WYROK
z dnia 28 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 7 września 2020 r. przez wykonawcę Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 2213/20)

B. w dniu 7 września 2020 r. przez wykonawcę Przembud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku (KIO 2215/20)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Miejski św. Jana Pawła II w Elblągu

przy udziale:

A. wykonawcy Kamaro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 2213/20 oraz KIO 2215/20 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy Przembud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2213/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

I. W sprawie odwołania o sygn. akt KIO 2213/20:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwotę 3 850 zł 74 gr (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt złotych siedemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

II. W sprawie odwołania o sygn. akt KIO 2215/20:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przembud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przembud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Przembud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku na rzecz zamawiającego kwotę 3 850 zł 74 gr (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt złotych siedemdziesiąt czety grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, 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 Elblągu.

Przewodniczący:
U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Szpital Miejski św. Jana Pawła II w Elblągu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Podniesienie jakości i kompleksowości leczenia poprzez konsolidację usług zdrowotnych w zakresie lecznictwa zachowawczego i zabiegowego w Szpitalu Miejskim św. Jana Pawia II w Elblągu", nr: ZP/15/2020. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 092- 218725.

KIO 2213/20

I. W dniu 7 września 2020 r. wykonawca Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1.

Wykonawca Hochtief Polska S.A. zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem XI11 ust. 2 pkt 1 b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ") oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez przyznanie w Zadaniu nr 1 wykonawcom Kamaro sp. z o.o. sp.k. oraz Przembud Gdańsk S.A. maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy, w sytuacji w której żaden z ww. wykonawców nie wykazał, aby wykazane doświadczenie kierowników robót spełniało wymogi określone w SIWZ dla co najmniej dwóch inwestycji,

2) art. 24 ust. 1 pkt. 17 oraz 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Kamaro sp. z o.o. sp.k. oraz Przembud Gdańsk S.A. z udziału w postępowaniu w ramach Zadania nr 1, w sytuacji w której ww. wykonawcy przedstawili zamawiającemu niezgodne z prawdą informacje, które miały bezpośrednie przełożenie na wyniki postępowania, a podanie nieprawdziwych informacji wynika co najmniej z lekkomyślności wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami Wykonawca Hochtief Polska S.A. wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej dla Zadania nr 1,

b)wykluczenia wykonawców Kamaro sp. z o.o. sp.k. oraz Przembud Gdańsk S.A. z udziału w postępowaniu w zakresie Zadania nr 1, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj. w związku z przedstawieniem zamawiającemu nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania,

c)powtórzenia czynności oceny ofert z wyłączeniem ofert wykonawców Kamaro sp. z o.o. sp.k. oraz Przembud Gdańsk S.A.,

d)wyboru oferty wykonawcy Hochtief Polska S.A. jako najkorzystniejszej; ewentualnie, w przypadku

nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt b) powyżej:

e)unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej dla Zadania nr 1 ,

f)powtórzenia czynności oceny ofert,

g)przyznania wykonawcom Kamaro sp. z o.o. sp.k. oraz Przembud Gdańsk S.A. maksymalnie po 10 punktów w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy,

h)wyboru oferty wykonawcy Hochtief Polska S.A. jako najkorzystniejszej.

II.Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III.Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 10 września 2020 r. wykonawca Kamaro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gdańsku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 22 października 2020 r. wykonawca Kamaro sp. z o.o. sp. k. przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Wykonawca Kamaro sp. z o.o. sp. k. wniósł o oddalenie odwołania, ewentualnie jego odrzucenie.

IV.Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 11 września 2020 r. wykonawca Przembud Gdańsk S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty i w tym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

KIO 2215/20

I. W dniu 7 września 2020 r. wykonawca Przembud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kamaro sp. z o.o. sp. k., w zakresie zadania 1.

Wykonawca Przembud Gdańsk S.A. zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez: (1) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Kamaro sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdańsku, podczas gdy treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ; (2) uznanie oferty złożonej przez wykonawcę Kamaro sp. z o.o. Sp. k. za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy oferta ta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona;

2)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ocenę oferty wykonawcy Kamaro sp. z o.o. sp. k. niezgodnie z kryteriami oceny określonymi w SIWZ, tj. poprzez przyznanie wskazanej ofercie dodatkowych punktów w ramach kryterium „doświadczenie kierownika budowy - przedstawiciela Wykonawcy" za spełnienie warunków wskazanych w rozdziale V lit. D pkt 3 ppkt 2) lit. a1 (1) SIWZ, podczas gdy wykonawca Kamaro sp. z o.o. sp. k. nie spełniał wymagań do ich uzyskania

3)art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że pominięcie przez wykonawcę Kamaro sp. z o.o. sp. k. pozycji „Integracja sal operacyjnych" i uwzględnienie pozycji, która zgodnie z odpowiedzią 418 zamawiającego została wyłączona z zakresu oferty, tj. „System konferencyjny", jest omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującą istotnych zmian w jej treści.

W związku z podniesionymi zarzutami wykonawca Przembud Gdańsk S.A. wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)odrzucenie oferty wykonawcy Kamaro sp. z o.o. sp. k. jako nieodpowiadającej treści SIWZ i zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podlegającej odrzuceniu przez zamawiającego,

3)dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Dodatkowe stanowisko w sprawie wykonawca Przembud Gdańsk S.A. przedstawił w piśmie z dnia 21 września 2020 r.

II. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III.Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 10 września 2020 r. wykonawca Kamaro sp. z o.o. sp.k. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 22 października 2020 r. wykonawca Kamaro sp. z o.o. sp. k. przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Wykonawca Kamaro sp. z o.o. sp. k. wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba stwierdziła, że odwołujący są legitymowani, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem XIII ust. 2 pkt. 1 b) SIWZ oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez

przyznanie w Zadaniu nr 1 wykonawcy Kamaro sp. z o. o. sp.k. maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy, w sytuacji w której ww. wykonawca nie wykazał, aby wykazane doświadczenie kierowników robót spełniało wymogi określone w SIWZ dla co najmniej dwóch inwestycji, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kamaro sp. z o. o. sp.k. z udziału w postępowaniu w ramach Zadania nr 1, w sytuacji w której ww. wykonawca przedstawił zamawiającemu niezgodne z prawdą informacje, które miały bezpośrednie przełożenie na wyniki postępowania, a podanie nieprawdziwych informacji wynika co najmniej z lekkomyślności wykonawcy (KIO 2213/20) oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ocenę oferty wykonawcy Kamaro sp. z o.o. sp. k. niezgodnie z kryteriami oceny określonymi w SIWZ, tj. poprzez przyznanie wskazanej ofercie dodatkowych punktów w ramach kryterium „doświadczenie kierownika budowy - przedstawiciela Wykonawcy" za spełnienie warunków wskazanych w rozdziale V lit. D pkt 3 ppkt 2) lit. a1 (1) SIWZ, podczas gdy wykonawca Kamaro sp. z o.o. sp. k. nie spełniał wymagań do ich uzyskania (KIO 2215/20)

Na podstawie treści dokumentacji postępowania oraz dowodów przedstawionych przez wykonawcę Kamaro sp. z o.o. sp.k. Izba ustaliła, że wskazana przez tego wykonawcę inwestycja: Prace budowlano - konserwatorskie na Wale Plauena w Malborku, w tym budowa budynku kasowo-sanitarnego, spełniała wymogi określone przez zamawiającego w ramach ustalonego kryterium oceny ofert. Zgodnie z postanowieniem zawartym w SIWZ w Rozdziale XIII ust. 2 pkt. 1 b) Sposób obliczenia D wykonawca miał otrzymać: - 0 pkt za spełnienie jedynie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V. lit. D. pkt 3. ppkt 2) lit. a1) (1); -10 pkt za każdą zakończoną inwestycję, ponad wymaganą w warunku określonym w Rozdziale V. lit. D. pkt 3. ppkt 2) lit. al) (1), polegającą na budowie lub przebudowie obiektu budowlanego kubaturowego użyteczności publicznej o wartości min. 10 000 000 zł brutto, na której osoba zgłoszona przez wykonawcę na stanowisko kierownika budowy pełniła funkcję kierownika budowy. W przypadku wskazania przez wykonawcę więcej niż 2 inwestycji, wykonawca miał otrzymać maksymalnie 20 pkt.

Dokonując wykładni ww. postanowienia SIWZ należy obligatoryjnie uwzględnić pozytywną odpowiedź zamawiającego udzieloną na pytanie nr 571, w ramach którego zostało wskazane, że wymaga wartość min. 10 000 000 zł odnosi się do inwestycji - a zatem nie do samego obiektu. Izba podziela stanowisko przedstawione przez wykonawcę Hochtief Polska S.A., że inwestycja ta miała polegać na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu budowlanego użyteczności publicznej. Należy jednak mieć na uwadze, że na ogół inwestycja polegająca na budowie lub przebudowie obiektu budowlanego nie składa się wyłącznie z robót bezpośrednio dotyczących tego obiektu, ale także innych prac jak np. dotyczących chodników, małej architektury czy terenów zielonych. Interpretację przedstawioną przez wykonawcę Hochtief Polska S.A. należy uznać za zbyt rygorystyczną. Kierując się tą wykładnią uwzględnieniu jako spełniające wymogi postawione w ramach kryterium oceny ofert podlegałyby jedynie te inwestycje, w ramach których realizowane były wyłącznie prace bezpośrednio dotyczące budowy lub przebudowy obiektu budowlanego kubaturowego użyteczności publicznej. Tego rodzaju zawężający sposób rozumienia kryterium, jako w sposób istotny ograniczający konkurencję, musiałby w sposób jednoznaczny wynikać z treści SIWZ. Gdyby natomiast intencją zamawiającego było, aby w ramach danej inwestycji wartość samych robót polegających na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu użyteczności publicznej miała wynosić min. 10 000 000 zł, to takie postanowienie również powinno byłoby zostać wprost przewidziane w treści SIWZ.

Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, tj. w szczególności kopii decyzji Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 29 marca 2011 r. (ZN.4151/1889/2011) oraz formularza oferty wykonawcy Kamaro sp. z o.o. sp. k. złożonego w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Zamkowe w Malborku, inwestycja wskazana przez wykonawcę Kamaro sp. z o.o. sp. k. polegała na wykonaniu prac budowlanych, konserwatorskich i adaptacyjnych wschodniego ciągu przedzamcza - zewnętrznego pasa fortyfikacji zwanego Wałem Plauena kompleksu zamkowego w Malborku. Na inwestycję składały się m.in. budowa budynku kasowo-sanitarnego, odbudowa Baszty Bramy Nowej, odbudowa Barbakanu Bramy Nowej, odbudowa Bastei oraz prace dotyczące sieci wewnętrznych. Przedmiotem inwestycji były zatem roboty polegające na budowie ciągu obiektów kubaturowych. Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy z dnia tj. z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333, ze zm.) pod pojęciem „budowy" należy przez rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Ponieważ brak jest legalnej definicji obiektu użyteczności publicznej, a pojęcie to nie zostało zdefiniowane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, konieczne jest posiłkowe posłużenie się definicją

budynku użyteczności publicznej. Zgodnie z przepisem § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1065, ze zm.) pod pojęciem „budynku użyteczności publicznej" należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Ww. obiekty budowlane w ramach Wału Plauena spełniają funkcje z zakresu kultury i turystyki, zaspokajać potrzeby społeczeństwa w tym zakresie, i - przy posiłkowym stosowaniu definicji budynku użyteczności publicznej zawartej w ww. rozporządzeniu - należy je zakwalifikować jako obiekty użyteczności publicznej. Ponadto wartość ww. inwestycji przewyższa wartość 10 000 000 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że ww. inwestycja przedstawiona przez wykonawcę Kamaro sp. z o.o. sp. k. spełnia wymogi zamawiającego wskazane w ramach kryterium oceny ofert ustalonego postanowieniem Rozdziału XIII ust. 2 pkt. 1 b) SIWZ. W związku z tym zarzuty podniesione w tym zakresie w odwołaniach wykonawcy Hochtief Polska S.A. oraz wykonawcy Przembud Gdańsk S.A. Izba uznała za niezasadne. Zdaniem Izby zamawiający konstruując postanowienia SIWZ w zakresie przedmiotowego kryterium oceny ofert prawdopodobnie miał na myśli innego rodzaju inwestycje niż przedstawiona przez wykonawcę Kamaro sp. z o.o. sp.k. Niemniej jednak kierując się brzmieniem ww. postanowienia SIWZ oraz treścią odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 571 należało dojść do wniosku, że inwestycja dotycząca tzw. Wałów Plauena spełnia wymogi postawione w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia kierownika budowy, a zatem nieprzyznanie wykonawcy punktów za tę inwestycję byłoby działaniem niezgodnym z SIWZ i w konsekwencji stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem XIII ust. 2 pkt. 1 b) SIWZ oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez przyznanie w Zadaniu nr 1 wykonawcy Przembud Gdańsk S.A. maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy, w sytuacji w której ww. wykonawca nie wykazał, aby wykazane doświadczenie kierowników robót spełniało wymogi określone w SIWZ dla co najmniej dwóch inwestycji oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przembud Gdańsk S.A. z udziału w postępowaniu w ramach Zadania nr 1, w sytuacji w której ww. wykonawca przedstawił zamawiającemu niezgodne z prawdą informacje, które miały bezpośrednie przełożenie na wyniki postępowania, a podanie nieprawdziwych informacji wynika co najmniej z lekkomyślności wykonawcy (KIO 2213/20)

Kierując się przytoczoną powyżej definicją budynku użyteczności publicznej Izba uznała, że w przypadku co najmniej hali produkcyjnej z zapleczem socjalno-biurowym wykonanej na rzecz Zakładu Usług Technicznych „Elstar" Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu oraz magazynu wysokiego składowania (ul. Wiśniewskiego 27 w Gdyni), wskazanych przez wykonawcę Przembud Gdańsk S.A. w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy nie mamy do czynienia z budynkami użyteczności publicznej. Jak wynika z treści przepisu ww. rozporządzenia, w tym w szczególności z uwagi na kategorię wymienionych tam spraw (potrzeb społecznych) zaliczeniu do kategorii budynków użyteczności publicznej podlegają budynki przeznaczone do obsługi społeczeństwa celem zaspokajania potrzeb wymienionych w ww. regulacji lub podobnych. Do kategorii tej należą również budynki biurowe lub socjalne, który niejednokrotnie będą podlegać takiej kwalifikacji również z racji wykonywanych tam usług.

Jak wynika z twierdzeń oraz dowodów przedstawionych przez wykonawcę Przembud Gdańsk S.A. w pierwszym przypadku mamy do czynienia z budynkiem, w którym prowadzona jest działalność produkcyjno - wytwórcza. Izba podziela stanowisko wykonawcy Hochtief Polska S.A., że nie zmienia tego fakt zlokalizowania na terenie tego budynku zaplecza socjalno-biurowego - jest to zaplecze funkcjonujące na potrzeby prowadzonej działalności produkcyjno-logistycznej. Budynki wysokiego magazynowania są to budynki pełniące funkcję magazynową. Tego rodzaju budynek nie jest przeznaczony do obsługi społeczeństwa (służy do przechowywania towarów).

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko prezentowane przez wykonawcę Hochtief Polska S.A., iż w tym zakresie przesądzającego charakteru nie ma ani kwalifikacja dokonana przez inwestora ani tym bardziej kwalifikacja zamawiającego w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym Izba dokonała samodzielnej oceny, która została przedstawiona powyżej.

Zdaniem Izby jako budynek użyteczności publicznej, po uzyskaniu od wykonawcy Przembud Gdańsk S.A. dodatkowych wyjaśnień, mógłby zostać zaliczony budynek warsztatowy GPT wykonany dla Operatora Gazociągów Przemysłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie Oddział w Gdańsku oraz ewentualnie drugi ze wskazanych magazynów wysokiego składowania (przy ul. Polskiej 19-23 w Gdyni). Jak bowiem wynika z informacji przedstawionych przez wykonawcę Przembud Gdańsk S.A. na dwóch z czterech kondygnacji pierwszego z wymienionych budynków, a zatem znaczącej jego części, znajdują się pomieszczenia biurowe, natomiast w drugim przypadku została wskazana funkcja usługowo- bi urowa.

Natomiast zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Przembud Gdańsk S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie potwierdził się. Izba doszła do przekonania, iż mając na uwadze dowody przedstawione przez wykonawcę Przembud Gdańsk S.A. (w tym takie jak oświadczenie/referencje inwestora, ocena zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia) wykonawca ten mógł pozostawać w usprawiedliwionym ww. okolicznościami przekonaniu co do dokonanej kwalifikacji wskazanych budynków jako budynków użyteczności publicznej.

Pomimo, iż w odniesieniu do dwóch budynków Izba podzieliła stanowisko wykonawcy Hochtief Polska S.A. co do błędnej oceny oferty wykonawcy Przembud Gdańsk S.A., nieprawidłowośćta, bez względu na ocenę pozostałych budynków nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż zarzuty odnoszące się do oferty wykonawcy Kamaro sp. z o.o. sp. k. Izba uznała za niezasadne. Należy jednak podkreślić, iż brak wykazania nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Przembud Gdańsk S.A. w odniesieniu do wszystkich czterech ww. budynków, przy braku zakwestionowania piątego z budynków przedstawionych przez wykonawcę Przembud Gdańsk S.A. (budowa siedziby Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział w Gdańsku), oznacza, że w tym zakresie nie zostało stwierdzone przez Izbę naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Do zdobycia maksymalnej ilości punktów wystarczające było przedstawienie dwóch inwestycji.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez: (1) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Kamaro sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdańsku, podczas gdy treść tei oferty nie odpowiada treści SIWZ; (2) uznanie oferty złożonej przez wykonawcę Kamaro sp. z o.o. Sp. k. za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy oferta ta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona oraz zarzut naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że pominięcie przez wykonawcę Kamaro sp. z o.o. sp. k. pozycji „Integracja sal operacyjnych" i uwzględnienie pozycji, która zgodnie z odpowiedzią 418 zamawiającego została wyłączona z zakresu oferty, tj. „System konferencyjny", jest omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującą istotnych zmian w jej treści (KIO 2215/20)

Należy zauważyć, że ustawodawca nie zdecydował się na sprecyzowanie na czym polega omyłka, której poprawienie uprawnione jest na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - poza tym, że chodzi w tym przypadku o: 1) inną omyłkę niż omyłka pisarska bądź rachunkowa, 2) omyłka ta ma polegać na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a ponadto 3) jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Na podstawie tego przepisu dokonuje się poprawienia przede wszystkim niezamierzonych, drobnych błędów wynikających z „niedopatrzenia" przy sporządzaniu oferty.

Izba za prawidłowe uznała stanowisko zamawiającego, że w zaistniałym stanie faktycznym zaistniała podstawa do poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy Kamaro sp. z o.o. sp. k. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wynika z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności pisma informującego o poprawieniu omyłki z dnia 7 sierpnia 2020 r., oraz stanowiska przedstawionego na rozprawie, zamawiający uznał, że sporządzając ofertę wykonawca Kamaro sp. z o.o. sp. k. w sposób zgodny ze swoimi zamierzeniami wpisał kwoty w ramach wyceny przedstawionej w załączniku nr 2a - branża elektryczna, natomiast omyłkowo dokonał wykreślenia niewłaściwego wiersza z tabeli, tj. usunięciu uległa pozycja integracji sal operacyjnych, zamiast pozycji system konferencyjny (która to pozycja podlegała usunięciu zgodnie ze zmianą SIWZ przewidzianą na krótko przed terminem otwarcia ofert). W ocenie Izby decyzja zamawiającego o zaistnieniu omyłki w ofercie wykonawcy Kamaro sp. z o.o. sp. k. i konieczności jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp była uprawniona w świetle okoliczności faktycznych, na które powoływał się zamawiający, tj. występowaniu w ww. załączniku nr 2a pozycji, która powinna zostać wykreśleniu, braku

pozycji, która powinna zostać zachowania, stosunku wpisanej kwoty do wartości obydwu pozycji wskazanych w ofertach innych wykonawców oraz kosztorysie zamawiającego, okoliczności dokonania przez zamawiającego zmiany treści SIWZ na krótko przed terminem otwarcia ofert oraz związanych z tą zmianą omyłek także w ofertach innych wykonawców. Wszystkie te okoliczności, brane pod uwagę całościowo, prowadzą do wniosku zasadnie przyjętego przez zamawiającego, że sporządzając ofertę wykonawca Kamaro sp. z o.o. sp. k. przypadkowo dokonał wykreślenia z formularza stanowiącego załącznik nr 2a - branża elektryczna niewłaściwej pozycji, tj. wiersza zawierającego pozycję integracja sal operacyjnych, zamiast sąsiadującego z nim wiersza zawierającego pozycję system konferencyjny, lecz wycena została dokonana w sposób prawidłowy. Poprawienie omyłki nie prowadzi co istotnej zmiany treści oferty tego wykonawcy. Izba nie podzieliła poglądu wykonawcy Przembud Gdańsk S.A, że zamawiający sam dokonał wyceny jednej z pozycji kosztorysu wykonawcy. Żadna pozycja nie uległa zmianie, a jedynie poprawieniu uległa nazwa pozycji stanowiąca opis prac. Na skutek poprawienia omyłki nie uległa zmianie ani wycena pozycji kosztorysu ani całkowita cena oferty.

Mając to na uwadze Izba uznała, że zarzuty postawione w powyższym zakresie przez wykonawcę Przembud Gdańsk S.A., nie potwierdziły się.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania. Kosztami poniesionymi przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę (501,48 zł) obydwaj odwołujący obciążeni zostali w części 1/2 (po 250,74 zł).

Przewodniczący: