

Sygn. akt: KIO 284/15

WYROK
z dnia 3 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2015 r. przez wykonawcę: „**JSK Architekci**” sp. z o.o. w Warszawie (02-092), ul. Żwirki i Wigury 18 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Olsztyn, pl. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: „**JSK Architekci**” sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: „**JSK Architekci**” sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Opracowanie niezbędnej dokumentacji projektowej dla potrzeb przebudowy Stadionu Miejskiego w Olsztynie*” zostało wszczęte przez Gminę Olsztyn, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją przesłaną Prezesowi Izby w piśmie z dnia 16 lutego 2015 r., a także pkt. 2.2 pisemnego protokołu postępowania, przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 188-332237) w dniu 1 października 2014 r.

W dniu 13 lutego 2015 r. odwołanie wniósł wykonawca: „JSK Architekci” sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec odrzucenia przez Zamawiającego złożonej przez Odwołującego oferty, jako tej, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnoszących się do powołanej oferty (do czego zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie tylko był uprawniony, ale wręcz zobowiązany), a w konsekwencji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt, że nie została złożona żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Takie postępowanie Zamawiającego naruszać miało, zdaniem Odwołującego, przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: P. R., prowadzącego działalność pod firmą BAUREN P. R., z powodów niezgodności tejże oferty z treścią SIWZ, których ustalenia Zamawiający zaniechał podejmując decyzję o odrzuceniu powołanej oferty, co stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Zarzucał on również Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia P. R. z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt nie wykazania przez niego spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Uzasadniając stawiane przez siebie zarzuty, Odwołujący stał na stanowisku, że w świetle zapisów SIWZ był on władny w składanej przez siebie uproszczonej koncepcji wprowadzać zmiany w porównaniu do wymagań opisanych w SIWZ, a w szczególności w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU). Jako podstawę tych twierdzeń wskazywał, tytułem przykładu, na zapis pkt 3.3.3 PFU. Podnosił również, że jego zdaniem, powołana uproszczona koncepcja, z uwagi na swój, właśnie uproszczony, charakter musiała zawierać jedynie rozmieszczenie podstawowych elementów oraz charakterystycznych rozwiązań. Szczegółowo odnosząc się do stwierdzonych przez Zamawiającego nieprawidłowości w treści złożonej przez niego oferty twierdził Odwołujący co następuje:

- I. w odniesieniu do zastrzeżeń w zakresie projektu zagospodarowania terenu:
 1. co do zarzutów w zakresie nieuwzględnienia istniejących uwarunkowań terenu:
 - a) zdaniem Odwołującego Zamawiający niesłusznie zarzuca mu, że przewidział rozwiązanie wymagające przeprowadzenia niwelacji całości terenu inwestycji i wyprowadzenia znacznych mas ziemnych poza ten teren, podczas gdy przedstawiona przez niego uproszczona koncepcja przewiduje przeprowadzenie niwelacji tylko części terenu (ok. 1,1 ha, przy 12 ha pełnego obszaru terenu inwestycji). Twierdził on, że PFU zakładał przeprowadzenie niwelacji terenu nie określając maksymalnej powierzchni działki nią objętej. Przeczył również zasadności stwierdzenia Zamawiającego o braku organicznego odniesienia do uwarunkowań stanu istniejącego. Podnosił również, że SIWZ nie określała warunków brzegowych w tym zakresie.
 - b) Odwołujący twierdził, że nie zakładał wycinki istniejącej zieleni, a jedynie niezbędne przesadzenie drzew lub nasadzenia zieleni rekompensacyjnej. Podnosił również, że SIWZ nie określała warunków brzegowych w tym zakresie.
 - c) Odwołujący stał na stanowisku, że przewidział wyjazd z Centrum „*Aquasfera*” i przyległego placu przeciwpożarowego.
 - d) Odwołujący uważał, że postanowienia PFU, ani też Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) nie przewidywały drogi dla pojazdów silnikowych od strony wschodniej Centrum „*Aquasfera*”, podkreślał przy tym, że w chwili obecnej taki zjazd z Al. M. J. Piłsudskiego od strony wschodniej Centrum „*Aquasfera*” nie istnieje, a Zamawiający nie wymagał wprowadzenia zmian w tym zakresie.
 - e) w ocenie Odwołującego twierdzenia Zamawiającego zawarte w kwestionowanej w tym punkcie odwołania treści uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego stały w rażącej sprzeczności z zarzutem stawianym w pkt I.1.c).
 - f) Odwołujący twierdził, przewidział rampę, o której pisał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia złożonej przez niego oferty.

- g) Zdaniem Odwołującego przewidział on dojazd do parkingu podziemnego Centrum „Aquasfera”, przewidział także rozwiązania komunikacyjne, które są bezkolizyjne.
2. co do zaproponowanego etapowania: w ocenie Odwołującego zaproponowany przez niego podział na dwa etapy realizacji stadionu jest zgodny z wymaganiami określonymi w PFU, w szczególności w pkt 5.2 tego dokumentu. Twierdził on również, że Zamawiający nie określił w SIWZ wymagań co do swobody etapowania odpowiednio do jego potrzeb i możliwości finansowych – wymagane było jedynie zapewnienie możliwości rozbudowy stadionu w przyszłości, co w jego przypadku zostało spełnione.
- II. w odniesieniu do zastrzeżeń w zakresie obiektu kubaturowego:
- a) Odwołujący przeczył twierdzeniom Zamawiającego, zgodnie z którymi przedstawiona przez niego uproszczona koncepcja przewidywała pierwszy rząd siedzeń usytuowany na wysokości 0,7 m powyżej poziom boiska – jego zdaniem, zgodnie z przedstawioną uproszczoną koncepcją pierwszy rząd siedzeń dla osób niepełnosprawnych został zaprojektowany na wysokości 1,1 m powyżej płyty stadionu, zaś na pozostałych trybunach, gdzie nie ma miejsc dla niepełnosprawnych, taki rząd został przewidziany na wysokości 1,58 m ponad boisko.
- b) Odwołujący twierdził, że przewidział pomieszczenie o powierzchni 105,5 m² dla pracy mediów zlokalizowane na 2 kondygnacji i odpowiednio wyposażone, co odpowiadało wymaganiom Zamawiającego.
- c) Odwołujący twierdził, że przewidział oddzielne wejście na teren obiektu dla obsługi medialnej.
- d) Odwołujący twierdził, że przewidział nad drugą kondygnacją, na środku trybuny zachodniej łożę prasową, co wynikać miało z przekroju poprzecznego tej trybuny zawartego na rysunku 4 uproszczonej koncepcji.
- e) Odwołujący uważał, że przewidziane przez niego dwukondygnacyjny pub oraz restauracja na pierwszym piętrze do której wejście zaprojektowano z ogólnodostępnego pasażu odpowiadało wymaganiom SIWZ. Podnosił jednocześnie, że rozróżnienie pomiędzy pubem a restauracją bazuje jedynie na rozróżnieniu tych lokali w oparciu o obsługę kelnerską i kartę jadłospisową charakteryzujące restauracje. Tymczasem, jego zdaniem decydująca powinna być funkcjonalność przestrzeni objętej uproszczoną koncepcją, a ta, w przypadku tak pubu, jak i restauracji była taka sama.
- f) Odwołujący przeczył twierdzeniom, że treść złożonej przez niego oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący twierdził, że Zamawiający w sposób nieodpowiadający odpowiednim przepisom ustalił wartość szacunkową zamówienia, a przez to również na niewłaściwym, nieadekwatnym poziomie ustalił kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia. Twierdził również, że Zamawiający jest władny zwiększyć pierwotnie zaplanowaną kwotę.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu

- i. „unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;*
- ii. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;*
- iii. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;*
- iv. wykluczenie wykonawcy Bauren i uznanie jego oferty za podlegającą odrzuceniu, bądź odrzucenie oferty Bauren jako nieodpowiadającej treści SIWZ;*
- v. dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu”.*

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Oceny tej nie mogły zmienić podnoszone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie twierdzenia o braku możliwości zwiększenia środków przewidzianych na realizację zamówienia. Istnienie po stronie Odwołującego prawa do wniesienia odwołania ocenia się na dzień wniesienia odwołania i w kontekście czynności, które są przez niego kwestionowane. W rozpoznawanej sprawie, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostało wniesione odwołanie, zbyt wczesnym byłoby rozstrzygnięcie o tym, czy Zamawiający będzie miał podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, a do tego wszak dążył Zamawiający podnosząc tę kwestię w odpowiedzi na odwołanie. Twierdzenia formułowane w odwołaniu w odniesieniu do sposobu ustalenia wartości zamówienia, Izba uznała za takie, które przemawiać miały za wykazaniem interesu po stronie Odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także złożone przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą rysunki.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.1 części I SIWZ przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego było objęte opracowanie niezbędnej dokumentacji projektowej dla potrzeb uzyskania wszelkich decyzji administracyjnych umożliwiających realizację przedsięwzięcia wraz z uzyskaniem tych decyzji administracyjnych oraz pełnieniem nadzoru autorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego oraz nadzoru nad usuwaniem wad w okresie gwarancji udzielonej przez wykonawców robót budowlanych pn.: „Przebudowa Stadionu Miejskiego w Olsztynie”. Realizacja tego przedsięwzięcia rozpisana została na trzy etapy, przy czym pierwszy z nich obejmował m.in. opracowanie pełnej wielobranżowej koncepcji projektowej na podstawie uproszczonej koncepcji architektoniczno-urbanistycznej wybranej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przedmiotowe usługi z uwzględnieniem uwag Zamawiającego. Zgodnie z pkt III.3 części I SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w części II SIWZ – „Opis przedmiotu zamówienia dla zadania pn.: *Opracowanie niezbędnej dokumentacji dla potrzeb Przebudowy Stadionu Miejskiego w Olsztynie*” (OPZ) oraz w Programie Funkcjonalno-Użytkowym dla zadania pn.: „Przebudowa stadionu miejskiego w Olsztynie” z sierpnia 2014 r. (PFU) stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ.

Zgodnie z pkt IX.1.1) części I SIWZ „każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę i jedną uproszczoną koncepcję architektoniczno-urbanistyczną przebudowy Stadionu Miejskiego w Olsztynie oraz zaproponować tylko jedną cenę za realizację zamówienia. Złożenie przez Wykonawcę więcej niż jednej oferty i uproszczonej koncepcji lub oferty i uproszczonej koncepcji zawierającej rozwiązania wariantowe albo alternatywne spowoduje odrzucenie oferty”.

W pkt XII.3 części I SIWZ Zamawiający postanowił, że: „Uproszczoną koncepcję należy rozumieć jako rozmieszczenie podstawowych elementów zagospodarowania w rzucie i przedstawienie charakterystycznych rozwiązań bryły stadionu ze schematami rozmieszczenia funkcji. Również schemat etapowania powinien ograniczyć się do ogólnych zasad. Teren objęty uproszczoną koncepcją zlokalizowany jest w Olsztynie u zbiegu ulicy Leonharda i al. Piłsudskiego, obejmuje działki oznaczone w ewidencji gruntów i budynków następującymi numerami: 12/13, 3/4 , 6/5, 5/1, 5/2, 6/6, 72/4, 6/2, 86/1, 85/3, 72/15, 85/2, 87, 72/5, 85/5, 74/5, 74/4, 85/6, 85/7, 71/2, 71/3, 72/20, 86/2, 72/13, 71/5, 14/6, 70/11, 14/4,

14/8, 70/10 obręb 97 oraz części działek 14/10, 70/6, 70/12, 70/7, 71/4, 72/19, 72/17 obręb 97, jak również przyległe fragmenty pasów drogowych ulic Leonharda, Pana Tadeusza i al. Piłsudskiego. Wymienione nieruchomości stanowią własność Gminy Olsztyn. Uproszczona koncepcja architektoniczno-urbanistyczna ma spełniać wszelkie założenia i warunki określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym dla zadania pn.: "Przebudowa Stadionu Miejskiego w Olsztynie" z sierpnia 2014 r.

1) Zakres rzeczowy i forma, oraz sposób prezentacji uproszczonej koncepcji architektoniczno-urbanistycznej:

Koncepcja programowa powinna składać się z:

- części opisowej,
- części graficznej.

Część opisowa – forma:

Część opisową należy opracować w języku polskim, w formacie A4 w ilości min. 1 strona max. 7 stron. Zamawiający zaleca, aby strony były ponumerowane.

Część opisowa – zakres:

Zwięzłe uzasadnienie projektowanych rozwiązań ze szczególnym uwzględnieniem elementów trudnych do przedstawienia lub nie przedstawionych w części graficznej, podstawowe dane programowe i zestawienie powierzchni, szacunkowy maksymalny planowany łączny koszt wykonania robót budowlanych realizowanych na podstawie uproszczonej koncepcji architektoniczno-urbanistycznej wraz z określeniem zasad jej wyliczenia, mieszczący się w budżecie przyjętym przez Zamawiającego (60.000.000,00 zł netto).

Część graficzna – forma:

Część graficzną należy złożyć w formie papierowej (umożliwiającej jej późniejszą archiwizację przez Zamawiającego), Zamawiający zaleca układ pionowym i format o wymiarach 70 cm na 100 cm. Arkusze należy ponumerować w kolejności prezentacji. Każdy arkusz, w prawym górnym rogu powinien zawierać nazwę Wykonawcy (zalecana czcionka Arial Black 32 pkt).

Część graficzna – zakres:

- schemat ogólny dyspozycji terenu w konwencji podziału na tereny o różnym przeznaczeniu jak w planach zagospodarowania przestrzennego - skala 1: 2000
- koncepcja planu zagospodarowania terenu obrazująca rzut bryły stadionu miejskiego, obsługę komunikacyjną i teren parkingów, część treningową, część komercyjną i plac przestrzeni publicznej – skala 1:1000,
- podstawowe rzuty, charakterystyczne przekroje i elewacje bryły stadionu w skali obrazującej rozwiązania architektoniczne i konstrukcyjne – skala 1:200 - 1:500,
- wizualizacje bryły stadionu miejskiego,

- schemat etapowania realizacji obiektu - skala 1: 2000,
- ewentualne inne rysunki w skalach uszczegółwiających ideę koncepcji lub wyjaśniające zastosowane rozwiązania.

Zakres oraz precyzja przedstawionej uproszczonej koncepcji powinna umożliwić bezzwłoczne przystąpienie do opracowania wielobranżowej koncepcji oraz dokumentacji projektowej (...)

5) W przypadku, gdy złożona przez Wykonawcę oferta nie będzie zawierała uproszczonej koncepcji architektoniczno-urbanistycznej, bądź gdy przedstawiona uproszczona koncepcja architektoniczno-urbanistyczna będzie niezgodna z założeniami określonymi w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferta będzie podlegała odrzuceniu.”

W pkt 1.3 OPZ Zamawiający wskazał m.in.: „Zapisy zawarte w tym punkcie są oczekiwaniami i zaleceniami Zamawiającego. Wybrany oferent przy opracowaniu koncepcji przebudowy stadionu i zagospodarowania terenu, może zaproponować swoje sugestie wraz z ich uzasadnieniem. Zamawiający będzie mógł dokonać akceptacji zaproponowanych rozwiązań w zakresie które będą zgodne z jego oczekiwaniami i nie będą w sprzeczności przepisami związków sportowych i prawa budowlanego. Szczegółowe informacje dotyczące wymagań architektonicznych oraz funkcjonalno-użytkowych zostały zawarte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym dla zadania pn.: «Przebudowa Stadionu Miejskiego w Olsztynie».”

W pkt 03.02 PFU Zamawiający poinformował wykonawców, że „Uproszczona koncepcja załączona do oferty na etapie wyboru Wykonawcy usługi będzie podlegała ponownemu projektowaniu w pełnym, wielobranżowym zakresie po dokonaniu wyboru Wykonawcy - z uwzględnieniem uwag Zamawiającego”.

W pkt 03.03.02 PFU, w wykazie podstawowych robót budowlano-organizacyjnych w pkt D przewidziano niwelację terenów i gospodarkę masami ziemnymi.

W pkt 04.4.1.A PFU wskazano m.in. że: „W zakresie zagospodarowania zieleni należy wykorzystać istniejące zadrzewienia i zakrzewienia w zakresie możliwym do zaadaptowania w nowo projektowanej przestrzeni”.

W pkt 05.01.B PFU wskazano m.in., że: „Ze względu na różnice poziomów terenu istniejącego i przyjęcie poziomu parteru Stadionu wraz z płytą główną boiska na rzędnej zbliżonej do obecnej, sugeruje się rozwiązanie problemu różnic poziomów terenu istniejącego, np. poprzez system schodów i lokalnych pochylni. Możliwe jest również wykorzystanie mas ziemnych z istniejących trybun ziemnych (nasyp o miąższości ok. 1,2-1,5

m). *Dopuszczalne są także ograniczone ingerencje, na styku z placem, w rozwiązania stanu istniejącego „Aquasfery- GW.”*

W pkt 05.02 PFU zawarto m.in. zalecenia do etapowania, zgodnie z którymi *„rzut Stadionu należy podzielić na 3 lub 4 odrębne trybuny, możliwe do realizacji w różnych etapach”*. Zawarto tam również zalecenia rozmieszczenia funkcji, zgodnie z którymi na kondygnacji pierwszej (K1) winna znajdować się m.in. restauracja dostępna z zewnątrz.

Zgodnie z pkt 05.05.03 PFU: *„Stadion powinien posiadać przynajmniej jeden stały punkt sprzedaży artykułów spożywczych i napojów, dostępny dla kibiców znajdujących się na stadionie; a także po 2 - 3 okazjonalne punkty gastronomiczne na każdej trybunie . Jeden z punktów, zlokalizowany w trybunie zachodniej w poziomie parteru /z dostępem zewnątrz i wewnątrz/, należy projektować w formie restauracji .”*

W pkt 05.06 PFU zawarte zostały zapisy odnoszące się do obszaru pracy dla mediów:

„CENTRUM INFORMACYJNO – PRASOWE [CIP]

- *Obszar dla pracy mediów musi liczyć min. 100m², by pomieścić min. 50 przedstawicieli mediów.*
- *winno zawierać POMIESZCZENIA ROBOCZE dla dziennikarzy oraz SALĘ KONFERENCYJNĄ.*
- *Należy zapewnić specjalny obszar dla co najmniej 15 fotoreporterów, jeśli możliwe w postaci oddzielnego, w pełni wyposażonego obszaru roboczego.*
- *obsługa medialna musi dysponować oddzielnym wejściem na obiekt;*

LOŻA PRASOWA

- *na środku trybuny głównej powinna znajdować się Loża prasowa dla przedstawicieli mediów musi posiadać przynajmniej 50 zadaszonych miejsc,*
- *z których 25 musi być wyposażone w pulpity stałe stanowiska prasowe z odpowiednimi blatami na laptop, notatnik, telefon, z odpowiednimi łączami - elektryczne, telefon / modem;*

SALA KONFERENCYJNA I STREFA MIESZANA

- *Należy zapewnić salę konferencyjną, lub wyznaczoną część obszaru dla pracy mediów, wyposażoną w biurko, platformę dla kamer, podium, rozdzielacz, system nagłaśniający i krzesła. Pomieszczenie to lub wyznaczony obszar musi posiadać min. 50 msc siedzących dla przedstawicieli mediów.*
- *pomieszczenie robocze, min. 50 m², sala konferencji prasowych na min. 30 osób. Jako sala konferencyjna może być wykorzystana część pomieszczenia roboczego;*
- *Musi być dostępny obszar, obsługa medialna z miejscami parkingowymi przy wejściu na stadion oraz wejściu na płytę boiska, pomiędzy szatniami i parkingami, przeznaczonymi dla autobusów drużyn, który można przekształcić w strefę mieszaną.”*

W pkt 06.01 PFU zawarty zostało zestawienie pomieszczeń i ich wielkości. W odniesieniu do kondygnacji K4 na pozycji 64 wskazana została łoża prasowa o powierzchni ok. 70 m.

W pkt 06.03 PFU określono „dopuszczalne odchylenia (+/-) od wskazanej pow. użytkowej poszczególnych pomieszczeń : (...) o powierzchni powyżej 10m² - 15 %”.

W pkt 07.08.01 PFU wskazano m.in. *„Ze względu na różnice poziomów terenu istniejącego i przyjęcie poziomu parteru Stadionu wraz z płytą główną boiska na rzędnej zbliżonej do obecnej, sugeruje się rozwiązanie problemu różnic poziomów terenu istniejącego, np. poprzez system schodów i lokalnych pochylni. Możliwe jest również wykorzystanie mas ziemnych z istniejących trybun ziemnych. Dopuszczalne są także ograniczone ingerencje, na styku z placem, w rozwiązania stanu istniejącego „Aquasfery- GW. Ustala się usytuowanie rampy łączącej ciąg pieszy, ścieżkę rowerową i przystanki komunikacji zbiorowej przy Al. M. J. Piłsudskiego z wejściem południowym stadionu w rejonie osi podłużnej placu. W zagospodarowaniu terenu należy uwzględnić funkcjonowanie dojazdu do części podziemnej parkingu Centrum Wodnego Aquasfera - -Galeria Warmińska. Możliwe zmiany komunikacyjne w powiązaniu z układem zewnętrznym; rozwiązania komunikacyjne dojazdu należy projektować w sposób bezkolizyjny z placem, a w tym z ciągiem pieszo-rowerowym. W projektowanym systemie dróg pożarowych dopuszczalne jest wykorzystanie przestrzeni Placu Miejskiego, ale bez podziału na różne rodzaje nawierzchni.”*

Termin składania ofert, zgodnie z pisemnym protokołem postępowania, upłynął w dniu 16 grudnia 2014 r., o godzinie 11:00. Przed jego upływem dwóch wykonawców złożyło swoje oferty Zamawiającemu.

Odwołujący wraz ze złożoną przez siebie ofertą przedstawił Zamawiającemu własną uproszczoną koncepcję, tak jej część opisową, jak i graficzną.

Pismem przesłanym w dniu 3 lutego 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu obu złożonych mu ofert oraz o unieważnieniu, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, postępowania o udzielenie zamówienia.

Uzasadniając tak dokonaną decyzję, w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego Zamawiający pisał: *„Sytuacja projektowa nie jest „organicznym” odniesieniem do uwarunkowań stanu istniejącego w zakresie uwzględnienia ukształtowania terenu, a także do sąsiedztwa istniejących wokół Stadionu obiektów, Centrum „Aquasfera” -Galeria Warmińska, Parku im. Janusza Kusocińskiego i systemu komunikacyjnego. Uwarunkowania miejscowe, sięgające ponad trzech metrów różnicy poziomów, w rozwiązaniach Wykonawcy, wymagają przeprowadzenia niwelacji całości terenu inwestycji sportowej, obniżającej poziom*

terenu do poziomu płyty boiska, zdjęcia nakładu mas ziemnych z kilku hektarów gruntu i wyprowadzenie go poza teren inwestycji, a także konieczności budowy szeregu murów oporowych (łącznie kilkusetmetrowych) [wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt I.1.a) uzasadnienia odwołania] Poza ewidentnymi stratami ekonomicznymi, założenie to powoduje niewątpliwe konsekwencje przestrzenne w spójności z zagospodarowaniem sąsiedztwa wymagającej dokonania dużej wycinki zieleni istniejącej. [wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt I.1.b) uzasadnienia odwołania] Wykonawca w przedstawionej koncepcji całkowicie pominął problem wyjazdu z parkingu Centrum „Aquasfera” Galeria Warmińska i przyległego placu p. poź. nie dając żadnego rozwiązania. [wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt I.1.c) uzasadnienia odwołania] Jednocześnie plac miejski, w bezpośrednim sąsiedztwie budynku „Aquasfery - Galerii Warmińskiej”, niemal w całości zaprojektowano jako szeroki ciąg schodów. Rozwiązanie to uniemożliwia dojazd samochodów służb specjalnych do budynku „Aquasfery” bezpośrednio od strony wschodniej (wozy ppoż.) [wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt I.1.d) uzasadnienia odwołania] Powyższe jest niezgodne z pkt 07.08 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, w którym Zamawiający zapisał, iż...” i tu następuje cytat zapisów zawartych w tej jednostce redakcyjnej PFU – wobec tych zapisów podniesione zostały zarzuty z pkt I.1 od e) do g) uzasadnienia odwołania.

W odniesieniu do przewidzianego przez Odwołującego sposobu etapowania prac Zamawiający stwierdził co następuje: *„Wykonawca założył makroniwelację terenu wprowadzając rozwiązania funkcjonalno- przestrzenne Stadionu, jego bezpośredniego otoczenia i boiska treningowego w oparciu o jeden poziom terenu z rzędną + 127,00 m. n.p.m. czyli projektowany poziom płyty stadionu. Autorzy wprowadzają do pierwszego etapu inwestycji wszystkie elementy zagospodarowania projektowane na tej rzędnej (trybuna wschodnia, strefy wejściowej, parkingi, tereny zewnętrzne, komunikacja). Dlatego też dokonanie niwelacji całości terenu wymagane jest już w pierwszym etapie inwestycji. Etap pierwszy bryły Stadionu nie stanowi samodzielnej formy przestrzennej, a jedynie wycinek większej, skończonej architektonicznie całości. Wydzielenie trybuny wschodniej jest zabiegiem formalnym w sektorowej konstrukcji obiektu. Całość Stadionu z powodów przestrzenno- funkcjonalnych, według Wykonawcy, powinna być realizowana w postępujących bezpośrednio po sobie dwu etapach. W przypadku takiej formy obiektu oczywiste jest, że nie można zastosować rozwiązań pośrednich np. dwie, trzy trybuny. Tak przyjęte założenia projektowe nie zapewniają Zamawiającemu swobody etapowania, odpowiednio do potrzeb i możliwości finansowych. Zakres pierwszego etapu będzie wymagał na wstępie wysokich nakładów finansowych, uwzględniających chociażby pełną niwelację*

terenu i wyprowadzenie dużych mas ziemnych poza teren inwestycji". Wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt I.2 uzasadnienia odwołania.

Odnosząc się do powołanej uproszczonej koncepcji w kontekście obiektu kubaturowego Zamawiający pisał: „zgodnie z Uchwałą nr XVI/383 z dnia 19 i 20 listopada 2009 roku Zarządu Polskiego Związku Piłki Nożnej w sprawie upoważnienia Komisji ds. Bezpieczeństwa na Obiektach Piłkarskich oraz Departamentu Organizacji Imprez, Bezpieczeństwa i Infrastruktury PZPN do uzgadniania projektów budowy oraz przebudowy istniejących stadionów w zakresie tworzenia i funkcjonowania infrastruktury wpływającej na bezpieczeństwo osób uczestniczących w meczach piłki nożnej (tekst jednolity: Uchwała nr XVI/383 z dnia 19 i 20.11.2009 r., z późn. zm.: Uchwała nr VIII/143 z dnia 13.08.2014 r.), w celu uniknięcia problemów z widocznością dla widzów, pierwszy rząd siedzeń dla widzów powinien znajdować się 1 m powyżej poziomu boiska. W złożonej koncepcji pierwszy rząd usytuowany jest 0,70m powyżej poziomu boiska [wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt II.a) uzasadnienia odwołania] rozdział 08 w/w FIFA „Football Stadiums. Technical Recommendations and Requirements” oraz Program Funkcjonalno-Użytkowy zakłada zestaw pomieszczeń dla mediów. W pkt 05.06. Programu Funkcjonalno-Użytkowego Zamawiający zapisał, iż obszar dla pracy mediów musi liczyć min. 100m², by pomieścić min. 50 przedstawicieli mediów. Centrum Informacyjno Prasowe winno zawierać pomieszczenia robocze dla dziennikarzy oraz salę konferencyjną. Należy zapewnić specjalny obszar, dla co najmniej 15 fotoreporterów, jeśli możliwe w postaci oddzielnego, w pełni wyposażonego obszaru roboczego [stanowi to faktyczne powielenie treści PFU zawartej w pkt 05.06, wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt II.b) uzasadnienia odwołania] obsługa medialna musi dysponować oddzielnym wejściem na obiekt [stanowi to faktyczne powielenie treści PFU zawartej w pkt 05.06, wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt II.c) uzasadnienia odwołania] na środku trybuny głównej powinna znajdować się Loża prasowa dla przedstawicieli mediów, musi posiadać przynajmniej 50 zadaszonych miejsc, z których 25 musi być wyposażone w pulpity stałe stanowiska prasowe z odpowiednimi blatami na laptop, notatnik, telefon, z odpowiednimi łączami - elektryczne, telefon/ modem. [stanowi to faktyczne powielenie treści PFU zawartej w pkt 05.06] Zaprojektowane pomieszczenie mediów w poziomie II-go piętra nie spełnia wszystkich wymogów w zakresie wymienionym powyżej. Z geometrii widowni wynika brak możliwości zorganizowania loży prasowej spełniającej wymagania Zamawiającego z jednoczesnym spełnieniem wymogów miejsca roboczego pracy przedstawicieli mediów i fotoreporterów (brak miejsca roboczego dla fotoreporterów z blatami roboczymi w poziomie parteru) [wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt II.d) uzasadnienia odwołania] zgodnie z pkt 05.05.03 PFU stadion powinien posiadać przynajmniej jeden stały punkt sprzedaży artykułów Spożywczych i

napojów, dostępny dla kibiców znajdujących się na stadionie; a także po 2 - 3 okazjonalne punkty gastronomiczne na każdej trybunie. Jeden z punktów, zlokalizowany w trybunie zachodniej w poziomie parteru (z dostępem z zewnątrz i wewnątrz), należy projektować w formie restauracji. [stanowi to faktyczne powielenie treści PFU zawartej w pkt 05.05.03] Wykonawca zamiennie zaproponował 2~kondygnacyjny pub - z wejściem z parteru, natomiast restauracja została zlokalizowana w poziomie I-go piętra [wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt II.e) uzasadnienia odwołania] Z uwagi na fakt, że korekty, które należałoby wprowadzić w przedłożonej przez Wykonawcę koncepcji, doprowadzą do znacznych zmian w podejściu do zaproponowanych rozwiązań przestrzenno-funkcjonalnych, oferta złożona przez J .S.K. Architekci sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p [wobec tego zapisu podniesiony został zarzut z pkt II.f) uzasadnienia odwołania]”

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego. Z uwagi na złożone przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą oświadczenie o wycofaniu zarzutów odnoszących się do czynności podjętych przez Zamawiającego wobec drugiej z odrzuconych przez niego ofert, Izba zarzutów tych nie rozpoznawała.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż część ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla zakresu kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem, co do zasady, wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Co do zasady, dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba

władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego niezuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku, gdy Odwołujący określi w sposób precyzyjny stan faktyczny (wskaże na konkretne dokonane przez Zamawiającego czynności, czy też na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania określonej czynności, z którego ten się nie wywiązał) i odniesie tenże stan faktyczny do określonej normy prawnej (nawet bez przywołania konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp), wskazując przy tym na czym zarzucane przez niego naruszenie miałyby polegać i jakie, jego zaistnienie, rodzi konsekwencje dla sfery jego interesów, to takie sformułowanie zarzutu uznane zostać winno za wystarczające dla Izby, aby ta mogła orzec o zasadności tak postawionego zarzutu.

Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać

na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słuszością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejże właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, za istotny dla rozstrzygnięcia Izba uznała zakres niezgodności zarzucanych przez Zamawiającego treści oferty złożonej przez Odwołującego. W tym kontekście, z uwagi na normę prawną wypływającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, koniecznym było ustalenie rzeczywistej treści oferty złożonej przez Odwołującego, jak również odpowiedniej treści SIWZ, z którą treść tejże oferty należałoby zestawić, a następnie rozważenie, czy rozbieżności między tymi dwoma dokumentami, w takim wymiarze, jaki ustalił ich zaistnienie Zamawiający i opisał je w piśmie z dnia 3 lutego 2015 r., faktycznie miały miejsce.

Dla ustalenia istotnej dla rozstrzygnięcia treści oferty koniecznym było przesądzenie o charakterze składanej Zamawiającemu wraz z ofertą uproszczonej koncepcji architektoniczno-urbanistycznej (koncepcja) – stanowiła ona bowiem (zarówno treść jej opisowej części, jak i jej część graficzna) element składający się na treść oferty, będący autorską propozycją wykonawcy, która miała być jednocześnie wypełnieniem wszystkich wymagań opisanych w SIWZ, a w szczególności OPZ i PFU. Tak zostało to wyraźnie zapisane w pkt XII.3 części I SIWZ – koncepcja „*ma spełniać wszelkie założenia i warunki określone w*” PFU, a w przypadku gdy będzie ona z tymi założeniami niezgodna, wówczas „*oferta będzie podlegać odrzuceniu*” (pkt XII.3.5) części I SIWZ). Co istotne, zgodnie z pkt 03.02 PFU przedstawiona wraz ofertą koncepcja podlegała ponownemu projektowaniu w pełnym zakresie już na etapie realizacji umowy. Do tego właśnie etapu odnosiły się zapisy zawarte w pkt 1.3 OPZ (i analogiczne zapisy zawarte w kolejnych punktach PFU, które przywoływał Odwołujący), zgodnie z którymi „*Wybrany oferent przy opracowaniu koncepcji przebudowy stadionu i zagospodarowania terenu, może zaproponować swoje sugestie wraz z ich uzasadnieniem. Zamawiający będzie mógł dokonać akceptacji zaproponowanych rozwiązań w zakresie które będą zgodne z jego oczekiwaniami i nie będą w sprzeczności przepisami związków sportowych i prawa budowlanego.*” W ocenie Izby przywołany zapis OPZ odnosi się do etapu realizacji umowy, kiedy wykonawca, z którym Zamawiający podpisze umowę (mowa tam wyraźnie o „*wybranym oferencie*”, a zatem nie o każdym wykonawcy, który przedstawi Zamawiającemu swą ofertę

przed upływem terminu składania ofert) będzie zobowiązany opracować pełną wielobranżową koncepcję projektową na podstawie uproszczonej koncepcji wybranej oferty z uwzględnieniem uwag Zamawiającego, tak jak to określał pkt III.1.1) Części I SIWZ. Tym samym koncepcja przedstawiona z ofertą winna być zgodna z wszelkimi wymaganiami SIWZ, a dopiero na etapie realizacji umowy, wybrany wykonawca będzie uprawniony do zaproponowania odmiennych niż w uproszczonej koncepcji rozwiązań, które Zamawiający będzie uprawniony, a nie zobowiązany, zaakceptować. W takim przypadku koncepcja złożona wraz z ofertą miałyby być punktem wyjścia przy opracowywaniu pełnej wielobranżowej koncepcji projektowej. Dla rozstrzygnięcia odwołania istotnym było jednak to, że koncepcja złożona wraz z ofertą nie mogła przewidywać rozwiązań, które byłyby sprzeczne z założeniami i wymaganiami opisanym w SIWZ, a w szczególności w PFU. Stąd też ustalenie zaistnienia jakiegokolwiek rozbieżności, która nie mogłaby być poprawiona w trybie art. 87 ustawy Pzp, pociągało za sobą obowiązek ustalenia, że oferta z taką koncepcją podlegałaby odrzuceniu.

Kierując się tak poczynionymi założeniami, Izba rozstrzygnęła o zasadności kolejnych zarzutów stawianych przez Odwołującego Zamawiającemu i dokonanej przez niego czynności odrzucenia oferty przez niego złożonej. W tym właśnie zakresie Izba ustaliła i zważyła co następuję (zachowana została systematyka nadana zarzutom sformułowanym w tym zakresie przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania).

- I. w odniesieniu do zastrzeżeń w zakresie projektu zagospodarowania terenu:
 1. co do zarzutów w zakresie nieuwzględnienia istniejących uwarunkowań terenu:
 - a) W ocenie Izby w odniesieniu do obszaru terenu inwestycji objętych niwelacją terenu czy objętości mas ziemnych, które można wyprowadzić poza teren inwestycji, nie określono w SIWZ warunków brzegowych – takich zapisów SIWZ nie przywołał w toku rozprawy przed Izbą, czy też we wcześniejszych swych pismach (choćby w uzasadnieniu odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego) Zamawiający. Co szczególnie istotne brak takich warunków brzegowych w przytoczonym w uzasadnieniu pisma z dnia 3 lutego 2015 r. pkt 07.08 PFU. Tak w tym, jak i przywoływanych w toku rozprawy przed Izbą, pkt 05.01.B PFU oraz pkt 1.3 OPZ (jak to przyznał sam Zamawiający jednobrzmiących w tym zakresie), brak ostro zakreślonej granicy, której wykonawcy sporządzając koncepcję nie powinni przekroczyć. Użyto tam sformułowań „*możliwe jest*”, „*sugeruje się*”, które nie sposób uznać za opisujące stanowczy wymóg nie możliwy do spełnienia po przekroczeniu przez wykonawcę wartości granicznej. Mając to na uwadze, Izba uznała za nieistotne dla rozstrzygnięcia to, czy sporna koncepcja przewidywała niwelację

terenu na ok 1,1 ha (jak twierdził to Odwołujący), czy też na ok. 1,9 ha, jak twierdził to Zamawiający. Pewnym w kontekście tych ostatnich twierdzeń było również to, że Strony już na etapie postępowania odwoławczego były zgodne co do tego, że koncepcja przedstawiona przez Odwołującego nie przewidywała niwelacji całości terenu inwestycji (ten bowiem ustalały na ok. 9 lub 12 ha). Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że w stopniu wystarczającym Odwołujący udowodnił, że w omawianym zakresie Zamawiający bezpodstawnie zarzucił ofercie złożonej przez Odwołującego niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

- b) W przypadku tego zarzutu, podobnie, jak w przypadku zagadnienia niwelacji terenu, również w tym kontekście Zamawiający nie przywołał zapisów SIWZ, które przesądzałyby o niezgodności przedstawionej mu oferty, w tym koncepcji, z postawionymi w postępowaniu wykonawcom wymaganiami odnoszącymi się do zieleni objętej koncepcją. Brak takich warunków brzegowych w przytoczonym w uzasadnieniu pisma z dnia 3 lutego 2015 r. pkt 07.08 PFU. Brak takich warunków również w przywoływanym w toku rozprawy przed Izbą pkt 04.04.01.A PFU, gdzie mowa jest o wykorzystaniu istniejącego zadrzewienia i zakrzewienia w zakresie możliwym do zaadoptowania – nie oznaczono tam w żaden sposób możliwego do zaadaptowania zakresu. Innych postanowień SIWZ Zamawiający nie przywoływał, stwierdzając, że w SIWZ brak takich wymogów. Nie przedstawił też Zamawiający żadnych dowodów potwierdzających przewidywaną przez Odwołującego zarzucaną mu „dużą wycinkę zieleni”. Tymczasem zgodnie z opisową częścią koncepcji *„projekt w minimalnym stopniu ingeruje w istniejącą zieleń, większość drzewostanu na terenie inwestycji zostanie zachowana lub przesadzona stając się integralną częścią projektowanego zagospodarowania terenu”*. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że w stopniu wystarczającym Odwołujący udowodnił, że w omawianym zakresie Zamawiający bezpodstawnie zarzucił ofercie złożonej przez Odwołującego niezgodność jej treści z treścią SIWZ.
- c) W ocenie Izby prezentowane przez Zamawiającego stanowisko w toku rozprawy przed Izbą pozostaje w sprzeczności z uzasadnieniem odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, które zawarte zostało w piśmie z dnia 3 lutego 2015 r. W piśmie tym zawarte zostało stwierdzenie, że Odwołujący nie przewidział wyjazdu z parkingu Centrum „Aquasfera” i przyległego placu przeciwpożarowego. Tymczasem w toku rozprawy przed Izbą, jak i w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający zarzucał brak dojazdu do powołanych lokalizacji, a zatem nieuwzględnienie drogi prowadzącej ruch w stronę przeciwną do tej, o której pisał w uzasadnieniu odrzucenia. Co istotne w tym kontekście, Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą, twierdził, że droga oznaczona na wycinku rysunku nr 1

zaprezentowanym na stronie 10 odwołania jest istniejącym już obecnie wyjazdem z parkingu Centrum „*Aquasfera*” i przyległego placu przeciwpożarowego. Tym samym Zamawiający jednoznacznie potwierdził, że przedstawiona przez Odwołującego koncepcja, w omawianym tu zakresie, odzwierciedla wiernie istniejący obecnie stan faktyczny. Oświadczenie to stało w oczywistej sprzeczności z twierdzeniami zawartymi w piśmie z dnia 3 lutego 2015 r., całkowicie podważając ich wiarygodność. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że w stopniu wystarczającym Odwołujący udowodnił, że w omawianym zakresie Zamawiający bezpodstawnie zarzucił ofercie złożonej przez Odwołującego niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

- d) Tak w uzasadnieniu odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego zawartym w piśmie z dnia 3 lutego 2015 r., jak i odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie przywołał zapisów SIWZ, które nakładałyby na wykonawcę sporządzającego koncepcję obowiązku przewidzenia dojazdu samochodom służb specjalnych do budynku Centrum „*Aquasfera*” bezpośrednio od strony wschodniej. Co istotne, Zamawiający, na tym etapie postępowania (w chwili odrzucania oferty Odwołującego) nie formułował zarzutów nieuwzględnienia dojazdu do powołanego budynku od innej strony niż wschodnia, czy też braku dojazdu dla takich pojazdów do innych, niż Centrum „*Aquasfera*”, budynków. Co równie ważne, nie wskazał on podstaw do żądania od wykonawców obowiązku przewidzenia dojazdu samochodom służb specjalnych do budynku Centrum „*Aquasfera*” w ogóle, a nie tylko od strony wschodniej. Taki obowiązek nie wynika w żaden sposób z przytoczonego w uzasadnieniu pisma z dnia 3 lutego 2015 r. pkt 07.08 PFU. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że w stopniu wystarczającym Odwołujący udowodnił, że w omawianym zakresie Zamawiający bezpodstawnie zarzucił ofercie złożonej przez Odwołującego niezgodność jej treści z treścią SIWZ.
- e) Dostrzeżenia wymaga, że w punkcie tym Odwołujący prowadzi polemikę z samą tylko treścią SIWZ. Odnosi się on bowiem do zacytowanego przez Zamawiającego fragmentu pkt 07.08 PFU, z którego to treścią, zgodnie z uzasadnieniem zawartym w piśmie z dnia 3 lutego 2015 r., miały być niezgodne rozwiązania zaproponowane przez Odwołującego i opisane przez Zamawiającego w tej części uzasadnienia odrzucenia powołanej ofert, która była kwestionowana w pkt I.1.a)-d). Mając zatem na uwadze, że twierdzenia formułowane przez Odwołującego nie odnosiły się do czynności podjętych przez Zamawiającego wobec oferty złożonej przez tego wykonawcę, Izba uznała, że tak sformułowane zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Co wymaga podkreślenia, twierdzenia formułowane przez Zamawiającego dopiero na etapie odpowiedzi na odwołanie, które miałyby

doprowadzić do uznania koncepcji przedstawionej przez Odwołującego za niezgodnej z SIWZ, także w zakresie zapisów przywoływanych w uzasadnieniu zarzutu stawianego w tym punkcie odwołania, musiały zostać uznane przez Izbę za spóźnione, a tym samym nie podlegające kognicji Izby w rozpoznawanej sprawie.

f) Izba podjęła analogiczne ustalenia, jak w odniesieniu do pkt I.1.e).

g) Izba podjęła analogiczne ustalenia, jak w odniesieniu do pkt I.1.e).

2. W odniesieniu do tego zarzutu, Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, z uwagi na ustaloną niezgodność treści tej oferty z treścią SIWZ. Za rozstrzygający w tej materii uznała Izba zapis pkt 05.02 PFU w zakresie określającym zalecenia do etapowania, zgodnie z którym *„rzut stadionu należy podzielić na 3 lub 4 odrębne trybuny, możliwe do realizacji w różnych etapach”*. W ocenie Izby zasadnie, w oparciu o powołany zapis, oczekiwał Zamawiający zapewnienia mu swobody etapowania prac – innymi słowy, pozostawienia mu możliwości wyboru, czy przewidziane w koncepcji odrębne trybuny będą realizowane w dwóch, trzech czy też w czterech etapach. Tymczasem zgodnie z opisową częścią koncepcji Odwołujący przewidział jeden tylko wariant etapowania prac – całość robót podzielił na dwa etapy. Podział ten znajduje potwierdzenie na jednym z rysunków graficznej części koncepcji. Co istotne Odwołujący nie przywołał żadnych zapisów złożonej Zamawiającemu oferty, w tym koncepcji, które w sposób oczywisty potwierdzałyby możliwość rozpisania całości robót na więcej niż dwa etapy. Nie były takimi zapisami, te które odwoływały się do konstrukcji stadionu, szczególnie wobec jednoznacznych zapisów odnoszących się do etapowania prac i wyraźnego rozpisania tych prac na dwa kolejne etapy. Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, że tak zaprezentowany zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

II. w odniesieniu do zastrzeżeń w zakresie obiektu kubaturowego:

a) Zarzut zawarty w tym punkcie uzasadnienia odwołania został przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie uznany jako zasadny. Uznając oświadczenie Zamawiającego, jako wiarygodne przyznanie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, Izba uznała, że wykazane zostało przez Odwołującego, że zarzut przez niego sformułowany w omawianym tu zakresie winien zostać uwzględniony.

b) Izba podjęła analogiczne ustalenia, jak w odniesieniu do pkt I.1.e), co oczywiste z tą tylko różnicą, że Odwołujący w tym punkcie odwołania polemizuje z powieloną przez Zamawiającego treścią PFU zawartą w pkt 05.06, a przywołaną w uzasadnieniu zarzutów stawianych ofercie złożonej przez Odwołującego, które to zarzuty Odwołujący kwestionował w pkt II.d).

- c) Izba podjęła analogiczne ustalenia, jak w odniesieniu do pkt II.b).
- d) Jak ustaliła Izba, zarzut stawiany w tym punkcie uzasadnienia odnosił się do zawartego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego stwierdzenia: *„Zaprojektowane pomieszczenie mediów w poziomie II-go piętra nie spełnia wszystkich wymogów w zakresie wymienionym powyżej. Z geometrii widowni wynika brak możliwości zorganizowania łoża prasowej spełniającej wymagania Zamawiającego z jednoczesnym spełnieniem wymogów miejsca roboczego pracy przedstawicieli mediów i fotoreporterów (brak miejsca roboczego dla fotoreporterów z blatami roboczymi w poziomie parteru)”. W pozostałym bowiem zakresie odwołanie się do zapisu uzasadnienia zawartego w piśmie z dnia 3 lutego 2015 r. zawierało przywołanie zapisów pkt 05.06 PFU, musiało zatem zostać ocenione analogicznie, jak w odniesieniu do pkt II.b).*

Tak zakrojony przez Odwołującego zarzut potwierdził się jedynie w części, tj. w odniesieniu do twierdzeń odnoszących się do obowiązku zagwarantowania fotoreporterom miejsca roboczego na poziomie parteru. W ocenie Izby, nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby SIWZ wymagała zlokalizowania takiego miejsca roboczego dla fotoreporterów na poziomie parteru. Obszar taki winien być zagwarantowany w powierzchni określonej mianem *„Centrum Informacyjno-Prasowe”*, na poziomie K3 – pozycja 58 K3/A, co choć tylko pośrednio przyznaje sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Co istotniejsze, już w świetle samego tylko przytoczonego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego pkt 05.06 PFU specjalny obszar dla fotoreporterów należy zapewnić, jeżeli to możliwe, w postaci oddzielnego, w pełni wyposażonego, obszaru roboczego. Tak postawiony wymóg nie mógł zostać uznany za warunek, którego niespełnienie pociągałoby za sobą obowiązek odrzucenia oferty. Z brzmienia powołanego punktu, zdaniem Izby, wynika to, że Zamawiający dopuszczał możliwość nie ujęcia takiego oddzielnego, w pełni wyposażonego, obszaru roboczego dla fotoreporterów, a wymagał go tylko o tyle, o ile wykonawca konstruujący ofertę uzna taki warunek za możliwy do zrealizowania. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że w stopniu wystarczającym Odwołujący udowodnił, że w omawianym zakresie Zamawiający bezpodstawnie zarzucił ofercie złożonej przez Odwołującego niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

Odmienne Izba oceniła twierdzenia Odwołującego w zakresie odnoszącym się do spełnienia przez koncepcję ujęcia w jej treści odpowiednich pomieszczeń mających stanowić łożę prasową. Brak ten Zamawiający zarzucał Odwołującemu, tak w piśmie z dnia 3 lutego 2015 r., jak i w odpowiedzi na odwołanie. Jak sam to

przyznał w toku rozprawy przed Izba Odwołujący w pkt 06.01 PFU zawarty został spis pomieszczeń, które powinna uwzględniać koncepcja. W pozycji 64, na kondygnacji K4/A, wskazana została łoża prasowa o powierzchni ok. 70 m². Tymczasem w wykazie pomieszczeń zawartym w opisowej części koncepcji brak wskazania na takie właśnie pomieszczenie. Odwołujący w tym kontekście wyjaśniał, że przewidział łożę prasową jako otwartą przestrzeń na widowni. Nie kwestionował przy tym twierdzeń Zamawiającego, że co prawda stawiane wykonawcom wymogi co do łoża prasowej wykraczają poza wytyczne związków sportowych, to jednak nie są one z nimi sprzeczne, a co za tym idzie, możliwym było ich postawienie. Podnosił on jedynie, że w jego ocenie miał prawo do zaproponowania odmiennych niż opisane w PFU rozwiązań. Mając to na uwadze, Izba uznała, że omawianym tu zakresie, Odwołujący nie wykazał, że treść przedstawionej przez niego koncepcji odpowiada treści SIWZ, a tym samym nie wykazał on, że w omawianym zakresie Zamawiający bezpodstawnie odrzucił złożoną przez niego ofertę.

- e) Mając na uwadze podnoszone przez Odwołującego jedynie funkcjonalne rozróżnienie pomiędzy pubem a restauracją, oparte o obsługę kelnerską i kartę jadłospisową (charakteryzujące restauracje), a także wobec braku jakichkolwiek innych zastrzeżeń Zamawiającego zgłaszanych w tym zakresie w odniesieniu do tych dwóch pomieszczeń (choćby do ich powierzchni), Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, że zarzut stawiany Odwołującemu w piśmie z dnia 3 lutego 2015 r. zasługiwał na uznanie. Jak to podnosił Odwołujący, a co *de facto* przyznał Zamawiający, nawet w powołanym piśmie z dnia 3 lutego 2015 r., przewidział on odpowiednie pomieszczenia mogące spełniać funkcje gastronomiczne wymagane w pkt 05.05.03 PFU – oznaczone w koncepcji jako pub i restauracja, a zatem pomieszczenia o odpowiedniej funkcjonalności przestrzeni nimi objętej. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że w stopniu wystarczającym Odwołujący udowodnił, że w omawianym zakresie Zamawiający bezpodstawnie zarzucił ofertę złożonej przez Odwołującego niezgodność jej treści z treścią SIWZ.
- f) Zarzut stawiany w tym punkcie sprowadzał się w swej istocie to prostego zaprzeczenia twierdzeniu, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego. Jak to już zostało ustalone, Odwołujący w odniesieniu nie do wszystkich zarzutów stawianych przez Zamawiającego złożonej przez niego ofercie wykazał, że stawiane były one bezpodstawnie. W takim zaś przypadku niemożliwym było uznanie, że sama czynność odrzucenia oferty tegoż wykonawcy stanowiła naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby treść przedstawionej przez Odwołującego pozostawiała jakiegokolwiek wątpliwości, czy też aby możliwa była jej korekta w trybie art. 87 ustawy Pzp w zakresie w jakim jest do dopuszczalne w świetle tego przepisu ustawy.

Kierując się tym przekonaniem Izba nie znalazła również podstaw do przyjęcia, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy obie złożone mu oferty zostały odrzucone.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: