

WYROK
z dnia 18 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Palmett Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Gdańsk - Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska w Gdańsku**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Palmett Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Palmett Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Palmett Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie na rzecz Gminy Miasto Gdańsk - Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska w Gdańsku, kwotę 4 282 złote 10 gr (słownie: cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt dwa złote, dziesięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu oraz noclegu.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Gdańsk - Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Zagospodarowanie przestrzeni publicznej placu nadwodnego w ramach projektu Rewitalizacja obszaru Nowego Portu z Twierdzą Wisłoujście w Gdańsku” na podstawie koncepcji urbanistyczno - architektonicznej, stanowiącej wybraną pracę konkursową wraz z zaleceniami pokonkursowymi i wytycznymi PWKZ”, nr postępowania: 148/BZP- U.500.70/2020/MD.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 18 stycznia 2021 roku wykonawca Palmett Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia: zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Diogenes Studio sp. z o.o. (dalej: „Diogenes”), z uwagi na to, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny i rażąco niską cenę; oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy Diogenes jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że oferta ta podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, iż oferta Diogenes jest najkorzystniejszą, podczas gdy podlega odrzuceniu, co miało wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Diogenes, która jest niezgodna z wymaganiami SIWZ oraz, której nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Diogenes, pomimo tego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a Wykonawca w toku składanych wyjaśnień nie wykazał, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska.
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Diogenes pomimo ujawnienie się w toku złożonych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, iż Wykonawca ten nie uwzględnił wszystkich wymaganych w SIWZ elementów mających wpływ na wyliczenie ceny;

- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się dokonaniem przez Zamawiającego działań niezgodnych z SIWZ i ustawą Pzp opisanych powyżej, które spowodowały, iż oferta Odwołującego, która jest najkorzystniejsza względem kryteriów oceny ofert, nie została wybrana.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Diogenes;
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy Diogenes ze względu na to, iż Jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, rażąco niską cenę oraz jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, co ujawniło się w wyniku złożenia przez wykonawcę Diogenes wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert bez uwzględniania oferty Wykonawcy Diogenes i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

Zamawiający w dniu 8 stycznia 2021 roku poinformował odwołującego o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Diogenes Studio sp. z o.o. pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz błąd w obliczeniu ceny.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2), 4), 5) oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że zamawiający w toku oceny ofert kierując się obligatoryjną dyspozycją przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Diogenes do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Diogenes pismem z 30.11.2020 r. wskazał wprost, iż obliczona przez niego cena ma charakter „indywidualny” i nie obejmuje kosztów zaprojektowania:

1. punktu widokowego;
2. przebudowy basenu na amfiteatr schodkowy

przy czym powołał się na wytyczne WKZ, z których jego zdaniem wynika brak obowiązku wyceny ww. elementów.

Odwołujący zauważył, iż sam Diogenes wskazuje w przywołanych wyjaśnieniach, iż pominięte elementy „ingerowałyby w przebudowę nadbrzeża i wymagały rozszerzonej dokumentacji geotechnicznej” co w konsekwencji spowodowałoby wzrost ceny oferty o

160.000 zł netto. Jest zatem bezsporne, że w przypadku nieuzasadnionego braku uwzględnienia kosztów projektowania (oraz ze względu na przedmiot zamówienia automatycznie kosztów nadzoru autorskiego) punktu widokowego oraz przebudowy basenu na amfiteatr, oznacza to, że cena oferty jest niższa od realnych kosztów realizacji umowy zgodnie z wymaganiami SIWZ. To zaś zgodnie z ukształtowaną linią orzeczniczą KIO oznacza, iż mamy do czynienia nie tylko z rażąco niską ceną, ale także z ceną poniżej kosztów wytworzenia, a więc z ofertą, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co stanowi dodatkową niezależną przesłankę odrzucenia oferty. Istotne z punktu widzenia niniejszego odwołania jest zatem ustalenie czy Wykonawca Diogenes w sposób uzasadniony nie uwzględnił zakresów prac wymienionych powyżej. W ocenie odwołującego treść SIWZ i załączników do SIWZ, w tym wytycznych WKZ jednoznacznie wskazywały, iż przebudowa basenu na amfiteatr schodkowy jest obowiązkowym elementem opracowania, wchodzącym w skład przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przywołał treść rozdziału III pkt 4 SIWZ: "Szczegółowy zakres zamówienia oraz warunki realizacji zostały określone w Opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ. Pozostałe warunki realizacji zamówienia zostały określone we Wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ." Jednocześnie w rozdziale III pkt 1 SIWZ oraz § 2 ust. 1 wzoru umowy można przeczytać, iż przedmiot zamówienia należy wykonać: „na podstawie:

- koncepcji urbanistyczno - architektonicznej, stanowiącej wybraną pracę konkursową wraz z;
- zaleceniami pokonkursowymi i
- wytycznymi PWKZ. ”

a w treści umowy podano dodatkowo: „z uzyskaniem wymaganych przepisami lub Umową opinii, uzgodnień i pozwoleń”. W ocenie Odwołującego, punktem odniesienia jeśli chodzi o zakres projektowania są zatem oprócz SIWZ i wzoru umowy:

1. OPZ (załącznik nr 10 do SIWZ) wraz z załącznikami, w tym:
 - a. koncepcją urbanistyczno - architektoniczną, stanowiącą wybraną pracę konkursową;
 - b. wytycznymi PWKZ;
 - c. rysunkiem: „obszar inwestycji.pdf”
 - d. pismem Wydziału Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego UMG;
 - e. pismem Gdańskich Wód;
 - f. wyciągiem z pisma Gdańskiego Zarządu Dróg i Zieleni
2. wyjaśnienia treści SIWZ.

Koncepcja urbanistyczno - architektoniczna, stanowiąca wybraną pracę konkursową i jednocześnie załącznik do OPZ, jednoznacznie przewiduje konieczność projektowania w

zakresie amfiteatru i wieży widokowej. Na stronie 2 koncepcji we fragmencie: „Rozwiązania funkcjonalne”, w pkt 3 czytamy:

„3. Plac nadwodny:

- Plac miejski - znajdujący się u skrzyżowania ulic Wyzwolenia oraz Władysława IV - utwardzony plac z fontanną, przystankiem autobusowym i kioskiem
- Łąka - otwarta przestrzeń trawiasta
- Przestrzeń nadwodna - przestrzeń rekreacyjna z elementami zieleni urządzonej
- Amfiteatr wraz z wieżą widokową - umożliwi bezpośredni kontakt z wodą, widok na twierdzę
- Plac sztuki - utwardzona przestrzeń przy nabrzeżu - zewnętrzna galeń dla ekspozycji rzeźb z centrum sztuki współczesnej Łaźnia II lub realizacja projektu site specific.

Na terenie placu nadwodnego wykreowano różnorodne przestrzenie umożliwiające organizację wszelkiego rodzaju wydarzeń. Utwardzona przestrzeń placu miejskiego a także przestrzeń placu sztuki umożliwiają organizację mniejszych wydarzeń takich jak targowiska, jarmarki świąteczne, festiwale foodtracków itp. Przestrzeń na łące pozwala na organizację większych imprez plenerowych - z zapleczem znajdującym się na terenie utwardzonym. Amfiteatr nadwodny stanowi przestrzeń realizacji przedstawień teatralnych na pływającej barce a wraz z zagospodarowaniem przestrzeni bezpośrednio nad wodą umożliwia obserwowanie innych wydarzeń dziejących się na rzece (a nawet w twierdzy). ”

W załączniku nr 10 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający podał:

1. na stronie 3 we fragmencie: „Konieczność skoordynowania i ustalenia następujących elementów w projekcie” punkt 2 lit. g) można przeczytać, iż „należy przewidzieć możliwość cumowania małych jednostek w dawnym basenie portowym”
2. na stronie 12 w pkt 7.4, ppkt od 9 do 11 Zamawiający wskazywał na konieczność dokonania uzgodnień stosownie do kompetencji z: Gdańskimi Wodami, Polskimi Wodami, Urzędem Morskim,

co, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie potwierdzało, iż do zakresu projektowania wchodzi nabrzeże i przebudowa basenu na amfiteatr schodkowy.

W załączniku do OPZ - plik z rysunkiem „obszar inwestycji.pdf” został zaznaczony linią obszar projektowania, który również obejmuje amfiteatr schodkowy oraz punkt widokowy.

Odwołujący wskazał, że w wytycznych Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków (dalej: „PWKZ”) (pismo datowane na 20 grudnia 2019 r.) istotnie pojawia się informacja dotycząca punktu widokowego, ale nie wyklucza ona możliwości projektowania w tym zakresie. PWKZ stwierdza jedynie, że „wyklucza się wprowadzenie punktu widokowego zakłócającego czytelność miejsca i historycznej przestrzeni”, co jednak nie oznacza, że punktu widokowego nie można w ogóle zaprojektować, a jedynie PWKZ wprowadza

określone ograniczenia.

Dalej Odwołujący wskazał, że jednocześnie w odniesieniu do nabrzeża i amfiteatru w tym samym piśmie PWKZ wprost potwierdza możliwość zagospodarowania tych obszarów: „elementy małej architektury, oświetlenia i nawierzchni projektowanych w części wschodniej omawianego terenu oraz bezpośrednio przy nabrzeżu, powinny być spójne i harmonijnie łączyć się z zagospodarowaniem nabrzeży. Możliwe jest stosowanie stylistyki współczesnej, przy czym należy zachować jak największą część terenu jako teren zielony. Oświetlenie powinno stanowić element dopełniający całości zagospodarowania przestrzeni nadwodnej w sposób kameralny. Nie akceptuje się proponowanego oświetlenia w formie masztów z reflektorami zaburzającymi odbiór i czytelność kompozycyjną przestrzeni, mającą wpływ na ekspozycję Twierdzy. ”

W pismach stanowiących załączniki do OPZ:

- Gdańskich Wód sp. z o.o. z dnia 18 lipca 2018 r.;
- Wydziału Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego UMG

kwestia braku możliwości projektowania w zakresie punktu widokowego czy też przebudowy basenu na amfiteatr schodkowy nie jest w ogóle poruszana.

Odwołujący przywołał wyciąg z pisma Gdańskiego Zarządu Dróg i Zieleni z dnia 09.01.2018 r. w sprawie wytycznych dotyczących kształtowania przestrzeni placu nadwodnego w Nowym Porcie zgodnie z którym: „Projekt placu nadwodnego powinien uwzględniać kontynuację bulwaru budowanego wzdłuż Szańca Zachodniego.” W ocenie odwołującego, nie może być zatem mowy o wyłączeniu tego zakresu z prac projektowych.

Zdaniem odwołującego wszystkie powyższe dokumenty stanowiące załączniki do SIWZ potwierdzają, że zarówno amfiteatr jak i punkt widokowy wchodziły w zakres projektowania. Koncepcja, czyli zwycięska praca konkursowa wprowadzała pomysł zaprojektowania amfiteatru i punktu widokowego, zaś żaden późniejszy dokument nie wyłączył tych zakresów projektowania.

W takim stanie rzeczy, odwołujący przeanalizował ewentualne zmiany i wyjaśnienia treści SIWZ. W jego opinii udzielane w toku postępowania odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż Zamawiający nie zmienił zakresu terenowego opracowania projektu.

W odpowiedzi na pytanie nr 1 do SIWZ (pismo datowane na 27 października 2020r.), Zamawiający potwierdził, że granica opracowania pozostaje niezmienna:

„Pytanie 1

W związku z tym, że praca konkursowa wychodzi poza zakres opracowania w rejonie amfiteatru, prosimy o wyłączenie z zakresu opracowania przebudowy części schodów i siedziska z siatki według załączonego szkicu - granica wyłączenia w kolorze czerwonym. Prośba ma na celu wyłączenie z zakresu opracowania wykonania badań technicznych

nabrzeża, wykonania projektu hydrotechnicznego oraz konieczności uzyskania pozwoleń wodno-prawnych. Załącznik graficzny ilustrujący wyłączenie w załączeniu.

Odpowiedź 1

Zamawiający informuje, iż granica opracowania zostaje bez zmian.”

Odwołujący stwierdził, że powyższe w oczywisty sposób potwierdza, że wołą Zamawiającego było uwzględnienie w opracowaniu nabrzeża wraz z amfiteatrem i w efekcie konieczność przeprowadzenia badań technicznych nabrzeża, wykonania projektu hydrotechnicznego oraz konieczności uzyskania pozwoleń wodno-prawnych tak jak to sugeruje zadający pytanie Wykonawca.

Kolejne odpowiedzi na pytania nr 5 i 6 do SIWZ (pismo datowane na 2 listopada 2020r.), także potwierdzały, w ocenie odwołującego, że zakres terenowy pozostaje niezmienny:

„Pytanie 5

Chciałabym jeszcze w nawiązaniu do pytania 1. prosić o doprecyzowanie. Skoro w konkursie siedzisko z siatki znajdowało się poza zakresem opracowania to rozumiem, że nie musi zostać zrealizowane w ramach zlecenia. Proszę o potwierdzenie.

Odpowiedź 5

Zamawiający informuje, iż w pracy konkursowej elementy małej architektury, w tym siedzisko z siatki stanowią elementy które nie są obligatoryjne i mogą ulec zmianie, przy czym muszą być akceptowane przez PWKZ. Zakres terenowy zaś jest niezmienny.

Pytanie 6

Proszę o informację czy w wycenie powinniśmy uwzględnić badania hydrotechniczne istniejącego nabrzeża oraz projekt konstrukcyjny i hydrotechniczny amfiteatralnie usytuowanych w stronę wody stopni do siedzenia znajdujących się na granicy opracowania konkursowego.

Odpowiedź 6

Zamawiający informuje, iż po stronie Wykonawcy leży pozyskanie wszystkich niezbędnych opracowań wynikających z przyjętych rozwiązań technicznych i obowiązujących przepisów prawnych.”

Odwołujący przywołał ponownie przywołać treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Diogenes, w których stwierdził, że punkt widokowy oraz amfiteatr „ingerowałyby w przebudowę nadbrzeża i wymagały rozszerzonej dokumentacji geotechnicznej”, a w konsekwencji wymagałyby poniesienia dodatkowych kosztów, których Diogenes w swojej ofercie nie uwzględnił. W ocenie odwołującego, bezsporne było, iż pozostawienie przez Zamawiającego w zakresie opracowania amfiteatru i punktu widokowego powodowało, iż oferta Diogenes zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok z 7 stycznia 2019 r. o sygn. akt: KIO 2640/18 oraz wyrok z 25 kwietnia 2019

r. sygn. akt KIO 624/19. Odwołujący podkreślił, że w omawianym przypadku wykonawca Diogenes nie tylko nie wykazał, że jego oferta uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia, ale wprost przyznał, iż nie uwzględnił obowiązkowych jak wyżej wykazano elementów projektu. Jednocześnie przyznał, że te nieuwzględnione elementy generowałyby po jego stronie dodatkowe koszty rzędu ok. 160.000 zł, a więc niemal wartość 50% ceny złożonej oferty. Tym samym, zdaniem Odwołującego wypełniona została przesłanka odrzucenia opisana w art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto odwołujący podkreślił, w zakresie niezgodności oferty z SIWZ, iż złożone wyjaśnienia Diogenes, z których wynika brak uwzględnienia w cenie oferty:

1. punktu widokowego;
2. przebudowy basenu na amfiteatr schodkowy

oznaczają, że Wykonawca złożył ofertę niezgodną z wymaganiami SIWZ. Taki sposób realizacji umowy spowoduje brak opracowania istotnych elementów projektu, niezbędnych z punktu widzenia osiągnięcia celu realizacji zamówienia, który uwzględnia portowy charakter obszaru objętego projektowaniem. Na stronie 3 wspomnianej na wstępie koncepcji stanowiącej załącznik do OPZ można przeczytać, iż „ważnym zagadnieniem podnoszonym podczas konsultacji społecznych było nawiązanie do portowej tożsamości dzielnicy. W projekcie zrealizowano ten postulat poprzez szereg zabiegów. Przede wszystkim w nadwodnej dzielnicy istotny jest kontakt z wodą. Stopnie amfiteatru umożliwiają zejście do samej wody w celu np. łowienia ryb. Na fragmencie dawnego basenu dla promu nad taflą wody zaprojektowano siatkę dzięki której można wypoczywać unosząc się nad wodą.” Samowolne ograniczenie przez Wykonawcę Diogenes zakresu opracowania spowoduje, iż powyższy cel stanowiący niekwestionowaną część wymogów SIWZ nie zostanie osiągnięty. Zamawiający w przywołanych odpowiedziach na pytania wielokrotnie potwierdzał, iż zakres opracowania nie ulega zmianie, a zatem decyzja Diogenes o niewycenianiu ww. zakresów opracowania była niedozwolona i stanowi o niezgodności oferty z SIWZ, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 7 ust. 1, a oferta Diogenes powinna zostać odrzucona. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 13 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2478/13.

Odwołujący zauważył, iż podana w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny przez Wykonawcę informacja o nie uwzględnieniu wymaganych zakresów opracowania nie podlega poprawie jako omyłka na podstawie żadnego z przepisów art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Nie jest to omyłka oczywista, ani też inna omyłka, której poprawa nie powoduje istotnej zmiany treści oferty, szczególnie, iż niezgodności te w przypadku poprawy wymagałyby istotnej zmiany oferty w zakresie ceny (160.000 zł), co Wykonawca sam podkreślił w swoich wyjaśnieniach. Dlatego Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 powinien ofertę wykonawcy Diogenes odrzucić.

Odwołujący zauważył również, iż brak uwzględnienia istotnych elementów wyceny oferty,

które nie mogą zostać poprawione zgodnie z art. 87 ust. 2 stanowią błąd w obliczeniu ceny, który dyskwalifikuje ofertę i powinien skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Na tę okoliczność przywołał uchwałę KIO z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt KIO/KD 25/12 oraz wyrok z dnia 11 maja 2011 r., o sygn. KIO/UZP 910/11. W ocenie odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być wątpliwości, że przesłanka odrzucenia oferty opisana w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ziściła się.

Ad. zarzut dotyczący art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp
Zamawiający w dniu 8 stycznia br. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Diogenes, pomimo tego, że jak wyżej wykazano jego oferta powinna podlegać odrzuceniu. Zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert. Ocenie jednak podlegają tylko oferty, które nie podlegają odrzuceniu. W związku z tym Zamawiający powinien wziąć pod uwagę tylko ofertę Odwołującego i w oparciu o ustalone kryteria wybrać ją jako najkorzystniejszą.

W dniu 15 lutego 2021 r. zamawiający ustosunkował się do zarzutów odwołania, przekazując odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, iż odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego dokonania wyboru oferty Diogenes Studio sp. z o.o., podnosząc, że oferta ta ma rażąco niską cenę, jest niezgodna z SIWZ oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający nie zgodził się z powyższymi zarzutami. Zamawiający wskazał, że dla rozstrzygnięcia sprawy kluczowe jest ustalenie, czy w ramach oferty wykonawca Diogenes powinien był przewidzieć zaprojektowanie punktu widokowego oraz przebudowy basenu na amfiteatr schodkowy. Zamawiający wskazał, że w świetle SIWZ wykonawca nie był zobowiązany do objęcia ofertą budowy wieży widokowej ani przebudowy basenu (nabrzeża, konstrukcji hydrotechnicznej) na amfiteatr schodkowy. Wynikało to, w ocenie zamawiającego jednoznacznie w szczególności z poniżej przywołanych okoliczności:

1. w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ w pkt 2.1 str. 3 wskazano konieczność uwzględnienia w projekcie m.in. następujących elementów: należy zweryfikować formę punktu widokowego i przeanalizować, czy niezbędne jest jego wykonanie. zamawiający zatem wprost wskazał na możliwość rezygnacji z założonego w konkursowej koncepcji architektonicznej punktu widokowego.
2. Rezygnacja z punktu widokowego jest także spójna z wytycznymi PWKZ do pracy konkursowej, w których zwraca się uwagę na konieczność „Zagospodarowanie terenu Szańca Zachodniego powinno zakładać pełną ochronę ekspozycji Twierdzy Wisłoujście. Wyklucza się wprowadzenie punktu widokowego zakłócającego czytelność miejsca i historycznej przestrzeni”. W świetle wytycznych PWKZ oraz

przywołanych w pkt 1. zaleceń sądu konkursowego, zamawiający stwierdził, że wykonanie w ramach dokumentacji projektowej punktu widokowego nie jest obligatoryjne.

3. Zamawiający stwierdził, że nie było prawdą, że OPZ wymaga zaprojektowania przebudowy basenu na potrzeby amfiteatru schodkowego. Nie potwierdzały tego w szczególności przywołane przez odwołującego fragmenty koncepcji konkursowej. W żadnej części tejże koncepcji nie ma mowy o konieczności zaprojektowania przebudowy basenu.
4. Zgodnie z OPZ pkt 2.2.2. dokumentacja projektowa winna spełniać założenia, które zostały zawarte w pracy konkursowej na podstawie wymogów konkursowych. OPZ nie wymaga, aby wykonawca wykonał projekty rozwijające przedstawione w koncepcji konkursowej rozwiązania. Dokumentacja ma wyłącznie uwzględniać założenia przyjęte w tej pracy, a to zasadnicza różnica.
5. W konkursowej koncepcji w odniesieniu do amfiteatru wskazano: Teren opracowania podzielono na następujące obszary funkcjonalne: (...) 3. Plac nadwodny: (...) amfiteatr wraz z wieżą widokową- umożliwi bezpośredni kontakt z wodą, widok na twierdzą. A w dalszej części: „Amfiteatr nadwodny stanowi przestrzeń realizacji przedstawień teatralnych na pływającej barce a wraz z zagospodarowaniem przestrzeni bezpośrednio nad wodą umożliwi obserwowania innych wydarzeń dziejących się na wodzie”. W ocenie zamawiającego koncepcja nie przesądzała zatem, że amfiteatr musi być schodkowy ani nie przewiduje przebudowy basenu. Takie są założenia dla tej części Placu nadwodnego, które mają zostać uwzględnione w dokumentacji projektowej.
6. Amfiteatr w formule stopni pojawia się wyłącznie raz- w opisie założeń zachowania portowego klimatu obszaru. Przede wszystkim w nadwodnej dzielnicy istotny jest kontakt z wodą. Stopnie amfiteatru umożliwią zejście do samej wody w celu np. łowienia ryb. Koncepcja nie przewiduje jednak przebudowy nabrzeża w tym punkcie, a wyłącznie opisuje przyjęte w proponowanych w niej rozwiązaniach założenia, w tym wypadku utrzymania bliskości z wodą.
7. Nie sposób uznać także, że przedstawione wizualizacje stanowią obligatoryjny i ostateczny kształt projektowanego obszaru. Należy pamiętać o specyfice prac projektowych i jej dynamice. Przedmiotem zamówienia nie było wykonanie projektu budowlanego i projektów wykonawczych i dalszych szczegółowych opracowań projektowych w rozwinięciu przedstawionej koncepcji konkursowej. Koncepcja ta była wyłącznie materiałem wyjściowym do projektowania (por. pkt 3.1 OPZ) i to jednym z materiałów wyjściowych.
8. Zgodnie z pkt 5 lit b) OPZ wykonawca zamówienia ma wykonać wstępną

koncepcję zagospodarowania terenu. Koncepcja ta powinna być punktem wyjścia dla konsultacji społecznych oraz z Biurem Rozwoju Gdańska. Zatem to dopiero wykonawca miał przygotować koncepcję architektoniczną, która będzie rozwinięta w dalszych opracowaniach projektowych.

9. Zgodnie ze wskazanym pkt OPZ wykonawca miał uwzględnić także możliwość zmian rozwiązań projektowych na tańsze, zamiennie w przypadku zbyt wysokich kosztów realizacji (str. 5 OPZ). Niewątpliwie konieczność przebudowy basenu istotnie podwyższyłaby koszty realizacji.
10. OPZ nie przewidywał konieczności przebudowy basenu i nie objął tego swoim zakresem. Dla zaprojektowania przebudowy basenu konieczne byłoby wykonanie projektu konstrukcyjnego, projektu w branży hydrotechnicznej oraz badań hydrotechnicznych. W pkt 4 OPZ, w którym określono zakres prac projektowych, Zamawiający nie wymagał tych opracowań.
11. Analogicznie w pkt 5 OPZ w którym określono wymagany zakres dokumentacji projektowanej zamawiający nie wymagał od Wykonawcy wykonania w ramach Projektu budowlanego oraz innych opracowań projektu konstrukcyjnego ani projektu hydrotechnicznego. Zamawiający w pkt 5 lit. c) OPZ określił, jakie branże i elementy miały składać się na projekt budowlany i żaden z nich nie jest odpowiedni dla przebudowy basenu i nie obejmuje przebudowy basenu.
12. W pkt 5 OPZ mowa jest ponadto o dokumentacji geotechnicznej badań podłoża. OPZ nie nakłada na wykonawcę obligatoryjnego obowiązku wykonania badań hydrotechnicznych, które byłyby konieczne i wymagane, gdyby projekt obejmował przebudowę basenu.
13. W odniesieniu do rażąco niskiej ceny zamawiający dodał, że określił szacunkową wartość zamówienia na 221 055, 60 zł brutto. W ramach dokonanej wyceny zamawiający nie przewidywał, aby zgodny z SIWZ projekt miał obejmować przebudowę basenu, a co za tym idzie wykonanie projektu branży konstrukcyjnej, branży hydrotechnicznej oraz badań hydrotechnicznych.
14. Wyjaśnienia Diogenes w zakresie rażąco niskiej ceny były weryfikowane przez wyspecjalizowane służby zamawiającego, które uznały, że wyjaśnienia potwierdzają wykonanie całości zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz prawidłowość złożonej oferty.
15. Po wpłynięciu odwołania Diogenes złożył dodatkowe wyjaśnienie, w którym wskazał, że zaprojektowanie przebudowy basenu w amfiteatr schodkowy byłoby niezgodne z wytycznymi PWKZ, w których wskazano, że: Z punktu widzenia konserwatorskiego niezwykle istotne jest przywrócenie historycznego układu przestrzennego (...), które częściowo zostały utracone". Diogenes zwrócił uwagę, że przebudowa basenu

na funkcję amfiteatru zmieniliby w sposób zasadniczy układ przestrzenny tego miejsca.

16. Diogenes wskazał także, że z wytycznych PWKZ wynika, że elementy zagospodarowania terenu powinny harmonijnie łączyć się z zagospodarowaniem nabrzeży, nie zaś z jego przebudową. Dodać należy także, że wytyczne PWKZ jednoznacznie odnoszą się do zagospodarowania terenu. PWKZ nie uwzględnił w nich przebudowy nabrzeża, a zatem na podstawie przedłożonej koncepcji nie brał takiego zakresu pod uwagę.
17. Diogenes zwrócił uwagę także, że w zakresie przedmiotu zamówienia nie wyszczególniono przebudowy urządzeń hydrotechnicznych, a przebudowa nabrzeża musiałaby wykraczać poza granicę planu miejscowego i inwestycja wymagałaby uzyskania decyzji o warunkach zabudowy, co również nie został objęte przedmiotem zamówienia.
18. Co kluczowe, w ocenie zamawiającego, Diogenes w piśmie z dnia 25.01.2021r. wyjaśnił, że z tego nie wynika, aby jednostka projektowa wykluczyła możliwość budowy amfiteatru, lecz w formie elementów małej architektury, nie zaś jako elementu nabrzeża.
19. W punktach 6)- 7) Diogenes wyjaśnił także dodatkowo, dlaczego w ocenie tego wykonawcy z przyczyn technicznych zaprojektowanie przebudowy basenu w amfiteatr schodkowy byłoby niezgodne z SIWZ. Taki amfiteatr zająłby większość Placu nawodnego, wykraczałoby poza zakres opracowania i poza zakres planu miejscowego, a także wykluczyłoby możliwość cumowania małych jednostek pływających, co jest wymagane SIWZ.
20. Wyjaśnienia Diogenes były przedmiotem oceny wyspecjalizowanych służb Zamawiającego, które potwierdziły zgodność oferty z SIWZ.
21. Ponadto, zamawiający stwierdził, że także w świetle wyjaśnień do SIWZ nie sposób stwierdzić, że przedmiot zamówienia obejmuje przebudowę basenu. W ramach pytania nr 1 wykonawca zwrócił uwagę, że zakres pracy projektowej wychodzi poza zakres opracowania w rejonie amfiteatru. Zakres opracowania określony w OPZ jest węższy od zakresu pracy konkursowej i w odpowiedzi na to pytanie zamawiający wskazał, że granica opracowania pozostaje bez zmian. Tą odpowiedzią zamawiający potwierdził zakres opracowania i nie dostosował go do zakresu pracy konkursowej.
22. Zdaniem zamawiającego, także odpowiedź na pytanie 5 i 6 nie pozwalała przyjąć, że przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie przebudowy nabrzeża. W tych odpowiedziach zwrócono uwagę na wyjściowy charakter koncepcji konkursowej i to, że pokazane w koncepcji konkursowej rozwiązania szczegółowe nie są obligatoryjne.

Rozwiązania przyjęte przez wykonawcę mogą ulec zmianie, jak wskazał zamawiający, ale muszą być zaakceptowane przez PWKZ. W odpowiedzi na pyt. 6 zamawiający nie nałożył obowiązku przeprowadzenia badań hydrotechnicznych, które są wymagane przy przebudowie nabrzeża, ale wskazał, że zakres badań należy dostosować do rozwiązań technicznych przyjętych przez wykonawcę. Zamawiający nie potwierdził zatem, aby w ramach przedmiotu zamówienia konieczne było przewidzenie przebudowy nabrzeża i wszystkich związanych z tym opracowań dodatkowych.

23. Zamawiający zwrócił uwagę, że granice opracowania nie wchodzi w wody płynące. Utworzenie amfiteatru poprzez przebudowę basenu powodowałoby konieczność wyjścia poza zakres opracowania objęty przedmiotem zamówienia.
24. Możliwe jest spełnienie założeń koncepcji i przewidzenie amfiteatru jako przestrzeni do rozwoju kultury, organizacji koncertów, spotkań, plenerów malarskich, pokazów, warsztatów etc. Zależnie od propozycji wykonawcy np. poprzez odpowiednie dobranie elementów małej architektury.
25. Ponadto zamawiający wskazał, że w świetle ustaleń planu miejscowego dla tego obszaru w przypadku konieczności przebudowy nabrzeża projekt musiałby zostać uzgodniony także z Zarządem Morskiego Portu Gdańsk S.A. (teren położony w granicach Portu Gdańsk) oraz PPH Siarkopol w związku z ustaloną strefą ochronną, OPZ nie nakładała obowiązku uzyskania takich uzgodnień.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „nową Pzp” lub „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych

skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Zagospodarowanie przestrzeni publicznej placu nadwodnego w ramach projektu Rewitalizacja obszaru Nowego Portu z Twierdzą Wisłoujście w Gdańsku” na podstawie koncepcji urbanistyczno - architektonicznej, stanowiącej wybraną pracę konkursową wraz z zaleceniami pokonkursowymi i wytycznymi PWKZ”.

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy przywołany w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie nie jest sporny pomiędzy stronami i w zakresie tam wskazanym ustalony został w sposób właściwy.

Uzupełniająco, Izba ustaliła, że zamawiający 13 lipca 2020 r., ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 221 055, 60 zł. Wśród zadań przewidzianych do wykonania stanowiących podstawę wyceny wskazano m.in. amfiteatr.

Zgodnie z pkt 2 załącznika nr 10 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) przedmiotem zamówienia jest opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania inwestycyjnego pod nazwą: Zagospodarowanie przestrzeni publicznej placu nadwodnego w ramach projektu pn.: Rewitalizacja obszaru Nowego Portu z Twierdzą Wisłoujście w Gdańsku na podstawie koncepcji urbanistyczno – architektonicznej, stanowiącej wybraną pracę konkursową wraz z zaleceniami pokonkursowymi oraz wytycznymi PWKZ.

Stosownie do pkt. 2.1. OPZ przedmiot zamówienia obejmuje:

a) Opracowanie wielobranżowego projektu architektoniczno – budowlanego z wymaganymi uzgodnieniami uzyskania decyzji administracyjnej umożliwiającej realizację robót (zgłoszenie, pozwolenie na budowę, ZRID),

- b) Opracowanie projektów wykonawczych,
- c) Opracowanie przedmiarów robót,
- d) Opracowanie kosztorysu inwestorskiego,
- e) Opracowanie specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,
- f) Opracowanie wniosków o wydanie decyzji, opinii, uzgodnienia i odstępstwa,
- g) Pełnienie nadzoru autorskiego nad inwestycją wykonywaną w oparciu o opracowaną dokumentację.

Zamawiający wskazał na konieczność skoordynowania i ustalenia m.in następującego elementu w projekcie:

- b) Należy zweryfikować formę punktu widokowego i przeanalizować czy niezbędne jest jego wykonanie.

Stosownie do pkt 2.2. OPZ Program zadania przewiduje:

2.2.1. Realizację przedmiotu zamówienia należy wykonać na podstawie:

- a) Wybranej w konkursie koncepcji urbanistyczno – architektonicznej.
- b) Zaleceniami pokonkursowymi.
- c) Wytycznymi PWKZ do pracy konkursowej nr ZN.5183.547.2019.AH z dnia 20.12.2019r.

Ponadto należy uwzględnić zalecenia uzyskane w trakcie konsultacji z PWKZ na etapie powstawania dokumentacji.

d) Ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. 2.2.2. Dokumentacja projektowa winna spełniać założenia, które zostały zawarte w pracy konkursowej na podstawie wymogów konkursowych.

W pkt 4. OPZ określono zakres prac projektowych:

Zakres prac projektowych obejmuje następujące elementy:

- a) Aktualna mapa zasadnicza do celów projektowych wraz z ewentualną aktualizacją,
- b) Inwentaryzacja terenu i zieleni dla celów projektowych,
- c) Wnioski i materiały niezbędne do uzyskania warunków technicznych od gestorów sieci,
- d) Materiałów niezbędnych do uzyskania zgód wodnoprawnych, jeżeli na skutek przyjętych rozwiązań zajdzie taka potrzeba. Materiały powinny zostać opracowane zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2017 r. poz. 1566 z późn. zm.) lub Ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz. U. z 1991r. poz. 131 z późn. zm.). Do obowiązku Wykonawcy należy także pozyskanie wymaganych w tym zakresie decyzji administracyjnych.
- e) Materiałów do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, jeśli zajdzie konieczność,
- f) Planszy zbiorczej,

- g) Dokumentacja geotechniczna badań podłoża gruntowego,
- h) Wytycznych do badań archeologicznych w przypadku konieczności ich wykonania
- i) Koncepcję zagospodarowania terenu
- j) Projekt budowlany wielobranżowy,
- k) Niezbędnych badań, analiz itp. dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia,
- l) Projekt wykonawczy z podziałem na branże,
- m) Projekt urządzenia małej architektury,
- n) Projekt zieleni z projektem nasadzeń zastępczych,
- o) Projekt oświetlenia,
- p) Projekt monitoringu wizyjnego,
- q) Operat terenowo - prawny
- r) Szczegółowe specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót,
- s) Część przedmiarowo – kosztorysowa, która zawiera przedmiary robót, ślepe kosztorysy (w wersji edytowalnej) i kosztorysy inwestorskie dla wszystkich branż i wszystkich robót objętych zleceniem, zbiorcze zestawienie kosztów,
- t) Harmonogram rzeczowo – finansowy.

Zamawiający w OPZ podał, że wstępna koncepcja zagospodarowania terenu swoim zakresem powinna m.in.: posiadać rozwiązania projektowe z uwzględnieniem wstępnych kosztów realizacji inwestycji z podziałem na branże, z możliwością zmian rozwiązań projektowych na tańsze, zamiennie w przypadku zbyt wysokich kosztów realizacji.

W pkt 5 lit e) OPZ zamawiający wskazał, że problematyka prac projektowych winna zawierać Materiały niezbędne do uzyskania zgód wodnoprawnych, jeżeli na skutek przyjętych rozwiązań zajdzie taka potrzeba. Materiały powinny zostać opracowane zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2017 r. poz. 1566 z późn. zm.), Ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz. U. z 1991r. poz. 131 z późn. zm.). Do obowiązku Wykonawcy należy także pozyskanie wszelkich wymaganych decyzji administracyjnych.

Natomiast w pkt 5 lit. m) OPZ zamawiający wskazał, że problematyka prac projektowych winna zawierać dokumentację geotechniczną badań podłoża gruntowego. Wykonawca w trakcie prac projektowych własnym staraniem i na własny koszt winien wykonać badania geotechniczne i geologiczne w niezbędnym zakresie dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia dla zagospodarowania terenu.

Oferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia stanowi wynagrodzenie ryczałtowe (pkt XI. 2. SIWZ).

18 listopada 2020 r. zamawiający dokonał otwarcia dwóch ofert: oferty wykonawcy Diogenes Studio sp. z o.o. o wartości 366 540,00 zł brutto oraz oferta odwołującego o wartości 687 215, 76 zł.

25 listopada 2020 r. zamawiający wezwał Diogenes Studio Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. 30 listopada 2020 r. Diogenes Studio Sp. z o.o. udzielił wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

7 stycznia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Diogenes Studio sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp tj. Ilekroć w ustawie jest mowa o najkorzystniejszej ofercie - należy przez to rozumieć ofertę:
 - a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo
 - b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt;

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba stwierdziła, co potwierdził również odwołujący podczas rozprawy, że argumenty podnoszone przez odwołującego dot. braku wyceny np. pozyskania aktualnej mapy do celów projektowych, inwentaryzacji terenów zielonych (OPZ pkt 4 litera a) i b), OPZ str. 8 litera n), dokumentacji geotechnicznej badania podłoża gruntowego, niedopuszczalnego zaokrąglenia w dół wyliczenia ceny w składanych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przez Diogenes, wykraczają poza zakres zarzutów objętych odwołaniem, a tym samym pozostają poza zakresem orzekania.

Stosownie do art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Okoliczności, z których odwołujący chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 nPzp. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych. W niniejszej sprawie, odwołujący w odwołaniu skonstruował zarzuty na płaszczyźnie okoliczności faktycznych w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy Diogenes z 30 listopada 2020 r. i zawarte w nich stwierdzenie, że obliczona cena ma charakter indywidualny i nie obejmuje kosztów zaprojektowania punktu widokowego oraz przebudowy basenu na amfiteatr schodkowy. Ponadto odwołujący wskazał na dalszą część ww. wyjaśnień i stwierdzenie, iż pominięte elementy „ingerowałyby w przebudowę nabrzeża i wymagały rozszerzonej dokumentacji geotechnicznej, co w konsekwencji spowodowałoby wzrost ceny oferty o 160 000 zł netto.” Wywodząc z tych okoliczności na płaszczyźnie prawnej, iż oferta wykonawcy Diogenes powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z wymaganiami SIWZ, zawierająca rażąco niską cenę oraz błąd w obliczeniu ceny. W treści odwołania próżno szukać argumentacji powstałej na kanwie braku wyceny pozostałych elementów, czy też niedopuszczalnego zaokrąglenia w dół wyliczonego wynagrodzenia. Okoliczności te zostały wskazane przez odwołującego w argumentacji przedstawionej na rozprawie, dlatego też w oparciu o art. 555 nPzp nie mogą stanowić podstawy orzekania.

Odnosnie natomiast zarzutów będących przedmiotem odwołania, a więc związanych z pominięciem przez tego wykonawcę wyceny prac dla punktu widokowego i przebudowy basenu na amfiteatr i wnioskowanym z tego naruszeniem ustawy Pzp i konieczności

odrzućenia oferty Diogenes jako oferty z rażąco niską ceną, oferty niezgodnej z treścią SIWZ oraz oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, Izba stwierdziła, iż zarzuty te nie potwierdziły się. Na wstępie Izba wskazuje, iż opis przedmiotu zamówienia przygotowany przez zamawiającego dla tego zamówienia dał wykonawcom w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia dość dużą swobodę, użyto w nim miękkich sformułowań i uzależniono konieczność realizacji pewnych elementów zamówienia w zależności od przyjętego przez wykonawcę rozwiązania projektowego. Przywołać tu należy np. pytanie nr 1 „W związku z tym, że praca konkursowa wychodzi poza zakres opracowania w rejonie amfiteatru, prosimy o wyłączenie z zakresu opracowania przebudowy części schodów i siedziska z siatki według załączonego szkicu – granica wyłączenia w kolorze czerwonym. Prośba ma na celu wyłączenie z zakresu opracowania wykonania badań technicznych nabrzeża, wykonania projektu hydrotechnicznego oraz konieczności uzyskania pozwoleń wodno-prawnych. Załącznik graficzny ilustrujący wyłączenie w załączeniu” i udzieloną przez zamawiającego odpowiedź „Zamawiający informuje, iż granica opracowania zostaje bez zmian.”. Czy też pytanie nr 6 gdzie wykonawca dążąc do konkretyzacji wymagań zamawiającego i wyjaśnienia SIWZ wnioskował o informację czy w wycenie powinien uwzględnić badania hydrotechniczne istniejącego nabrzeża oraz projekt konstrukcyjny i hydrotechniczny amfiteatralnie usytuowanych w stronę wody stopni do siedzenia znajdujących się na granicy opracowania konkursowego. W odpowiedzi na to pytanie Zamawiający nie zajął konkretnego stanowiska, tak jak to uczynił np. w odpowiedzi na odwołanie i stwierdził, że „Zamawiający informuje, iż po stronie Wykonawcy leży pozyskanie wszystkich niezbędnych opracowań wynikających z przyjętych rozwiązań technicznych i obowiązujących przepisów prawnych.” Aktualnie w postępowaniu odwoławczym Zamawiający kategorycznie stwierdza, że przebudowa nabrzeża nie jest objęta zamówieniem oraz, że w pkt 4 OPZ czy też w pkt 5 OPZ, nie wymagał projektu w branży hydrotechnicznej oraz badań hydrotechnicznych i oraz innych opracowań projektu konstrukcyjnego. W ocenie Izby, takie stanowisko zamawiającego jednoznacznie powinno wynikać z opisu przedmiotu zamówienia lub winno zostać wyrażone najpóźniej na etapie wyjaśnień SIWZ, tym bardziej, iż zadane przez wykonawcę pytania były bardzo konkretne, a udzielone odpowiedzi mogły w wykonawcach budować mylne przekonanie co do zakresu zamówienia. Takie skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia niewątpliwie wpływało na założenia wykonawców przyjęte do wyceny oferty i mogło prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, co potwierdza również rozbieżność założeń i wyceny w ofertach Wykonawców którzy je w tym postępowaniu złożyli.

Owa niejednoznaczność wpływa na ocenę zasadności zarzutów odwołania, gdyż zasadą jest, iż nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców, w tym konkretnym przypadku na niekorzyść wykonawcy Diogenes.

Sam Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, że Zamawiający nie wskazał w dokumentacji postępowania jednoznacznie, iż amfiteatr nie wchodzi w zakres prac. Jednakże w SIWZ brak było również przeciwnego stwierdzenia, z którego jednoznacznie wynikałoby, iż przedmiotem zamówienia objęta jest przebudowa basenu na amfiteatr. W ocenie Izby okoliczność tę potwierdza również argumentacja Zamawiającego o braku wymagania jako produktu pracy projektanta projektu konstrukcyjnego i projektu hydrotechnicznego. Niewątpliwie zgodzić się należy z Zamawiającym, iż zakres opracowania nie wchodzi w wody płynące, a utworzenie amfiteatru poprzez przebudowę basenu wiązałoby się z taką koniecznością. W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż w oparciu o postanowienia SIWZ dopuszczalne było przyjęcie przez wykonawcę Diogenes, że zamówieniem nie jest objęty amfiteatr wymagający przebudowy basenu. Odnośnie konieczności projektowania wieży widokowej, wskazać należy iż zgodnie z opinią Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z 20 grudnia 2019 r., stanowiącą element OPZ cyt. „Zagospodarowanie terenu Szańca Zachodniego powinno zakładać pełną ochronę ekspozycji Twierdzy Wisłoujście. Wyklucza się wprowadzenie punktu widokowego zakłócającego czytelność miejsca i historycznej przestrzeni.” Jednocześnie w OPZ zamawiający wskazał, że „należy zweryfikować formę punktu widokowego i przeanalizować czy niezbędne jest jego wykonanie.” Izba podziela opinię zamawiającego, iż w oparciu o powyższe postanowienia uprawnione było przyjęcie przez wykonawcę, iż element ten nie jest konieczny do projektowania i wykonawca na etapie składania oferty mógł zrezygnować z projektowania tego elementu oraz jego wyceny w ofercie.

W związku z powyższymi ustaleniami Izba stwierdza, że brak było podstaw do uznania, iż treść oferty wykonawcy Diogenes nie odpowiada treści SIWZ, zawiera rażąco niską cenę (uzasadnione było nieobjęcie wyceną punktu widokowego oraz przebudowy basenu na amfiteatr schodkowy) czy błąd w obliczeniu ceny (oferta odpowiada OPZ i oczekiwaniom zamawiającego), a zamawiający w sposób niewłaściwy i niezgodny z zasadami ustawy Pzp dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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).

.....