

WYROK

Warszawa, 25 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Joanna Stankiewicz-Baraniak
Monika Szymanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 7 i 21 października 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez:

A. wykonawcę WXCA GROUP spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie przy ul. Brackiej 18/62 (00-028 Warszawa) – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 3367/24;

B. wykonawcę M.A. i M.N. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N. z siedzibą w Opolu przy ul. Oleskiej 87a (45-231 Opole) – postępowanie oznaczone sygn. akt KIO 3405/24

w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Żołnierzy Wyklętych i Więźniów Politycznych PRL (w organizacji) z siedzibą w Warszawie przy ul. Rakowieckiej 37 (02-521 Warszawa)

przy udziale:

A. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniach o sygn. akt KIO 3367/24 i KIO 3405/24 – wykonawcy LEM.S.tudio Architektoniczne spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Zabłocie 39 (30-701 Kraków);

B. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3367/24 – wykonawcy M.A. i M.N. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N. z siedzibą w Opolu przy ul. Oleskiej 87a (45-231 Opole)

orzeka:

KIO 3367/24

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę WXCA GROUP spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez uczestnika wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w części tj. M.A. i M.N. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N. z siedzibą w Opolu z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy WXCA GROUP spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Muzeum Żołnierzy Wyklętych i Więźniów Politycznych PRL (w organizacji) z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od wykonawcy WXCA GROUP spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz uczestnika wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w części tj. M.A. i M.N. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N. z siedzibą w Opolu kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 3405/24

1. Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w

postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy M.A. i M.N. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N. z siedzibą w Opolu oraz dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Muzeum Żołnierzy Wyklętych i Więźniów Politycznych PRL (w organizacji) z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.A. i M.N. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N.

z siedzibą w Opolu, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego Muzeum Żołnierzy Wyklętych i Więźniów Politycznych PRL (w organizacji) z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy M.A. i M.N. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N.

z siedzibą w Opolu kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3367/24

KIO 3405/24

Uzasadnienie

Muzeum Żołnierzy Wyklętych i Więźniów Politycznych PRL (w organizacji) z siedzibą w Warszawie zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie dialogu konkurencyjnego, pn.: *Wykonanie koncepcji arch.-urb., opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej wybranych budynków oraz terenu Muzeum Żołnierzy Wyklętych i Więźniów Politycznych PRL (w organizacji) w Warszawie* o numerze referencyjnym: DZP.2510.10.2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej 26 listopada 2023 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

28 listopada 2023 r. pod numerem publikacji ogłoszenia: 00722835-2023 (numer wydania Dz.U. S: 229/2023).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

KIO 3367/24

16 września 2024 r. wykonawca WXCA GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy LEM.S.tudio Architektoniczne Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej jako: „wykonawca LEM”);
- zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy LEM pomimo tego, że oferta ta była niezgodna z warunkami zamówienia;
- zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy LEM, pomimo tego, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto treść udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień potwierdzała, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę;
- czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo tego, że oferta ta była zgodna z warunkami zamówienia;
- zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy M.A. i M.N. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N.

z siedzibą w Opolu (zwanego dalej jako: „wykonawca Biuro 87a”) również z tego powodu, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zaskarżonym powyżej czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp oraz

art. 17 Pzp w związku z:

1) art. 224 ust. 6 Pzp w związku z:

a) dokonaniem wadliwej oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej przez wykonawcę LEM;

b) błędnym uznaniem, że oferta wykonawcy LEM nie podlega odrzuceniu, uwzględnia

w cenie wszystkie koszty wymagane treścią SWZ i wynikające z odrębnych przepisów, została obliczona zgodnie z SWZ oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy LEM jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) art. 224 ust. 5 Pzp w związku z błędnym uznaniem, że wykonawca LEM wykazał

i udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LEM jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień potwierdzała, że oferta zawiera rażąco niską cenę

z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LEM z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, pomimo tego, że oferta ta była niezgodna

z warunkami zamówienia;

5) art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez przyjęcie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę LEM, pomimo tego, że były one niedozwolone bowiem stanowiły w istocie nową ofertę, podczas gdy, oferta wykonawcy LEM powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia;

6) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp przez błędne uznanie, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, bez wcześniejszego zastosowania instytucji wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust.

1 Pzp – w zakresie zaprojektowania dachów zielonych, a także zamiast dachów wielospadowych na budynku nr 1 i 2 pokrytych dachówką zaprojektowania dachów płaskich – prowadzących przede wszystkim do wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego, czego skutkiem było odrzucenie oferty odwołującego, mimo jej zgodności z warunkami zamówienia, tj. mimo tego, że odwołujący nie zaprojektował dachów zielonych i nie objął zakresem projektowania dachów na budynku nr 1 i 2, bo nie wchodziło to w zakres przedmiotowego zamówienia;

7) art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i w konsekwencji dokonanie niewłaściwej wykładni treści oferty odwołującego, w sposób sprzeczny z jego wolą i intencją odwołującego, co doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego;

8) art. 224 ust. 6 Pzp w związku z:

a) dokonaniem wadliwej oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej przez wykonawcę Biuro 87a;

b) błędnym uznaniem, że oferta wykonawcy Biuro 87a nie podlega odrzuceniu, uwzględnia

w cenie wszystkie koszty wymagane treścią SWZ i wynikające z odrębnych przepisów, została obliczona zgodnie z SWZ oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Biuro 87a jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

9) art. 224 ust. 5 Pzp w związku z błędnym uznaniem, że wykonawca Biuro 87a wykazał

i udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

10) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Biuro 87a również jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień potwierdzała, że oferta zawierała rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

11) art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy LEM jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy w ramach procedury badania i oceny ofert, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawierająca rażąco niską cenę, a zatem oferta tego wykonawcy nie była najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w tym zakresie: odrzucenie oferty wykonawcy LEM; odrzucenie oferty wykonawcy Biuro 87a również jako oferty zawierającej rażąco niską cenę; dokonanie oceny merytorycznej oferty odwołującego;

- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwolujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem, gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty dodatkowej odwołującego i nie odrzucił tej oferty oraz dokonał prawidłowej oceny oferty wykonawcy LEM i odrzucił tę ofertę, istniały szanse, że jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem uplasowałby się na pierwszej pozycji w rankingu ofert (oferty pozostałych wykonawców zostały zasadnie odrzucone). Ponadto, istnienie interesu

w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego miał jego zdaniem wynikać z faktu, że złożył on ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu. Tym samym odwołujący stwierdził że ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ

w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego. Jego zdaniem można było realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, zamawiający dokona wyboru jego oferty. Poza tym odwołujący wskazał, że w wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone odwołującemu. W konsekwencji odwołujący stwierdził, że może nie uzyskać zamówienia

i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił A.P. Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, natomiast po stronie zamawiającego – wykonawcy: LEM.S.tudio Architektoniczne Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz M.A. i M.N. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N. z siedzibą w Opolu.

3 października 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o:

- oddalenie odwołania w części jako bezzasadnego;
- uwzględnienie zarzutu dotyczącego niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Biuro87a również z tego powodu, że wykonawca nie udowodnił, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3 października 2024 r. wykonawca LEM złożył pismo procesowe wraz z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Stanowisko pisemne ww. wykonawcy sprowadzało się do następujących kwestii:

- odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, który to interes jest przesłanką skuteczności wniesienia odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp i warunkuje jego merytoryczne rozpoznanie;
- cena zaoferowana przez wykonawcę LEM nie nosiła żadnych znamion ani cech ceny rażąco niskiej, a wyjaśnienia złożone przez niego w następstwie wezwania go przez zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp w pełni wykazały, że wykonawca jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia w ramach zaoferowanej ceny, bowiem ta zawiera wszystkie elementy składające się na końcowy rezultat;
- oferta wykonawcy LEM była zgodna z warunkami zamówienia;
- zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, bowiem ta była niezgodna z warunkami zamówienia.

Wykonawca Biuro87a 7 października 2024 r. złożył pismo procesowe zawierające oświadczenie o zgłoszeniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w części. Ponadto ww. wykonawca podał w tym piśmie argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

KIO 3405/24

16 września 2024 r. wykonawca M.A. i M.N. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N. z siedzibą w Opolu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy LEM.S.tudio Architektoniczne Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej jako: „wykonawca LEM”).

Odwolujący zarzucił zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 253 ust.1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy LEM podczas, gdy nie była ona ofertą najkorzystniejszą;
- 2) art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z warunkami

zamówienia, podczas, gdy przy prawidłowym „odczytaniu” koncepcji odwołującego przez pryzmat przepisów Prawa budowlanego oraz specyfikacji warunków zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz odpowiedzi zamawiającego na pytania zadane przez zamawiającego – oferta odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia i nie zawierała żadnej niezgodności z warunkami zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego;
- ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Pzp, w szczególności odwołujący może ponieść szkodę

w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący podkreślił, że może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia, gdyż oferta została bezpodstawnie odrzucona. Tym samym odwołujący stracił możliwość oceny merytorycznej jego koncepcji architektonicznej, a w konsekwencji także możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący stwierdził, że gdyby zamawiający postępował zgodnie z przepisami prawa i nie odrzucił jego oferty, to miałyby realne szanse na zawarcie z nim umowy na realizację przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili: A.P. Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca LEM.S.tudio Architektoniczne Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

3 października 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której przedstawił stanowisko dla wniosku o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

3 października 2024 r. wykonawca LEM złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Stanowisko pisemne ww. wykonawcy skupiało się wobec argumentacji wskazującej, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, bowiem ta była niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący 7 października 2024 r. złożył pismo procesowe wraz z załącznikami, w którym odniósł się do stanowiska zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:

- wykonawcę LEM.S.tudio Architektoniczne Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej nadal jako: „wykonawca LEM”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 3367/24 i KIO 3405/24;
- wykonawcę M.A. i M.N. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Biuro87a s.c. M.A. M.N. z siedzibą w Opolu (zwanego dalej nadal jako: „wykonawca Biuro 87a”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba uwzględniła wniosek zamawiającego dotyczący zastrzeżeń w zakresie skuteczności przystąpienia zgłoszonego przez A.P. Architekci Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie i uznała, że przystąpienia w obu sprawach zostały zgłoszone przez ww. podmiot nieskutecznie. Jak wynikało z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu z 4 września 2024 r. oferta wykonawcy A.P. Architekci Sp.

z o.o. z siedzibą w Warszawie została odrzucona na podstawie art. 226 pkt. 8 w związku

z art. 224 ust. 6 Pzp. Jak ustalił skład orzekający ww. wykonawca nie kwestionował czynności odrzucenia swojej oferty przez wniesienie odwołania w związku z tym od 16 poczynawszy od 17 września 2024 r. czynność ta stała się niejako ostateczna. A.P. Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w momencie zgłoszenia przystąpień w obu sprawach tj.

20 września 2024 r., nie posiadał już statusu wykonawcy

w postępowaniu, przez co należało uznać, że w sposób nieprawidłowy zgłosił przystąpienia. Jak wynika z treści art. 525 ust. 1 Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego może zgłosić tylko wykonawca, natomiast ust. 3 ww. przepisu wskazuje, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było uznać, że A.P. Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść jednej ze stron, ponieważ nie był już wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Stwierdzenie co do braku interesu ww. podmiotu w zgłoszeniu przystąpień znalazło swoje poparcie również w tym, że A.P. Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24 zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego, natomiast w sprawie KIO 3405/24 – po stronie zamawiającego. Tym samym nie można było uznać, że ww. podmiot upatrywał swojego interesu w dążeniu do unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym A.P. Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w obu sprawach, nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24 oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Biuro87a również z tego powodu, że wykonawca nie udowodnił, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podtrzymał powyżej wskazane oświadczenie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego 7 października 2024 r. Tym samym skład orzekający stwierdził, że zamawiający w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24 uwzględnił zarzuty odwołania w zakresie odnoszącym się do części zarzutów podniesionych wobec oferty wykonawcy Biuro 87a (tj. zarzutów oznaczonych w *petitum* odwołania pkt 8 lit a i b oraz pkt 9). W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wykonawca Biuro 87a, który uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego w piśmie złożonym 7 października 2024 r. oraz na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego złożył oświadczenie o zgłoszeniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w części. Izba skierowała odwołanie w przedmiotowej sprawie na rozprawę w całości tj. w zakresie wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu. W tym zakresie Izba kierowała się dyspozycją wynikającą z treści art. 523 ust. 3 Pzp, która wskazuje, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Izba uznała, że obaj odwołujący posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Tym samym Izba nie uwzględniła argumentacji wykonawcy LEM podniesionej w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24. Wykonawca LEM stwierdził, że odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24 nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia. W tym zakresie wykonawca LEM wyjaśnił, że odwołujący w istocie nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia w postępowaniu, być może dlatego, że go nie miał. Zwrócił przy tym uwagę, że kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosiła 5 902 798 zł. Cena oferty odwołującego wynosiła 7 995 000,00 zł, była zatem o blisko 2 100 000 zł wyższa niż kwota założona przez zamawiającego. Zdaniem wykonawcy LEM w przypadku unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty

i odrzuceniu jego oferty, przy obecnych „parametrach otoczenia” postępowania możliwe były dwa scenariusze. Pierwszy zakładał, że odrzucenie oferty złożonej przez innego odwołującego – wykonawcę Biuro87a zostanie potwierdzone w związku z oddaleniem odwołania tego wykonawcy. Wówczas zamawiający będzie zmuszony unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, skoro cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższy kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wedle przekonania wykonawcy LEM zamawiający nie miał możliwości, by zwiększyć kwotę realizacji zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, musiałby bowiem dodatkowo wyasygnować kwotę stanowiącą 35% wartości, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Scenariusz drugi wiązał się

z uwzględnieniem odwołania wniesionego przez drugiego odwołującego – wykonawcy Biuro87a. Gdyby tak się stało, tj. gdyby Izba uwzględniła to odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnić czynność polegającą na odrzuceniu oferty tego wykonawcy, okazałoby się, że to jego oferta jest najkorzystniejsza i oferta odwołującego w sprawie

o sygn. akt KIO 3367/24 w kolejnym badaniu nie miałyby żadnych szans na wybór.

Izba uznała powyżej przedstawioną argumentację wykonawcy LEM za niezasługującą na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego ww. wykonawca posługiwał się ogólnikowymi oraz niepotwierdzonymi argumentami. W pierwszym zasugerowanym scenariuszu wykonawca LEM wskazywał, że jego ziszczenie prowadziłoby do tego, że jedyną ważną ofertą byłaby oferta złożona przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24, co ostatecznie prowadziłoby do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sam fakt, że oferta odwołującego przewyższa kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia nie oznacza, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania. Zamawiający ma możliwość zwiększenia środków na realizację zamówienia do kwoty najkorzystniejszej oferty, ale decyzja w tym zakresie podejmowana jest dopiero po przeprowadzeniu badania i oceny ofert. Poza tym co oczywiste możliwość zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia stanowi kompetencję zamawiającego, a nie Izby rozpoznającej odwołanie na wcześniejszym etapie postępowania. Gdyby Izba uwzględniła stanowisko wykonawcy LEM i uznała, że odwołujący w sprawie

o sygn. akt KIO 3367/24 nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia to bezpodstawnie pozbawiłaby zamawiającego możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia. Na marginesie skład orzekający zwrócił uwagę, że zamawiający w swoim stanowisku wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie nie wskazał, że nie ma możliwości zwiększenia ww. kwoty, co osłabiałoby stanowisko wykonawcy LEM o braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Drugi wskazany przez ww. wykonawcę scenariusz zakładał, że w sytuacji uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3405/24 to oferta wykonawcy Biuro 87a zostanie wybrana za najkorzystniejszą. Założenia wskazane w drugim scenariuszu można było uznać, co najwyżej za prawdopodobne. Jak wynikało z SWZ przekazanego wraz z zaproszeniem do składania ofert, kryterium *Cena oferty brutto* została przydzielona waga na poziomie 35 pkt. Tym samym nawet duże różnice cenowe ocenianych ofert mogą być zniwelowane przez drugie kryterium mające charakter pozacenowy, którego waga wynosiła 65 pkt. Wykonawca LEM nie przedstawił dokładnych wyliczeń wskazujących, że niezależnie od oceny w ramach kryterium pozacenowego oferta wykonawcy Biuro 87a (w przypadku jej oceny) zawsze będzie uznana za ofertę najkorzystniejszą. Stąd stanowisko wykonawcy LEM w tym kontekście miało co najwyżej status hipotezy czyli przypuszczenia co do wystąpienia danej okoliczności, a nie aksjomatu czyli oczywistości niewymagającej udowodnienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24 miał interes w uzyskaniu zamówienia.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na dwóch nośnikach typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 23 września 2024 r., w tym w szczególności:
 - ogłoszenie o zamówieniu;
 - opis potrzeb i wymagań wraz z załącznikami;
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - oferty złożone w postępowaniu przez wykonawców WXCA GROUP, LEM i Biuro 87a wraz z koncepcjami architektonicznymi i planszami;
 - wezwania z 31 lipca 2024 r. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowane do wykonawców LEM i Biuro 87a;
 - wyjaśnienia z 5 sierpnia 2024 r. w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożone przez wykonawcę LEM;
 - wyjaśnienia z 5 sierpnia 2024 r. w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Biuro 87a;
 - wezwanie z 1 sierpnia 2024 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty skierowane do wykonawcy LEM;
 - wyjaśnienia wykonawcy LEM z 5 sierpnia 2024 r. złożone w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 4 września 2024 r., która zawierała również informacje o odrzuceniu ofert obu odwołujących;
- 2) dokument załączony do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24 pn. *Opinia zespołu rzeczoznawców przy MPOIA RP*;
- 3) dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24:
 - pismo Biura Projektów Lewicki Łatak Sp. z o.o. Sp. k. z 3 lipca 2024 r.;
 - wycenę szacunkową prac projektowych APA Wojciechowski Sp. z o.o. z 24 lipca 2024 r.;
 - potwierdzenie przekazania materiałów dla projektantów z 4 marca 2024 r.;
- 4) dokument załączony do odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3405/24 tj. wyciąg z Koncepcji Architektonicznej odwołującego przedstawiający wejście do muzeum i usytuowanie budynków nr 1, 15-17 i nowego budynku wejściowego z Salą widowiskową;
- 5) dokument załączony do pisma procesowego wykonawcy LEM w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24 obejmujący tabelę z

informacjami dotyczącymi zadań realizowanych przez wykonawcę w latach 2017-2023 z wyszczególnieniem cech prac projektowych i ich cen;

6) materiały złożone na posiedzeniu 7 października 2024 r. przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24 w postaci zdjęć i wydruków (30 kart);

7) materiały złożone na posiedzeniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę Biuro 87a w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24:

- wydruk pięciu stron ze strony internetowej www.wynagrodzenia.pl Sedlak&Sedlak dotyczący opracowania pn. *Ile zarabia architekt?*;

- wydruk biletu z 6 października 2024 r. na trasie Warszawa Centralna – Opole Główny;

8) załączniki do pisma procesowego odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3405/24 złożonego 7 października 2024 r.:

- wydruk odpowiedzi z 10 sierpnia 2024 r. ze strony dotyczącej pytania *Czy dwa elementy inwestycji połączone łącznikiem należy uznać jako jeden budynek?*;

- wydruk str. 105 opracowania prezentującego co można rozumieć jako budynek stanowiący „konstrukcyjnie samodzielną całość”;

9) dokumenty złożone na rozprawie 21 października 2024 r. przez odwołującego w sprawie KIO 3367/24:

- pisma z 10 i 14 października 2024 r. pochodzące od odpowiednio APA Wojciechowski Sp. z o.o. oraz Biuro Projektów Lewicki-Latak Sp. z o.o. Sp. k.;

- raport geodezyjny z 10 października 2024 r. pod nazwą *Analiza powierzchni biologicznie czynnej na koncepcji zagospodarowania terenu Muzeum Żołnierzy Wyklętych (dz. 31/2) przygotowanej przez firmę LEM.S.tudio Architektoniczne Sp. z o.o.*;

10) złożony na rozprawie 21 października 2024 r. przez wykonawcę LEM w sprawie o sygn. akt. KIO 3367/24 materiał poglądowy obejmujący materiały jakie otrzymali wykonawcy od zamawiającego w czerwcu 2024 r. oraz zdjęcia stanu obecnego elewacji budynków oznaczonych w dokumentacji postępowania jako 9 i 10 wraz z wizualizacjami zawartymi na planszy nr 1 i 3, które zostały złożone wraz z ofertą przez ww. wykonawcę;

11) materiały złożone na rozprawie 21 października 2024 r. przez odwołującego w sprawie KIO 3405/24:

- wydruki trzech arkuszy, które prezentowały (arkusz 1, 2) rozwiązania architektoniczne zaprezentowane przez wykonawcę WXCA GROUP oraz rozwiązanie zaproponowane przez odwołującego (arkusz nr 3);

- opracowanie własne przygotowane przez odwołującego prezentujące zakładaną przebudowę, rozbudowę, nadbudowę istniejącego budynku nr 15-17, mające na uwadze hol pod dziedzińcem oraz nową część podziemną, która ma połączyć hol oraz także rozbudowaną część.

Izba odmówiła dopuszczenia i przeprowadzenia wnioskowanych przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3367/24 dowodów z przesłuchania świadków:

a) dr arch. M. M. – członka komisji, na wykazanie faktów:

- przyczyn braku zgody podpisania protokołu końcowego obrad komisji;
- bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, zgodności oferty odwołującego

z warunkami zamówienia i zgłaszania tego faktu zamawiającego;

- ignorowania przez zamawiającego uwag o braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego;

b) arch. M. S. – członka komisji, na wykazanie faktów:

- przyczyn odmowy oceny prac konkursowych w formule narzuconej przez zamawiającego;

- przyczyn braku zgody podpisania protokołu końcowego obrad komisji;

- bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, zgodności oferty odwołującego

z warunkami zamówienia i zgłaszania tego faktu zamawiającemu;

- ignorowania przez zamawiającego uwag o braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Oddalając powyżej wskazane wnioski dowodowe Izba wzięła pod uwagę to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się pisemnie (art. 20 ust. 1 Pzp). Okoliczność ta przekłada się również na postępowanie odwoławcze, ponieważ Izba rozpoznając odwołania bazuje przede wszystkim na dokumentach i materiałach wytworzonych w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które mają charakter pisemny. W przedmiotowych sprawach Izba zebrала wystarczający materiał dowodowy, który został oceniony jako pozwalający na merytoryczne rozpoznanie obu odwołań. Tym samym skład orzekający nie dostrzegł powodów ani potrzeby posiłkowania się dowodami w postaci zeznań świadków, które z założenia wynikającego z zaprezentowanej powyżej zasady pisemności, mają charakter posiłkowy oraz pośredni. Ponadto poza dość obszernym materiałem dowodowym zebrany w obu sprawach, który został szczegółowo opisany powyżej Izba dysponowała również kartami indywidualnych ocen, które zostały sporządzone przez członków komisji przetargowej dokonujących oceny ofert, listą obecności członków komisji przetargowej oraz protokołem badania i oceny złożonych ofert, który zawierał pismo pięciu członków komisji przetargowej z 9 sierpnia 2024 r. W tej sytuacji przedmiotowe dowody wnioskowane przez odwołującego w sprawie o

sygn. akt KIO 3367/24 prowadziłyby wyłącznie do niezasadnego wydłużenia postępowania odwoławczego. Zgodnie z treścią art. 541 Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W okolicznościach przedmiotowej sprawy ww. wnioski dowodowe zostały ocenione jako powołane jedynie dla zwłoki tym samym Izba była zobowiązana odmówić ich przeprowadzenia.

Izba ustaliła co następuje

W pkt 1.2 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ zamawiający określił wymagania dotyczące koncepcji architektonicznej. Punkt ten zawierał m. in. następujące wymagania:

Zamawiający wymaga uwzględnienia w koncepcji następujących elementów:

(...)

4) spełnienie 30% wymaganej powierzchni biologicznie czynnej zgodnie z zapisami MPZP

„w terenie” – **Zamawiający nie dopuszcza zastosowania dachów zielonych,**

5) **dachy wielospadowe na budynku nr 1 i 2 - pokryte dachówką** – wygląd nawiązujący do historycznego (Zamawiający nie dopuszcza rozebrania wykonanych po 1987 r. kondygnacji),

6) elewacje ceglane – nawiązujące do historycznego wyglądu budynków,

(...)

9) sala widowiskowa w układzie audytoryjnym - na ok. 180 osób z w bud. 15-17,

z zapleczem dla artystów (garderoba, toalety, reżyserka), z dobrą i wygodną komunikacją ze strefy wejściowej,

10) wejście na wystawę stałą do budynku nr 1 - należy zlokalizować w podziemiu pod obecnym dziedzińcem wejściowym,

(...)

14) Zamawiający **rezygnuje z dodatkowego zadaszenia** na uroczystości na terenie Muzeum, należy natomiast przewidzieć utwardzone miejsce, tj. plac na ok. 300 osób na uroczystości w pobliżu bud. 15-17 oraz bud. 9-10, który będzie posiadał dobre dojście do „ściany śmierci”

15) połączenie podziemnym tunelem bud. 15-17 z podziemnym węzłem, który powinien kończyć pod łącznikiem pomiędzy bud. nr 1 i 2 (pod ziemią),

(...)

17) bud. 9-10 – dawna kotłownia – wygląd powinien nawiązywać do historycznego wyglądu dawnej kotłowni, styl powinien być spójny z całym zamierzeniem

W pkt 1.1, ppkt 2, lit f) opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał:

1.1. Zakres opracowania

W ramach koncepcji należy m.in. przedstawić:

(...)

ZAGOSPODAROWANIE TERENU wraz z zaznaczeniem działki należącej do Muzeum, lokalizacją i opisem wszystkich obiektów istniejących i projektowanych oraz innych urządzeń terenowych, parkingu/miejsc parkingowych, dojeżdż i dojazdów, w szczególności uwzględniające:

(...)

f) Miejsca na wystawy plenerowe z uwzględnieniem doprowadzenia multimediiów;

W pkt 1.3 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał swoje preferencje. Treść tego fragmentu kształtowała się m. in. w następujący sposób:

1.3. Zamawiający preferuje:

(...)

9) umieszczenie wymaganych powierzchni w istniejącej tkance, nowej kubatury należy ograniczyć do niezbędnego minimum w celu optymalizacji kosztów budowy,

10) należy unikać skomplikowanych i kosztownych rozwiązań konstrukcyjnych.

W rozdziale XV SWZ zamawiający określił kryteria oceny ofert. W postępowaniu zostały zastosowane dwa kryteria:

- Koncepcja architektoniczna o wadze 65 pkt;

- Cena oferty brutto o wadze 35 pkt.

Zgodnie z informacją wskazaną w pkt 2 ww. rozdziału SWZ wykonawca był zobowiązany dołączyć do oferty koncepcję architektoniczną w formacie.pdf, której zakres i forma zostały określone w pkt. 1 OPZ stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. Ponadto w SWZ zostały opisane podkryteria na podstawie, których przedstawiciele komisji przetargowej mieli dokonać indywidualnej oceny koncepcji, na specjalnej karcie, przyznając ocenianej ofercie punkty.

W postępowaniu ostatecznie oferty złożyło czterech wykonawców.

Wezwaniami z dnia 31 sierpnia 2024 r. zamawiający wezwał m. in. wykonawców LEM i Biuro 87a do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Podstawą wezwań był art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 Pzp. Treść obu wezwań w zakresie merytorycznym była tożsama. Zamawiający wskazał w tych wezwaniach m. in., że:

Zamawiający, zgodnie z treścią art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp wzywa Państwa w szczególności do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów mających na celu potwierdzenie, że sposób ukształtowania ceny ofertowej stoi w zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, a także że stoi w zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Oceniając wyjaśnienia, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, które wskaże Wykonawca, w szczególności: w zakresie zarządzania procesem świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług; oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę; zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej za pracę (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu

w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz innych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W związku z powyższym, udzielone wyjaśnienia mają udowodnić Zamawiającemu, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana i zawiera wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej realizacji umowy. Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, powinny wykazać w szczególności co spowodowało obniżenie ceny, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Wyjaśnienia, nie mogą budzić żadnych wątpliwości co do tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia podstawowego jak i zamówienia w ramach prawa opcji.

W tym celu Zamawiający wymaga, obok powyższych wyjaśnień, przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty obejmującej wszystkie zobowiązania Wykonawcy wynikające z opisu przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowień umowy.

W kalkulacji Wykonawca przedstawi przyjętą metodę obliczenia ceny oferty i zgodne

z przyjętą metodą w szczególności koszty personelu w tym projektantów, kosztorysantów

i innych specjalistów niezbędnych do wykonania zamówienia adekwatne do przewidywanej formy i okresu ich zatrudnienia, koszty prowadzenia biura, koszty transportu na potrzeby realizacji zamówienia, koszty sprzętu i oprogramowania jakim wykonawca dysponuje i które wykorzysta do realizacji zamówienia, koszty druku i składu na wszystkich etapach realizacji dokumentacji, przewidywaną rezerwę i zysk.

Mając na uwadze powyższe, niedopuszczalna jest sytuacja, w której złożone zostanie pismo zawierające wyłącznie oświadczenie, że cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia lakoniczne, czy też ogólnikowe będą utożsamiane z brakiem złożenia wyjaśnień. Dlatego też przedstawione wyjaśnienia powinny być nie tylko konkretne, ale i poparte właściwymi dowodami (np. kserokopie faktur, cenników, umów, wstępnych ofert albo umów o pracę lub o dzieło personelu, tym projektantów, kosztorysantów, innych specjalistów, pracowników biurowych, itp.).

Wykonawca LEM złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny pismem

z 5 sierpnia 2024 . Wyjaśnienia w swojej treści zawierały kalkulację ceny oferty. Do wyjaśnień zostały załączone dowody w postaci:

- oświadczeń i ofert projektantów;
- faktur kosztowych;
- referencji dla wykonanych dokumentacji projektowych w zakresie nauki, kultury i sztuki;
- wyciągów z umów aktualnie opracowywanych dokumentacji projektowych;
- KRS zmiana nazwy spółki.

Wykonawca Biuro 87a złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny pismem

z 5 sierpnia 2024 . Wyjaśnienia w swojej treści zawierały kalkulację ceny oferty.

Pismem z 1 sierpnia 2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę LEM do złożenia wyjaśnień treści oferty. Podstawą wezwania był art. 223 ust. 1 Pzp. W treści wezwania odwołujący wskazał m. in., że:

Zamawiający informuje, że dokonał badania złożonej przez Państwa oferty wraz z koncepcją architektoniczną i zgłasza następujące uwagi:

Zgodnie z treścią punktu 1.2 ppkt 14 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego zał. nr 1 do SWZ „Wymagania Zamawiającego dotyczące koncepcji”, Zamawiający wymagał uwzględnienia w koncepcji utwardzonego miejsca, tj. placu na ok. 300 osób na uroczystości w pobliżu bud. 15-17 oraz bud. 9-10, który będzie posiadał dobre dojście do „ściany

śmierci”.

Po analizie przedstawionej dokumentacji graficznej jak i opisowej, Zamawiający nie jest w stanie powziąć informacji czy Wykonawca taki plac przewidział.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.) Zamawiający wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, tj. do wskazania gdzie w przesłanej wraz

z ofertą koncepcji przewidziany jest utwardzony plac o którym mowa w pkt. 1.2 ppkt 14 Opisu przedmiotu zamówienia oraz sposób jego utwardzenia.

Wykonawca LEM odpowiedział na powyższe wezwanie pismem z 5 sierpnia 2024 r. W wyjaśnieniach wykonawca LEM wskazał m.in.:

Jako Wykonawca w niniejszym postępowaniu wyjaśniamy, że w załączonej wraz ofertą koncepcji architektonicznej spełniony został wymóg opisany w 1.2 ppkt 14 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego zał. nr 1 do SWZ „Wymagania Zamawiającego dotyczące koncepcji „Zamawiający wymagał uwzględnienia w koncepcji utwardzonego miejsca, tj. placu na ok. 300 osób na uroczystości w pobliżu bud. 15-17 oraz bud. 9-10, który będzie posiadał dobre dojście do „ściany śmierci”.

Miejsce utwardzone tj. plac na ok. 300 osób na uroczystości znajduje się od strony północnej budynków 9-10. Posiada bezpośrednie dojście od strony „ściany śmierci” oraz jest powiązany z otwartym „miejscem pamięci” w bud. 9-10. Ponadto plac posiada bezpośredni dostęp do magazynu kwaterunkowego (magazyn mebli związanych z organizacją imprez plenerowych) oraz z pomieszczeniem cateringu w bud. 9-10. Powierzchnia placu ~ 500 m², utwardzenie bruk kamienny. Plac znajduje się na planszy nr 1 oraz na planszy nr 2.

W celu wyjaśnienia lokalizacji placu na planszy nr 1, na wycinku rysunku plac oznaczono przerywaną linią zieloną – rys. poniżej.

W wyjaśnieniach wykonawca LEM zamieścił rysunek zawarty wcześniej w koncepcji architektonicznej, który został w stosunku do treści podanej w koncepcji zawierał oznaczony zieloną linią plac ze wskazaniem, że jest to plac na uroczystości pow. ~ 500 m².

Informacją z 4 września 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Z informacji wynikało, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy LEM, która uzyskała łączną liczbą 57,25 punktów. Oferty pozostałych wykonawców zostały odrzucone w związku z czym nie były oceniane. W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne dla czynności odrzucenia ofert.

Oferta wykonawcy Biuro 87a została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu tej czynności zamawiający wskazał:

Zamawiający w pkt. 1.2 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, opisał wymagania które Wykonawca musi uwzględnić w koncepcji składanej wraz z ofertą w przedmiotowym postępowaniu w tym ppkt 9 „sala widowiskowa w układzie audytoryjnym - na ok. 180 osób z w bud. 15-17, z zapleczem dla artystów (garderoba, toalety, reżyserka), z dobrą i wygodną komunikacją ze strefy wejściowej,”

Wykonawca w koncepcji złożonej wraz z ofertą nie spełnił tego wymagania, nie zaprojektował sali widowiskowej w układzie audytoryjnym - na ok. 180 osób w bud. 15-17.

W koncepcji złożonej przez Wykonawcę sala taka została zaprojektowana w nowoprojektowanym budynku, tj. Pawilonie wejściowym.

W związku z powyższym zaoferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia jest w części niezgodny z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w związku z tym oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami.

Powyższe niezgodności wynikają z treści oferty i nie podlegają poprawieniu lub uzupełnieniu w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Jakkolwiek próba zmiany zaoferowanych rozwiązań byłaby zmianą oświadczenia woli Wykonawcy jakim jest złożona oferta. Zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

Zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp. „Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia”. Ponadto, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp., Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Pojęcie warunków zamówienia zostało

zdefiniowane

w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp., gdzie wskazano, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do określenia lub opisanie warunków zamówienia służą dokumenty zamówienia, w tym SWZ.

Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach na nią się składających w tym koncepcji) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SWZ. Tym samym Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy oferta Wykonawcy faktycznie jest zgodna

z wymaganiami określonymi w dokumentacji, w szczególności, co do parametrów, zakresu, ilości, ceny, jakości, warunków realizacji (w tym wymagań dotyczących koncepcji) i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymogami Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego powyższe argumenty wskazują na brak możliwości uznania złożonej oferty za prawidłową, zgodną z warunkami zamówienia, w szczególności wymaganiami OPZ. Tym samym, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. jest jedynym zgodnym z przepisami prawa działaniem jakie może podjąć Zamawiający w zaistniałych okolicznościach.

Oferta wykonawcy WXCA GROUP została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu tej czynności zamawiający wskazał:

Zamawiający w pkt. 1.2 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, opisał wymagania które Wykonawca musi uwzględnić w koncepcji składanej wraz z ofertą

w przedmiotowym postępowaniu w tym ppkt 4 „spełnienie 30% wymaganej powierzchni biologicznie czynnej zgodnie z zapisami MPZP „w terenie” – Zamawiający nie dopuszcza zastosowania dachów zielonych” oraz ppkt 5 „dachy wielospadowe na budynku nr 1 i 2 - pokryte dachówką – wygląd nawiązujący do historycznego (Zamawiający nie dopuszcza rozebrania wykonanych po 1987 r. kondygnacji)”.

Wykonawca w koncepcji złożonej wraz z ofertą nie spełnił tych wymagań, zaprojektował dachy zielone, znajdujące się na zadaszeniu stałej ekspozycji plenerowej, a także zamiast dachów wielospadowych na budynku nr 1 i 2 pokrytych dachówką, zaprojektował na tym budynku dachy płaskie.

W związku z powyższym zaoferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia jest

w części niezgodny z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w związku z tym oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji

w całości zgodnie z wymaganiami.

Powyższe niezgodności wynikają z treści oferty i nie podlegają poprawieniu lub uzupełnieniu w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Jakkolwiek próba zmiany zaoferowanych rozwiązań byłaby zmianą oświadczenia woli Wykonawcy jakim jest złożona oferta. Zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

Zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp. „Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia”. Ponadto, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp., Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Pojęcie warunków zamówienia zostało zdefiniowane

w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp., gdzie wskazano, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych

z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do określenia lub opisanie warunków zamówienia służą dokumenty zamówienia, w tym SWZ.

Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach na nią się składających w tym koncepcji) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SWZ. Tym samym Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy oferta Wykonawcy faktycznie jest zgodna

z wymaganiami określonymi w dokumentacji, w szczególności, co do parametrów, zakresu, ilości, ceny, jakości,

warunków realizacji (w tym wymagań dotyczących koncepcji) i innych elementów istotnych dla wykonania 4 zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymogami Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego powyższe argumenty wskazują na brak możliwości uznania złożonej oferty za prawidłową, zgodną z warunkami zamówienia, w szczególności wymaganiami OPZ. Tym samym, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. jest jedynym zgodnym z przepisami prawa działaniem jakie może podjąć Zamawiający w zaistniałych okolicznościach.

Treść przepisów dotyczących zarzutów w obu odwołaniach:

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny;

- art. 17 Pzp – 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.;

- art. 224 ust. 5 Pzp – Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.;

- art. 224 ust. 6 Pzp – Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;

- art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

(...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 223 ust. 1 Pzp – W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.;

- art. 239 ust. 1 – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;

- art. 253 ust. 1 Pzp – Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba zważyła co następuje.

KIO 3367/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na potrzeby przejrzystości uzasadnienia skład orzekający pogrupował zarzuty podniesione w odwołaniu w następujący sposób:

- pierwsza grupa obejmowała zarzuty dotyczące kwestii odrzucenia oferty wykonawcy LEM jako zawierającej rażąco niską cenę (zarzuty z pkt 1-3 *petitum* odwołania);

- druga grupa obejmowała zarzuty dotyczące kwestii odrzucenia oferty wykonawcy LEM jako niezgodnej z warunkami

zamówienia (zarzuty z pkt 4 i 5 *petitum* odwołania);

- trzecia grupa obejmowała zarzuty dotyczące kwestii niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia (zarzuty z pkt 6 i 7 *petitum* odwołania);

- czwarta grupa obejmowała zarzuty dotyczące kwestii odrzucenia oferty wykonawcy Studio 87a również jako zawierającej rażąco niską cenę (zarzuty z pkt 8-10 *petitum* odwołania);

Zarzut wskazany w pkt 11 *petitum* skład orzekający potraktował jako wynikowy wobec pozostałych zarzutów.

W odniesieniu do pierwszej grupy zarzutów wskazanej powyżej Izba stwierdziła, że kluczowe znaczenie dla ich rozpoznania miały dwa dokumenty: wezwanie do wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny z 31 lipca 2024 r. skierowane o wykonawcy LEM oraz wyjaśnienia z 5 sierpnia 2024 r. wraz z załącznikami udzielone przez tego wykonawcę

w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie. Po przeanalizowaniu obu dokumentów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i wykonawcy LEM Izba uznała, że wyjaśnienia

w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez tego wykonawcę odpowiadały treści wezwania i były wystarczające do stwierdzenia, że oferta wykonawcy LEM nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez odwołującego skład orzekający

w znacznej mierze przyjął i uznał za zasadne stanowisko zamawiającego, który wskazywał, że w związku z ustawowo określonymi wytycznymi w zakresie szacowania wartości zamówienia publicznego jako podstawę ustalenia wartości zamówienia na usługi projektowe, należy przyjąć, zgodnie z art. 28 Pzp, całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zamawiający na realizację prac projektowych przewidział kwotę w wysokości 5 902 798,00 zł na zakres podstawowy, natomiast kwotę prawa opcji dotyczącą pełnienia nadzoru autorskiego określił na 885 420,00 zł. W ocenie odwołującego analiza stopnia skomplikowania oraz rozmiar zamierzenia inwestycyjnego powinna prowadzić do konstatacji, że ww. kwota na sfinansowanie zakresu podstawowego została zaniżona. Argumentacja odwołującego była w tym zakresie spóźniona. W tym kontekście skład orzekający ustalił, że informację o wysokości ww. kwoty zamawiający opublikował 26 lipca 2024 r., natomiast sprostowanie w tym zakresie zostało dokonane 31 lipca 2024 r. Z uwagi na to, że wartość zamówienia przekraczała progi unijne, nawet przyjmując najbardziej liberalne podejście do obliczenia terminu na wniesienie odwołania licząc go od momentu sprostowania informacji

z otwarcia ofert, to termin na kwestionowanie tej czynności za pomocą środka ochrony prawnej upłynął ostatecznie wraz z dniem 12 sierpnia 2024 r.

Odwołujący zarzucał również zamawiającemu nieprawidłowe ustalenie wartości zamówienia na prace projektowe wskazując, że w jego ocenie aktem prawnym regulującym tę kwestię powinno być rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 29 grudnia 2021 r.

w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (poz. 2458), zwane dalej jako „Rozporządzenie”. Zgodnie z treścią Rozporządzenia planowane koszty prac projektowych oblicza się jako iloczyn wskaźnika procentowego i planowanych kosztów robót budowlanych. Ze względu na to, że planowana wartość robót budowlanych została ustalona na kwotę 163 000 000,00 zł, natomiast prace projektowe dotyczą przedsięwzięcia polegającego na remoncie, rozbudowie, nadbudowie i przebudowie istniejących obiektów przy ul. Rakowieckiej 37 w Warszawie, wskaźnik procentowy ustalony na podstawie ww. Rozporządzenia, według odwołującego powinien wynosić 4,646%. Natomiast wartość prac projektowych obliczona na podstawie ww. Rozporządzenia z uwzględnieniem tego wskaźnika, według odwołującego powinna wynosić co najmniej $W(pp) = 4,646\% \times 163\,000\,000,00\text{ zł} = 7\,572\,980,00\text{ zł}$. Jak słusznie zauważył zamawiający Pzp i akty wykonawcze do niej nie zawierają przepisów w sprawie metod i podstaw ustalenia wartości zamówienia

w postępowaniu obejmującym wyłącznie prace projektowe. Zgodnie z art. 7 pkt. 21 Pzp, przez roboty budowlane należy rozumieć: wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16 grudnia 2002, str. 1, ze zm.), zwanego dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Wykonanie dokumentacji projektowej należy zakwalifikować jako usługę mieszczącą się w kategorii usług architektonicznych, budowlanych, inżynierskich

i kontrolnych (kod CPV: 71000000-8). Jak podkreślił Urząd Zamówień Publicznych

w stanowisku z 13 grudnia 2022 r. pn. *Ustalenie wartości zamówienia na roboty budowlane*

i związanych z nim zamówień na usługi projektowania oraz nadzoru inwestorskiego usługi polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej robót budowlanych stanowią szczególny rodzaj zamówień na usługi, które w sposób

bezpośredni związane są

z określonym zakresem robót budowlanych. Zamówienia na usługi przygotowania dokumentacji projektowych powinny zatem korzystać z autonomii postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w takim zakresie, w jakim korzystają z niej roboty budowlane, stanowiące rezultat określonych prac projektowych. Zakresem odrębnego zamówienia na usługi projektowe dotyczące przygotowania dokumentacji technicznych robót budowlanych objęte powinny być usługi służące przygotowaniu konkretnej inwestycji budowlanej. Tymczasem akt prawny, który przywołał odwołujący odnosi się do ustalania wartości zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. W przepisach tego Rozporządzenia nie określono, że zamawiający jest zobligowany zastosować wskaźnik procentowy do obliczenia wartości zamówienia na prace projektowe bez wykonywania robót budowlanych. W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego wskaźnik, do którego odnosił się odwołujący można zastosować co najwyżej pomocniczo przez co zamawiający nie są zobowiązani do jego stosowania. Tym samym argumentacja odwołującego w tym zakresie okazała się niezasadna.

Wracając do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę LEM Izba stwierdziła, że wykonawca ten przedstawił wystarczające wyjaśnienie poszczególnych składowych ceny oferty wraz z dowodami potwierdzającymi uwzględnienie w cenie oferty pełnego zakresu zamówienia oraz kosztów związanych z pracami projektowymi. Skład orzekający zwrócił uwagę, że zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą szczegółowych obliczeń ceny oferty, nie opracował także odrębnego formularza w tym zakresie. Wykonawcy mieli zatem swobodę w wyborze odpowiedniego sposobu wyliczenia ceny – działając w ramach postanowień SWZ i uwzględniając zakres przedmiotu zamówienia określony w OPZ. W wezwaniu do wyjaśnień zamawiający wymagał, obok wyjaśnień aspektów podniesionych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty obejmującej wszystkie zobowiązania wykonawcy wynikające z opisu przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowień umowy. Wykonawca został zobowiązany do przedstawienia przyjętej metody obliczenia ceny oferty i zgodne z przyjętą metodą podania w szczególności kosztów

personelu w tym projektantów, kosztorysantów i innych specjalistów niezbędnych do wykonania zamówienia adekwatne do przewidywanej formy i okresu ich zatrudnienia, koszty prowadzenia biura, koszty transportu na potrzeby realizacji zamówienia, koszty sprzętu i oprogramowania jakim wykonawca dysponuje i które wykorzysta do realizacji zamówienia, koszty druku i składu na wszystkich etapach realizacji dokumentacji, przewidywaną rezerwę i zysk. W złożonych 5 sierpnia 2024 r. wyjaśnieniach wykonawca LEM odniósł się do wszystkich aspektów podniesionych przez zamawiającego

w wezwaniu do wyjaśnień, a także określił przyjętą metodę kalkulacji ceny oferty w ramach, której przedstawił koszty personelu w tym projektantów, kosztorysantów i innych specjalistów niezbędnych do wykonania zamówienia adekwatne do przewidywanej formy i okresu ich zatrudnienia, koszty prowadzenia biura, koszty transportu na potrzeby realizacji zamówienia, koszty druku i składu na wszystkich etapach realizacji dokumentacji, przewidywaną rezerwę i zysk.

W wyjaśnieniach wykonawcy LEM można było wyodrębnić następujące czynniki decydujące o wysokości ceny, które obejmowały:

- doświadczenie w zakresie projektowania obiektów użyteczności publicznej, w tym obiektów o wysokim stopniu skomplikowania (m.in. szpitale, placówki techniczno-naukowe i naukowo-oświatowe, budynki wpisane do rejestru zabytków) oraz liczebność i doświadczenie zespołu projektowego dzięki czemu wykonawca praktycznie nie musi korzystać z podmiotów zewnętrznych przy prowadzeniu prac projektowych i w tym znaczeniu jest jednostką „samowystarczającą”, co sprawia, że przy zagwarantowaniu najwyższego poziomu prac projektowych i zoptymalizowanych terminów wykonawstwa, jest jednocześnie w stanie zaoferować konkurencyjność cenową w porównaniu do innych jednostek projektowych podejmujących się podobnych zadań;

- powołanie się na liczne grono projektantów pozostających w dyspozycji wykonawcy

w całym okresie realizacji zamówienia, na doświadczenie z ostatnich 9 lat, w zakresie obiektów referencyjnym o podobnym zakresie projektowym, nauki i kultury oraz uzyskaniu wymaganych zgód i pozwoleń, co miało oznaczać, że zespół projektantów LEM specjalizuje się w obiektach tego typu. Ilość wykonanych dokumentacji projektowych i zrealizowanych obiektów miała świadczyć o realności cen oferowanych przez wykonawcę LEM. Wykonawca LEM załączył ponadto referencje 12 obiektów użyteczności publicznej związanych z nauką

i kulturą dla potwierdzenia doświadczenia i poinformował o realizacji aktualnie trzech projektów budynków pod ochroną konserwatora. Referencje były aktualne i dotyczyły lat 2020-2023;

- co najistotniejsze wykonawca LEM przedstawił w formie tabelarycznej kalkulację ceny oferty w rozbiciu na zakres podstawowy i opcję;

- środki dowodowe: oferty projektantów poszczególnych branż: konstrukcyjnej, elektrycznej, teletechnicznej, sanitarnej, fotowoltaicznej, drogowej, ochrony przeciwpożarowej wraz ekspertyzą, faktury kosztowne – 9 szt., fakturę na miesięczny wynajem lokalu biurowego, fakturę dotyczącą miesięcznej opłaty za media dla lokalu biurowego, faktury kosztowe podobnych realizowanych zamówień na systemy dźwiękowe – wytyczne akustyczne dla budynku Państwowej Szkoły

Muzycznej w Miechowie, rachunek i umowę R. M. – analiza akustyczna Akademia Ignatianum przy ul. Kopernika 15C w Krakowie, fakturę dotyczącą mapy do celów projektowych MUFO, fakturę Planimeter dotyczącej mapy do celów projektowych dla Instytutu Głuchoniemych w Warszawie teren powierzchni 15743 m², faktura Geomax dotyczącą dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, fakturę GEO-Look Geologia dotyczącą wykonania opinii geotechnicznej wraz z dokumentacją badań podłoża gruntowego oraz fakturę Geotest dotyczącą dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

Z przedstawionej kalkulacji ceny oferty wykonawcy LEM wynikało, że koszt netto zakresu podstawowego w ofercie wynosił 1 921 005,00 zł + zysk około 30% (868 995,00 zł netto) Wartość oferty netto 2 790 000,00 PLN + VAT 23%, wartość oferty brutto 3 431 700,00 zł. Średni koszt kalkulacji 1 nadzoru w ofercie wykonawcy został określony na 923,30 zł netto +23%VAT = 1 135,66 zł brutto. Razem szacunkowy koszt 200 nadzorów (wg tabeli) 179 720,00 zł +23%VAT = 221 055,60 zł brutto. W ofercie za nadzór autorski wykonawca LEM przyjął kwotę 270 600,00 zł brutto, co dawało około 18% zysku. Również dowody, które złożył wykonawca LEM oraz potwierdzenia wykonania zamówień załączone do wyjaśnień nie były adekwatne do treści wyjaśnień. Były to bowiem oferty projektantów branżowych współpracujących z wykonawcą oraz dotyczyły realizacji zadań podobnych co do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Tym samym w ocenie składu orzekającego nie można było stwierdzić, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę LEM były wadliwe lub niewystarczające.

W dalszej części Izba bardziej szczegółowo odniosła się do argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu trzech pierwszych zarzutów:

- argument odwołującego odnoszący się do niewystarczającego doświadczenia wykonawcy LEM

Zamawiający na podstawie przedstawionych referencji dwunastu obiektów wskazanych przez wykonawcę LEM dokonał przeliczenia średniej stawki za zaprojektowanie metra kwadratowego powierzchni podobnych obiektów budowlanych i odniósł go do ceny złożonej oferty. Z powyższego przeliczenia wynikało, że średnio zaprojektowanie jednego metra powierzchni przez wykonawcę LEM kosztowało 174,00 zł brutto, natomiast z oferty złożonej w postępowaniu wynikało, że cena zaprojektowania jednego metra powierzchni przedmiotu zamówienia została określona w kwocie ok. 409,00 zł brutto, czyli dwukrotnie więcej niż

w poprzednich realizacjach. Argumentacja zamawiającego w tym zakresie była zbieżna ze stanowiskiem wykonawcy LEM przedstawionym w piśmie procesowym, które zostało poparte zestawieniem tabelarycznym prezentującym koszt 1 m² wcześniejszych realizacji. Z dowodu złożonego przez wykonawcę LEM załączonego do pisma procesowego wynikało, że koszt 1 m² w ramach wcześniejszych realizacji wynosił 81,80 zł/m², 206 zł/m², 125,90 zł/m², 333,70 zł/m² czy też 141,70 zł/m². Jak stwierdził wykonawca LEM w przypadku tego postępowania założył kwotę 409,80 zł/m², zatem ponad dwa razy więcej niż średnia z zadań projektowych wskazanych powyżej. Nie można zatem było stwierdzić, tak jak wskazywał to odwołujący, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia przez wykonawcę LEM za wskazaną w ofercie cenę. Odwołujący argumentował także, że 80% przedstawionych projektów referencyjnych miało powierzchnię mniejszą niż połowa powierzchni będącej przedmiotem tego zamówienia (obejmująca 8 374 m²) zatem były to projekty o dużo mniejszej skali i nie można przyjąć referencyjności zarówno w skali projektu jak i kosztów prac projektowych. Tylko jeden projekt (Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrze), zdaniem odwołującego, mógł zostać uznany za projekt referencyjny, gdyż posiadał funkcję muzeum i zbliżoną powierzchnię. Jak słusznie zauważył zamawiający zdolność do wykonania zamówienia można potwierdzać w praktyce nie tylko przez realizację jednego dużego projektu, ale także przez realizację kilku mniejszych projektów na rzecz różnych klientów, które łącznie obejmują podobny zakres. Przedstawione przez Wykonawcę LEM referencje z lat 2019-2023 od dwunastu podmiotów świadczyły odpowiedniej organizacji pracy tego wykonawcy, dysponowaniu zespołami ludzi, którzy te projekty realizowali i należytem ich wykonaniu co potwierdzono w tych referencjach. Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że doświadczenie wykonawcy LEM przytoczone w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny było chybionym argumentem dla wykazania zasadności złożonych wyjaśnień. Poza tym odwołujący nie formułował zarzutów wobec spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę LEM w związku z tym Izba założyła, że zamawiający zweryfikował i potwierdził spełnianie przez wykonawcę LEM warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

- argumenty odwołującego odnoszące się do niewystarczającej ilości zatrudnianych projektantów i niewłaściwej formy ich zatrudnienia

Argumentację odwołującego w tym zakresie Izba potraktowała jako dywagacje co do możliwych sposobów zatrudnienia projektantów. Wykonawca Lem w przedstawionej kalkulacji ceny oferty, wskazał na zatrudnianie projektantów za wynagrodzeniem miesięcznym i za wykonanie konkretnego projektu (umowa o dzieło). Oba sposoby są dopuszczalne prawnie. Odwołujący w swoich tezach sugerował, że wykonawca LEM będzie zatrudniał projektantów na podstawie umów cywilno-prawnych jako osoby fizyczne. Tymczasem wykonawca LEM w kalkulacji ceny oferty wskazał, że architekt, zespół architektów oraz projektanci branżowi zostaną zatrudnieni zarówno na umowy cywilno-prawne z osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalność gospodarczą jak

i z przedsiębiorcami. Oferty, załączone do wyjaśnień przedstawione przez projektantów branży: konstrukcyjnej, elektrycznej, teletechnicznej, sanitarnej, fotowoltaicznej, drogowej, ochrony przeciwpożarowej wraz z ekspertyzą i uzgodnieniem zostały podane w kwotach netto wraz z podatkiem VAT co sugerowało, że osoby, które te projekty będą realizować, prowadzą działalność gospodarczą, nie dotyczył ich więc podany przez odwołującego sposób wyliczania wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał również, że do wykonania zakresu prac projektowych wymaganego przez zamawiającego powinien być skierowany zespół w pełnym wymiarze godzin pracy znacznie większy niż proponował wykonawca LEM. Odwołujący w żaden sposób tego nie udowodnił, jak również nie wskazał jaki zakres prac poszczególni architekci będą wykonywali i z czego wynika konieczność pracy na pełny etat. Wykonawca LEM planował skierować do realizacji zadania 8 osób na 4 godziny dziennie (kierownika projektu, pięciu architektów na okres 10 miesięcy, architekta i asystenta na 5 miesięcy). Zamawiający zwrócił uwagę, że jest to zespół podobny do sugerowanego przez odwołującego. Podobne argumenty postawił odwołujący w zakresie projektantów branżowych. Dla przykładu do zaprojektowania instalacji sanitarnych odwołujący wskazał konieczność zatrudnienia 6 osób – oddzielnych projektantów dla każdej z występujących w budynku instalacji, czyli wentylacji i klimatyzacji, wodociągowo-kanalizacyjnej, centralnego ogrzewania, przyłączy oraz 2 asystentów. Zamawiający zbił ten argument wskazując, że wykraczał on ponad przepisy prawa budowlanego, bowiem uprawnienia udzielane są w zakresie wszystkich instalacji sanitarnych bez ich rozróżnienia. Możliwe jest zatem aby wszystkie instalacje były realizowane przez jednego projektanta, podobnie jak w zakresie instalacji elektrycznych. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że obecnie budynki Muzeum są eksploatowane i posiadają czynne przyłącza a ich wymiana może okazać niekonieczna. Nie znalazła również potwierdzenia w ofercie wykonawcy LEM argumentacja odwołującego wskazująca, że do realizacji projektów branżowych wykonawca ten planuje zatrudnienie po jednym projektancie. Z załączonych do wyjaśnień ofert projektantów branżowych takie założenie nie wynikało. Projektanci podali w swoich ofertach jedynie ceny kompleksowe tych opracowań, co nie wyklucza, że mogą je realizować w ramach branżowych zespołów projektowych. Tym samym stanowisko odwołującego w tym zakresie zostało oparte na zbyt daleko idącym założeniu.

- argumenty odwołującego odnoszące się do nieuwzględnienia w cenie oferty wykonawcy LEM innych opracowań

Jak trafnie wskazał zamawiający wykonawca LEM w kalkulacji kosztów uwzględnił również koszty związane z wykonaniem innych wymaganych opracowań takich jak zjazd z drogi, technologię kuchni, kosztorysy, uzgodnienia i ekspertyzę ppoż., uzgodnienia sanepid, koszty wykonania przyłączy, węzła cieplnego, sali widowiskowej i instalacji audio-video. Wykonawca LEM wycenił także koszty wynajmu lokalu biurowego wraz z mediami, koszty mapy do celów projektowych, koszty dojazdów, koszty wydruku. W kalkulacji wykonawca LEM uwzględnił także koszty dodatkowe nie ujęte w kalkulacji w wysokości 100 000,00 zł netto. Uwzględnienie powyższych opracowań w kalkulacji ceny oferty oraz oszacowanie kosztów z nimi związanych przez wykonawcę LEM doprowadziło skład orzekający do uznania, że argumentacja odwołującego również w tym zakresie okazała się niezasadna. Podniesiony przez odwołującego argument wskazujący, że w ofertach branżowych nie wykazano wykonania kosztorysów również okazał chybiony, ponieważ projektanci branżowi wskazali, że podane przez nich koszty obejmują wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej, czyli pełnego zakresu wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził ponadto, że kalkulacja ceny ofertowej przedstawiona przez wykonawcę LEM nie uwzględniała ekspertyz, opracowania architektoniczno-konserwatorskiego, miejsca na wystawy tymczasowe, technologii muzealnej, ochrony zbiorów, systemu informacji wizualnej, iluminacji fasady, technologii fasady, wizualizacji, uzgodnień z NIMOZ, miejsca na wystawy plenerowe. Co najistotniejsze wymienione powyżej elementy nie były przedmiotem wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny tj. zamawiający nie wymienił ich w wezwaniu przez co wykonawca LEM nie miał obowiązku dokładnego odnoszenia się do nich w swoich wyjaśnieniach. Ponadto skład orzekający zgodził się

z zamawiającym w stwierdzeniu, że zwyczajowo tego typu opracowania stanowią część głównej dokumentacji projektowej, są objęte poszczególnymi opracowaniami branżowymi, projektami wnętrz, projektem zagospodarowania terenu i wartość tych opracowań mieści się w kosztach tych opracowań, nie musiały zatem być odrębnymi opracowaniami, oddzielnie wycenianymi co sugerował odwołujący.

- argument odwołującego odnoszący się do wyceny na podstawie wycen szacunkowych

W tym zakresie Izba przyjęła, że wykonawca szacując przyszłe koszty jak najbardziej może się opierać na swojej wiedzy i doświadczeniu nabytym w tym zakresie z innych wcześniej realizowanych umów.

Reasumując Izba zgodziła się z zamawiającym, że argumentacja przedstawiona przez odwołującego w celu poparcia zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy LEM opierała się przede wszystkim na domysłach i przyjęciu jako podstawy własnych założeń przyjętych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie uwzględnił indywidualnego podejścia innego wykonawcy do realizacji umowy, jakie w tym względzie przysługiwało wykonawcy LEM. Istotną okolicznością podlegającą ocenie czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną jest poziom cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, które dają realny obraz aktualnej sytuacji rynkowej w danej branży. Nie

ma bowiem lepszego kwantyfikatora niż realne ceny ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty na podobnym wysokim poziomie i dwie oferty na podobnym niższym poziomie. Taka sytuacja nie była niczym nadzwyczajnym, szczególnie w aspekcie usług, gdzie brak sztywnych elementów cenotwórczych oraz dopuszczalna konkurencja cenowa może powodować nawet znaczne rozbieżności w wycenie poszczególnych usług, która wynikają z możliwości danego przedsiębiorcy i przyjętych lub wymaganych założeń wykonania danej usługi. Co istotne usługi projektowe należy zaliczyć do tzw. „usług miękkich” (podobnie jak usługi nadzoru inwestorskiego, usługi inżyniera kontraktu), w których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi, uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Oznacza to, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę po pierwsze koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego typu kosztów nie da się w sposób jednoznaczny „zweryfikować” i poddać analizie – poza kosztami minimalnego wynagrodzenia, a taka okoliczność w tym przypadku nie wystąpiła. Przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca, która wie najlepiej, ile jest warta praca, którą ma świadczyć. Wartość wynagrodzenia za realizację usług opartych na pracy intelektualnej nie zawsze więc musi stanowić miarodajną podstawę do stwierdzenia, że cena całkowita oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Argumentacji odwołującego dotyczącej pierwszej grupy zarzutów nie potwierdziły również złożone przez niego dowody. Odwołujący na rozprawie 21 października 2024 r. złożył dowody w postaci pism z 10 i 14 października 2024 r. pochodzących od odpowiednio APA Wojciechowski Sp. z o.o. oraz Biuro Projektów Lewicki Łatak Sp. z o.o. Sp. k. Pisma te stanowiły *de facto* kontrdowody dla pism załączonych do odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie składu orzekającego już pisma z 3 lipca 2024 r. złożone przez zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie pochodzące od Biura Projektów Lewicki Łatak Sp. z o.o. Sp. k. i APA Wojciechowski Sp. z o.o., należało pominąć, ponieważ ich wartość dowodowa

w kontekście podniesionych zarzutów była nieistotna. W kontekście rozstrzygnięcia trzech pierwszych zarzutów znaczenie miały przede wszystkim wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnieniach wykonawcy LEM złożone w odpowiedzi na to wezwanie. Skoro ww. dowody złożone przez zamawiającego okazały się nieprzydatne na potrzeby rozstrzygnięcia to w taki sam sposób musiały zostać potraktowane dowody złożone przez odwołującego, które się do tych dowodów odnosiły. Tym samym Izba pominęła złożone przez odwołującego dowody wskazane powyżej. Poza tym odwołujący wraz z tymi dowodami nie przedstawił korespondencji związanej z uzyskaniem ww. pism. Przede wszystkim odwołujący nie przedstawił zapytań ani wniosków, których efektem były złożone pisma. W wyniku tego Izba nie mogła stwierdzić czy pisma te rzeczywiście odpowiadały okolicznościom przedmiotowej sprawy, co tym dodatkowo godziło w przydatność tych dowodów na potrzeby rozstrzygnięcia.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp odnoszące się do oferty wykonawcy LEM, które zostały podniesione w pkt 1-3 *petitum* odwołania.

Druga grupa zarzutów koncentrowała się wokół stwierdzenia, że oferta wykonawcy LEM powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący

w uzasadnieniu tych zarzutów wskazywał, że oferta wykonawcy LEM była niezgodna

z wymogami określonymi w pkt 1.2 ppkt 6, 9, 10, 14, 15 i 17 oraz pkt 1.1, ppkt 2, lit f) opisu przedmiotu zamówienia (zwanego dalej nadal jako: „OPZ”).

Zamawiający w pkt 1.2 ppkt 6 OPZ wskazał *elewacje ceglane – nawiązujące do historycznego wyglądu budynków*. W ocenie składu orzekającego sformułowania użytego przez zamawiającego, a przede wszystkim określenia dotyczącego zwrotu „nawiązujący” nie można było rozumieć jako odnoszącego się do pełnej rekonstrukcji, ani nie stanowiło obowiązku zaprojektowania elewacji ceglanych na każdym budynku. Przedmiotowe sformułowanie można było zinterpretować w ten sposób, że w przypadku zaprojektowania przez wykonawcę elewacji ceglanych na budynkach, mają one nawiązywać do wyglądu historycznego. Wyjątek stanowiły budynki nr 1 i 2, przy których zamawiający wyraźnie wskazał, że *oczekuje szczególnie w stosunku do budynków nr 1 i 2 podejścia polegającego na ich rewitalizacji (lub restauracji w zależności od przyjętego przez Projektanta podejścia)*

w celu uniknięcia materialnego i kulturowego zubożenia ujętego w GEZ układu urbanistycznego.

W złożonej koncepcji architektonicznej wykonawca LEM wskazał m. in., że:

- budynek nr 17 zakłada się zachowanie pierwotnego charakteru – tynk elewacyjny, dach płaski;
- budynek nr 9 Kotłownia – przywrócenie historycznego wyglądu. Elewacje z cegły z detalem architektonicznym, dach dwuspadowy z dachówką ceramiczną. Wnętrze o charakterze industrialnym kotłowni;
- budynek nr 10 – zakłada się zachowanie pierwotnego charakteru – tynk elewacyjny, dach płaski
- mur – usunięcie tynków, renowacja cegły;
- brama wejściowa – odtworzenie historycznej bramy z cegły.

Izba ustaliła, że wykonawca LEM mając na uwadze materiały przekazane przez zamawiającego w marcu i w czerwcu 2024 r. zaprojektował elewacje ceglane na budynkach, które historycznie posiadały elewacje wykończone cegłą. W okolicznościach przedmiotowej sprawy wymogu z pkt 1.2 ppkt 6 OPZ nie można było potraktować jako obowiązku zaprojektowania elewacji ceglanych na wszystkich budynkach i obiektach.

Na materiałach przekazanych przez zamawiającego wykonawcom, które obejmowały głównie archiwalne zdjęcia było widać, że elewacje budynku nr 17 oraz budynek nr 10 wykonane były z tynku i w takie założenia w zakresie elewacji przyjął wykonawca LEM

w złożonej koncepcji architektonicznej. Budynek nr 9 w koncepcji wykonawcy LEM został zaprojektowany z uwzględnieniem elewacji ceglanej, zgodnie ze stanem pierwotnym (na podstawie archiwalnych rysunków udostępnianych przez zamawiającego). Zamawiający wyjaśnił na rozprawie 21 października 2024 r., że nie dysponował materiałami historycznymi, które dotyczyły wyglądu budynków oznaczonych nr 10 i 17. Tym samym nie można było stwierdzić kiedy został położony tynk na tych budynkach. Wyjaśnienia zamawiającego potwierdziły materiały, które przekazał wykonawcom tj. na tych materiałach widoczny był tynk na elewacjach budynków 10 i 17. W okolicznościach przedmiotowej sprawy wymóg określony w pkt 1.2 ppkt 6 OPZ należało interpretować w sposób uwzględniający materiały przekazane przez zamawiającego. W związku z tym jeśli materiały te pozwalały uznać, że historycznie tj. przed dokonaną termomodernizacją budynków więzienia, o której mowa

w OPZ i która miała miejsce po roku 1987, określone budynki posiadały elewacje tynkowane to założenie przez wykonawców takiej elewacji w koncepcji architektonicznej nie mogło powodować uznania, że oferta wykonawcy była niezgodna z warunkami zamówienia. Tam gdzie udało się ustalić, że budynki i obiekty posiadały elewację ceglana wykonawcy byli zobowiązani przewidzieć elewację ceglana, natomiast co do obiektów, które posiadały elewację tynkowaną i nie można było ustalić kiedy to tynkowanie nastąpiło, a jednocześnie można było ustalić, że tynkowanie to nastąpiło przed 1987 r. to elewację tynkowaną, należało potraktować jako historyczny wygląd budynku na potrzeby spełnienia ww. wymogu. Budynki nr 10 i 17 zostały otynkowane, nie można było ustalić kiedy ten tynk został położony, przy czym miało to miejsce przez 1987 r. Tym samym uwzględnienie przez wykonawcę LEM tynków na elewacji budynków 10 i 17 nie naruszało wymogu określonego

w 1.2 ppkt 6 OPZ.

Odwolujący na posiedzeniu 7 października 2024 r. złożył materiał dowodowy obejmujący zdjęcia i wydruki - łącznie 30 kart. Część z tego materiału została przekazana wykonawcom przez zamawiającego. W tym materiale dowodowym znajdowały się również zdjęcia, które zamawiający nie przekazał wykonawcom. Były to trzy pierwsze zdjęcia. W ocenie składu orzekającego dowody te, a szczególnie zdjęcia nr 1-3 nie mogły przesądzać o słuszności argumentacji odwołującego, ponieważ zamawiający nimi nie dysponował, przez co nie przekazał ich wykonawcom, a tym samym ostatecznie wykonawcy nie mieli możliwości wziąć ich pod uwagę sporządzając ofertę, a przede wszystkim przygotowując koncepcję architektoniczną. Jeśli odwołujący dysponował tymi materiałami w momencie prowadzenia spotkań przez zamawiającego z wykonawcami, to powinien je udostępnić zamawiającemu lub przekazać mu informację w tym zakresie, tak aby zamawiający mógł odpowiednio ukształtować postanowienia SWZ oraz wziąć te informacje pod uwagę na etapie badania ofert. Złożenie tych materiałów na etapie postępowania odwoławczego nie mogło stanowić potwierdzenia argumentacji odwołującego. W związku z tym Izba pominęła ww. dowody. Wartość dowodową miały za to materiały złożone przez wykonawcę LEM na rozprawie 21 października 2024 r. Wykonawca ten złożył materiał poglądowy obejmujący materiały jakie otrzymali wykonawcy od zamawiającego w czerwcu 2024 r. oraz zdjęcia stanu obecnego elewacji budynków oznaczonych w dokumentacji postępowania jako 9 i 10 wraz

z wizualizacjami zawartymi na planszy nr 1 i 3, które zostały złożone wraz z ofertą przez wykonawcę Lem. Dowód ten przekonał skład orzekający, że argumentacja odwołującego

w powyżej wskazanym zakresie nie mogła znaleźć potwierdzenia.

Podsumowując Izba uznała, że wykonawca LEM tam gdzie była taka konieczność przewidział elewację ceglana, natomiast w zakresie budynków 10 i 17, co do których takiego obowiązku nie było mógł zaprojektować elewację tynkowaną, co nawiązywało do historycznego wyglądu budynków. Tym samym oferta wykonawcy LEM nie naruszała wymogu określonego w pkt 1.2 ppkt 6 OPZ.

Odnosnie kolejnego wymogu zawartego w pkt 1.2 ppkt 9 OPZ odwołujący wskazywał, że oferta wykonawcy LEM nie spełniła wymogu zapewnienia dobrej i wygodnej komunikacji sali widowiskowej ze strefy wejściowej, ponieważ wykonawca zlokalizował salę widowiskową na trzeciej naziemnej kondygnacji w skrzydle zachodnim budynku nr 15-17 (co wynikało

z rzutu piętra 2 budynków 15-17 przedstawionego na planszy nr 5).

Z koncepcji architektonicznej złożonej przez wykonawcę LEM wynikało, że sala widowiskowa, której mowa powyżej umiejscowiona w budynku 15-17, została zaprojektowana w układzie audytoryjnym i posiada zaplecze dla artystów. Izba zwróciła przy tym uwagę, że argumentacja odwołującego w tym zakresie miała charakter spekulacji. Poza tym Izba nie

znalazła powodów do zakwestionowania stanowiska zamawiającego, który wskazał, że dojście do sali może być realizowane przez korytarze wewnętrzne, jak również przez podwórkę przed budynkiem, a umieszczenie sali widowiskowej na ostatniej kondygnacji pozwoliło na uniknięcie skomplikowanych rozwiązań konstrukcyjnych, które byłyby kosztowne. Dodatkowo podniesiony przez odwołującego argument odnoszący się do zbyt małej powierzchni foyer nie mógł stanowić powodu do odrzucenia oferty, gdyż zamawiający w wymaganiach nie określił powierzchni foyer, którą powinni przyjąć lub założyć wykonawcy przy sporządzaniu koncepcji.

Nie można było również pominąć, że zamawiający w treści ww. wymogu użył zwrotów nieostrych. Zwrot dotyczący zapewnienia dobrej i wygodnej komunikacji sali widowiskowej może być różnie rozumiany, ponieważ zamawiający nie doprecyzował co rozumie przez dobrą i wygodną komunikację. Tymczasem odwołujący w uzasadnieniu zarzutu powołał się właśnie na te nieostre sformułowania. W ocenie składu orzekającego ww. fragment OPZ należało potraktować co najwyżej jako wskazówkę przy ocenie ofert w ramach kryterium pozacenowego.

Ponadto jak wyjaśnił wykonawca LEM w koncepcji zaprojektował reprezentacyjną otwartą klatkę schodową, która ma prowadzić do sali przez otwartą przestrzeń wystawy czasowej, co miało być dodatkowym zamierzonym atutem, a nie niedopatrzeniem czy błędem. Poza tym foyer zostało przewidziane jako wielopoziomowe i w połączeniu z przestrzeniami otwartej wystawy i klatki schodowej K2 razem tworzy powierzchnie ok. 340 m². Ponadto wykonawca LEM zaprojektował oddzielne dojście dla artystów wraz zapleczem. Izba uznała powyższe wyjaśnienie za przekonujące, co skutkowało stwierdzeniem, że oferta wykonawcy LEM nie podlegała odrzuceniu z tego powodu.

Kolejny zarzut przedstawiony w uzasadnieniu odwołania dotyczył pkt 1.2 ppkt 17 OPZ. W tym zakresie odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy LEM nie spełniała wymogu nawiązania budynkami nr 9-10 do historycznego wyglądu kotłowni (budynek nr 9), nie zapewniając tym samym spójności z całym zamierzeniem inwestycyjnym.

Jak ustalił skład orzekający, zamawiający 4 marca 2024 r. przekazał potencjalnym wykonawcom materiały dla projektantów w wersji elektronicznej (na nośniku typu pendrive). W przekazanych materiałach przedstawiony został historyczny plan kompleksu więziennego przy ul. Rakowieckiej. Nazwy poszczególnych budynków zostały przetłumaczone na język polski (oryginalnie w języku rosyjskim). Jak wynikało m. in. z przekazanych ilustracji

w przedstawionym na niej budynku mieściła się łaźnia, kotłownia i pralnia. Obecnie są to budynki oznaczone nr 9 i 10. Ponadto 14 czerwca 2024 r. zamawiający przekazał wykonawcom dodatkowe archiwalne materiały historyczne, które dotyczyły jedynie części tych budynków tzw. „dawnej kotłowni” (*de facto* budynku nr 9). Tym samym zamawiający przekazał wykonawcom historyczny plan wskazujący na umiejscowienie „dawnej kotłowni” oraz materiały historyczne dotyczące tylko części budynków nr 9 i 10 stanowiącej „dawną kotłownię” (*de facto* budynku nr 9). W OPZ nie sprecyzowano natomiast dokładnie prac związanych z pozostałą częścią budynków 9-10, tj. tzw. „dawną łaźnią” i „dawną pralnią” (*de facto* budynku nr 10). Wobec tego zamawiający nie mógł wymagać od projektantów nawiązania tej części budynków 9-10, czyli budynku nr 10 do historycznego wyglądu.

Z przekazanych przez zamawiającego materiałów wynikało, która część budynków 9 i 10 to „dawną kotłownię”. Wobec powyższego, wykonawca LEM spełnił wymagania dotyczące budynków nr 9 i 10 postawione przez zamawiającego. Zgodnie z przekazanymi materiałami wykonawca LEM część budynków 9-10, będącą tzw. „dawną kotłownią” (*de facto* budynek nr 9) zaprojektował w nawiązaniu do historycznego wyglądu, a do tego zakresu odnosiły się materiały przekazane przez zamawiającego.

Do tej części uzasadnienia odwołania odnosiły się również dowody złożone przez odwołującego na posiedzeniu 7 października 2024 r. tj. zdjęcia i wydruki obejmujące 30 kart. Dowody te nie mogły przeważać rozstrzygnięcia na stronę odwołującego z tych samych względów, które zostały szerzej przedstawione przy okazji uzasadnienia dla oddalenia zarzutu związanego z wymogiem określonym w pkt 1.2 ppkt 6 OPZ. Względy te dotyczyły przede wszystkim tego, że trzy pierwsze zdjęcia zawarte w tym dowodzie nie zostały przekazane wykonawcom przez zamawiającego w momencie przekazywania materiałów, co miało miejsce w marcu i czerwcu 2024 r. Tym samym nie można było wymagać od wykonawców uwzględnienia przy sporządzaniu koncepcji architektonicznej materiałów, które nie były im znane i nie zostały przekazane przez zamawiającego, a które pojawiły się dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Następnie odwołujący podniósł zarzut dotyczący wymagania zawartego w pkt 1.2 ppkt 15 OPZ. Odwołujący stwierdził w tym zakresie, że oferta wykonawcy LEM nie spełniała wymogu zapewnienia podziemnego węzła pomiędzy budynkami 1 i 2 zlokalizowanego pod łącznikiem, który to węzeł ma się łączyć z budynkiem 15-17.

Izba stwierdziła, że zadaniem wykonawców rzeczywiście było zapewnienie podziemnego połączenia budynku 15-17 – tunelem, który powinien kończyć się pod łącznikiem pomiędzy budynkami nr 1 i 2 (pod ziemią). Jednakże zamawiający nie wymagał, żeby tunel kończył się na osi budynków 1 i 2. Wykonawca LEM zakończył tunel na linii zewnętrznej ściany nadziemnego łącznika pomiędzy budynkami 1 i 2. Tym samym zapewnił podziemny tunel do przemieszczania zbiorów muzealnych między magazynem zbiorów, znajdującym się

w budynku 15-17, a budynkami 1 i 2, w którym planowana jest wystawa stała – zatem wymóg został przez Wykonawcę LEM spełniony. Poza tym Izba przyjęła również argument zamawiającego wskazujący, że wykonawca LEM

zaproponował racjonalne rozwiązanie, wykorzystujące istniejące możliwości komunikacyjne w budynkach 1-2, tym samym zamawiający w przyszłości uniknie kosztów podbijania fundamentów w budynku 2.

Kolejny zarzut dotyczył wymagania zawartego w pkt 1.2 ppkt 10 OPZ. Odwołujący argumentował, że wykonawca LEM nie spełnił w należyty sposób wymogu wejścia na wystawę stałą do budynku nr 1.

Skład orzekający uznał, że zamawiający nie wymagał jak sugerował to odwołujący, aby wejście na wystawę stałą zostało zaprojektowane centralnie pod dziedzińcem. Wykonawca LEM spełnił wymóg zapewnienia wejścia na wystawę stałą do budynku nr 1 pod obecnym dziedzińcem wejściowym. Zamawiający nie wskazywał jak liczne grupy będą wchodziły do Muzeum, toteż projektowane powierzchnie holu wejściowego na poziomie parteru i –1, nie mogły być przedmiotem oceny – w zakresie spełnienia wymogu sformułowanego w OPZ

w pkt 1.2 ppkt 10. Tym samym argumentacja odwołującego w ramach tego zarzutu nie mogła skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy LEM jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Następnie odwołujący wskazał zarzut referujący do fragmentu wskazanego w pkt 1.1. ppkt 2 lit. f) OPZ. Odwołujący w uzasadnieniu tego zarzutu wskazał, że wykonawca LEM nie spełnił wymogu zapewnienia w terenie miejsc na wystawy plenerowe oraz doprowadzenia do nich multimediów. Informacje takie nie znajdują się ani w opisie, ani na projekcie zagospodarowania terenu na planszy nr 1. Uzasadnienie dla tego zarzutu sprowadzało się do jednego, hasłowego zdania, które właściwie w całości zostało przytoczone powyżej.

Izba zwróciła przy tym uwagę, że kwestionowany przez odwołującego fragment OPZ wskazywał, że koncepcja miała przewidywać zagospodarowanie terenu uwzględniające miejsca na wystawy plenerowe z uwzględnieniem doprowadzenia multimediów. Postanowienia OPZ nie wskazywały, że wykonawcy mieli wyraźnie zaznaczyć, w której lokalizacji lub lokalizacjach przewidziane zostały miejsca na wystawy plenerowe z uwzględnieniem doprowadzenia multimediów.

W ocenie składu orzekającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy rację miał zamawiający twierdząc, że zawarte w koncepcji architektonicznej wykonawcy LEM utwardzone miejsca w pobliżu strefy wejściowej (dodatkowo zaprojektowana została tam ławka/murek), ściany śmierci, zadaszenia na uroczystości plenerowe, spełniały jego potrzeby zamawiającego dotyczące miejsca na wystawy plenerowe. Usytuowanie tych miejsc w pobliżu strefy wejściowej umożliwia także doprowadzenie multimediów. Co więcej, zapewniają także dużą elastyczność w przenoszeniu tych wystaw, w zależności od planowanych uroczystości.

Mając na uwadze stanowisko odwołującego zaprezentowane w celu poparcie przedmiotowego zarzutu oraz treść ww. postanowienia SWZ Izba nie znalazła powodów do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Kolejny zarzut dotyczył wymagania zawartego w pkt 1.2 ppkt 4 OPZ. Przy czym zarzut ten odnosił się do wymogu związanego ze spełnieniem co najmniej 30%-owej powierzchni biologicznie czynnej.

Jak zasadnie argumentował zamawiający dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty z określonymi w SWZ warunkami zamówienia. Przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Tymczasem argumentacja podniesiona przez odwołującego w tej materii, opierała się przede wszystkim na przyjętych przez niego przypuszczeniach, które w konsekwencji doprowadziły go do konstatacji wskazującej, że powierzchnia biologicznie czynna nie odpowiada Miejscowemu Planowi Zagospodarowania Przestrzennego. Poza przypuszczeniami odwołujący nie przedstawił konkretnej ani wynikowej argumentacji, która potwierdzałaby sformułowane przez niego stwierdzenia. Odwołujący ograniczył się

w zasadzie do stwierdzenia, że z przeprowadzonej przez niego się analizy wynikało, że powierzchnia biologicznie czynna przedstawiona w koncepcji wykonawcy LEM wynosiła 6318 m², co stanowiło 28,47% powierzchni terenu. W argumentacji przedstawionej

w uzasadnieniu odwołania, odwołujący pozostał gołosłowny.

Stanowiska Izby w tej sprawie nie zmienił dowód złożony przez odwołującego na rozprawie 21 października 2024 r. w postaci raportu geodezyjnego z 10 października 2024 r. pn. *Analiza powierzchni biologicznie czynnej na koncepcji zagospodarowania terenu Muzeum Żołnierzy Wyklętych (dz. 31/2) przygotowanej przez firmę LEM.S.tudio Architektoniczne Sp.*

z o.o. Dowód ten zawierał uzasadnienie i wyliczenia, których konkluzją było stwierdzenie, że powierzchnia biologicznie czynna w przygotowanej przez wykonawcę LEM koncepcji architektonicznej wynosiła około 0,6403 ha, co stanowiło ~28,86% terenu, a co za tym idzie nie spełniała ona wymaganego przez zamawiającego minimum 30%. Dowód ten nie potwierdził zarzutu na poparcie, którego został przedstawiony. Po pierwsze Izba potraktowała ten dowód jako rozszerzenie argumentacji odwołującego, a nie jako dowód

z opinii biegłego. Po drugie jak słusznie zauważył wykonawca LEM dowód ten zawierał uwagę wskazującą, że *Wykazane w niniejszym raporcie współrzędne punktów mają charakter przybliżony (...) Mogą jednak występować nieznaczne rozbieżności pomiędzy współrzędnymi przyjętymi do obliczeń przez wykonawcę koncepcji zagospodarowania*

terenu wokół Muzeum Żołnierzy Wyklętych (tj. LEM.Studio Architektoniczne Sp. z o.o.), a tymi, które zostały przyjęte w niniejszym opracowaniu (str. 19 opinii). Zacytowany powyżej fragment właściwie podważył wartość całego dowodu, szczególnie mając na uwadze konkluzję tego dokumentu wskazaną powyżej. Skoro autor raportu wyliczył powierzchnię biologicznie czynną w ofercie wykonawcy LEM na poziomie ~28,86% (czyli do osiągnięcia wymaganego przez zamawiającego poziomu miało zgodnie z tym raportem brakować ~1,14%), to nie można było wykluczyć, że ta brakująca część sprowadzająca się do wskaźnika ~1,14% powstała w związku zastosowaniem współrzędnych mających charakter przybliżony

i wynikała z rozbieżności, które mogły wystąpić. Mówiąc krótko nie wiadomo jakiej wielkości mogły być rozbieżności w ustaleniach autora opinii ze stanem faktycznym, co

w okolicznościach przedmiotowej sprawy miało wpływ uznanie, że przedmiotowy dowód był nieprzydatny na potrzeby rozstrzygnięcia, przez co należało go pominąć. Po trzecie odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że powierzchnia biologicznie czynna przedstawiona w koncepcji wykonawcy LEM wynosiła 6318 m², co stanowiło 28,47% powierzchni terenu, natomiast ze złożonego dowodu wynikało, że powierzchnia biologicznie czynna w przygotowanej przez wykonawcę LEM koncepcji architektonicznej wynosiła około 0,6403 ha, co stanowiło ~28,86% terenu. Przedstawione powyżej rozbieżności godziły

w argumentację odwołującego i stanowiły argument popierający jej niezasadność.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący przedstawił stanowisko wskazujące, że potwierdzeniem zasadności odrzucenia oferty wykonawcy LEM jako niezgodnej z warunkami zamówienia była okoliczność otrzymania w części pozycji 0 (zera) punktów przez tego wykonawcę w ramach oceny jego oferty w kryterium pozacenowym. Zdaniem sądu orzekającego przyznanie zera punktów w ramach określonego podkryterium nie mogło powodować automatycznego odrzucenia oferty. Zamawiający nie sformułował w SWZ postanowień w tym zakresie, przez co przytoczona przez odwołującego argumentacja nie mogła być podstawą uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Ostatni zarzut w ramach drugiej grupy dotyczył wymagania zawartego w pkt 1.2 ppkt 14 OPZ. Zakresie tego zarzutu argumentacja odwołującego koncentrowała się przede wszystkim na okoliczności wezwania wykonawcy LEM do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz na samych wyjaśnieniach, które zdaniem odwołującego stanowiły uzupełnienie oferty tego wykonawcy, co należało uznać za niedopuszczalne.

Izba doszła do przekonania, że wykonawca LEM w złożonej koncepcji architektonicznej przewidział pomiędzy budynkami 9-10 i budynkiem 15-17 utwardzony plac na 300 osób, nie wpisał jedynie jego nazwy (przeznaczenia). Uczynił to w ramach złożonych wyjaśnień. Tym samym wykonawca LEM nie zmienił swojej koncepcji jedynie ją wyjaśnił. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający mógł w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawcy LEM wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. Złożone wyjaśnienia mieściły się w granicach złożonej oferty i służyły wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści. Izba stwierdziła, że wykonawca LEM przez złożone wyjaśnienia nie dokonał uzupełnienia treści oferty tj. nie zaprojektował utwardzonego placu na 300 osób, którego w jego koncepcji nie było.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp podniesione w pkt 4 i 5 *petitum* odwołania.

Trzecia grupa zarzutów dotyczyła czynności odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Oferta odwołującego została odrzucona w związku

z niespełnieniem wymogów określonych w pkt 1.2 ppkt 4 i 5 OPZ. Zamawiający uznał, że odwołujący zaprojektował dachy zielone oraz nie uwzględnił w koncepcji dachów wielospadowych na budynku nr 1 i 2.

Na wstępie rozważań w zakresie przedmiotowej grupy zarzutów sąd orzekający zwrócił uwagę, że wymogi, których ostatecznie zdaniem zamawiającego nie spełnił odwołujący były jasne w swojej treści oraz zostały dodatkowo wyróżnione w treści OPZ. Wyróżnienie to polegało na ich pogrubieniu (wytluszczeniu). Okoliczność ta powinna zasugerować wykonawcom jak istotne znaczenie miały one dla zamawiającego. Ponadto wykonawcy sporządzając koncepcję architektoniczną powinni zwrócić na nie szczególną uwagę.

W odniesieniu do zarzutu związanego z niespełnieniem wymogu w zakresie dachów zielonych Izba przyjęła stanowisko zamawiającego i uznała, że dach zielony to pokrycie dachowe, które umożliwia uprawę na nim roślinności. Innymi słowy zamawiający w ramach przedmiotowego wymagania stwierdził, że nie chce na terenie muzeum pokrycia dachowego, które umożliwiałoby na nim uprawę roślinności. Pomimo jednoznacznej deklaracji zamawiającego, odwołujący zastosował dach zielony nad wiatą nad ekspozycją pojazdów zabytkowych, co wynikało ze złożonej przez odwołującego koncepcji architektonicznej.

W uzasadnieniu odwołania argumentacja odwołującego zasadniczo koncentrowała się wokół twierdzenia, że to co zamawiający uznał w jego koncepcji jako dach zielony nie jest dachem, lecz zadaszeniem. Izba potraktowała argumentację w tym zakresie jako sporządzoną wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego,

która dodatkowo nie miała swoje potwierdzenia w okolicznościach sprawy. Jak celnie zauważył zamawiający, odwołujący w opisie do swojej koncepcji architektonicznej w odniesieniu do wiaty wskazał *Zlokalizowane części zachodniej zadaszenie stałej ekspozycji plenerowej zaplanowaliśmy w konstrukcji stalowej (stal cortenowska). Konstrukcja dachu to ruszt blachownic, który spocznie na siatce smukłych słupów* (Opis do koncepcji odwołującego, str. 15, szpalta druga, drugi akapit od dołu). Tym samym odwołujący sam w stosunku do swoich rozwiązań używał określenia „dach”. Co więcej, w swoim Opisie do koncepcji odwołujący wskazał także: *Zastosowaliśmy w projekcie technologie inżynierii retencyjnej, zarówno w systemach dachów ekstensywnych jak i retencji powierzchniowej* (Opis do koncepcji odwołującego, str. 18, szpalta druga, drugi pierwszy od góry, ostatnie zdanie). W tym kontekście zamawiający wyjaśnił, że dach ekstensywny to jeden z rodzajów dachów zielonych, na którym sadi się m.in. rośliny sucholubne. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która podważyłaby powyżej wskazane stanowisko zamawiającego, stąd skład orzekający nie znalazł powodów do jej nieprzyjęcia.

Odwołujący na potwierdzenie swojej argumentacji powołał się na odpowiedź zamawiającego udzieloną 10 lipca 2024 r. Argument ten okazał się chybotliwy ponieważ pytanie, którego efektem była przytoczona przez odwołującego odpowiedź nie dotyczyło wiat. Pytanie nr 2 na które udzielono odpowiedź 10 lipca 2024 r. posiadało następującą treść – *Proszę o wyjaśnienie czy zakaz stosowania dachów zielonych dotyczy - istniejących budynków, - projektowanych budynków - parkingu podziemnego. Ma to istotny wpływ na zachowanie wymaganego procentu terenów zielonych.* Na powyższej wskazane pytanie zamawiający udzielił następującej odpowiedzi – *Zamawiający wyjaśnia, że zakaz stosowania dachów zielonych dotyczy zarówno budynków istniejących, jak i nowoprojektowanych. Natomiast, nad parkingiem podziemnym należy zaprojektować tereny zielone.* W ocenie Izby udzielona przez zamawiającego odpowiedź była powiązana z zadaniem pytaniem i podobnie jak samo pytanie nie dotyczyła ona kwestii wiat, a dachów zielonych na istniejących budynkach, projektowanych budynkach oraz parkingu podziemnym. Zamawiający w odpowiedzi wyraźnie wskazał, że zakaz stosowania dachów zielonych dotyczył zarówno budynków istniejących, jak i nowoprojektowanych oraz w sposób niebudzący wątpliwości stwierdził, że tylko nad parkingiem podziemnym należy przewidzieć tereny zielone. Udzielając tej odpowiedzi zamawiający nie zmienił wymagań zawartych w OPZ. Ponadto, po udzieleniu tej odpowiedzi nie pojawiło się też żadne dodatkowe pytanie ze strony wykonawców dotyczące możliwości zastosowania pokrycia dachowego umożliwiającego uprawę roślinności nad innym obiektem nowoprojektowanym. Z wymagań OPZ wynikało jasno, że zamawiający nie dopuścił dachów zielonych na terenie, czyli nie wyraził zgody, aby na terenie było zaprojektowane pokrycie dachowe umożliwiające uprawę roślinności. W ocenie składu orzekającego zamawiający prawidłowo ustalił, że odwołujący zaprojektował dachy zielone na dachu wiaty dotyczącej stałej ekspozycji plenerowej, co było niezgodne z jednoznacznie sformułowanymi postanowieniami SWZ tym samym słusznie odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Argumentacji odwołującego nie potwierdził również złożony przez niego dowód w postaci opinii zespołu rzeczoznawców przy MPOIA RP. Izba potraktowała przedmiotowy dowód jako rozszerzenie argumentacji odwołującego, a nie jako dowód z opinii biegłego. Ponadto co istotne dowód ten został przywołany w celu potwierdzenia stanowiska odwołującego wskazującego, że to co zamawiający uznał w jego koncepcji jako dach zielony nie było dachem lecz zadaszeniem. Jak wskazano powyżej Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego w tym zakresie przede wszystkim uznając, że odwołujący w złożonej koncepcji sam stosował określenie „dach” w stosunku do wiaty, zatem argumentacja odwołującego została potraktowana jako próba szukania na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego argumentów potwierdzających, że nie zastosował on dachów zielonych. Tym samym Izba pominęła powyżej wskazany dowód.

W zakresie zarzutu związanego z niespełnieniem wymogu w zakresie uwzględnienia w koncepcji dachów wielospadowych na budynku nr 1 i 2, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że wymóg określony w pkt 1.2 ppkt 5 OPZ był jednoznaczny i prosty. Wskazywał on w sposób nie budzący wątpliwości, że zamawiający wymagał uwzględnienia w koncepcji architektonicznej przez wykonawców dachów wielospadowych na budynku nr 1 i 2. Jak słusznie wskazał zamawiający przedmiotowy zarzut dotyczył treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, a dokładniej rzecz ujmując pkt 1.2 ppkt 5 OPZ. Postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia znane były odwołującemu od momentu ich przekazania wraz

z zaproszeniem do złożenia oferty oraz opublikowania na stronie zamawiającego. Zamawiający nie zmienił treści tego wymogu. Wszystkie informacje odnośnie zakresu

i wymagań dotyczących koncepcji architektonicznej, w tym dachów na budynkach nr 1, 2, 3

i 4, a także informację, że dokumentacja projektowa przebudowy budynków 1, 2, 3 i 4 zostanie objęta odrębnym postępowaniem, odwołujący uzyskał z SWZ. W OPZ zamawiający opisał najważniejsze elementy wskazując elementy wymagane i preferowane. Dachy na budynkach zostały zaliczone do elementów wymaganych, czyli obowiązkiem wykonawców było ich zastosowanie w koncepcji architektonicznej składanej wraz z ofertą.

Co niezmiennie istotne z treści pkt 1.2 ppkt 5 OPZ jednoznacznie wynikało, że zamawiający nie wymagał zaprojektowania

dachów wielospadowych na budynkach 1 i 2, ale wymagał uwzględnienia w koncepcji architektonicznej przez wykonawców dachów wielospadowych na budynku nr 1 i 2. Tym samym wykonawcy powinni uwzględnić w koncepcji dachy wielospadowe na budynku nr 1 i 2, a realizacja tego wymagania powinna jednoznacznie wynikać ze złożonej koncepcji. Z argumentacji odwołującego wynikało, że w jego ocenie opracowując koncepcję architektoniczną nie był związany wymaganiami SWZ ze względu na okoliczność, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie obejmowała dokumentacji projektowej przebudowy budynków 1, 2, 3, 4, które zostaną objęte odrębnym postępowaniem. Argumentacja odwołującego okazała się chybiona ponieważ odwołujący miał obowiązek uwzględnienia w złożonej przez siebie koncepcji architektonicznej dachów wielospadowych na budynku nr 1 i 2. Odwołujący przedstawił w załączonej do oferty koncepcji architektonicznej na rysunkach i wizualizacji (plansza nr 5) dachy płaskie na budynkach nr 1 i 2 oraz wyjaśnił w uzasadnieniu odwołania, że w części opisowej koncepcji jeszcze nie podjął wiążącej decyzji projektowej nie przesądzając tym samym ani o dachach spadzistych, ani dachach płaskich. W kontekście przedmiotowego wymogu należało wskazać, że koncepcja architektoniczna nie miała zawierać dywagacji lub proponowanych rozwiązań co do rodzaju dachów na budynkach 1 i 2. Koncepcja miała uwzględniać dachy wielospadowe na budynkach 1 i 2. Odwołujący nie spełnił tego wymogu, ponieważ złożona przez niego koncepcja architektoniczna na budynkach 1 i 2 nie uwzględniała dachów wielospadowych.

Jak słusznie zauważył zamawiający wszyscy pozostali wykonawcy składający oferty

w postępowaniu w części rysunkowej koncepcji architektonicznej uwzględnili dachy wielospadowe na budynku nr 1 i 2, natomiast w części opisowej przedstawili spójny

z częścią rysunkową krótki opis docelowego wyglądu zewnętrznego budynków nr 1, 2, 3, 4, w zakresie elewacji, stolarki oraz dachów. Odwołujący jako jedyny wykonawca w części rysunkowej koncepcji architektonicznej przewidział dachy płaskie na budynku nr 1 i 2,

a w części opisowej *de facto* zakwestionował wymaganie określone w OPZ oświadczając, że *Decyzja o odtwarzaniu dwuspadowych dachów pokrytych dachówką na budynkach 1 oraz 2 powinna zostać poprzedzona wielostronnym dialogiem. Z uwagi na zachowanie ciągłości historycznej, walor emocjonalny i względy ekonomiczne, sugerujemy zachowanie współczesnej formy obiektu.*

Reasumując Izba stwierdziła, że okoliczność braku objęcia przedmiotem zamówienia opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej budynków nr 1, 2, 3 i 4, nie zwalniała wykonawców z obowiązku takiego przygotowania koncepcji architektonicznej, która będzie odpowiadać wymogom zawartym w OPZ. Idąc tokiem rozumowania odwołującego można było dojść do wniosku, że gdyby zamawiający planował objąć przedmiotem zamówienia jedynie wykonanie koncepcji to złożona przez odwołującego na etapie składania ofert koncepcja architektoniczna mogłaby być w pełni niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zamówienie na realizację dokumentacji projektowej na podstawie tej koncepcji będzie objęte odrębnym zamówieniem. Taki sposób rozumowania stoi w sprzeczności

z obowiązującymi przepisami jak i treścią obowiązujących w postępowaniu dokumentów zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że złożona przez niego koncepcja architektoniczna była zgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymogu wskazanego w pkt 1.2 ppkt 5 OPZ. Tym samym zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp. Zamawiający może żądać na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty

w przypadku, gdy treść złożonej oferty budzi jego wątpliwości. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy ww. przepis nie mógł zostać zastosowany wobec oferty odwołującego. Odwołujący w koncepcji architektonicznej załączonej do oferty na rysunkach wyraźnie przewidział dachy płaskie na budynku nr 1 i 2 i dodatkowo w części opisowej tej koncepcji zawarł polemikę z wymaganiami zamawiającego. Treść i intencje wyrażone

w koncepcji architektonicznej złożonej przez odwołującego były jasne i oczywiste dla zamawiającego oraz dla Izby. Wyjaśnienia treści oferty odwołującego w okolicznościach przedmiotowej sprawy mogły prowadzić wyłącznie do prowadzenia między zamawiającym

a odwołującym negocjacji dotyczących złożonej oferty, co na gruncie art. 223 ust. 1 Pzp jest niedopuszczalne.

Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 223 ust. 1 podniesione w pkt 6 i 7 *petitum* odwołania.

Ponadto Izba zwróciła uwagę, że wykonawca LEM w złożonym piśmie procesowym wskazał szereg argumentów, które jego zdaniem powinny skutkować odrzuceniem oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Argumenty te wykraczały poza przyczyny odrzucenia oferty odwołującego wskazane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. W ten sposób wykonawca LEM próbował zwrócić uwagę Izby na to, że oferta odwołującego powinna podlegać odrzuceniu również z innych powodów niż te, które zostały podane przez zamawiającego. Izba wszystkie argumenty wykonawcy LEM w tym zakresie pozostawiła bez rozpoznania, kierując się dyspozycją wynikającą z art. 555 Pzp. Przepis ten stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Ostatnia grupa zarzutów dotyczyła oferty wykonawcy Biuro 87a. W jej zakresie odwołujący domagał się odrzucenia oferty tego wykonawcy również jako zawierającej rażąco niską cenę.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę, że w ramach tej grupy zarzutów odwołujący zaprezentował ogólnikowe uzasadnienie. Argumentacja odwołującego sprowadzała się do stwierdzenia, że wykonawca Biuro 87a w swoich wyjaśnieniach podał poszczególne kwoty

i wycenienia, które w żaden sposób nie zostały przez tego wykonawcę udowodnione. Ponadto odwołujący wskazał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Biuro 87a w żaden sposób nie wskazywały okoliczności mających charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku, które wpływały na obniżenie ceny. Pozostała część uzasadnienia dla tych zarzutów sprowadzała się do przywołania licznych fragmentów orzeczeń Izby, które dotyczyły zagadnienia rażąco niskiej ceny. Dodatkowo analizując uzasadnienie dla tej grupy zarzutów nie można było nie zauważyć pewnej dysproporcji

w argumentacji podniesionej przez odwołującego w stosunku do zarzutów z pierwszej grupy, które odnosiły się do oferty wykonawcy LEM. O ile stanowisko odwołującego dotyczące zarzutów ogniskujących się wokół kwestii rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy LEM było bardzo rozbudowane i wskazywało na liczne oraz szczegółowo umotywowane argumenty, to stanowisko odwołującego związane z zarzutami skierowanymi wobec oferty wykonawcy Studio 87a należało uznać za lakoniczne i mało precyzyjne.

Przechodząc do *meritum* skład orzekający stwierdził, że kluczowe znaczenie dla rozpoznania przedmiotowych zarzutów miały dwa dokumenty: wezwanie do wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny z 31 lipca 2024 r. skierowane o wykonawcy Biuro 87a oraz wyjaśnienia z 5 sierpnia 2024 r. złożone przez tego wykonawcę w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie. Po przeanalizowaniu obu dokumentów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i wykonawcy Biuro 87a, Izba uznała, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez tego wykonawcę odpowiadały treści wezwania i były wystarczające do stwierdzenia, że oferta wykonawcy Biuro 87a nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Argumentacja odwołującego – jak wskazano powyżej – skupiała się wokół stwierdzenia, że wykonawca Biuro 87a nie złożył wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów, które mogły potwierdzać ich zasadność. W tym zakresie Izba nie zgodziła się z odwołującym ponieważ wykonawca Biuro 87a w treści złożonych wyjaśnień przedstawił kalkulacje, które w okolicznościach przedmiotowej sprawy należało uznać za dowody, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp. Wykonawca Biuro 87a w treści wyjaśnień wskazał, że podana w ofercie wycena prac projektowych opierała się na kalkulacji własnej, a jej podstawowymi składnikami były trzy aspekty – czas wykonania zamówienia, koszt opracowania dokumentacji oraz zysk. Co do wszystkich tych aspektów wykonawca Biuro 87a przedstawił wyjaśnienia i wycenienia.

W zakresie czasu wykonania zamówienia wykonawca Biuro 87a wyjaśnił, że czas opracowania dokumentacji został określony przez zamawiającego w projekcie umowy

i wynosi on 10 miesięcy od daty podpisania umowy. Wykonawca Biuro 87a wskazał również, że zamawiający przewidział też wykonanie nadzorów autorskich w formie prawa opcji, określił czas w jakim może wezwać projektantów do pełnienia nadzoru autorskiego na 36 miesięcy, a w formularzu ofertowym (pkt 2 Prawo opcji) prosił o podanie ceny brutto jednego pobytu projektanta dowolnej branży na budowie oraz kwotę łącznego wynagrodzenia brutto za pełnienie nadzoru autorskiego określając maksymalną ilość pobytów na budowie na 200.

W odniesieniu do wyceny prac projektowych wykonawca Biuro 87a wyjaśnił, że ilość dni roboczych w ciągu 10 miesięcy przewidzianych przez zamawiającego na wykonanie dokumentacji wyniesie ok. 200. Ilość ta została pomnożona przez 8 godzin co skutkowało uzyskaniem wyniku w postaci 1600 godzin roboczych. Wykonawca przyjął stawkę godzinową w wysokości 100,00 zł brutto za godzinę, która była zgodna z przepisami ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U z 2020 r. poz.2207).

W dalszej kolejności wykonawca Biuro 87a wskazał w złożonych wyjaśnieniach, że zadanie projektowe, będzie wykonywał sam tj. bez korzystania z podwykonawców. Przedstawił skład zespołu projektowego obejmujący: trzech architektów, trzech inżynierów o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, dwóch projektantów o specjalności elektrycznej, dwóch projektantów w specjalności telekomunikacyjnej, czterech projektantów instalacji sanitarnych, dwóch projektantów w specjalności drogowej oraz zespół kosztorysantów do wszystkich branż. Oprócz wymaganego składu zespołu projektowego projektantów branżowych wykonawca Biuro 87a przewidział także specjalistów, których udział w rzetelnym opracowaniu dokumentacji miał być niezbędny tj.: architekta krajobrazu, grafika – specjalisty od identyfikacji wizualnej, specjalisty od akustyki i techniki scenicznej, specjalisty od dokumentacji dotyczącej oddymiania garażu podziemnego oraz rzeczoznawców branżowych.

Dalej wykonawca przedstawił kalkulację dotyczącą ilości godzin przewidzianych na opracowanie dokumentacji przez projektantów wraz z podaniem stawek i kosztów. Podał kalkulację dotyczącą innych szacunkowych kosztów związanych z wykonaniem projektu, takich jak: mapa do celów projektowych, dokumentacja geotechniczna oraz charakterystyka energetyczna dla wszystkich budynków. Wskazał inne koszty związane z uzgadnianiem projektu, otrzymywaniem

warunków technicznych, funkcjonowaniem pracowni w czasie wykonywania zamówienia, takie jak: składki ZUS, koszty wynajmu biura, opłaty i uzgodnienia rzeczoznawcy, koszty sprzętu, oprogramowania, koszty druku, składu, koordynacji międzybranżowej.

Kolejny fragment wyjaśnień prezentował środki przewidziane na rezerwę na dodatkowe konieczne opracowania oraz kalkulację dotyczącą osiągniętego zysku.

Następnie wykonawca Biuro 87a wskazał, że ważnym czynnikiem, który spowodował obniżenie ceny opracowania dokumentacji była szacunkowa kalkulacja ceny wykonania robót budowlanych na podstawie przyjętych przez niego rozwiązań projektowych. Miały cechować się one poszukiwaniem rozwiązań prostych konstrukcyjnie, unikaniem ingerencji

w tkankę posadowienia istniejących budynków, szczególnie nr 15-17. Cechą obniżającą koszty budowy była idea zaprojektowania pawilonu wejściowego o prostej, słupowej, parterowej konstrukcji, z salą konferencyjną w poziomie -1, zintegrowaną z konstrukcją garażu podziemnego. Poza tym wykonawca Biuro 87a postawił tezę, że realizacja planowanej inwestycji na podstawie opracowanej przez niego koncepcji pozwoli zaoszczędzić zamawiającemu ok. 40 mln zł. Wykonawca zwrócił również uwagę na fakt, że uwzględniając dokonane założenia zaproponowana przez niego kwota za wykonanie dokumentacji projektowej stanowi ok. 3% kosztów realizacji.

Ostatni fragment wyjaśnień obejmował wyliczenia w odniesieniu do wyceny pełnienia nadzorów autorskich w ramach prawa opcji.

Odwołujący właściwie nie odniósł się do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Biuro 87a. Wymienione przez niego argumenty mające potwierdzać zasadność przedmiotowych zarzutów nie znalazły potwierdzenia. Po pierwsze nie można było uznać, że wykonawca Biuro 87a w swoich wyjaśnieniach podał poszczególne kwoty i wyliczenia, które w żaden sposób nie zostały przez tego wykonawcę udowodnione. Jak wskazano powyżej wykonawca Biuro 87a zawarł w treści wyjaśnień kalkulacje, które można było uznać za dowody popierające wyjaśnienia. Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował, ani nawet nie odniósł się do przedstawionych przez wykonawcę Biuro 87a kalkulacji. Tym samym Izba uznała argumentację odwołującego w tym zakresie za niepotwierdzoną. Po drugie wykonawca Biuro 87a w swoich wyjaśnieniach wskazał czynniki, które spowodowały obniżenie ceny. Odwołujący do tych czynników zupełnie się nie odniósł. Wskazał jedynie wbrew stanowi faktycznemu przedmiotowej sprawy, że wyjaśnienia ww. wykonawcy nie wskazywały okoliczności, które wpływały na obniżenie ceny.

Izba zwróciła uwagę, że istotną okolicznością podlegającą ocenie czy mamy do czynienia

z rażąco niską ceną jest poziom cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, które dają realny obraz aktualnej sytuacji rynkowej w danej branży. Nie ma bowiem lepszego kwantyfikatora niż realne ceny ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty na podobnym, wysokim poziomie

i dwie oferty na podobnym, niższym poziomie. Taka sytuacja nie była niczym nadzwyczajnym, szczególnie w aspekcie usług, gdzie brak sztywnych elementów cenotwórczych oraz dopuszczalna konkurencja cenowa może powodować nawet znaczne rozbieżności w wycenie poszczególnych usług, które wynikają z możliwości danego przedsiębiorcy i przyjętych lub wymaganych założeń wykonania danej usługi. Co istotne usługi projektowe należy zaliczyć do tzw. „usług miękkich” (podobnie jak usługi nadzoru inwestorskiego, usługi inżyniera kontraktu), w których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi, uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Oznacza to, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę po pierwsze koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego typu kosztów nie da się w sposób jednoznaczny „zweryfikować” i poddać analizie – poza kosztami minimalnego wynagrodzenia, a taka okoliczność w tym przypadku nie wystąpiła. Przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca, która wie najlepiej, ile jest warta praca, którą ma świadczyć. Wartość wynagrodzenia za realizację usług opartych na pracy intelektualnej nie zawsze więc musi stanowić miarodajną podstawę do stwierdzenia, że cena całkowita oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, że wykonawca Biuro 87a wyjaśnił

w sposób wystarczający, że cena jego oferty nie była rażąco niska. Ponadto Izba pominęła dowody złożone przez wykonawcę Biuro 87a na posiedzeniu 7 października 2024 r. Dowody dotyczące kwestii rażąco niskiej ceny w sytuacji, w której wykonawca był wzywany do wyjaśnień w tym zakresie, co do zasady, powinny zostać złożone najpóźniej wraz wyjaśnieniami. Wykonawca Biuro 87a został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zatem miał obowiązek złożyć dowody w tym zakresie wraz wyjaśnieniami.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp odnoszące się do oferty wykonawcy Biuro 87a, które zostały podniesione w pkt 8-10 *petitum* odwołania.

W konsekwencji oddalenia wszystkich wskazanych powyżej zarzutów potwierdzenia nie mógł znaleźć zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, który w ocenie składu orzekającego miał charakter wynikowy wobec pozostałych zarzutów. Tym

samym Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt 11 *petitum* odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników stron i wykonawcy Biuro 87a jako koszt uczestnika postępowania odwoławczego, który wniósł sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Jednocześnie Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego oraz wykonawcy Biuro 87a uzasadnione koszty postępowania obejmujące: wynagrodzenie pełnomocników (po 3 600 zł) – na podstawie rachunków złożonych na rozprawie.

KIO 3405/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołanie w przedmiotowej sprawie koncentrowało się przede wszystkim na czynności odrzucenia oferty odwołującego. Powodem odrzucenia oferty tego wykonawcy było niespełnienie wymagania określonego w pkt 1.2 ppkt 9 OPZ. Zamawiający

w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że odwołujący

w koncepcji złożonej wraz z ofertą nie spełnił ww. wymagania, ponieważ nie zaprojektował sali widowiskowej w układzie audytoryjnym – na ok. 180 osób w budynku 15-17. Według zamawiającego w koncepcji złożonej przez odwołującego sala taka została zaprojektowana w nowoprojektowanym budynku, tj. pawilonie wejściowym. Z tą argumentacją nie zgodził się odwołujący twierdząc, że jego oferta była zgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie składu orzekającego odwołujący zasadnie argumentował, że zamawiający planując adaptację istniejących budynków na potrzeby Muzeum przewidział ich przebudowę, rozbudowę i dopuścił zaprojektowanie nowych kubatur (budynków), co wskazał między innymi w odpowiedzi na pytanie nr 1 z 10 lipca 2024 r. Zgodnie z odpowiedzią na powyżej wskazane pytanie, zamawiający dopuścił lokalizację nowych budynków, ale preferował umieszczenie wymaganych powierzchni w istniejącej tkance. Co jednak najistotniejsze zamawiający nie sformułował wymagania wskazującego, że sala widowiskowa musiała być umieszczona w sposób bezpośredni w obrysie i kubaturze istniejącego budynku nr 15-17. Zamawiający w pkt 1.3 ppkt 9 OPZ wskazał, co prawda, że preferuje umieszczenie wymaganych powierzchni w istniejącej tkance, a nową kubaturę należy ograniczyć do niezbędnego minimum w celu optymalizacji kosztów budowy. Jednakże nie uszło uwadze Izby, że ww. fragment został wymieniony w pkt 1.3 OPZ, który nie określał wymagań zamawiającego, ale jego preferencje. Wymagania zostały podane w pkt 1.2 OPZ, który nie zawierał wymogu wskazującego, że sala widowiskowa musiała być umieszczona

w istniejącym budynku nr 15-17. Preferencje natomiast niewątpliwie mają słabszy charakter znaczeniowy niż wymagania. O ile wymaganie należy traktować jako obowiązek uwzględnienia określonych rozwiązań w opracowanym materiale pod rygorem odrzucenia opracowania niezgodnego z danym wymaganiem, to preferencje należy rozumieć jako przedkładanie jednych rozwiązań nad drugimi, ale bez sankcji odrzucenia rozwiązań niepreferowanych lub całego opracowania. Tym samym w okolicznościach przedmiotowej sprawy rozwiązania preferowane określone w pkt 1.3 OPZ należało odnieść, co najwyżej do kwestii oceny ofert w ramach kryterium pozacenowego. Nie mogły one być podstawą do uznania, że oferta wykonawcy była niezgodna z warunkami zamówienia.

Argumentacja zamawiającego wskazywała, że odwołujący zaprojektował salę widowiskową *de facto* w innym budynku niż budynek nr 15-17, ponieważ nowoprojektowana konstrukcja,

w której odwołujący umieścił przedmiotową salę stanowi inny budynek w stosunku do budynku nr 15-17. Izba stwierdziła, że argumentacja zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy była zbyt daleko idąca. Po pierwsze Izba nie jest organem właściwym do rozstrzygania czy dany obiekt należy uznać za odrębny budynek czy też za rozbudowę istniejącego budynku. Zgodnie z art. 473 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań w przypadkach, o których mowa w art. 513. Zgodnie natomiast z art. 513 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przedmiotem odwołania była w pierwszej kolejności czynność zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty odwołującego, a w dalszej kolejności czynność zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Tym samym w tej sprawie Izba rozpoznając odwołanie mogła ocenić czynność zamawiającego wyłącznie w zakresie jej zgodności lub niezgodności przepisami Pzp. Mając to na uwadze Izba uznała, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego

naruszył przepisy Pzp ponieważ w niewłaściwy sposób zinterpretował postanowienia OPZ. Po drugie dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, przy czym przedmiotowa niezgodność nie może budzić wątpliwości. W ocenie składu orzekającego odwołujący za pośrednictwem przyjętej argumentacji oraz złożonych dowodów uprawdopodobnił, że zaprojektował salę widowiskową zgodnie z postanowieniami pkt 1.2 ppkt 9 OPZ. Zamawiający tymczasem nie przekonał składu orzekającego, że nowoprojektowana część obiektu z pewnością stanowi nowy budynek w stosunku do budynku nr 15-17. Tym samym podstawa oraz uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego opierały się na wątpliwych założeniach co do niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 225 ust. 1 pkt 5 Pzp należało uwzględnić, co w dalszej kolejności skutkowało uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz niezasadnie odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszty wpisu od odwołania oraz koszty stron poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Jednocześnie Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) zgodnie rachunkiem złożonym na rozprawie.

Ponadto Izba wskazała, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 3367/24 i KIO 3405/24, był art. 556 Pzp.

Przewodniczący:.....

.....
.....