Sygn. akt: KIO 9/21,

Sygn. akt: KIO 16/21,

Sygn. akt: KIO 61/21,

Sygn. akt: KIO 136/21

WYROK

z dnia 31 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik
Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 9 lutego 2021 r., 23 lutego 2021, 29 marca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu:

1)4 stycznia 2021 r. przez **wykonawcę Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,**
2)4 stycznia 2021 r. przez **wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie**,
3)4 stycznia 2021 r. przez **wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**,
4)8 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie**

przy udziale **wykonawców:**

1)Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie **Odwołującego** w sprawie **o sygn. akt KIO 9/21, KIO 16/21**

2)PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego** w sprawie **o sygn. akt KIO 9/21, KIO 61/21, KIO 136/21,**

3)Re-Bau Sp. Z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego** w sprawie **o sygn. akt KIO 9/21, KIO 16/21, KIO 61/21, 136/21,**

orzeka:

1.**Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 9/21,**

A)kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** i:

a)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.**Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 16/21 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie a także nakazuje Zamawiającemu przekazanie wykonawcom uzasadnienia przyznanej wykonawcom punktacji w ramach kryterium „Koncepcja",**

A)kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie** i:

a)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

b)zasądza od **Zamawiającego - Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Odwołującego: wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3.**Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 61/21,**

A)kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** i:

a)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

4.**Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 136/21 w zakresie zarzutu dotyczącego oceny ofert w kryterium „Koncepcja" i nakazuje Zamawiającemu przekazanie wykonawcom uzasadnienia przyznanej wykonawcom punktacji w ramach kryterium „Koncepcja",**

5.**W pozostałym zakresie odwołanie o sygn. akt KIO 136/21 oddala,**

A)kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego i wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie w części ½** i:

a)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

b)zasądza od **Zamawiającego - Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie** na rzecz **wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu połowy uiszczonego wpisu;

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

……

……..

……...

Odwołanie o sygn. akt KIO 9/21

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum z siedzibą w Krakowieprowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*"), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Modernizacja i rozbudowa istniejącego Kampusu UJ CM w Krakowie - Prokocimiu - etap I*".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, (zwany dalej: *„Odwołującym Hochtief*") w dniu 4 stycznia 2021 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia jego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ. Odwołujący Hochtief zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwaną: „ustawą Pzp" poprzez nieuzasadnione zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji w której nie ma miejsca niezgodność oferty wykonawcy z SIWZ w żadnym aspekcie, a zwłaszcza w aspekcie merytorycznym, rozumianym jako zakres oferowanego przez wykonawcę świadczenia; art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie uwzględnienia w ofercie zaprojektowania obszaru pracy cichej w Laboratorium do wynajęcia, oraz śluzy wejściowej przed Modułem hodowli - podczas gdy: a) nienaniesienie tych elementów na załączoną do oferty Koncepcję nie jest równoznaczne, z zamiarem ich pominięcia w ramach realizacji zamówienia, a jedynie wynika z ograniczonego charakteru Koncepcji, w której nie było obowiązku wykazywania wszystkich elementów przyszłego projektu, b) w ramach wyjaśnień Zamawiający mógł uzyskać rzeczywisty obraz sytuacji w zakresie uwzględnienia wymagań wskazanych w odpowiedzi na pytanie nr 412 z dnia 18 września 2020 r. w złożonej ofercie, c) Zamawiający miałby możliwość skonfrontowania uzyskanych wyjaśnień z treścią Koncepcji, co pozwoliłoby ustalić, czy przedłożona Koncepcja zakłada (czy choćby umożliwia) uwzględnienie wymogów, o których mowa w odpowiedzi na pytanie nr 412, c) dopiero wykonanie powyższych czynności pozwoliłoby odpowiedzieć na pytanie, czy zakres oferowanego świadczenia Wykonawcy odpowiada wymogom wyrażonym w SIWZ, w tym w odpowiedzi na pytanie nr 412 z dnia 18 września 2020 r.

W związku z powyższym Odwołujący Hochtief wniósło uwzględnienie odwołania w całości, żądając tym samym żądania uznania oferty wykonawcy Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawieza zgodną z SIWZ,a w konsekwencji unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Hochtief nakazania Zamawiającemu dokonania oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Hochtief, ponadto, w przypadku, gdyby przedstawiona w niniejszym postępowaniu argumentacja nie wyjaśniała wątpliwości Zamawiającego - zobowiązania Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zgodności oferty z SIWZ w zakresie wymogów dla pomieszczeń A.4.34 oraz A.4.35, zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego - według właściwych przepisów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania
#x200eze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

1)Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawiezgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego Hochtief,
2)PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,
3)Re-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego następujących wykonawców:

4)Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawiezgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego Hochtief,
5)PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,
6)Re-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2020 r. dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego Hochtief na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że treść złożonej przez Wykonawcę oferty jest niezgodna z wymaganiami treści SIWZ w odniesieniu do wymagań dotyczących złożonej wraz z ofertą koncepcji prezentującej część elementów składających się na oferowany przedmiot zamówienia koncepcji dla pomieszczenia A.4,34 brak jest fizycznie wydzielonego obszaru pracy cichej, a w pomieszczeniu A.4.35 nie zaplanowano śluzy. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający stwierdził, że koncepcja przedłożona przez Wykonawcę wraz z ofertą nie zawiera wszystkich wymaganych treścią SIWZ elementów koncepcji. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż w powyżej opisanym zakresie dotyczącym elementów składających się na oferowany przedmiot zamówienia, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagań określonych w treści SIWZ. Dlatego też – w ocenie Zamawiającego – oferta Odwołującego Hochtief podlega obligatoryjnemu odrzuceniu w oparciu o powołaną wyżej podstawę prawną.

Odwołujący Hochtief na niniejszą czynność Zamawiającego wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U, z 2004 r., nr 19, poz. 177 wraz z późn. zmianami - dalej jako „PZP") poprzez

nieuzasadnione zastosowanie i odrzucenie oferty Hochtief, w sytuacji w której nie ma miejsca niezgodność oferty Wykonawcy z SIWZ w żadnym aspekcie, a zwłaszcza w aspekcie merytorycznym, rozumianym jako zakres oferowanego przez Wykonawcę świadczenia, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie uwzględnienia w ofercie zaprojektowania obszaru pracy cichej w Laboratorium do wynajęcia, oraz śluzy wejściowej przed Modułem hodowli.
W związku z powyższym Odwołujący Hochtief wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, i zażądał:

- uznania oferty Hochtief za zgodną z SIWZ a w konsekwencji unieważnienia czynności odrzucenia oferty Hochtief,
- nakazania Zamawiającemu dokonania oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Hochtief, ponadto, w przypadku, gdyby przedstawiona w niniejszym postępowaniu argumentacja nie wyjaśniała wątpliwości Zamawiającego zobowiązania Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zgodności oferty z SIWZ w zakresie wymogów dla pomieszczeń A.4.34 oraz A.4.35, zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego - według właściwych przepisów.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie podzieliła stanowiska przedstawionego przez Odwołującego Hochtief.

I tak zgodnie z wymaganiami SIWZ Wykonawca miał przedłożyć wizualizację 3D pomieszczeń wraz z wypełnioną tabelą zastosowanych materiałów wykończeniowych ścian, sufitów, podłóg, oświetlenia i wyposażenia, w tym w szczególności docelowe rozmieszczenie stanowisk laboratoryjnych, w tym typ i rodzaj dygestoriów. Ponadto Koncepcje dla pomieszczeń wskazanych w pkt. od 1 do 8 miały zostać poddane ocenie indywidulanej przez członków Komisji Przetargowej, którzy mieli przyznawać punkty według następującej metodologii: 0 pkt — koncepcja jest poprawna merytorycznie, tj. uwzględnia wymagane przez Zamawiającego dla danego pomieszczenia dane i informacje, zastosowane rozwiązania funkcjonalne są poprawne, a zastosowane materiały wykończeniowe i wyposażenie spełniają minimalne standardy jakościowe obowiązujące na rynku budowlanym; 0,5 pkt - koncepcja jest poprawna merytorycznie, tj. uwzględnia wymagane przez Zamawiającego dla danego pomieszczenia dane i informacje, zastosowane rozwiązania funkcjonalne są poprawne, a zastosowane materiały wykończeniowe i wyposażenie są klasyfikowane przez rynek budowlany jako wysokiej jakości i trwałości.

Zatem Koncepcja musiała być poprawna merytorycznie, t.j. uwzględniać wymagane przez Zamawiającego dla danego pomieszczenia dane i informacje, musiała być zgodna z wymaganiami zawartymi w treści SIWZ. Ponadto w odniesieniu do pomieszczeń laboratoryjnych szczegółowe wymagania zostały przez Zamawiającego określone w PFU (karty pomieszczeń).

W toku postępowania Zamawiający odpowiadał na pytania do SIWZ. I tak w odpowiedzi na pytanie 412 z dnia 18 września 2020r. Zamawiający wskazał: „przed wejściem do modułu hodowli śluza wejściowa z lampą LIV i umywalką". A ponadto: „W module ogólnym należy zaprojektować fizycznie wydzielony od reszty pomieszczenia obszar pracy cichej".

Ponadto – jak wynikało z postanowień SIWZ - pkt 1.12.4 SIWZ wykonawca musiał zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ i jej załącznikach, przy czym wykonawca do upływu terminu wyznaczonego na składanie ofert musiał złożyć koncepcję dla potrzeb oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ i jej załączników oraz oceny zaproponowanych rozwiązań i materiałów w kryterium oceny i porównania ofert.

Zgodzić należało się, z Zamawiającym, że wobec udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 412 aby Koncepcja była poprawna merytorycznie, wykonawcy winni ująć w niej i zaprezentować między innymi śluzę wejściową oraz pomieszczenie pracy cichej. Ponadto – wobec treści pkt 1.12.4 SIWZ – nieujęcie ww. elementów skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy składającego taką koncepcję.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że zapisy treści SIWZ, w zakresie elementów które należało wykazać w Koncepcji, a w szczególności dotyczące pomieszczeń A.4.34 oraz A.4.35 były jednoznacznie określone przez Zamawiającego, a brak ich wykazania nie podlegał możliwości wystąpienia do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Brak wskazania wymaganych pomieszczeń jednoznacznie oznacza, iż Koncepcja Wykonawcy ich nie przewidywała, przez co stała się niezgodna z treścią SIWZ i podlegała odrzuceniu, próba zaś wyjaśnienia treści oferty lub poprawienia w niej rzekomych omyłek doprowadziłaby do zmiany jej treści.

Zgodzić należało się, iż odpowiedź na pytanie nr 412 zawierała dane i informacje, jakie elementy (funkcje i wyposażenie) należy przewidzieć we wskazanych pomieszczeniach, wprowadzając uzupełnienie w stosunku do SIWZ i opisu zawartego w PFU. Zatem Odwołujący winien był przedstawić propozycję rozwiązań w Koncepcji (na rzucie oraz w tabeli), które następnie zastosuje w trakcie projektowania na etapie realizacji zamówienia.

Zgodzić należało się, że zgodnie z przedstawioną przez Odwołującego Hochtief wizualizacją dotyczącą pomieszczeń laboratoryjnych nr A.4.34 oraz nr A.4.35, brak jest – w przypadku koncepcji tego wykonawcy - przedstawienia rozwiązań dla obszaru pracy cichej oraz śluzy wejściowej z lampą UV i umywalką przed wejściem do Modułu hodowli.

Nie bez znaczenia pozostaje charakter Koncepcji składanej w niniejszym postępowaniu. Z jednej strony dzięki przedstawionym rozwiązaniom wykonawca otrzymywał dodatkowe punkty, z drugiej strony brak pewnych elementów w koncepcji skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na powyższe wskazywały postanowienia SIWZ, czyli 1.12.4 zgodnie z którym, wykonawca musiał zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ i jej załącznikach, przy czym wykonawca do upływu terminu wyznaczonego na składanie ofert musiał złożyć koncepcję dla potrzeb oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ i jej załączników oraz oceny zaproponowanych rozwiązań i materiałów w kryterium oceny i porównania ofert.

W konsekwencji zgodzić należało się z Zamawiającym, że niniejsza niezgodność z SIWZ nie mogła być przedmiotem wyjaśnień, nie mogła również być uznana za omyłkę. Ponadto opisana niezgodność była jednoznaczna i nie budziła wątpliwości, a w konsekwencji nie podlegała żadnym wyjaśnieniom. Ponadto z uwagi na jej charakter i skalę nie można jej było uznać za omyłkę. Również – na co zwrócił uwagę Zamawiający - nie można było jej poprawić bez istotnej ingerencji w treść oferty, a de facto jej zmiany i złożenia nowego oświadczenia woli w imieniu Wykonawcy, co w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne. Na skutek powyższego Zamawiający zgodnie z treścią zapisów SIWZ, które to obowiązywały każdego z Wykonawców biorących udział w postępowaniu zobligowany był do odrzucenia oferty Odwołującego Hochtief w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z SIWZ.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, ze Koncepcja winna być złożona w sposób jasny i wyraźny, zrozumiały oraz czytelny, tak aby nie pozostawiała wątpliwości co do swojej zawartości oraz nie pozostawiała żadnych wątpliwości

interpretacyjnych.

Zamawiający zwrócił uwagę na wymagania wynikające z pkt 1 3) ppkt 6.15 SIWZ, t.j. wymagań dotyczących:
a)wypełnienia wzorów tabel zamieszczonych w SIWZ i zadeklarowania oferowanych rozwiązań materiałowych,
b)przedstawienia rozwiązań funkcjonalnych, które należało wskazać na wizualizacji pomieszczeń.

Zatem wobec postanowień SIWZ wypełnione tabele wraz z wymaganymi wizualizacjami pomieszczeń nr A.4.34 oraz nr A.4.35 zawierające między innymi proponowane rozplanowanie powierzchni, w tym obszaru pracy cichej oraz śluzy wejściowej z lampą UV i umywalką przed wejściem do Modułu hodowli stanowiły kompletną wymaganą w SIWZ Koncepcję. Wobec powyższego skoro Zamawiający zawarł w dokumentacji postępowania wymagania co ma być obligatoryjnie zawarte w Koncepcji, to brak takich elementów w świetle postanowienia 1.12.4 SIWZ mógł jedynie skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wykonawcy – wskazanych powyżej postanowień SIWZ nie kwestionowali, a argumentacja Odwołującego Hochtief co do ewentualnego wyjaśniania nie może się ostać, wobec podwójnego charakteru koncepcji – i jej braków w ofercie Odwołującego Hochtief wobec odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 412 – gdyż ewentualne wzywanie wykonawcy o wyjaśnienia mogłoby być uznane jako uzupełnianie treści oferty – co w świetle postanowień SIWZ oraz ustawy Pzp byłoby niedopuszczalne.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego Hochtief, iż nienaniesienie powyżej opisanych elementów na załączoną do oferty Koncepcję nie jest równoznaczne, z zamiarem ich pominięcia w ramach realizacji zamówienia, a jedynie wynika z ograniczonego charakteru Koncepcji, w której nie było obowiązku wykazywania wszystkich elementów przyszłego projektu. Z postanowień SIWZ jednoznacznie wynikało, że w przypadku niezgodności (braku wymaganych elementów w Koncepcji) z SIWZ - z uwagi na podwójny charakter koncepcji - braki koncepcji skutkowały odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

I tak zgodnie z przedstawioną przez Odwołującego Hochtief wizualizacją dotyczącą pomieszczeń laboratoryjnych nr A.4.34 oraz nr A.4.35, faktycznie brak jest przedstawienia jakichkolwiek rozwiązań dla obszaru pracy cichej oraz śluzy wejściowej z lampą UV i umywalką przed wejściem do Modułu hodowli. Na skutek powyższego Zamawiający zgodnie z treścią zapisów SIWZ, zobligowany był do odrzucenia oferty Odwołującego Hochtief w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z SIWZ. Nieprawidłowości w złożonej przez Odwołującego Hochtief ofercie w istocie kwalifikowały ofertę, jako niezgodną z wymaganiami treści SIWZ, dlatego nie mogły być zakwalifikowane jako podlegające ewentualnym wyjaśnieniom, ani tym bardziej poprawie przez Zamawiającego, gdyż nie stanowiły one innych omyłek polegających na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W konsekwencji z wymagań postawionych przez Zamawiającego wynikało, że należało przedstawić wszystkie opisane elementy, a nie jedynie wybrane. Twierdzenie Odwołującego Hochtief jakoby wymóg stworzenia strefy pracy cichej i śluzy wymagalny stanie się dopiero na etapie projektowania jest niewłaściwe w świetle postanowień SIWZ, gdyż Zamawiający określił te wymagania w SIWZ i żądał podania pewnych elementów na etapie składania Koncepcji, stanowiącej część oferty Wykonawcy, a przyjęcie stanowiska Odwołującego Hochtief doprowadziłoby to tego, że Wykonawcy złożyliby zupełnie nieporównywalne Koncepcje, gdyż każdy z nich przedstawiłby w ich treści zupełnie inny zakres.

Wobec powyższego odwołanie podlegało oddaleniu.

Odwołanie o sygn. akt KIO 61/21

Wykonawca Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, (zwany dalej: „*Odwołującym Mostostal*") w dniu 4 stycznia 2021 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia jego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ. Odwołujący Mostostal zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż treść oferty wykonawcy Mostostal nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w związku z naruszeniem, 2) art. 87 ust. 1 PZP poprzez brak wezwania Odwołującego Mostostal do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w związku z przedstawieniem koncepcji pomieszczeń Laboratorium na wynajem nr 1, 3) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 65 § 1 KC w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Laboratorium na wynajem nr 1 w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz dokonanie wykładni oświadczenia woli Zamawiającego z pominięciem dyrektywy wykładni oświadczeń woli, która nakazuje uwzględniać kontekst danego oświadczenia - zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, oraz 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezprawne pozbawienie Odwołującego możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne z powodów leżących po stronie Zamawiającego, które doprowadziły do eliminacji wykonawcy posiadającego zdolności wykonawcze do realizacji przedmiotowego zamówienia, który złożył ofertę o treści zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W związku z powyższym Odwołujący Mostostal wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania
#x200eze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:
1)PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,
2)Re-Bau Sp. Z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego następujących wykonawców:
1)PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,
2)Re-Bau Sp. Z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2020 r. dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego Mostostal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że treść złożonej przez Wykonawcę oferty jest niezgodna z wymaganiami treści SIWZ w odniesieniu do wymagań dotyczących złożonej wraz z ofertą koncepcji prezentującej część elementów składających się na oferowany przedmiot zamówienia koncepcji dla pomieszczenia A.4,34 brak jest fizycznie wydzielonego obszaru pracy cichej, a w pomieszczeniu A.4.35 nie zaplanowano śluzy. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający stwierdził, że koncepcja przedłożona przez Wykonawcę wraz z ofertą nie zawiera wszystkich wymaganych treścią SIWZ elementów koncepcji. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż w powyżej opisanym zakresie dotyczącym elementów składających się na oferowany przedmiot zamówienia, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagań określonych w treści SIWZ. Dlatego też, podlega obligatoryjnemu odrzuceniu w oparciu o powołaną wyżej podstawę prawną.

Odwołujący Mostostal na niniejszą czynność Zamawiającego wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

(1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż treść oferty Mostostal nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w związku z naruszeniem
(2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego Mostostal do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w związku z przedstawieniem koncepcji pomieszczeń Laboratorium na wynajem nr 1,
(3) art. 29 ust. 1 Pzp w związku z art. 65 § 1 KC w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Laboratorium na wynajem nr 1 w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nie uwzględniając wszystkich wymagania i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz dokonanie wykładni oświadczenia woli Zamawiającego z pominięciem dyrektywy wykładni oświadczeń woli, która nakazuje uwzględniać kontekst danego oświadczenia - zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, oraz
(4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezprawne pozbawienie Odwołującego Mostostal możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne z powodów leżących po stronie Zamawiającego, które doprowadziły do eliminacji wykonawcy posiadającego zdolności wykonawcze do realizacji przedmiotowego zamówienia, który złożył ofertę o treści zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Wobec powyższego Odwołujący Mostostal wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Mostostal, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Mostostal kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą „KIO", przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie podzieliła stanowiska przedstawionego przez Odwołującego Mostostal.

Jak wskazano w rozstrzygnięciu odwołania Hochtief Koncepcja powinna obejmować wszystkie wskazane przez Zamawiającego elementy przedstawione w taki sposób, aby możliwa była ocena, czy w Koncepcji uwzględniono wszystkie wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia. Zatem – wobec postanowień SIWZ oraz złożonych wyjaśnień i odpowiedzi Zamawiającego - Koncepcja m.in. powinna była przedstawiać fizycznie wydzielony w module ogólnym obszar pracy cichej oraz śluzę wejściową przed wejściem do modułu hodowli. Według Odwołującego Mostostal ww. wymagane elementy znalazły się w jego Koncepcji.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że Odwołujący Mostostal w przedłożonej Koncepcji (plik 070104_BUDYNEK A A_34 A_36 A 38.pdf) nie przewidział strefy pracy cichej. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że moduł chemiczny A.4.35 nie mógł pełnić funkcji śluzy, z uwagi na zainstalowane urządzenia (dygestoria, szafa na odczynniki, stoły laboratoryjne i inne urządzenia i wyposażenie).

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w opisie, rysunkach, rzucie czy jakimkolwiek dokumencie koncepcji brak jest informacji dotyczących śluzy i pracy cichej oraz wyposażenia w postaci lampy. W tym przypadku stanowiło to część opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że powyższe informacje nie musiały wynikać wprost z projektu (części graficznej), ale niewątpliwie musiały być ujęte w koncepcji. Ponadto Zamawiający nie ingerował, nie wskazywał w jaki sposób wymagania mają być przedstawione w koncepcji, forma przedstawienia nie miała znaczenia, istotne znaczenie miało to aby wymagane elementy znalazły się w koncepcji. Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień w sytuacji kiedy wymagane rozwiązania w żadnej części ani opisowej ani rysunkowej się nie znalazły. Jak wskazał Zamawiający nie mógł wzywać o coś czego nie zawarto w koncepcji, a co było wymagane. Nie można również zgodzić się z Odwołującym Mostostal, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Mostostal nie wskazał konkretnych zapisów SIWZ określających wymagania w zakresie wymaganych elementów koncepcji, które to taka koncepcja winna posiadać oraz nie wskazał z jakich względów koncepcja Odwołującego tych elementów nie spełnia.

Zamawiający wyraźnie wskazał, że w przedłożonej przez Odwołującego Mostostal wraz z ofertą koncepcji dla pomieszczenia A.4.34 brak jest fizycznie wydzielonego obszaru pracy cichej, a w pomieszczeniu 4.4.35 nie zaplanowano śluzy.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że koncepcja przedłożona przez Odwołującego Mostostal wraz z ofertą nie zawierała wszystkich wymaganych treścią SIWZ elementów koncepcji. W konsekwencji Zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania wymaganego zakresu koncepcji pod względem zgodności z PFU oraz pozostałymi wymaganiami SIWZ.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że nieprawidłowości w złożonej przez Odwołującego Mostostal ofercie, związane z brakiem wykazania w Koncepcji pomieszczenia pracy cichej i śluzy, kwalifikują ofertę, jako niezgodną z wymaganiami SIWZ, dlatego też nie podlegały wyjaśnieniom ani poprawie przez Zamawiającego, jak i nie stanowiły one innych omyłek polegających na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niedopuszczalne byłoby również dokonywanie stosownych uzupełnień koncepcji na etapie wniesionego odwołania, gdyż działania takie mogłyby prowadzić do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Jak wskazał Zamawiający wystosowane do Odwołującego Mostostal zapytania dotyczące wyjaśnienia treści złożonej oferty, dotyczyły wyłącznie tych elementów Koncepcji, które podczas dokonywania weryfikacji oferty nie umożliwiły jednoznacznego potwierdzenia, iż wymagania i warunki wynikające z treści SIWZ w odniesieniu do oferowanych elementów składających się na przedmiot zamówienia zostały spełnione, dlatego też Zamawiający wnioskował o złożenie jednoznacznych wyjaśnień i stosownych oświadczeń lub dokumentów wyłącznie w tym zakresie. Powyższe zapytanie nie obejmowało elementów, których bezsprzecznie brak jest w koncepcji, tj. wydzielonej przestrzeni pracy

cichej oraz śluzy z lampą UV i umywalką.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzuty Odwołującego Mostostal, uznając je w opisanym stanie faktycznym za niezasadne.

Wobec powyższego odwołanie podlegało oddaleniu.

Odwołanie o sygn. akt KIO 16/21

Wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: *„Odwołującym Porr"*) w dniu 4 stycznia 2021 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia jego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ, czyn nieuczciwej konkurencji oraz rażąco niską cenę. Odwołujący Porr zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż treść oferty wykonawcy Porr nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzppoprzez nieuprawnione i nieuzasadnione jego zastosowanie z uwagi na rzekome dopuszczenie się przez Odwołującego Porr czynu nieuczciwej konkurencji mającego polegać na manipulacji cenowej poprzez zaoferowanie nadmiernie wysokiego rabatu, gdy tymczasem oferta Odwołującego Porr skalkulowana została w sposób prawidłowy zgodny z postanowieniami SIWZ, przepisami powszechnie obowiązującego oraz dobrymi obyczajami, 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione i nieuzasadnione jego zastosowanie z uwagi na udzielenie wyjaśnień, które rzekomo potwierdzać miały, że oferta Odwołującego Porr jest rażąco niska, gdy tymczasem Odwołujący udzielił wyjaśnień szczegółowych i kompletnych a okoliczności podnoszone w ich treści zostały poparte stosownymi dowodami, Zamawiający natomiast dokonał oceny oferty Odwołującego Porr w całkowitym oderwaniu od złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie oceny oferty Odwołującego Porr w zakresie kryterium koncepcja w sposób niezgodny z opisem tego kryterium wynikającym z SIWZ, co jednocześnie, biorąc pod uwagę ocenę ofert innych wykonawców, świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego, 5) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk poprzez nieuzasadnione uznanie, że wykonawca Re-Bau wykazał, że załączniki dołączone do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący Porr na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wniósł o: - rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Porr, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Porr (w tym powtórzenie badania w zakresie kryterium koncepcja), odtajnienie załączników do pisma wykonawcy RE-Bau zawierającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Porr kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania
#x200eze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

1)Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego,

2)Re-Bau Sp. Z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego następujących wykonawców:

1)Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego,

2)Re-Bau Sp. Z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2020 r. dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego Porr na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił również uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Porr.

Odwołujący Porr na niniejszą czynność Zamawiającego wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż treść oferty wykonawcy Porr nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione i nieuzasadnione jego zastosowanie z uwagi na rzekome dopuszczenie się przez Odwołującego Porr czynu nieuczciwej konkurencji mającego polegać na manipulacji cenowej poprzez zaoferowanie nadmiernie wysokiego rabatu, gdy tymczasem oferta Odwołującego Porr skalkulowana została w sposób prawidłowy zgodny z postanowieniami SIWZ, przepisami powszechnie obowiązującego oraz dobrymi obyczajami, 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione i nieuzasadnione jego zastosowanie z uwagi na udzielenie wyjaśnień, które rzekomo potwierdzać miały, że oferta Odwołującego Porr jest rażąco niska, gdy tymczasem Odwołujący udzielił wyjaśnień szczegółowych i kompletnych a okoliczności podnoszone w ich treści zostały poparte stosownymi dowodami, Zamawiający natomiast dokonał oceny oferty Odwołującego Porr w całkowitym oderwaniu od złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie oceny oferty Odwołującego Porr w zakresie kryterium koncepcja w sposób niezgodny z opisem tego kryterium wynikającym z SIWZ, co jednocześnie, biorąc pod uwagę ocenę ofert innych wykonawców, świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego, 5) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk poprzez nieuzasadnione uznanie, że wykonawca Re-Bau wykazał, że załączniki dołączone do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący Porr na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wniósł o: - rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Porr, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Porr (w tym powtórzenie badania w zakresie kryterium koncepcja), odtajnienie załączników do pisma wykonawcy RE-Bau zawierającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej

ceny, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Porr kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

I tak odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się w zebranym materiale dowodowym. W ocenie Izby zgodzić należało się z Odwołującym Porr, że Zamawiający ustanawiając rabat jako kryterium oceny ofert nie wskazał maksymalnego poziomu tego rabatu, po przekroczeniu którego wykonawca nie otrzymałby większej liczby punktów, Zamawiający nie zdecydował się na wprowadzenie mechanizmu ograniczającego ewentualne zachowania wykonawców, które kwalifikowałby się jako czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto Zamawiający nie dokonał opisu które z elementów kosztotwórczych powinny wchodzić w jego skład, pozostawiając wykonawcom w tym zakresie swobodę. Niezależnie jednak od powyższego w ocenie Izby w ocenie Izby należało – rozstrzygając niniejsze odwołanie – uwzględnić także inne okoliczności, którymi Izba kierowała się wydając niniejsze orzeczenie.

Owszem uwzględnić także należało – co podkreślał Odwołujący Porr - proces dochodzenia do ceny ofertowej w przypadku zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane. Ponadto – skoro – jak twierdził Zamawiający doszło do manipulacji rabatem zaproponowanym przez Odwołującego Porr do jak słusznie zauważył Odwołujący Porr każde zwiększenie rabatu powodowało zwiększenie ceny ofertowej, która to samodzielnie stanowiła samoistne kryterium oceny ofert. Zatem każde zwiększenie rabatu (dające wykonawcy dodatkowe punkty) powodowało automatycznie zwiększenie ceny ofertowej, co prowadziło do odebrania wykonawcy punktów w kryterium „cena". Wobec powyższego opieranie przez Zamawiającego podstaw odrzucenia oferty Odwołującego Porr na ww. argumentacji wydaje się być chybioną.

Ponadto Zamawiający nie wskazał powodów, dla których uznał, ze oferta Odwołującego Porr zawiera inżynierię cenową. Ponadto Zamawiający nie powołał pozycji, kosztów czy elementów składowych oferty, które miałyby zostać nieprawidłowo wycenione. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał w treści zawiadomienia o odrzuceniu, które pozycje zostały sztucznie zaniżone, a które zawyżone.

Ponadto Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego PORR, że Zamawiający nie wykazał, którego czynu nieuczciwej konkurencji rzekomo którego miał się dopuścić Odwołujący Porr, Zamawiający nie dokonał oceny zachowania Odwołującego Porr na gruncie ustawy Uznk. Stanowisko Zamawiającego składa się gołosłownych, niepopartych szczegółową argumentacją i dowodami twierdzeń. Zamawiający przywołał jedynie treść art. 3 ustawy Uznk, nie wykazując spełnienia przesłanek któregokolwiek z przepisów tej ustawy, odnosząc się do rzekomej manipulacji cenowej dokonanej przez Odwołującego Porr. Jednocześnie Zamawiający wskazywał na zarzut rażąco niskiej ceny wobec zaproponowanego rabatu przez wykonawcę Porr.

Zgodzić należało się z Odwołującym Porr, że abym możliwym było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest podanie na czym polega określone działanie wykonawcy, udowodnienie tego działania oraz zakwalifikowanie go bądź jako konkretnego deliktu bądź jako zachowania wyczerpującego znamiona określone w przepisie art. 3 ust. 1 Uznk. I tak w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w żaden sposób nie wykazał znamion wynikających z przepisu art. 3 ust. 1 ustawy Uznk.

Następnie odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp również należało uznać niniejszy zarzut za chybiony.

Izba zgodziła się z Odwołującym Porr, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia odnosiły się zadanych przez Zamawiającego pytań i wątpliwości, wykonawca zaś wyjaśnił proces przygotowania ceny ofertowej, odnosząc się do kosztów własnych, jak i prac które Odwołujący Porr zamierza zlecić podwykonawcom. Ponadto wykonawca załączył do wyjaśnień kalkulacje własne wskazując w jaki sposób dokonał kalkulacji ceny ofertowej. Ponadto Odwołujący Porr złożył stosowne dowody w postaci ofert podwykonawców w oparciu o które dokonano skalkulowania oceny ofertowej.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów prezentowanych przez Zamawiającego zgodzić należało się z Odwołującym Porr, że Zamawiający oparł swoje twierdzenia wyłącznie na porównaniu cen z oferty podwykonawcy, pomijając inne elementy, które w ofercie tego podwykonawcy nie występują (klapy dymowe, drabiny stalowe, drabiny i pomosty przełazowe) a które muszą być ujęte w koszcie wykonania stropodachów. I tak jak zauważył Odwołujący Porr Zamawiający pominął w porównaniach fakt różnicy w cenach stropodachów na poz. 0,00 m i na poz. +25,80 m oraz różnicy w udziale poszczególnych stropodachów sumarycznej powierzchni dla danego budynku. Stropodach na poz. 0,00 m jest 15% droższy od stropodachu na poz. +25,80 m a ich udział w poszczególnych budynkach kształtuje się następująco (poz 0,00 m / poz. +25,80 m): budynek A — 42% / 58 ^{0}/0, budynek B — 22% / 78%, łącznik A-B — 0% / 100%. Takie różnice w cenie i udziale poszczególnych stropodachów mają wpływ na różnice w średnich cenach robót pomiędzy budynkami, czego Zamawiający nie dostrzegł.

Ponadto Zamawiający dokonuje także swoistej analizy w sposobie porównania cen za wykonanie stropodachów, gdyż porównuje ceny z budynku A — ceny bez rabatu do cen z budynków B i łącznika A-B z rabatami, pomijając przy tym inne aspekty i różnice występujące pomiędzy zakresami.

Ponadto Zamawiający ani w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Porr ani na etapie postępowania odwoławczego nie wykazał, dlaczego uznał ofertę Odwołującego Porr za rażąco niską. Zamawiający nie uzasadnił dlaczego tak określone koszty realizacji niniejszej inwestycji nie pokrywają kosztów minimalnych i nie dają możliwości wykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego; Zamawiający nie może wskazać konkretnych pozycji, nie może wskazać w jaki sposób doszło do przeniesienia tych kosztów.

W treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Porr, uzasadniając stanowisko w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający oparł się jedynie o porównania kosztów pomiędzy kosztami wykonania poszczególnych zakresów prac. Zamawiający nie wziął pod uwagę innych okoliczności wskazywanych przez wykonawcę, z czym Izba się zgodziła. Zatem Zamawiający de facto nie wskazał dlaczego oferta Odwołującego PORR jest rażąco niska i z jakiej manipulacji cenowej powyższe wynika. Zamawiający nie wykazał, że zaoferowana przez Odwołującego Porr cena jest rażąco niska, uzasadnienie odrzucenia opiera się wyłącznie na domysłach i przypuszczeniach.

Zgodzić należało się z Odwołującym Porr, że w podstawie odrzucenia w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał na ogólne sformułowania odnoszące się do manipulacji cenowej, niemniej jednak Zamawiający nie wykazał w żaden sposób gdzie i w jaki sposób doszło do tej manipulacji cenowej w przypadku oferty wykonawcy PORR. Zamawiający taką manipulację winien wykazać wskazując gdzie, jak i w jaki sposób zostały przeniesione kwoty i z których części. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał na czym ta manipulacja cenowa miała polegać i w danym przypadku czym się przejawiała. W jaki sposób odnosi się ona do sytuacji Odwołującego Porr. Ponadto – co ma istotne

znaczenie w niniejszej sprawi - wykonawca składał obszerne wyjaśnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia, składał on wyjaśnienia kilkukrotnie. Nie były to wyjaśnienia lakoniczne, przedstawiał również dowody.

Zgodzić należało się z Odwołującym Porr, że Zamawiający pominął fakt znaczącej różnicy pomiędzy budynkami jak również fakt, że wskaźnik GUS dotyczy budynków mieszkalnych. Odwołujący Porr niejednokrotnie wskazywał na różnice pomiędzy budynkami A i B, tj. budynkiem laboratorium a budynkiem administracyjnym, jak również zwracał uwagę na cechy łącznika AB. Owszem różnice w powierzchniach są znaczące, niemniej jednak należało uwzględnić także inne okoliczności, t.j. różnice w zapotrzebowaniu na ciepło i chłód dla budynków A i B. Zatem w żaden sposób nie można tych budynków porównać. Również w przypadku wentylacji Odwołujący Porr wskazywał na różnice są znaczące oraz brak możliwości porównania tych budynków 1:1, również kwestii dotyczących instalacji w przypadku obydwu budynków, w tym przypadku trudno porównać łącznik.

Zgodzić należało się również z Odwołującym Porr co do kwestii stropodachu, że zostały złożone dwie oferty podwykonawców, a Zamawiający wziął pod uwagę jedną ofertę podwykonawcy a należało wziąć pod uwagę obie, bo powierzchnia ofert w nich zawarta jest zbieżna z powierzchnią oferty PORR. Zamawiający wziął pod uwagę tylko ofertę jednego podwykonawcy a nie cały zakres robót jest pokryty.

Co do kwestii porównania cen z cenami Sekocenbudu Zamawiający pominął różnice wynikające z tego postępowania. Przywołane przez Zamawiającego budynki są nieadekwatne w zakresie systemów elewacyjnych opisanych w specyfikacji.

Co do kwestii niezgodności analogicznie Zamawiający nie uzasadnił tej niezgodności nie wskazując, z którymi postanowieniami SIWZ oferta Odwołującego jest niezgodna.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp zarzut zasługuje na uwzględnienie. Analogicznie jest to zarzut postawiony przez Odwołującego Mostostal, który również został uwzględniony co do oceny oferty (i przyznanych punktów) w ramach kryterium „Koncepcja". W ocenie Izby nie może tak być, aby wykonawcy na etapie rozprawy dowiadywali się od Zamawiającego o powodach przyznawanej punktacji, dlaczego i w jaki sposób Zamawiający przyznawał punktację wykonawcom. Zamawiający decyzję o przyznawanej punktacji powinien uzasadnić, tak aby wykonawcy wiedzieli czym Zamawiający się kierował, dlatego Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu przekazanie uzasadnienia przyznawanej punktacji wykonawcom.

Odnosząc się do zarzutu tajemnicy przedsiębiorstwa również zarzut ten został przez Izbę uwzględniony. W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy Re-Bau Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie odnoszące się do uzasadnienia zastrzeżenia załączników dołączonych do wyjaśnień również należy uznać za zasadne.

Wykonawca nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólne, (w szczególności co do przesłanki wartości gospodarczej) nie wskazują na okoliczności szczególne, które miałyby decydować o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zauważenia wymaga, iż zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania" – co niejednokrotnie wskazywano w orzecznictwie KIO - oznacza obowiązek dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia zastrzeżenia. Niewątpliwie również za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa - czy też orzecznictwa sądów bądź KIO - wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i gołosłownej deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

I tak nowa definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, wprowadzona w życie w drodze nowelizacji z 4 września 2018 r, została zamieszczona w art. 11 ust. 2 znowelizowanej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z brzmieniem znowelizowanej ustawy, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się obecnie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zatem – w ocenie Izy - według przytoczonych przepisów, tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić tylko takie informacje, które posiadają wartość gospodarczą. Informacja, która nie jest powszechnie znana lub łatwo dostępna dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji - która jednak nie posiada wartości gospodarczej - nie będzie mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe przepisy zostały znowelizowane wobec brzmienia dyrektywy 2016/943 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2016 r. – art. 2 pkt 1 – wedle której, aby zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać następujące przesłanki: zastrzeżone informacje ●muszą być poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; ●mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; ●poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Nie ulega wątpliwości, że wobec wprowadzonych zmian tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić tylko takie informacje, które posiadają wartość gospodarczą. I tak w motywach niniejszej dyrektywy wskazano, że jednolita definicja tajemnicy przedsiębiorstwa – przyjęta w unijnych porządkach prawnych – powinna uwzględniać know-how, informacje handlowe i informacje techniczne – a niniejsze informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową,

powinny to być informacje o wartości handlowej a ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania.

W ocenie Izby Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inna posiadającą wartość gospodarczą. Zatem – wobec brzmienia przytoczonej dyrektywy - przesłanka „lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innych", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem w ocenie Izby wobec brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca zastrzegający pewne informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania w uzasadnieniu zastrzeżenia również przesłanki „posiadania wartości gospodarczej", czego w tym stanie faktycznym Przystępujący Re Bau w żaden sposób nie uczynił.

Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Izba zgodziła się z Odwołujący PORR , że Przystępujący RE-Bau nie sprostał ciężarowi wykazania przede wszystkim przesłanki dotyczącej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Zgodzić należało się w całej rozciągłości za wyrokiem KIO z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2189/19 że „gdyby uznać tego rodzaju uzasadnienie za wystarczające, to należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że co do zasady można utajniać większość informacji przedstawianych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego". Dlatego też Izba nakazała ujawnienie niniejszych informacji.

W konsekwencji – wobec przedstawionej argumentacji – Izba uwzględniła niniejsze odwołanie wykonawcy Porr S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie a także nakazała Zamawiającemu przekazanie wykonawcom uzasadnienia przyznanej wykonawcom punktacji w ramach kryterium „Koncepcja".

Odwołanie o sygn. akt KIO 136/21

Wykonawca Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, (zwany dalej: „*Odwołującym Mostostal*") w dniu 8 stycznia 2021 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie nanieudostępnienie pomimo złożonego przez wykonawcę wniosku ofert w całości (czyli z pełną koncepcją), co narusza dyspozycję przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, jak również narusza zasadę uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zasadę jawności w postępowaniu wynikające z art. 7 ust. 1 i art. 8 ustawy Pzp oraz na dokonanie oceny oferty Odwołującego Mostostal w zakresie kryterium Koncepcja w sposób niezgodny z opisem tego kryterium określonym w SIWZ, co w porównaniu z ocenami ofert innych wykonawców świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego, naruszając art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący Mostostal wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, żądając tym samym nakazanie Zamawiającemu udostępnienia kompletnych ofert wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie; powtórzenia badania oferty Mostostal w zakresie kryterium „Koncepcja" oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert wykonawców z uwzględnieniem oferty Mostostal oraz; zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania
#x200eze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

1)PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,
2)Re-Bau Sp. Z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego następujących wykonawców:

1)PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,
2)Re-Bau Sp. Z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący Mostostal wniósł o odwołanie na czynność nieudostępnienia pomimo złożonego wniosku przez wykonawcę wniosku ofert w całości oraz na czynność oceny oferty Odwołującego w zakresie kryterium Koncepcja Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 96 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawy Pzp") poprzez nieudostępnienie pomimo złożonego przez wykonawcę wniosku ofert w całości (czyli z pełną koncepcją), co ewidentnie narusza dyspozycję przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym od dnia otwarcia ofert winny być one jawne w całości, jak również narusza zasadę uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zasadę jawności w postępowaniu wynikające z art. 7 ust. 1 i art. 8 ustawy Pzp; art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego w zakresie kryterium Koncepcja w sposób niezgodny z opisem tego kryterium określonym w SIWZ, co w porównaniu z ocenami ofert innych wykonawców świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu niniejsza informacja została wykonawcy przekazana – co potwierdził na rozprawie Odwołujący Mostostal – zatem na moment orzekania przestał istnieć substrat zaskarżenia. Jednocześnie nie można również zgodzić się, że prowadzenie niniejszego postępowania odwoławczego stało się zbędne. W konsekwencji zatem zarzut ten podlegał oddaleniu.

Skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan

rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszej sprawie Zamawiający przekazał wykonawcy niezbędne dokumenty - po wniesieniu przez wykonawcę odwołania, tym samym w niniejszej sprawie – czynność stanowiąca podstawę niniejszego odwołania – przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy. Nie ulega wątpliwości, iż rolą Izby jest rozstrzyganie na datę zamknięcia rozprawy. Tym samym wobec tego, że skarżenie przez wykonawcę ww. czynności (zaniechań), które to na moment zamknięcia rozprawy nie istniały – nie daje Izbie podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia, co w konsekwencji prowadzi do oddalenia niniejszego zarzutu z uwagi na brak substratu zaskarżenia w niniejszej sprawie.
Odnosząc się do drugiego zarzutu Izba analogicznie jak w przypadku odwołania wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie uwzględniła ten zarzut, jednocześnie nakazując Zamawiającemu przekazanie niniejszych uzasadnień przyznanej punktacji wykonawcom, tak aby wykonawcy mogli się z nią zapoznać i ewentualnie z uzasadnieniem takim polemizować. Nie może tak być – analogicznie jak w przypadku rozstrzygnięcia odwołania wykonawcy Porr S.A.– że wykonawcy na rozprawie dowiadują się o motywach przyznanej punktacji i sposobie ich przyznawania. Zamawiający swoją decyzję powinien uzasadnić i przekazać wykonawcom, tak aby mogli się z nią zapoznać i ewentualnie polemizować. Zamawiający na rozprawie wskazywał w przypadku wykonawcy Porr S.A., ze wykonawca ten pominął, co zaważyło na ocenie, że w tabelach wykonawcy wskazuje się na przykłady bądź wskazuje się na rozwiązania równoważne, nie wskazując parametrów tej równoważności. Według Zamawiającego gdyby wykonawca zaoferował te materiały konkretnie jego punktacja wyglądałaby inaczej. We wszystkich tych pomieszczeniach wykonawca Porr S.A. posługuje się pojęciem „lub równoważne" lub „na przykład", dlatego też Zamawiający nie przyznał wykonawcy dodatkowych punktów, jednak poinformował o tym dopiero w toku rozprawy. Podobnie w przypadku wykonawcy Mostostal S.A. Zamawiający uzasadniał na rozprawie przyznaną mu punktację, wskazując, że wykonawca zaproponował większą ilość ekranów i w większym formacie, dodatkowo dał oświetlenie architektoniczne w posadzce holu podnoszące estetykę pomieszczenia. Wykonawca zaproponował również zastosowanie nawiewników szczelinowych, które efektywniej dystrybuują ciepło a zarazem mają lepsze walory estetyczne. Zgodzić należało się z Odwołującym Mostostal, że Zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, niemniej jednak wobec braku uzasadnienia przyznania punktacji (indywidualnie i szczegółowo poszczególnym wykonawcom) wykonawcy domyślali się jedynie dlaczego otrzymali taka a nie inna ilość punktów. Nie ulega wątpliwości w ocenie Izby – że niezależnie od przyjętego formatu postępowania – wykonawcom powinna zostać przekazana podstawa przyznanej punktacji (bądź jego braku) tak aby mogli się z nią zapoznać i ewentualnie w przyszłości kwestionować w ramach przysługujących im środków ochrony prawnej. W konsekwencji Izba w ½ uwzględniła niniejsze odwołanie rozdzielając koszty postępowania po połowie.
Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……

……..

……..