nie zgłasza sprzeciwu co do uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Z uwagi na okoliczność, iż konsorcjum A., występujący jako wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie stawiał się na wyznaczony termin rozprawy, a został prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy, Izba stwierdziła, że wykonawca ten zrezygnował ze swojego prawa do wniesienia sprzeciwu, albowiem zgodnie z przepisem art. 186 ust. 5 ustawy Pzp, sprzeciw wnosi się w formie pisemnej lub ustnie do protokołu. Skoro zatem przystępujący konsorcjum A. nie wniósł sprzeciwu w formie pisemnej ani nie złożył ustnego oświadczenia do protokołu, Izba stwierdziła, że przystępujący konsorcjum A. nie wniósł sprzeciwu, co do uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, iż na rozprawę, do merytorycznego rozpoznania mogą zostać skierowane zarzuty *stricto* wskazane w *petitum* odwołania, a mianowicie zarzut dotyczący naruszenia przepisu:

- art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum P. mimo, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. z uwagi na zaoferowanie zaprojektowania i wykonania inwestycji o innych parametrach niż określone w s.i.w.z. (powierzchnia zabudowy budynku),

- art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum P. mimo, że treść tej oferty nie odpowiada

treści s.i.w.z., tj. zaoferowanie zaprojektowania i wykonania inwestycji o innych parametrach niż określone w s.i.w.z. (powierzchnia zabudowy budynku);

- art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

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

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie, w jakim Izba skierowała odwołanie do merytorycznego rozpoznania na rozprawie odwołujący wskazał, iż oferta konsorcjum P. w zakresie powierzchni zabudowy budynku jest niezgodna z treścią s.i.w.z. Odwołujący wskazał, iż znaczenie tego parametru (powierzchni zabudowy budynku) dla oceny zgodności przedłożonej oferty z PFU oraz wielkość możliwych odstępstw (5%) potwierdził zamawiający m.in. w piśmie z dnia 5 czerwca 2017 r. skierowanym do odwołującego, w którym wezwał odwołującego do wskazania powierzchni zabudowy budynku przyjętej w jego koncepcji.

W s.i.w.z. oraz PFU określono szereg wiążących wykonawców parametrów dotyczących wielkości budynku i zagospodarowania terenu, w tym ustalono parametr powierzchni zabudowy budynku na poziomie 3.634 m² (pkt. 11.2.4 ogłoszenia, pkt 3.1 s.i.w.z., pkt 6.2 PFU (tabela 2) oraz § 1 ust. 1.1 projektu umowy). Jednocześnie w pkt 6.1 PFU zamawiający określił możliwe odstępstwa od powierzchni zabudowy budynku (ok. 3.600 m²) na poziomie +/-5%. W związku z tym wykonawcy mogli w ofertach ustalić powierzchnię zabudowy budynku w granicach 3.452,30 m² - 3.815,70 m².

„Specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jest to rozwiązanie, jakie wskazuje art. 70¹ § 4 k.c., zgodnie z którym "Organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu". Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ można uznać za warunki przetargu w rozumieniu kodeksu cywilnego. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w SIWZ" (wyrok KIO z 28.05.2010 r., sygn. akt KIO 868/10).

Natomiast powierzchnia zabudowy budynku zaoferowana przez konsorcjum P. wynosi 3.036 m² (rysunek pn. „Zagospodarowanie terenu” będący jednym z elementów Koncepcji architektonicznej). Koncepcja architektoniczna, w tym będący jej częścią składową rysunek, obrazuje przyjętą przez konsorcjum P. koncepcję realizacji przedmiotu zamówienia. Stanowi urzeczywistnienie przez tego wykonawcę wymagań opisanych w PFU, co jednoznacznie potwierdza opis ww. rysunku. Wskazane odstępstwo od określonego przez zamawiającego limitu powierzchni zabudowy budynku stanowi zatem istotny błąd konsorcjum P., który nie może być naprawiony w żadnym z trybów określonych w przepisach Pzp.

Ponadto w myśl pkt 7.4.14.1 PFU, obowiązkiem wykonawców było zaprojektowanie stacji transformatorowej składającej się z trzech pomieszczeń. konsorcjum P. w swojej koncepcji nie przewidziało realizacji tych pomieszczeń.

Zdaniem odwołującego, wykonawca, odpowiadając na ogłoszenie o zamówieniu powinien działać z zachowaniem należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i złożyć ofertę zawierającą świadome oświadczenie woli zgodne zamiarem obejmującym wykonanie zamówienia w określony w tej ofercie sposób. Natomiast koncepcja konsorcjum P. nie została opracowana w oparciu o wymagania zawarte w PFU oraz jest niezgodna z wymaganiami minimalnymi określonymi w tym dokumencie (pkt 13 s.i.w.z.). Oferta konsorcjum P. nie zapewni zatem realizacji inwestycji opisanej w s.i.w.z., a oferowane świadczenie nie odpowiada wymaganiom określonym w s.i.w.z.

Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jej zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może oceniać treść złożonych ofert.

W ocenie odwołującego, z uwagi na powyższe oferta konsorcjum P. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Opisane sprzeczności oferty nie podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i pkt 3 Pzp, bowiem ewentualna zamiana oferty w tym zakresie musiałaby zostać poprzedzona niedopuszczalnymi negocjacjami z tym wykonawcą, które spowodowałyby złożenie nowego rysunku pn.: „Zestawienie powierzchni zagospodarowania terenu”: zawierającego nowy wymiar powierzchni zabudowy budynku, a także prawdopodobnie nowe wymiary pozostałych parametrów inwestycji.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. W zakresie omawianych poniżej zarzutów Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego konsorcjum P..

W punkcie nr 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącym zasad oceny kryterium „Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe” (ad. 2) zawarto zapis: *„Zgodnie z treścią zamieszczoną na stronie 9 PFU - „Dopuszczalne są odstępstwa od wymaganych powierzchni zagospodarowania terenu do (-5%) bez ograniczenia w górę, jak również zmiany w proporcjach elementów składających się na sumę powierzchni”, jest to zmodyfikowany zapis zawarty pod tabelą nr 1 ze strony nr 9 Programu funkcjonalno-użytkowego.*

Pismem z dnia 22 lutego 2017 r., zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, dot. m.in. zagadnienia związanego z powierzchnią zabudowy:

„Pytanie 197: Czy Zamawiający uzna za zgodne z warunkami PFU rozwiązanie projektowe, w którym powierzchnia zabudowy budynku zostanie rozpatrzona łącznie z innymi powierzchniami zagospodarowania terenu jak zapisano w tabeli nr 1 na stronie 9 PFU ? Czy w związku z powyższymi zapisami dotyczące „zmian w proporcjach elementów składających się na sumę powierzchni” dotyczą również powierzchni zabudowy budynku?”

Odpowiedź 197: Tak, ale pod warunkiem zachowania innych wymogów PFU i SIWZ”.

W ww tabeli podano powierzchnię zabudowy budynku, powierzchnię dróg dojazdowych, powierzchnię chodników, powierzchnię parkingów. Łączna wartość tych powierzchni wynosi: 14.181 m². Łączna powierzchnia tych elementów w ofercie konsorcjum P. wynosi 13.814 m² co stanowi 97,41%, a więc jest to wartość mieszcząca się w dopuszczalnym odchyleniu 5%.

W ocenie Izby, umiejscowiona w pkt 6.2 Projektu Funkcjonalno - Użytkowego tabela nr 1 dotycząca Zestawienia powierzchni zagospodarowania terenu, na które powołuje się zamawiający w pkt. 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym kryteriów oceny ofert, jasno określa powierzchnie zabudowy poszczególnych elementów:

- powierzchnia zabudowy projektowanego budynku - 3 634 m²,
- powierzchnia dróg dojazdowych ~ 4 127 m²,

- powierzchnia chodników - 3 800 m²,
 - powierzchnia parkingów łącznie, w tym miejsca postojowe - 2 620 m².
- tj. łącznie- 14 181 m².

Pod tabelą zamawiający umieścił adnotację o dopuszczalnych odstępstwach od wymaganych powierzchni (-5%) bez ograniczania w górę oraz dopuścił zmiany w proporcjach elementów składających się na sumę powierzchni. Z zestawienia powierzchni zagospodarowania terenu jednoznacznie wynika, że 5% zmniejszenie powierzchni dotyczy wartości globalnej, tj. sumy powierzchni - 14 181 m², a nie jak błędnie przyjął odwołujący tylko powierzchni zabudowy projektowanego budynku.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że powierzchnia zagospodarowania terenu wskazana w ofercie przystępującego konsorcjum P. stanowi 97,41% sumy powierzchni zagospodarowania terenu, a więc mieści się w dopuszczalnym odchyleniu 5%.

Dlatego też, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum P..

Zdaniem Izby, nie potwierdził się również zarzut dotyczący braku zaprojektowania stacji transformatorowej składającej się z trzech pomieszczeń. Zdaniem odwołującego, konsorcjum P. w swojej koncepcji nie przewidziało realizacji tych pomieszczeń.

Izba nie zgadza się z powyższym twierdzeniem odwołującego, albowiem w ocenie Izby, stanowisko odwołującego stanowi jedynie dowolną interpretację (analogicznie w wyżej omawianym zarzucie dotyczącym powierzchni zabudowy) postanowień s.i.w.z. oraz PFU.

Zamawiający w punkcie 6.21. specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, jakie dokumenty muszą złożyć wykonawcy wraz z ofertą, cyt.: *„Dokumenty, które wykonawcy muszą złożyć w ofercie:*

- 1)
- 2) *Koncepcję architektoniczną zawierającą koncepcję funkcjonalno-użytkową spełniającą wymagania, o których mowa w punkcie 13 SIWZ”.*

W punkcie 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym zasad oceny kryterium *„rozwiązania funkcjonalno-użytkowe”* (ad. 2) zawarto zapis: *„Strony 12, 13, 14 i 15 PFU przedstawiają powierzchnie poszczególnych pomieszczeń. Koncepcje przedłożone w ofertach przetargowych muszą być zgodne z zapisami zawartymi na stronie 15 w treści oznaczonej „Uwaga”, a więc: „1. Powierzchnie pomieszczeń technicznych, komunikacji towarzyszących należy zaprojektować zgodnie z wymaganymi przepisami oraz ergonomią użytkownika. Dopuszcza się zmianę wielkości pomieszczeń socjalnych dla pracowników, pomieszczeń technicznych, komunikacji dostosowując ich wielkości do potrzeb i obowiązujących w tym zakresie norm. 2. Na każdym poziomie należy wyznaczyć pomieszczenie gospodarcze (magazynek) dla ekipy sprzętającej. Uwaga treść tego punktu*

PFU otrzymuje brzmienie: 3. Dopuszcza się różnicę powierzchni netto i kubatury dla budynku do (- 10%) bez ograniczenia w górę. 4. Dopuszcza się odstępstwo od wymaganych powierzchni (zaznaczonych w tab. 4, 5, 6) na pomarańczowo do (-5%) bez ograniczenia w górę, jak również w uzasadnionych przypadkach zmiany w proporcjach elementów składających się na sumę powierzchni wymaganych". Uwaga - nie jest wymagane zatwierdzenie przez zamawiającego tych zmian.

Z powyższego wynika, że koncepcja złożona wraz ofertą ma zawierać rozmieszczenie pomieszczeń, które są wymienione w tabelach zamieszczonych na stronach 12 do 15 PFU.

Wśród tych pomieszczeń nie występuje pomieszczenie stacji transformatorowej. Tym samym, zarzut odwołującego należało uznać za bezzasadny, albowiem nie sposób wywodzić określonych skutków prawnych, w tym przypadku odrzucenia oferty innego wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca wykonuje polecenia zamawiającego w sposób prawidłowy i zgodny z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz PFU. Okoliczność, iż w innym miejscu dokumentacji przetargowej, zamawiający wskazuje na może się wydawać zgoła odmienne wymagania, nie mogą wywoływać negatywnych skutków w odniesieniu do takiego wykonawcy. Zdaniem Izby pomieszczenia stacji czy też kontenerowa stacja transformatorowa to techniczne urządzenie, które projektuje się na etapie projektu wykonawczego, a nie na etapie wstępnej koncepcji, albowiem czynność ta ma miejsce po wydaniu warunków technicznych oraz dokonaniu szczegółowych obliczeń zapotrzebowania na energię elektryczną.

Ponadto Izba wskazuje, że odwołujący w *petitum* odwołania nie podnosił zarzutów dotyczących powyższej kwestii, a rozważania odwołującego, które odnajdujemy dopiero w uzasadnieniu odwołania, *de facto* zawierają się w jednym zdaniu.

Przyjmując powyższe za zasadne, Izba oddaliła, jako bezzasadne zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, albowiem zamawiający przeprowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz prawidłowo zbadał, ocenił i nie odrzucił oferty konsorcjum P..

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....