

Sygn. akt: KIO 2619/18

WYROK

z dnia 07 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2018 r. przez Wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Politechnika Warszawska, Wydział Mechaniczny Energetyki i Lotnictwa (ul. Nowowiejska 24, 00-665 Warszawa)**

przy udziale Wykonawcy **BUDIMEX S.A. (ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa)** i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Mostostal Warszawa S.A. (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od Odwołującego **Mostostal Warszawa S.A. (ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Politechnika Warszawska, Wydział Mechaniczny Energetyki i Lotnictwa (ul. Nowowiejska 24, 00-665 Warszawa)** kwotę **3600,00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Politechnika Warszawska Wydział Mechaniczny Energetyki i Lotnictwa prowadzi postępowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na przebudowę i rozbudowę obiektów w gmachu Instytutu Techniki Ciepłej przy ul. Nowowiejskiej 21/25 w Warszawie w ramach inwestycji pn. „Optymalizacja przestrzenna istniejącej infrastruktury budowlanej Wydziału Mechanicznego Energetyki i Lotnictwa Politechniki Warszawskiej w celu powiększenia powierzchni użytkowej dla potrzeb kształcenia”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 03 października 2017 r. pod numerem 2017/S 189 – 387791.

Odwołujący Mostostal Warszawa S.A. wniósł odwołanie wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert ostatecznych i wynikających z tej oceny czynności i zaniechań Zamawiającego: zaniechania odrzucenia oferty Budimex SA jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co w konsekwencji winno skutkować zaniechaniem dokonywania jej oceny w ramach określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert ostatecznych, a tym samym - nieprzyznaniem jej żadnych punktów, co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, względnie - w przypadku nieuznania zarzutu w zakresie odrzucenia oferty Budimex: z powodu dokonania błędnej oceny oferty Budimex w zakresie określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert (jakość, organizacja pracy) i przyznaniu jej zawyżonej punktacji oraz niewłaściwej oceny i zaniżeniu punktacji oferty Odwołującego, co nie powinno prowadzić do nieobiektywnego, preferencyjnego traktowania jednego z wykonawców i naruszenia tym samym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a w rezultacie prowadzić do niesłusznego uznania za wyżej ocenioną oferty Budimex; niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu ofercie Budimex najwyższej liczby punktów w ramach ocenianych kryteriów, co zmierza do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, a zatem dokonania go w sposób niezgodny z ustawą oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu; zaniechania unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z powodu niezgodnego z przepisami ustawy Pzp procedowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do oceny kryterialnej ostatecznej oferty Budimex, która jako nieodpowiadająca treści SIWZ podlega odrzuceniu i nie powinna podlegać ocenie w ramach kryteriów oceny ofert; naruszenie art 91 ust 1 w związku z art 89 ust. 1 pkt 2 oraz art 7 ust 1 ustawy Pzp

poprzez uznanie po dokonaniu oceny ofert ostatecznych za najwyższą ocenioną ofertę Budimex, co stanowi zapowiedź dokonania wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, ponieważ oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ i jako taka nie powinna być uwzględniana w punktowaniu w ramach określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, względnie - w oparciu o określone w SIWZ reguły punktowania przyznano jej nienależną, zawyżoną liczbę punktów, a ocena oferty Odwołującego została zaniżona, naruszenie art 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert ostatecznych, co de facto stanowi zapowiedź wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, a zatem - dokonanie go w sposób niezgodny z ustawą oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu; naruszenie zasad procedowania poprzez dokonywanie oceny podmiotowej wykonawcy po ocenie merytorycznej ofert ostatecznych w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, co stanowi ewidentne naruszenie art. 24aa oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w szczególności art. 54, art. 56 ust 1 w związku z art 48 ust. 2 pkt 6, art.57 ustawy Pzp i w związku z tym stanowi podstawę do unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanej w dniu 11 grudnia 2018 r. czynności oceny ofert ostatecznych oraz nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert, w tym: nakazanie odrzucenia oferty Budimex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ i nieuwzględnianie oferty Budimex jako odrzuconej w ocenie ofert ostatecznych, względnie: nakazanie ponownej weryfikacji punktacji przyznanej za ofertę Budimex oraz ofertę Odwołującego w ramach określonych w SIWZ kryteriów i w konsekwencji - uznanie za najwyższą ocenioną ofertę złożoną przez Mostostal, w przypadku uznania za błędne procedowania Zamawiającego w toku prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowania - nakazanie unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z naruszeniem art. 54, art. 56 ust. 1 w związku z art. 48 ust. 2 pkt o, art.57 ustawy Pzp oraz art. 24aa i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Zamawiający w dniu 11 grudnia 2018 r. powiadomił wykonawców poprzez przesłanie „*Informacji o dokonaniu oceny ofert ostatecznych*”, że za najwyższą ocenioną ofertę uznał ofertę Wykonawcy Budimex.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp

1/ Zaniechanie odrzucenia oferty Budimex z powodu niewłaściwego sporządzenia Formularza cenowego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 8.1 ppkt 1 oraz pkt. 9.1 SIWZ wycena przedmiotu zamówienia winna być sporządzona w oparciu o przedmiary robót oraz zestawiona na Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do Rozdziału II SIWZ. W myśl pkt 8.5 SIWZ treść oferty winna być zgodna z treścią SIWZ, w tym z treścią wzorów i formularzy, doprecyzowanych poprzez udzielane w trakcie trwania postępowania odpowiedzi Zamawiającego. Oznacza to niemożność jakiegokolwiek ingerencji i dokonywania zmiany treści formularza ze strony wykonawców w tym zakresie.

W ofercie Wykonawcy Budimex zbiorcze zestawienie kosztów w Formularzu cenowym nie zawiera rozbicia na działy, a zatem zostało sporządzone w sposób niezgodny z udzieloną w dniu 16 listopada 2018 r. odpowiedzią. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 1, jednoznacznie uszczegółowił, co powinno zawierać zbiorcze zestawienie kosztów (formularz cenowy) będące załącznikiem do oferty: *„dotyczy wartości działów kosztorysów ślepych przekazanych Wykonawcom 15.11.2018r. jako jednolita dla wszystkich Wykonawców baza dla sporządzenia wyceny oferty”*. Formularz cenowy w ofercie Budimex nie uwzględnia powyższego rozbicia, powstała w ofercie nienadająca się do sanowania niezgodność z treścią SIWZ, która winna skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

2/ Zaniechanie odrzucenia oferty Budimex z powodu wad złożonych kosztorysów ofertowych

a) Nieuwzględnienie w kosztorysach wszystkich wymaganych pozycji przedmiarów

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 8.1 ppkt 1 oraz pkt. 9.1 SIWZ dokonana w ofercie (w kosztorysach) wycena przedmiotu zamówienia winna być sporządzona w oparciu o przedmiary. Przedmiary nie mają charakteru pomocniczego, a ich pozycje w poszczególnych branżach nie mogą być przez wykonawców pomijane w wycenie lub stać się pozycjami, których cena jednostkowa wynosi 0 zł.

Odwołujący zauważył, że w kosztorysach oferty Budimex występuje kilka pozycji, w których nie wpisano kwoty, a tym samym - nieuwzględniono w wycenie istotnych pozycji kosztowych. Odwołujący zwrócił uwagę na nieuwzględnienie paneli fotowoltaicznych, co sugeruje ich nieuwzględnienie w wycenie, a tym samym niewykonanie wymaganego przez Zamawiającego elementu zamówienia o znacznej wartości, co uzasadnia naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ocenił w oparciu o dane z własnej oferty, że łączna wartość ww. pozycji jest znacząca względem całości zamówienia i wynosi aż 1 043 156,80 zł netto.

b) Nieuwzględnienie optymalizacji w kosztorysach

Odwołujący podniósł, że w złożonych w ofercie Budimex kosztorysach nie uwzględniono wymaganych optymalizacji, których uwzględnienia wyraźnie wymagano w celu dokonywania oceny kryterialnej.

Zgodnie z pkt 13.1 ppkt 2 SIWZ Zamawiający określił jednoznacznie, że kryterium „Jakość” polega na ocenie propozycji zmian projektowych i materiałowych zawartych w ofertach ostatecznych.

Odwołujący wskazał, że propozycje przedstawione w Dokumencie "Jakość" zawartym w ofercie Budimex nie są uwzględnione w kosztorysach ofertowych, a tym samym w cenie oferty ostatecznej. Dotyczy to np. propozycji rezygnacji z wykonania gładzi, natomiast pozycje kosztorysu branży budowlanej potwierdzają ujęcie wykonania gładzi w ofercie ostatecznej. Podobnie propozycja rezygnacji z pomp ciepła i elementów tej instalacji, które zostały zawarte w kosztorysach i ujęte w cenie oferty ostatecznej spółki Budimex SA.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wartości poz. 6 i 7 tabeli rozwiązań zamiennych V.E. w zakresie instalacji sanitarnych nie są adekwatne do kwot wynikających z kosztorysów ofertowych. Powyższe okoliczności potwierdzają naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

c) Brak podstaw KNR

Odwołujący podniósł, że zarówno w zakresie A jak i w zakresie B, w kosztorysach branży elektrycznej nie uwzględniono podstawy wyceny Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR).

Zamawiający w dniu 15.11.2018 r przekazał przedmiary, które należało uzupełnić w zakresie cen jednostkowych oraz wartości poszczególnych pozycji. W kosztorysach branży elektrycznej na zakres A i B Wykonawca Budimex usunął wyżej wymienione podstawy wyceny, a tym samym dokonał niedozwolonej zmiany kosztorysu, która nie podlega sanowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę na §10 ust 1 pkt 2 IPU określający sposób rozliczania robót dodatkowych, zaniechanych lub zamiennych, gdzie podstawą do dokonania ewentualnych zmian są nakłady Robocizny, Materiału i Sprzętu, które określone są właśnie przez KNR.

Zatem, zdaniem Odwołującego zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp jest uzasadniony.

II. Zarzut naruszenia art 91 ust w związku z art 89 ust 1 pkt 2 i art 7 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w świetle przyjęcia jednolitych reguł oceny ofert wykonawców w kryteriach, nie powinno dojść do nieobiektywnego i preferencyjnego traktowania jednego z wykonawców i naruszenia tym samym, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a w rezultacie

prowadzić do uznania za wyżej ocenioną oferty Budimex, która w zakresie kryterium *Jakość* z niezrozumiałych powodów otrzymała punktację wyższą niż Odwołujący, zaś w kryterium „*Organizacja pracy*” nie uzyskała maksymalnej punktacji.

Odwołujący podkreślił, że zastosowany przez Wykonawcę Budimex sposób podania informacji w ofercie nie uzasadnia przyznania ofercie tego wykonawcy przewagi konkurencyjnej i punktowej w kryterium „*Jakość*” tudzież zaniżenia punktacji w kryterium „*Organizacja pracy*”. Na skutek błędnej oceny Zamawiającego, Budimex otrzymał nienależne punkty w zakresie wymienionych kryteriów pozacenowych, które dały mu przewagę rankingową.

Dalej Odwołujący wskazał, że w kryterium „*Organizacja pracy*”, Zamawiający wymagał złożenia dokumentu, zawierającego propozycję w zakresie harmonogramu i organizacji prac pod kątem minimalizacji utrudnień w prowadzeniu szczególnie działalności dydaktycznej przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany był do przedstawienia założeń dotyczących: 1) organizacji terenu budowy, w tym dojazdów i placów składowych, 2) oddzielenia terenu budowy od części czynnej obiektu, 3) realizacji robót uciążliwych.

Zdaniem odwołującego, Wykonawca Budimex nie wskazał lokalizacji placów składowych.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Budimex w opracowaniu zawarł jedynie ustawienia ogrodzenia panelowego wokół placu budowy. Brak jest informacji na temat zabezpieczeń wewnątrz budynku, oddzielenia skrzydła modernizowanego od skrzydła czynnego w budynku. Dodatkowo nie jest uwzględnione w opisie zabezpieczenie dwóch laboratoriów w skrzydle „C” obiektu (laboratorium silnika turbowałowego oraz laboratorium palników). Kolejnym elementem niewykazanym przez Wykonawcę Budimex jest brak opisu zabezpieczania urządzeń stałych w obiekcie (nie można ich usunąć z obiektu w trakcie prac - jest to technicznie niemożliwe), Zamawiający wskazał w korespondencji 9 urządzeń do zabezpieczenia.

Nadto Odwołujący wskazał, że Wykonawca Budimex wskazał jedynie godziny prowadzenia prac oraz napisał o narzędziach, jakie będzie stosował. Brak informacji na temat utrzymania czystości na obiekcie.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego nie można uznać, by dokument złożony przez Wykonawcę Budimex, w porównaniu do kompletnego dokumentu Odwołującego, dawał podstawę do przyznania punktów dających tak nieznaczną różnicę punktową między tymi wykonawcami. Dla Odwołującego nie jest zrozumiałe nieprzyznanie mu pełnej (maksymalnej) punktacji w tym kryterium. Zdziwienie wzbudził fakt przyznania niewiele niższej liczby punktów za ofertę Budimex.

Odnosnie drugiej składowej punktowej w kryterium „*Organizacja Pracy*” Zamawiający wymagał również przedstawienia dokumentu „*Harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia*” np. w formie wykresu Gantta zawierający co najmniej wskazanie rodzajów

robót, czasu ich trwania, liczby pracowników wykonujących poszczególne roboty, wartości robót.

Odwołujący zauważył, że przygotowany przez Wykonawcę Budimex harmonogram nie posiada daty rozpoczęcia i zakończenia prac. Skala czasu harmonogramu nie zawiera dat kalendarzowych. Odwołujący wskazał, że z harmonogramu nie można odczytać, czy termin zakończenia prac wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 16 grudnia 2020r. zostanie dotrzymany przez wykonawcę. Powyższe, zdaniem Odwołującego powinno stanowić okoliczność uzasadniającą nieprzyznanie punktów w tym zakresie.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że Budimex nie załączył wymaganego harmonogramu pracowników pokazującego liczbę pracowników wykonujących poszczególne roboty, co może budzić uzasadnione wątpliwości co do przyznanej ilości punktów, nieznacznie niższej niż punktacja Odwołującego, który w ofercie ostatecznej zawarł wszelkie wymagane przez Zamawiającego elementy.

Odwołujący podniósł, że różnica w przyznanej punktacji między firmą Budimex a Odwołującym jest nieadekwatna do jakości przedstawionych materiałów oraz braku wszystkich elementów określonych w SIWZ w kryterium oceny ofert. W dokumencie *Jakość* w ofercie ostatecznej Budimexu zaproponowano mniej propozycji zmierzających do obniżenia kosztu inwestycji. W branży budowlanej zapisano 15 rozwiązań wobec 20 zaproponowanych przez Odwołującego. Analogicznie w instalacjach elektrycznych - 3 rozwiązania, podczas gdy Odwołujący przedstawił ich 7.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pomimo przekazania w dniu 11 grudnia „*Informacji o dokonaniu oceny ofert ostatecznych*”, w której zawarto tabelę przedstawiającą już zsumowane wartości punktów przyznanych wykonawcom w poszczególnych kryteriach, nie udostępnił Odwołującemu dokumentacji protokolarnej obejmującej konkretne formularze ocen ofert dokonywanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej, które doprowadziły do udostępnionego w dniu 11 grudnia 2018 r. rezultatu oceny.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp

Jak wskazał Odwołujący, całokształt wyżej przywołanych okoliczności faktycznych prowadzi do konkluzji, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej powołanych przepisów dotyczących zaniechania odrzucenia najwyżej ocenionej oferty, prowadzi do wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, bo niezgodnego z przepisami ustawy oraz dokonanego bez zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

IV. Zarzut naruszenia art. 54, art. 56 ust 1 w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6, art 57 ustawy Pzp, art. 24aa oraz art. 26 ust 3 ustawy Pzp i w konsekwencji - art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że dokonywanie w przedmiotowym trybie udzielenia zamówienia oceny podmiotowej wykonawcy dopiero po ocenie merytorycznej ofert ostatecznych i to w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonywanego w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi naruszenie nie tylko art. 24aa ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz przede wszystkim samych przepisów Oddziału 3 ustawy Pzp dotyczących negocjacji z ogłoszeniem. Powyższe stanowi podstawę do unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Odwołujący oświadczył w trakcie rozprawy, że cofa powyższy zarzut.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stan sprawy na chwilę zamknięcia rozprawy, oświadczenia, stanowiska Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że zbiorcze zestawienie kosztów w Formularzu cenowym w ofercie Wykonawcy Budimex nie zawiera rozbicia na działy, w związku z tym, zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy Budimex powinna podlegać odrzuceniu z powodu niewłaściwego sporządzenia Formularza cenowego.

Zgodnie z pkt. 8.1 ppkt 1 oraz pkt. 9.1 SIWZ, wycena przedmiotu zamówienia winna być sporządzona w oparciu o przedmiary robót oraz zestawiona na Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 1 do Rozdziału II SIWZ. W myśl pkt. 8.5 SIWZ, treść oferty winna być zgodna z treścią SIWZ, w tym z treścią wzorów i formularzy, doprecyzowanych poprzez udzielane w trakcie trwania postępowania odpowiedzi Zamawiającego. Izba ustaliła, że Wykonawca Budimex przedstawił łączne zestawienie kosztów z każdego działu, co czyni zadość wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego. Przedstawiony przez Przystępującego formularz odpowiada bowiem wzorem temu, co przedstawił Zamawiający w SIWZ.

Należy mieć na uwadze, że Odwołujący nie wskazał, z jakim postanowieniem SIWZ jest

niezgodny przedstawiony przez Przystępującego formularz. Odwołujący w treści odwołania przytoczył odpowiedź na pytanie wykonawcy, udzieloną przez Zamawiającego. Jednakże w treści tej odpowiedzi nie przywołano konkretnego postanowienia SIWZ. Brak jest zatem jednoznacznej możliwości stwierdzenia, że formularz oferty powinien zostać przygotowany w taki sposób, na jaki wskazał Odwołujący. Niezależnie od powyższego, nawet jeśliby uznać twierdzenie Odwołującego, że formularz Przystępującego został sporządzony niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego (którego to stanowiska Izba nie podziela), to brak jakiegokolwiek dodatkowego rozbicia cenowego stanowi jedynie niezgodność formalną, która w ocenie Izby nie może prowadzić do odrzucenia oferty.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca Budimex nie uwzględnił w kosztorysach ofertowych paneli fotowoltanicznych, co sugeruje niewykonanie wymaganego przez Zamawiającego elementu zamówienia o znacznej wartości, co z kolei uzasadnia naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy zauważyć, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, Wykonawca Budimex uwzględnił w kosztorysie panele woltaniczne: poz. nr 7.1 „*Przygotowanie podłoża pod montaż konstrukcji wsporczej ilość mocowań 4 szt*” - 140 szt., poz. nr 7.2 „*Montaż konstrukcji aluminiowej pod panele fotowoltaniczne*” - 140 szt., poz. nr 7.3 „*Dostawa / montaż paneli fotowoltanicznych*” - 140 szt.

Oznacza to, że Wykonawca Budimex uwzględnił przedmiotowy element w treści oferty. Nie można zatem uznać, że zaoferowany przez Wykonawcę Budimex przedmiot umowy nie odpowiadał treści SIWZ. Okoliczność, że Przystępujący nie wpisał ceny w poszczególnych pozycjach nie oznacza, że nie został zaoferowany przedmiotowy zakres zamówienia. Dokumentacja wraz z przedmiarami stanowiły podstawę do sporządzenia oferty. W treści SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy oparli wycenę oferty na podstawie przedmiarów. Przedmiary stanowią dokument wtórny, podstawę dla wyceny. Nie można wywodzić z kosztorysu ofertowego zawierającego wszystkie wymagane pozycje, braku zaoferowania całości zamówienia. Skoro w treści oferty znalazły się również pozycje dotyczące paneli fotowoltanicznych, to oznacza, że Przystępujący zaoferował realizację także tej części zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wpisania w ofercie Wykonawcy Budimex wartości kilku pozycji kosztorysu, Odwołujący odwoływał się do postanowień SIWZ, zawartych w pkt. 8.1 oraz pkt. 9.1. Postanowienia te nie odnoszą się do kwestii wpisania wartości 0 zł w poszczególnych pozycjach kosztorysu. Odwołujący nie wskazał również żadnego postanowienia, które odnosiłoby się do konsekwencji związanych z wpisaniem w poszczególnych pozycjach wartości 0 złotych.

Do tego zarzutu również należy odnieść powyżej przedstawione rozważania. Okoliczność, że

Przystępujący nie wpisał ceny w poszczególnych pozycjach, nie oznacza, że nie został zaoferowany cały zakres zamówienia. Należy mieć na uwadze, że Przystępujący wyszczególnił w kosztorysie wszystkie pozycje, co oznacza pełny zakres wykonania prac. Z faktu brak określenia wartości kosztowej pozycji nie można zatem wywieść wniosku, że nie zostaną one zrealizowane. Odwołujący nie wykazywał w treści odwołania, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Wykonawcy Budimex. Okoliczność rażąco niskiej ceny nie była podnoszona przez Odwołującego i jako taka nie może być przedmiotem rozpoznania.

Dokumentacja wraz z przedmiarami stanowiły podstawę do sporządzenia oferty. W treści SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy oparli wycenę oferty na podstawie przedmiarów. Przedmiary stanowią dokument wtórny, podstawę dla wyceny. Nie można wywodzić z kosztorysu ofertowego zawierającego wszystkie pozycje braku zaoferowania całości zamówienia.

Odwołujący w treści odwołania wskazał także na brak wskazania w kosztorysach branży elektrycznej numerów KNR. Okolicznością bezsporną jest, że Wykonawca Budimex S.A. pominął w kosztorysach branży elektrycznej numery KNR. Okolicznością bezsporną jest także, że kosztorys zawiera opisy pozycji. Powyższe oznacza możliwość przyporządkowania poszczególnych pozycji do odpowiednich numerów. W świetle powyższego, w ocenie Izby powyższy brak ma charakter jedynie formalny. Nie można wywieść, że Wykonawca Budimex S.A. nie zaoferował świadczenia zgodnego z treścią SIWZ. Tym samym, Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w powyższym zakresie.

Odwołujący wskazał, że w złożonych w ofercie Wykonawcy Budimex kosztorysach nie uwzględniono wymaganych optymalizacji, których uwzględnienia wymagano w celu dokonywania oceny kryterialnej.

Zgodnie z pkt. 13.1 ppkt 2 SIWZ, Zamawiający określił, że kryterium „Jakość” polega na ocenie propozycji zmian projektowych i materiałowych zawartych w ofertach ostatecznych.

Zgodnie z pkt. 8.1 ppkt 1 oraz pkt. 9.1 SIWZ, wycena przedmiotu zamówienia winna być sporządzona w oparciu o przedmiary robót oraz zestawiona na Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do Rozdziału II SIWZ.

Powyższe postanowienia SIWZ wskazują, że propozycje zmian będą dopiero podlegały ocenie, zaś podstawą do sporządzenia oferty są przedmiary i wszyscy wykonawcy są zobowiązani do wyceny podstawowego zamówienia.

Trafnie zauważył Przystępujący Budimex S.A., że literalna treść postanowień SIWZ nie wskazuje, że w kosztorysie powinna zostać zawarta optymalizacja. Treść SIWZ nie wskazuje

także, gdzie propozycje zmian należałoby ująć. Takie niejednoznaczne postanowienia SIWZ w ocenie Izby nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego. Tym samym, Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący w trakcie rozprawy wyjaśnił niejasności i wskazał, że kwota optymalizacji wynikała wprost z kosztorysu – pozycja 6 – kwota wynika ze zsumowania pozycji 99 do 136 kosztorys A, oraz 62 do 104 zakres B, kosztorys sanitarny „CO” , pozycja 7 – wynika z pozycji 78 zakres B, kosztorys sanitarny. Odwołujący nie odniósł się do tego argumentu. W świetle powyższego, Izba uznała zarzut Odwołującego za bezzasadny.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut nieprawidłowej oceny ofert wykonawców w ramach poszczególnych kryteriów, w tym nieobiektywnego i preferencyjnego traktowania jednego z wykonawców, a także naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Izba ustaliła, że w ramach poszczególnych kryteriów, takich jak jakość czy organizacja pracy, Zamawiający określił sposób przyznawania punktów. W tym zakresie, w ramach każdego z ww. kryteriów sporządził tabelę, w której w poszczególnych wierszach określił sposób przyznawania punktów. Ocenie podlegały opracowania przygotowane przez Wykonawców. Każdy z członków komisji dokonywał niezależnej oceny poprzez przyznanie punktów. Członkowie komisji nie mieli możliwości zidentyfikowania Wykonawcy, którego oferta była oceniana.

Oddalając zarzut, Izba miała na uwadze fakt, że określony w SIWZ sposób dokonania przez Zamawiającego oceny kryterium nie przewidywał przyznawania określonej ilości punktów za zaoferowanie przez Wykonawców konkretnych elementów, jak np. realizacja robót uciążliwych. Ocenie podlegała całość opracowania (pod kątem np. zrozumienia celu projektu, przydatności propozycji). Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy przedstawili pewne założenia, jednakże o tym, co i jak w ramach każdego z tych założeń zostanie przedstawione, decydował każdy z Wykonawców.

W przedstawiony przez Zamawiającego sposób dokonania oceny, wpisany jest pewien margines swobody, w ramach którego dokonywali oceny członkowie komisji. Jednakże jest to jedynie margines, a sposób sformułowania zasad dokonywania oceny nie oznacza, że jest to ocena całkowicie dowolna.

Izba miała na uwadze okoliczność, że w Odwołujący w ramach kryterium organizacja pracy otrzymał więcej punktów niż Przystępujący. Izba miała też na uwadze, że z treści odwołania nie wynika, aby Odwołujący przedstawił zarzut, że przedstawione opracowanie jest całkowicie dyskwalifikujące i całkowicie nie spełnia wymogów SIWZ. Odwołujący kwestionuje jedynie brak poszczególnych elementów, które jego zdaniem powinny znaleźć się w

opracowaniu. Nie wszystkie jednak elementy były jednak wymagane przez Zamawiającego. Odwołujący zarzucił, że Wykonawca Budimex S.A. nie wskazał lokalizacji placów składowych.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Wykonawca Budimex S.A. w opracowaniu na stronie 4 w pkt 5.1 wskazał: „Od początku realizacji robót zakłada się również wyłączenie z użytkowania dziedzińca wewnętrznego. Zostanie on wykorzystany, po wcześniejszym rozebraniu nawierzchni na potrzeby, placu do tymczasowego składowania gruzu z rozbiórek, oraz do składowania materiałów budowlanych, niezbędnych do realizacji robót.” Powyższe oznacza, że Przystępujący Budimex S.A. zawarł jednak w opracowaniu elementy, których rzekomy brak podnosił Odwołujący. Tym samym zarzut nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego w tym zakresie okazał się bezzasadny.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Budimex zawarł w opracowaniu jedynie ustawienia ogrodzenia panelowego wokół placu budowy. Brak jest informacji na temat zabezpieczeń wewnątrz budynku, oddzielenia skrzydła modernizowanego od skrzydła czynnego w budynku. Dodatkowo nie jest uwzględnione w opisie zabezpieczenie dwóch laboratoriów w skrzydle „C” obiektu (laboratorium silnika turbowałowego oraz laboratorium palników). Kolejnym elementem niewykazanym przez Wykonawcę Budimex jest brak opisu zabezpieczania urządzeń stałych w obiekcie (nie można ich usunąć z obiektu w trakcie prac - jest to technicznie niemożliwe), Zamawiający wskazał w korespondencji 9 urządzeń do zabezpieczenia.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Przystępujący zamieścił w opracowaniu punkt 5.2, który dotyczy koncepcji zabezpieczeń i oddzielenia terenu budowy od części czynnej obiektu. Ponadto Przystępujący wskazał, że w treści opracowania w punkcie 5.1 zamieszczony został opis: „Oprócz wygrodzeń zewnętrznych (pokazane na planie zagospodarowania) planowane są wygrodzenia wewnętrzne pomiędzy budynkami A i B, B i D oraz częściowo B i C, które będą ograniczać dostęp osób postronnych do terenu budowy. Jednocześnie z pracami wykonywanymi w budynku C planuje się wykonać roboty budowlano – montażowe w budynku B, z wyłączeniem auli głównej TC1. Przewiduje się sukcesywny remonty podziemia i kondygnacji wyższych budynku B i budynku C w kolejności dostosowanej do uzgodnionego z Zamawiającym harmonogramem przekazywania kolejnych pomieszczeń. Modernizację wnętrza budynku B wykorzystywanej w czasie roku szkolnego przez studentów planuje się wykonać w okresie wakacyjnym (tj. w miesiącach od czerwca do września).”

Powyżej przytoczony punkt i fragment jego treści oznaczają, że Przystępujący Budimex S.A. zawarł jednak w opracowaniu elementy, których rzekomy brak podnosił Odwołujący. Tym samym zarzut nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego także w tym przypadku okazał się bezzasadny.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Budimex S.A. w opracowaniu wskazał jedynie

godziny prowadzenia prac oraz napisał o narzędziach, jakie będzie stosował. Brak informacji na temat utrzymania czystości na obiekcie.

W odniesieniu do tego zarzutu należy zauważyć, że Odwołujący nie wskazał postanowienia SIWZ, która nakazywałaby ująć w treści opracowania ten konkretny aspekt lub w jakiś szczególny sposób go omówić. Odwołujący pominął także, że Przystępujący Budimex S.A. zamieścił w opracowaniu informację, że prace zostaną zrealizowane zgodnie z wytycznymi BHP i PPOŻ oraz planem zapewnienia systemu jakości (PSZJP). Do tego argumentu Odwołujący nie odniósł się. Powyższe okoliczności oznaczają, że zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Odnośnie kryterium „Organizacja Pracy”, Zamawiający wymagał przedstawienia dokumentu „*Harmonogram realizacji przedmiotu zamówienia*” np. w formie wykresu Gantta, zawierający co najmniej wskazanie rodzajów robót, czasu ich trwania, liczby pracowników wykonujących poszczególne roboty, wartości robót.

Odwołujący wskazał, że przygotowany przez Wykonawcę Budimex S.A. harmonogram nie posiada daty rozpoczęcia i zakończenia prac. Skala czasu harmonogramu nie zawiera dat kalendarzowych. Odwołujący wskazał, że z harmonogramu nie można odczytać, czy termin zakończenia prac wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 16 grudnia 2020r. zostanie dotrzymany przez wykonawcę. Powyższe, zdaniem Odwołującego, powinno stanowić okoliczność uzasadniającą nieprzyznanie punktów w tym zakresie.

Należy jednak zauważyć, że Zamawiający nie wymagał zaznaczenia i podania poszczególnych dat kalendarzowych. Wykres zawiera czas realizacji poszczególnych zadań. Skoro nie było także konieczne wskazanie konkretnej daty rozpoczęcia i zakończenia prac, to tym bardziej nie można czynić z tego tytułu zarzutu wobec opracowania Przystępującego. Ponadto data rozpoczęcia realizacji zamówienia wynikała z SIWZ, a fakt jej niewskazania w opracowaniu nie oznacza automatycznie, że nie zostanie dochowana.

Odwołujący wskazywał także, że Wykonawca Budimex S.A. nie załączył wymaganego harmonogramu pracowników, pokazującego liczbę pracowników wykonujących poszczególne roboty, co zdaniem Odwołującego może budzić uzasadnione wątpliwości co do przyznanej ilości punktów, nieznacznie niższej niż punktacja Odwołującego, który w ofercie ostatecznej zawarł wszelkie wymagane przez Zamawiającego elementy. Odwołujący podniósł także, że różnica w przyznanej punktacji między Wykonawcą Budimex a Odwołującym jest nieadekwatna do jakości przedstawionych materiałów oraz braku wszystkich elementów określonych w SIWZ w kryterium oceny ofert.

W odniesieniu do powyższej argumentacji ponownie należy podkreślić, że oceniający członkowie komisji mieli pewien zakres swobody oceny, dokonywali jej w oparciu o całość opracowania, nie zaś w oparciu o listę poszczególnych elementów, które mają zostać ujęte, w formule: spełnia/nie spełnia. Taki sposób oceny został przyjęty w SIWZ i

wykonawcy go nie kwestionowali. Odwołujący pomija także istotną okoliczność, że w ramach ww. kryterium jego oferta otrzymała większą liczbę punktów: Odwołujący w kryterium organizacja pracy otrzymał 1,0563 pkt, zaś Przystępujący – 0,9594.

Powyższe rozważania należy także odnieść do oceny ofert w ramach kryterium jakość. Swoboda oceny i sposób – zgodnie z wytycznymi SIWZ - stanowiły podstawę oceny przyjętą w treści SIWZ. Nadto należy podkreślić, że Zamawiający dokonuje oceny wobec każdej z ofert niezależnie, względem przedmiotu zamówienia, przydatności oferowanych rozwiązań, nie zaś poprzez porównanie złożonych ofert. Tym samym nie sposób odnieść się do argumentacji Odwołującego, w której dokonuje porównań obu ofert.

W ocenie Izby, Zamawiający po przekazaniu wykonawcom informacji dotyczącej oceny ofert ostatecznych winien udostępnić te części protokołu i załączniki, które z tą czynnością były związane. Przede wszystkim postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wykonawcy mają także prawo do zapoznania się z czynnościami dokonywanymi przez Zamawiającego i protokołem postępowania. Protokół z postępowania również jest jawny. Okoliczność, że Zamawiający nie przekazał wykonawcom informacji dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej pozostaje bez znaczenia wobec okoliczności, że przekazano wykonawcom informacje dotyczącą oceny ofert ostatecznych. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest jedynie formalną wobec dokonania czynności oceny ofert ostatecznych. Protokoły oceny, nawet gdy Zamawiający miał obiekcje dotyczące nazwisk osób dokonujących poszczególnych ocen, w części gdzie te nazwiska były udostępnione, mogły zostać utajnione. Nie nazwiska tutaj są istotne, ale treść i sposób dokonanej oceny, która może podlegać zaskarżeniu przez wykonawców. Izba miała na uwadze fakt, że okoliczność braku udostępnienia protokołów oceny nie stanowi odrębnego zarzutu ani żądania (została podniesiona jako okoliczność uzupełniająca zarzut), zatem nie nakazywała Zamawiającemu odtajnienia tych protokołów.

W konsekwencji Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp. Nie można uznać, aby Odwołujący wykazał, że Zamawiający dokonał wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, w sposób niezgodny z przepisami ustawy lub bez zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....