

Sygn. akt: KIO 145/16

**WYROK**

**z dnia 18 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2016 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa i AGB 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Radomiu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Narutowicza 9, 26-600 Radom**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROSA-BUD Spółka akcyjna i MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna, ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa i AGB 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa i AGB 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa i AGB 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** na rzecz **Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Radomiu Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Narutowicza 9, 26-600 Radom** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Radomiu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie prac projektowych i robót budowlanych dotyczących obiektu sportowego obejmującego halę sportowo-widowiskową i stadion piłkarski wraz z robotami rozbiórkowymi w Radomiu przy ul. Struga. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 poz. 2164), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 października 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 208-376936.

W dniu 3 lutego 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa i AGB 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROSA-BUD S.A. oraz MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. (dalej: „konsorcjum ROSA-BUD”) oraz zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum ROSA-BUD jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ROSA-BUD, która jest niezgodna z treścią SIWZ;
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie konsorcjum ROSA-BUD do złożenia nowej koncepcji architektonicznej i umożliwienie konsorcjum ROSA-BUD zmiany treści przedmiotowego dokumentu;
- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie przez zamawiającego do zmiany oferty konsorcjum ROSA-BUD po otwarciu ofert;
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym poprzez brak rzetelnej oceny oferty konsorcjum ROSA-BUD.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

- I. Zarzut niezgodności treści oferty konsorcjum ROSA-BUD w zakresie posadowienia płyty boiska i nieuprawnione wezwanie wykonawcy do złożenia prawidłowego dokumentu koncepcji architektonicznej w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, iż podstawowym obowiązkiem wykonawców w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest przygotowanie oferty zgodnie z wymogami SIWZ i pozostałą dokumentacją przetargową. Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie zamawiający w załączonym do SIWZ Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: „PFU”) wskazał, jakie cechy i właściwości ma spełniać oferowany przez wykonawców stadion. Wykonawcy byli zobowiązani zaoferować dla zadania II stadion zgodny z wymaganiami zamawiającego, określonymi głównie w PFU. W celu oceny czy zaoferowane roboty budowlane (w tym projektowe) są zgodne z treścią wymagań zamawiającego, zamawiający zawarł w Rozdziale XIII ust. 3 pkt 3 SIWZ obowiązek przedłożenia z ofertą koncepcji architektonicznej określając jej zakres.

Odwołujący podkreślił, że koncepcja architektoniczna stanowi dokument będący elementem oferty, który potwierdza treść złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli. Zdaniem odwołującego, okoliczność, że zamawiający dopuścił - w przypadku braku koncepcji - jej uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie oznacza, że po otwarciu ofert wykonawcy mogą dowolnie zmieniać koncepcję w sposób rzutujący na treść złożonej oferty. Odwołujący przyznał, że wykonawcy co do zasady byli uprawnieni do złożenia koncepcji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku jej braku lub do jej uzupełnienia w przypadku, gdy złożona Koncepcja nie zawierała w swojej treści elementów istotnych dla zamawiającego (np. brak było wymaganych wizualizacji). Zdaniem odwołującego, działaniem zgodnym z przepisami ustawy Pzp byłoby również wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści koncepcji w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyby zamawiający powziął wątpliwości odnośnie jej treści. Jednakże, jak stwierdził odwołujący, działaniem naruszającym zasady równego traktowania wykonawców i działania w oparciu o przepisy ustawy Pzp było dopuszczenie przez zamawiającego do złożenia przez konsorcjum ROSA-BUD nowej, poprawionej koncepcji, która zawiera zupełnie odmienne rozwiązania od pierwotnie złożonej wersji. Odwołujący zaznaczył, że z treści przedłożonej przez wykonawcę koncepcji w sposób wyraźny i jednoznaczny wynikało, że jest ona niezgodna z SIWZ i jest to niezgodność nieusuwalna.

Jak zauważył odwołujący, zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2016 r. działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał konsorcjum ROSA-BUD do złożenia wyjaśnień

potwierdzających, że załączona do oferty koncepcja spełnia wymagania opisane przez zamawiającego, w tym także wymagania dotyczące możliwej tolerancji dla poziomu płyty boiska piłkarskiego w stosunku do poziomu płyty hali sportowej. Jednocześnie zamawiający wskazał dalej, że jeśli okazałoby się, iż załączona koncepcja nie spełnia ww. wymagań, działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywa konsorcjum ROSA-BUD pod rygorem odrzucenia oferty (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) oraz zaboru wadium do złożenia prawidłowego dokumentu, o którym mowa w Rozdziale XIII pkt 3.3 SIWZ, tj. koncepcji potwierdzającej, że oferowane usługi, dostawy i roboty budowlane spełniają wymagania opisane przez zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że przekazana na wezwanie zamawiającego wraz z pismem z dnia 15 stycznia 2016 r. poprawiona koncepcja zawiera odmienną treść od wcześniejszego oświadczenia konsorcjum ROSA-BUD, bowiem konsorcjum ROSA-BUD w sposób zasadniczy zmieniło poziom posadowienia płyty boiska, który w pierwotnej koncepcji wynosił 4,3 m poniżej poziomu parteru hali, a obecnie jest na poziomie 1 m. Odwołujący stwierdził, że roboty budowlane zaoferowane przez konsorcjum ROSA-BUD w ofercie nie spełniały minimalnych wymagań zamawiającego określonych w Rozdziale XIII pkt 3.3 lit. a) SIWZ w zakresie poziomu płyty boiska. Odwołujący zauważył, że zamawiający w wezwaniu z dnia 8 stycznia 2016 r. wskazał, że „rozwiązania przyjęte w załączonej do oferty koncepcji projektowej (dokument wymagany na podstawie Rozdziału XIII pkt 3.3 SIWZ [...], zgodnie z którą - wskutek częściowej niwelacji skarpy - poziom płyty boiska jest o 4,3 m poniżej poziomu parteru hali, sugerują, iż w/w koncepcja może pozostawać sprzeczna z zapisami PFU. Zgodnie z treścią stosownego zapisu PFU: „rzędna wysokości płyty boiska powinna wynosić +/- 0,00 (+/- 100 cm), gdzie +/- 0,00 należy przyjąć, jako poziom płyty boiska w hali sportowej”. Kwestia ta była również wyjaśniana przez Zamawiającego (wyjaśnienie na Zapytanie nr 35 Pytanie 30 z dn. 14.12.2015 r., w którym potwierdzono, że zapis ten oznacza możliwą tolerancję dla poziomu płyty boiska piłkarskiego +/-100 cm w stosunku do poziomu płyty hali sportowej)”.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum ROSA-BUD składając ofertę złożyło oświadczenie woli, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie ze specyfikacją, a na dowód, że oferta spełnia wymagania określone w SIWZ, jako jeden z załączników przedłożyło wymaganą koncepcję architektoniczną. Konsorcjum ROSA-BUD składając ofertę potwierdziło tym samym, że wykona roboty budowlane (w tym prace projektowe) w sposób określony w koncepcji. Bezsporne jest, jak zauważył odwołujący, że pierwotna koncepcja architektoniczna była niezgodna z SIWZ (i PFU) co najmniej w zakresie poziomu posadowienia boiska. Odwołujący zwrócił uwagę, że konsorcjum ROSA-BUD na wezwanie zamawiającego nie próbowało wyjaśniać błędów w swojej koncepcji, tylko przedłożyło

odmienną koncepcję. Odwołujący zaznaczył, że wymóg, aby płyta boiska była posadowiona na określonym poziomie zgodnym z PFU miał dla zamawiającego istotne znaczenie, skoro w specyfikacji ujął tą wartość jako jeden z obligatoryjnych elementów, które ma zawierać koncepcja.

Odwołujący wskazał także na konsekwencje zmiany dokonanej przez konsorcjum ROSA-BUD - w złożonej przez konsorcjum ROSA-BUD ofercie wykonawcy zadeklarowali wykonanie stadionu z płytą boiska na poziomie 4,3 m w stosunku do hali, za które to zadanie zgodnie z treścią Załącznika nr 15 do oferty - Zbiornicze zestawienie kosztów budowy stadionu piłkarskiego (I etap) - zaproponowali kwotę 34 955 370,00 PLN. W konsekwencji niedozwolonej zmiany treści oferty, konsorcjum ROSA-BUD dokonało poprawienia swojej koncepcji i zaproponowało odmienne posadowienie płyty boiska, która to zmiana spowodowała, że wykonawcy powinni uwzględnić w ofercie zmianę ceny. Odwołujący podkreślił, że zmiana koncepcji nie stanowi jedynie „zmiany rysunku”, a pociąga za sobą szereg konsekwencji w zakresie kosztorysowania oferty i zmianę ceny, tj. zmiany ZZK (zmiana posadowienia, zmiana konstrukcji, zmiana instalacji zew. itd., itp.). Jak zaznaczył odwołujący, w Załączniku nr 15 ZZK do ofert konsorcjum ROSA-BUD powinny zostać uwzględnione koszty wynikające ze zmiany koncepcji, jednakże zgodnie z treścią Rozdziału XIII pkt 3.4 SIWZ ZZK, jako dokumenty stanowiące treść oferty, nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak zauważył odwołujący, treść dokumentu, jakim była pierwotna koncepcja architektoniczna ROSA-BUD, w sposób nie budzący wątpliwości wskazywała, że zaoferowane roboty budowlane nie spełniają wymagań SIWZ co najmniej w zakresie posadowienia płyty boiska. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2543/14), w którym stwierdzono, że „Jeżeli w dokumencie potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego jest jednoznacznie, wyraźnie, bez żadnych wątpliwości określony przedmiot zamówienia, przy czym nie ma sprzeczności między tym dokumentem a innymi dokumentami załączonymi do oferty, to w takim wypadku wymiana tego dokumentu oznaczałaby zmianę treści oferty. Dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego mogą określać równocześnie treść oferty (tj. zakres, rodzaj świadczenia)”. Odwołujący stwierdził, że zamawiający dopuszczając przedłożenie przez konsorcjum ROSA-BUD nowej, poprawionej koncepcji zezwolił na zmianę treści oferty, która w niniejszych okolicznościach była niedozwolona - zamawiający dopuścił zmianę rozwiązań architektonicznych, których wcześniej konsorcjum ROSA-BUD nie przewidziało.

Odwołujący podniósł ponadto, że w przypadku zaoferowania przez wykonawcę

rozwiązań niezgodnych z PFU, obowiązkiem zamawiającego było ustalenie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak wskazał odwołujący, w doktrynie przyjmuje się, iż obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp występuje, gdy treść oferty - oświadczenia wykonawcy zawierającego zobowiązanie do zaspokojenia potrzeb i wymagań zamawiającego opisanych w SIWZ jest niezgodna z treścią SIWZ - nie odpowiada w swej treści powołanemu opisowi potrzeb i wymagań zamawiającego. Opis ten dotyczy merytorycznych warunków realizacji przedmiotu zamówienia, a zamawiający jest zobowiązany zweryfikować ocenianą ofertę pod kątem zapewnienia przez nią realizacji w całości tegoż przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że niedopuszczalne było uzupełnienie koncepcji o treści inne niż w pierwotnie złożonej ofercie - przyzwolenie przez zamawiającego na taką ingerencję w treść oferty konsorcjum ROSA- BUD stanowiło rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż doprowadziło do zmiany istotnych elementów oferty - mających wpływ na cenę - po upływie terminu do składania ofert.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 ze zm.), zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Bliżej zadania PFU precyzuje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r., poz. 2072), które w § 15 podaje, iż PFU służy do ustalania planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. PFU z definicji ustawy, zawiera ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakich osiągnięcie zamawiający zamierza uzyskać. Jednakże należy zważyć, zdaniem odwołującego, że przepis § 18 ust. 1 ww. rozporządzenia przewiduje, iż część opisowa PFU obejmuje opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ust. 2 § 18 ww. rozporządzenia mówi zaś, iż należy je określić podając odpowiednio w zależności od specyfiki obiektu budowlanego, wymagania dotyczące między innymi: architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia, zagospodarowania terenu. Odwołujący zauważył, że cytowane wyżej przepisy dają zamawiającemu prawo uszczegółowienia jego wymagań. Jak wskazał odwołujący, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający z tego prawa skorzystał i wyznaczył w PFU skonkretyzowane warunki odnośnie treści ofert, których spełnienie uznał za wiążące i podniósł do rangi istotnych postanowień SIWZ. Takimi warunkami były

minimalne wymagania określone w Rozdziale XIII pkt 3.3 SIWZ - między innymi dotyczące posadowienia płyty boiska.

Odwołujący przywołał treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2011 r. (sygn. akt: KIO 1071/11), w którym Izba wskazała: „Tryb przetargu nieograniczonego zakłada z mocy ustawy złożenie oferty o treści zgodnej z wymaganiami SIWZ, bez możliwości uzupełnień i zmian po wyznaczonym terminie składania ofert. Wyklucza więc prowadzenie jakichkolwiek negocjacji z wykonawcami. Dopuszczalne jest jedynie składanie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, które nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, jak również do uzupełniania oferty o postanowienia, czy dokumenty przedmiotowo istotne, których w pierwotnej wersji oferta nie zawierała. Ponadto ustawodawca w art. 87 ust. 2 Pzp dopuścił jedynie prostowanie omyłek: pisarskich, rachunkowych i innych nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Uzupełnianie zaś dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może odnosić się do takich, które jedynie potwierdzają pierwotną treść oferty. Można przykładowo wymienić: opisy producenta, karty katalogowe wyrobu, opisy własne wykonawcy, fotografie itp., których zamawiający w tym postępowaniu nie wymagał. Z natury przetargu nieograniczonego wynika, że wszystkie wymagania, które ma spełniać oferta, zamawiający określa w SIWZ, a następnie prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty, ustalone w SIWZ przez siebie warunki, egzekwuje dokładnie w sposób, w jaki zostały przewidziane. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, w tym przypadku formularza oferty i załączników stanowiących jego integralną część, które łącznie określają treść zaoferowanego świadczenia i nie mogą ulegać zmianie i uzupełnieniom, poza dopuszczalnymi przypadkami prostowania omyłek i składamy wyjaśnień. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert, odstępować od jakichkolwiek ustalonych w SIWZ wymagań”. Jak podkreślił odwołujący, przywołana powyżej argumentacja jest ugruntowanym stanowiskiem doktryny i judykatury.

## II. Inne niezgodności treści koncepcji z SIWZ

Odwołujący podniósł ponadto, że załączona do oferty koncepcja była niezgodna z treścią SIWZ również w innych aspektach określonych w Rozdziale XIII pkt 3.3 SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że również kolejna koncepcja zawiera te same uchybienia.

### 1. Charakter prawny dokumentu - koncepcji architektonicznej, określonej w Rozdziale XIII pkt 3.3 SIWZ



Odwołujący zwrócił uwagę, że w piśmie z dnia 18 stycznia 2016 r. wskazał zamawiającemu, jakie niezgodności z treścią SIWZ zawiera koncepcja konsorcjum ROSA-BUD. W konsekwencji, zamawiający w dniu 19 stycznia 2016 r. wystosował do konsorcjum ROSA-BUD kolejne wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie wątpliwości dotyczących niezgodności przedstawionej koncepcji z wymaganiami zawartymi w PFU. Na powyższe wezwanie konsorcjum ROSA-BUD w piśmie z dnia 22 stycznia 2016 r. ograniczyło się do udzielenia odpowiedzi, że załączona koncepcja zgodna jest z treścią SIWZ. Dodatkowo konsorcjum ROSA-BUD przywołało definicję koncepcji architektonicznej jaką znalazło na Wikipedii. Ponadto, konsorcjum ROSA-BUD wskazało, że „powstanie projektu koncepcyjnego to pierwsza faza projektowania, dlatego projekt ten przedstawia zamysł projektanta odnoszący się do wyglądu obiektu oraz sposobu jego funkcjonowania. Ma on na celu zakomunikować zamawiającemu myśl architektoniczną opartą o założenia projektowe”.

Odwołujący nie zgodził się z wykładnią konsorcjum ROSA-BUD, które uznaje koncepcję architektoniczną wskazaną w Rozdziale XIII pkt 3.3 SIWZ jako pismo mające na celu zakomunikować zamawiającemu myśl architektoniczną. W ocenie odwołującego, koncepcja, zgodnie z treścią SIWZ sporządzoną przez zamawiającego, ma za zadanie potwierdzić spełnianie przez oferowane roboty budowlane (w tym prace projektowe) wymagań określonych przez zamawiającego. Oznacza to, zdaniem odwołującego, że z jego treści musi wynikać, że z chwilą złożenia oferty oferowany stadion spełnia warunki określone w SIWZ (PFU) - przynajmniej w minimalnym, szczegółowo określonym zakresie. Koncepcja architektoniczna jest dokumentem, który potwierdza, że oświadczenie, które złożył wykonawca jest prawidłowe w danej chwili oraz że cena, która jest elementem oferty obejmuje wykonanie robót zgodnych z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że nie można uznać, że jest to dokument, który coś „komunikuje”.

Jak wskazał odwołujący, koncepcja jest przygotowywana w oparciu o postanowienia PFU, który zgodnie z treścią § 15 rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego „służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych”, a zawarta w PFU część opisowa funkcjonalno-użytkowa stanowiąca podstawę do przygotowania koncepcji zgodnie z § 18 ust. 2 ww. rozporządzenia zawierała „charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych”. Takimi charakterystycznymi parametrami określającymi zakres robót budowlanych jest m.in. rzędna płyty boiska, wysokość/rzędna pierwszego rzędu trybun, ilość miejsc na trybunach - szczegółowo opisane w przygotowanym przez zamawiającego PFU.

Odwołujący stwierdził, że w przedstawionej wraz z ofertą koncepcji konsorcjum ROSA-BUD powyższe parametry odbiegają od określonych w PFU (m.in. rzędna płyty boiska o 3,3 m w stosunku do wymagań PFU, mniejsza ilość miejsc siedzących, brak wymaganego podniesienia o 1 m nad poziom płyty boiska pierwszego rzędu wszystkich trybun).

Jak zauważył odwołujący, PFU nie dopuszczał przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów, a były one podstawą do „ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych” zgodnie z § 15 rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, a zmiany przyjęte w przedstawionej koncepcji mają zasadniczy wpływ na koszty inwestycji. Odwołujący zauważył, że wprawdzie koncepcja architektoniczna nie jest prawnie zdefiniowana, ale jest pojęciem powszechnym i znanym dla osób przygotowujących projekty architektoniczne. Koncepcja architektoniczna lub inaczej projekt koncepcyjny stanowi I etap projektu budowlanego. Przyjęte w koncepcji rozwiązania są kontynuowane i rozwijane w projekcie budowlanym, a następnie wykonawczym i nie może ona zawierać rozwiązań sprzecznych z PFU i aktami prawnymi.

Odwołujący podkreślił, że nie zarzuca braków w koncepcji konsorcjum ROSA-BUD, ale podważa przyjęte w niej rozwiązania, które są niezgodne z treścią SIWZ, PFU i obowiązującymi normami. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie miał obowiązku zażądania koncepcji architektonicznej o określonej treści, ale jednak taki wymóg umieścił w dokumentacji przetargowej, a co za tym idzie, musi ona spełniać wyraźnie określone wymagania - nawet jeżeli treść definicji z Wikipedii wskazuje na co innego. Chybiony jest więc, w ocenie odwołującego, zarzut konsorcjum ROSA-BUD, że odwołujący sugeruje, że jeżeli czegoś nie ma na rysunkach wchodzących w skład koncepcji, to nie będzie zrealizowane. Odwołujący zaznaczył, że niezgodności w treści koncepcji podważają prawidłowość złożonego wraz z ofertą oświadczenia woli i zaoferowanej ceny, bowiem zadaniem koncepcji jest potwierdzenie w tym określonym momencie, że zaoferowano zgodne z SIWZ świadczenie.

2. Niezgodność treści koncepcji konsorcjum ROSA-BUD w zakresie ilości miejsc siedzących

Odwołujący stwierdził, że skoro konsorcjum ROSA-BUD zrezygnowało z merytorycznego wyjaśnienia treści swojej koncepcji, a zamiast tego jedynie oświadczyło, że jest ona zgodna z SIWZ, to można przypuszczać, że wykonawca wiedział, iż dokument również w pozostałym zakresie nie potwierdza, że przyjęte rozwiązania spełniają wymagania

zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w ramach dokumentów z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie żądał od wykonawców oświadczenia o tym, że wykonają zamówienie zgodnie z SIWZ, tylko zażądał dokumentu koncepcji architektonicznej, co oznacza, zdaniem odwołującego, że zamawiający jest wobec tego zobowiązany oceniać nie treść oświadczenia wykonawcy, tylko rzeczywistą treść koncepcji w takim kształcie, w jakim ją zaprezentował wykonawca. Odwołujący podkreślił, że z koncepcji przedstawionej przez konsorcjum ROSA-BUD wynika, że przyjęte w niej rozwiązania nie spełniają wymagań zamawiającego.

Jak wskazał odwołujący, zgodnie z treścią Rozdziału XIII pkt 3.3 SIWZ koncepcja powinna zawierać co najmniej rzut trybun z pokazaniem etapowania i liczby miejsc siedzących oraz podziału na sektory określone w Rozdziale III ust. 4, pkt B. Odwołujący wskazał na postanowienie Rozdziału III pkt 4 SIWZ i stwierdził, że przedstawiony w koncepcji konsorcjum ROSA-BUD rzut trybun z pokazaniem etapowania i liczby miejsc siedzących oraz podziału na sektory nie spełnia wymogów SIWZ, gdyż:

1. Trybuna główna mająca mieć minimalną pojemność 3500 miejsc siedzących została przedstawiona w koncepcji na 3274 miejsca siedzące, w tym:

- 1) Sektor 5 (etap 1) - 990 miejsc
- 2) Sektor 6 (etap 1) - 430 miejsc
- 3) Sektor 7 (etap 1) - 426 miejsc
- 4) Sektor 8 (etap 1) - 990 miejsc
- 5) Sektor VIP (etap 1) - 294 miejsca
- 6) Sektor PRASA (etap 1) - 144 miejsca

2. Trybuna równoległa mająca mieć minimalną pojemność 2000 miejsc siedzących została zaprojektowana na 1608 miejsc siedzących, w tym:

- 1) Sektor 1 (etap 1) - 540 miejsc
- 2) Sektor 2 (etap 1) - 264 miejsca
- 3) Sektor 3 (etap 1) - 264 miejsca
- 4) Sektor 4 (etap 1) - 540 miejsc.

Powyższe oznacza, jak wskazał odwołujący, że z treści w przedstawionej przez konsorcjum ROSA-BUD koncepcji wynika, że w rzeczywistości zaoferowano 4882 miejsca, zamiast minimalnych 5500. Co za tym idzie, ilości opisane na rysunkach wykonawcy są nieprawdziwe i nie pokrywają się z ilościami wynikającymi z tych rysunków.

Ponadto, jak zauważył odwołujący, zamawiający w wezwaniu z dnia 19 stycznia 2016 r. skierowanym do konsorcjum ROSA-BUD wskazał, że wprowadzie „nie stawiał wymogu wrysowania poszczególnych jednostkowych miejsc siedzących, tym niemniej przedstawiony rzut trybun sugeruje ich uwzględnienie w Państwa koncepcji”. Oznacza to, zdaniem odwołującego, że koncepcja powinna być oceniona z uwzględnieniem wszystkich podanych przez wykonawcę elementów, składających się na treść koncepcji.

Odwołujący podniósł również, że przedstawiony w ofercie konsorcjum ROSA-BUD rzut trybun nie spełnia wymogów licencyjnych dla klubów ekstraklasy na lata 2015/2016. I tak:

1. Zgodnie z wymaganiami licencyjnymi minimalna ilość miejsc siedzących w sektorze VIP powinna wynosić 400, a zaprojektowano 294 miejsca.
2. Zgodnie z wymaganiami licencyjnymi na stadionie należy przewidzieć sektor dla drużyny gości w ilości minimum 5% całości widowni, tj. min. 275 miejsc. W załączonej koncepcji nie wyznaczono takiego sektora.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że z przedstawionych rzutów trybun wynika, że zawierają również rozwiązania niezgodne z wymogami warunków ewakuacji z trybun, w zakresie liczby siedzisk w rzędach, a określonymi w normie „PN - EN 13200-1. Obiekty widowiskowe. Część 1: Wymagania dotyczące projektowania”. Spełnienie tego wymogu postawiono w PFU dla stadionu w punkcie 2.8.I.D. Warunki ewakuacji. Niezgodności te występują każdorazowo w dwóch najwyższych rzędach sektorów 1, 2, 5, 8 na zewnętrznych częściach trybun, gdzie zaprojektowano odpowiednio 42 i 42 miejsca siedząca, a nawet 42, 43 i 45 miejsc. Podobne niezgodności znajdują się w pozostałych rzędach reszty sektorów, gdzie dla jednostronnego dojścia zaprojektowano rzędy po 21 krzesełek. Jak wskazał odwołujący, korekta powyższych niezgodności spowoduje ubytek dodatkowych ok. 80 miejsc, bądź konieczność zwiększenia ilości wejść (womitoriów) na trybuny. Odwołujący stwierdził, że sama koncepcja nie stanowi projektu architektonicznego, na podstawie którego będzie realizowany stadion - ale jej treść ma stanowić potwierdzenie zgodności z SIWZ i PFU oferty, nie może być więc dokumentem, którego treść/rysunki nie potwierdzają prawidłowości oferowanych rozwiązań. W opinii odwołującego, zaniżona ilość krzesełek ma bezpośredni wpływ na zwiększenie kosztów związanych z zakupem dodatkowych, ale przede wszystkim przyjęty rozkład miejsc siedzących musiałby być znacząco zmieniony, ponieważ według obecnej koncepcji brak jest rzeczywistego miejsca na ich zamontowanie, czyli konieczne byłoby zwiększenie powierzchni konstrukcji stadionu co pociągnie kolejne koszty, nie uwzględnione w cenie.

### 3. Niezgodność w zakresie poziomu pierwszego rzędu widowni

Odwołujący podniósł, że z koncepcji konsorcjum ROSA-BUD wynika, że rzędy trybun zostały sprowadzone bezpośrednio do poziomu płyty boiska, co jest niezgodne z punktem „I.3.I.A. Parametry boiska” PFU, gdzie postawiono wymóg lokalizacji pierwszego rzędu widowni na wysokości ok. 1 m nad płytą boiska. W ocenie odwołującego, korekta powyższej niezgodności z PFU spowodowałaby ubytek kolejnych 1-2 rzędów trybuny, tj. 300-600 miejsc siedzących. Odwołujący wskazał, że koncepcja w takim ujęciu, jak przedstawiła ją konsorcjum ROSA-BUD obrazuje błędne rozwiązania, niezgodne z treścią SIWZ i powinna zostać od podstaw zmieniona. Odwołujący stwierdził również, że jeżeli koncepcja miałaby potwierdzać, że oferta jest zgodna z SIWZ, to zawarte w niej niezgodności mogły sugerować, że również cena oferty została źle skalkulowana. Jak zauważył odwołujący, aby spełnić wymagania zamawiającego konsorcjum ROSA-BUD musiałoby zlikwidować pierwsze rzędy, co spowoduje diametralną zmianę konstrukcji trybun. Dodatkowo, konieczne byłoby wykonanie przedniej ściany oporowej wraz z balustradami, wydłużenie tylnych trybun, które to ze względu na dużą wysokość są najdroższe w wykonaniu oraz zmienić konstrukcję stalową zadaszenia, aby poprawnie przykrywała trybuny. Zdaniem odwołującego, z przedstawionej przez konsorcjum ROSA-BUD koncepcji nie wynika, aby brało pod uwagę takie koszty przy sporządzeniu oferty.

### 4. Pozostałe niezgodności koncepcji z wymaganiami SIWZ

#### 4.1. Usytuowanie drogi pożarowej pod budynkiem

Jak wskazał odwołujący, zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r., poz. 690) droga pożarowa nie może przebiegać pod budynkiem. Odwołujący stwierdził, że odległości liczy się od najbardziej wysuniętej części elewacji - z przekrojów i elewacji wynika, że aby spełnić Warunki Techniczne konieczne będzie przesunięcie drogi i skarpy w kierunku północnym, co oznacza, że konsorcjum ROSA-BUD winno uwzględnić w ofercie dodatkowe roboty ziemne. Ponadto, taka zmiana spowoduje poszerzenie/oddalenie dróg od stadionu, czyli zwiększenie powierzchni zabudowy, co oznacza, że przyjęte przez konsorcjum ROSA-BUD rozwiązanie spowoduje, że stadion wraz z infrastrukturą nie zmieści się na działce wskazanej pod inwestycję.

Ponadto, jak zauważył odwołujący, z treści rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 lipca 2009 r. w sprawie przeciwpożarowego zaopatrzenia w wodę oraz dróg pożarowych (Dz. U. z 2009, poz. 1030) wynika, że § 12.2. „Droga pożarowa powinna przebiegać wzdłuż dłuższego boku budynku, o którym mowa

w ust. 1 pkt 1-4, na całej jego długości, a w przypadku gdy krótszy bok budynku ma więcej niż 60 m - z jego dwóch stron, przy czym bliższa krawędź drogi pożarowej musi być oddalona od ściany budynku o 5-15 m dla obiektów zaliczanych do kategorii zagrożenia ludzi i o 5-25 m dla pozostałych obiektów. Pomędzy tą drogą i ścianą budynku nie mogą występować stałe elementy zagospodarowania terenu lub drzewa i krzewy o wysokości przekraczającej 3 m, uniemożliwiające dostęp do elewacji budynku za pomocą podnośników i drabin mechanicznych". Odwołujący wskazał, że ukształtowanie bryły stadionu w koncepcji przedstawionej przez konsorcjum ROSA-BUD na rysunkach przekrojowych oznaczonych jako A-A oraz B-B jest takie, że droga pożarowa przebiega w odległości mniejszej niż 5m (w zasadzie częściowo przebiega pod budynkiem), a ukształtowanie elewacji będzie uniemożliwiało dostęp do niej za pomocą podnośników i drabin mechanicznych stosowanych przez wozy bojowe straży pożarnej. W opinii odwołującego, możliwe jest poprowadzenie drogi pożarowej wzdłuż projektowanej, przeciwległej trybuny (północnej), ale dla przedstawionej przez konsorcjum ROSA-BUD koncepcji bryły stadionu, koniecznym będzie odsunięcie drogi pożarowej od stadionu o ok. 5 m. Spowoduje to jednak, w przekonaniu odwołującego, zaprojektowanie i realizację inwestycji jako całości poza terenem wyznaczonym przez zamawiającego jako obszar opracowania wskazany w PFU. Oznacza to, jak zaznaczył odwołujący, że rozwiązanie zaproponowane w koncepcji musiałoby być zasadniczo zmienione, ale w takim układzie przedsięwzięcie wykroczyłoby poza teren zaplanowany pod budowę.

#### 4.2. Brak wydzielonego sektora dla kibiców drużyny przyjezdnej

Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści koncepcji wynika, że nie został wydzielony sektor dla kibiców drużyny przyjezdnej, a co za tym idzie, nie pokazano osobnego wejścia zgodnego z wymaganiami zawartymi w Podręczniku Licencyjnym wraz z buforami, gastronomią zapleczem sanitarnym, punktem pierwszej pomocy i drogą, która nie może się krzyżować z innymi grupami opisanymi w Podręczniku Licencyjnym. Nie uwzględnienie tego wymogu w koncepcji oznacza, jak wskazał odwołujący, że wykonawca nie przewidział w swojej ofercie konieczności wykonania dodatkowych ogrodzeń zabezpieczających, oddzielnych toalet dla gości oraz wygradzenia oddzielnej drogi wejściowej na zewnątrz stadionu.

Odwołujący wskazał także na treść Podręcznika Licencyjnego dla klubów ekstraklasy na sezon 2015/2016, Kryteria infrastrukturalne, 3. Szczegółowe kryteria infrastrukturalne, Tabela str. 42, Numer 1.18, Kategoria A: „Miejsce dla kibiców drużyny gości - Co najmniej 5% (pięć procent) łącznej liczby miejsc na Stadionie przewidzianej w stosownym zezwoleniu musi być udostępnione kibicom drużyny gości w oddzielnej strefie chyba, że ze względu na przebudowę Stadionu lub decyzje niezależnych od PZPN organów zewnętrznych

udostępnienie miejsc kibicom drużyny gości będzie niemożliwe. Sektor gości musi posiadać indywidualne miejsca siedzące z oparciami. Sektor ten musi być wydzielony ogrodzeniem trwałym o wysokości minimum 2,2 m z każdej ze stron oraz z możliwością utworzenia wokół sektora strefy buforowej (wygrodzony trwale, bądź organizowanej na poszczególne mecze) oraz posiadać wyjścia ewakuacyjne umożliwiające jego bezpieczne opuszczenie.". Odwołujący zauważył też, że Podręcznik Licencyjny na str. 5 określa również stopień ważności kryteriów. I tak zdefiniowano, że kryterium kategorii „A” jest „obowiązkowe”. „Jeżeli Wnioskodawca nie spełnia któregokolwiek z Kryteriów A, wówczas Licencja uprawniająca do udziału w Rozgrywkach Klubowych UEFA oraz Rozgrywkach Klubowych PZPN, nie może zostać przyznana, chyba że wyraźnie i odrębnie stwierdzono, iż niespełnienie danego Kryterium A, skutkuje jedynie nieprzyznaniem Licencji uprawniającej do udziału w Rozgrywkach Klubowych UEFA. W takiej sytuacji Licencja uprawniająca do udziału w Rozgrywkach Klubowych PZPN może być przyznana, jednakże wnioskodawca będzie podlegał sankcjom wymienionym w pkt. 5.4.1.3. Podręcznika Licencyjnego PZPN.” Dla kryterium 1.18 w Podręczniku Licencyjnym nie wskazuje się takiego wyłączenia, co oznacza, jak zaznaczył odwołujący, że jego spełnienie jest bezwzględnie obowiązkowe.

Odwołujący podkreślił, że w koncepcji przedstawionej przez konsorcjum ROSA-BUD brak jest wydzielenia na stadionie odpowiedniej strefy dla drużyny gości. Stwierdził, że dla terenu objętego obszarem opracowania możliwe jest zaprojektowanie stadionu w taki sposób, aby zapewniał wydzielenie stosownej strefy dla kibiców gości oraz odpowiedniego dojścia do niej. Jednak w przypadku koncepcji przedstawionej przez konsorcjum ROSA-BUD zmiany konieczne do wprowadzenia w tej koncepcji w omawianym zakresie doprowadziłyby, zdaniem odwołującego, do dalszego zmniejszenia łącznej ilości miejsc na trybunie, na której już i tak zaprojektowano ilość miejsc mniejszą od określonej w PFU.

#### 4.3. Nieprawidłowa lokalizacja strefy VIP

W ocenie odwołującego, nie jest możliwe zorganizowanie obsługi stadionu zgodnie z wymaganiami zawartymi w Podręczniku Licencyjnym. Odwołujący podniósł, że zamieszczona w koncepcji konsorcjum ROSA-BUD lokalizacja strefy VIP wskazuje na jej całkowite odseparowanie, z jednej strony wejściami do sektorów „zwykłych” widzów „6” i „7” (patrz rysunek „RZUT ZAGOSPODAROWANIA SKALA 1:500”), z drugiej strony kubaturą mniejszej sali w budynku hali sportowej (patrz rysunek „PRZEKRÓJ B-B SKALA 1:500”). Oznacza to, w przekonaniu odwołującego, że wejście do strefy VIP będzie odbywać się tą samą drogą, jaką wchodzić będą „zwykli” kibice, co jest niezgodne z przepisami podanymi w Podręczniku Licencyjnym, bowiem kryterium Numer 1.23, Kategoria A, Stadion - miejsca dla VIP-ów (str. 44) wskazuje „Strefa VIP powinna znajdować się na środku głównej trybuny stadionu, na podwyższonym stanowisku powyżej płyty boiska i być oddzielona od

pozostałych miejsc dla publiczności. Co do zasady, strefa VIP powinna znajdować się w tej samej głównej trybunie stadionu, co szatnie, pomieszczenia dla przedstawicieli mediów, biura administracji itp. Strefa VIP powinna zawsze posiadać własne oddzielne wejście z zewnątrz, oddzielone od wejść dla publiczności i prowadzące bezpośrednio do recepcji, a stamtąd bezpośrednio do miejsc, z których goście VIP będzie oglądać mecz.”. Dla kryterium 1.23 w Podręczniku Licencyjnym, również nie wskazuje się wyłączenia pozwalającego na warunkowe ograniczenie jego stosowania, co oznacza, że jest jego spełnienie jest bezwzględnie obowiązkowe.

Jak zauważył odwołujący, identyczna sytuacja może dotyczyć mediów. Wskazał, że w Podręczniku Licencyjnym w kryterium Numer 1.50, Kategoria A, Stadion — Pomieszczenia robocze i sala do konferencji prasowych jest wskazane: „Stadion musi posiadać odpowiednie udogodnienia dla potrzeb przedstawicieli mediów: a) specjalne wejście lub (jeśli istnieje osobne wejście dla fotoreporterów i pracowników technicznych telewizji) wejścia na Stadion dla przedstawicieli mediów”.

#### 4.4. Pozostałe uchybienia

Odwołujący stwierdził ponadto, że koncepcja zawiera niezgodności w zakresie:

- a) lokalizacji boksów, które zasłaniają widoczność, co stanowi kolejną przesłankę wpływającą na zmniejszenie sumy krzesełek;
- b) nie uwzględnienie boksu sędziów technicznych i noszowych - co pozwala przypuszczać, że nie ich realizacja nie została wyceniona;
- c) w koncepcji nie pokazano miejsc dla osób niepełnosprawnych (wymiar takich miejsc nie da się zamienić 1:1 za zwykłe krzeselko, ponadto dostęp w/w osób na wózku inwalidzkim rządzi się szczególnymi przepisami (podjazdy, pochylnie, wymiary miejsca na trybunie).

Podsumowując odwołujący stwierdził, że zamawiający zezwalając na przedłożenie przez konsorcjum ROSA-BUD zmienionej koncepcji pozwolił wykonawcy dokonać niedopuszczalnej zmiany oferty, chociaż powyższy dokument świadczył bezspornie, że zaoferowane roboty budowlane były niezgodne z SIWZ. W ocenie odwołującego, zamawiający błędnie przyjął, że skoro koncepcja ma stanowić dokument określony w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, to może być dowolnie zmieniana i uzupełniana. W sytuacji, gdyby wykonawca przedłożył dokument, z którego treści wynikałoby, że zalega z płatnością podatków, to żądanie przedłożenia nowego dokumentu byłoby bezcelowe, gdyż jego treść nie budziłaby wątpliwości. Podobnie, gdyby wykonawca zaoferował urządzenie o określonych przez producenta parametrach, nie spełniających wymagań SIWZ i na potwierdzenie tego przedłożył foldery i ulotki. Żądanie nowych folderów czy ulotek byłoby



bezzasadne, gdyż nie można zmienić treści oferty.

Zdaniem odwołującego, uzupełnienie oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogłoby mieć miejsce, gdyby koncepcji w ogóle nie przedłożono lub gdyby nie zawierała wymaganych elementów. W takiej bowiem sytuacji zamawiający nie miałby pewności czy oferta wykonawcy została przygotowana zgodnie z SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że koncepcja konsorcjum ROSA-BUD, zarówno pierwotna, jak i zmieniona, zawiera rozwiązania sprzeczne z SIWZ, PFU oraz obowiązującymi normami. Odwołujący stwierdził, że przyjęte przez wykonawcę rozwiązania projektowe rzutują na sposób skosztorysowania oferty. Nieprawidłowe rozwiązania architektoniczne przyjęte w koncepcji stanowiły podstawę do obliczenia zaoferowanej ceny i ta niezgodność nie może być w żaden sposób sanowana. W przekonaniu odwołującego, działanie zamawiającego, który uznał, że wymiana koncepcji spowoduje uznanie oferty konsorcjum ROSA-BUD za zgodną z SIWZ było działaniem naruszającym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie szczegółowych wymagań zamawiającego, który sam te wymagania ustanowił, a następnie dopuścił do fikcyjnego poprawienia oferty. Odwołujący podkreślił, że konsorcjum ROSA-BUD poprawiło jedynie treść koncepcji (w dalszym ciągu niezgodną z SIWZ i PFU w zakresie podstawowych wymogów), ale nie miało już możliwości poprawienia ceny ofertowej z uwzględnieniem wprowadzonym do koncepcji zmian.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum ROSA-BUD jako najkorzystniejszej, przeprowadzenie ponownej oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty konsorcjum ROSA-BUD, oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło konsorcjum ROSA-BUD.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Konsorcjum ROSA-BUD, treść wezwania skierowanego przez zamawiającego do odwołującego w dniu 8 stycznia 2016 r., treść wyjaśnień odwołującego z dnia 15 stycznia 2016 r., treść pisma zamawiającego skierowanego do zamawiającego w dniu 19 stycznia 2016 r., treść pisma odwołującego z dnia 22 stycznia 2016 r. skierowanego do zamawiającego, informację o wynikach oceny ofert z dnia 25 stycznia 2016 r., oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót rozbiórkowych obecnej infrastruktury sportowej zlokalizowanej na nieruchomości położonej w Radomiu przy ul. Struga na działkach ew. nr 74/6, 74/7, 74/8, 74/23 oraz na części działek nr 75, 78, 81 oraz zaprojektowanie na tej nieruchomości obiektu sportowego, w skład którego wchodzić będzie hala sportowo-widowiskowa i stadion piłkarski, jak również kompleksowa realizacja (wykonanie robót budowlanych w systemie „pod klucz”) obiektu zaprojektowanej hali widowiskowo-sportowej oraz etapu I stadionu sportowego (Rozdział III pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W Rozdziale XIII pkt 3.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postawił wobec wykonawców wymóg złożenia wraz z ofertą w celu oceny spełniania

minimalnych wymagań dla zakresu określonego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym dla stadionu piłkarskiego (jako dokumentu na potwierdzenie, że oferowane usługi, dostawy i roboty budowlane potwierdzają spełnienie wymagań opisanych przez zamawiającego) złożenia koncepcji projektowej/architektonicznej, której zakres ma obejmować co najmniej:

- a) PZT (plan zagospodarowania terenu) z pokazaniem w szczególności relacji względem hali sportowo-widowiskowej, drogi pożarowej, skarpy;
- b) Rzut trybun z pokazaniem etapowania i liczby miejsc siedzących oraz podziału na sektory określone w Rodz. III ust. 4 pkt B;
- c) Min. 2 wizualizacje etapu I – z poziomu człowieka, z lotu ptaka;
- d) Min. 2 wizualizacje etapu II - z poziomu człowieka, z lotu ptaka;

Zamawiający zastrzegł, że brak w ofercie dokumentów, o których mowa w pkt 3.3 i ich nie uzupełnienie we wskazanym przez zamawiającego terminie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty.

Izba stwierdziła, że rozpoznając przedmiotową sprawę nie można pominąć okoliczności, że zamawiający przypisał koncepcji projektowej/architektonicznej określoną rolę, tj. że będzie ona stanowiła dokument składany na potwierdzenie, że oferowane usługi, dostawy i roboty budowlane potwierdzają spełnianie wymagań opisanych przez zamawiającego, a zatem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości postanowił też w SIWZ, że dokument ten podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na okoliczność, iż przypisanie ww. koncepcji konkretnej roli w postępowaniu było działaniem celowym wskazuje funkcja, jaką zamawiający przypisał Zbiorczemu Zestawieniu Kosztów, co do którego jednoznacznie zamawiający ujął, że stanowi ono treść oferty i nie podlega uzupełnieniu (Rozdział XIII pkt 3.4 SIWZ).

Izba wzięła również pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia, który polega na wykonaniu prac projektowych i robót budowlanych dotyczących obiektu sportowego. Elementem przedmiotu zamówienia było m.in. wykonanie projektu koncepcyjnego wielobranżowego stadionu wraz z wizualizacją w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy (Rozdział III pkt 4.1 lit. A oraz Rozdział VII pkt 1 ppkt 3 SIWZ).

Mając powyższe na względzie, wobec roli, jaką przypisał zamawiający spornej koncepcji, a także biorąc pod uwagę, że prace projektowe, w tym wykonanie projektu koncepcyjnego stadionu, mają być realizowane po podpisaniu umowy w toku wykonania przedmiotu zamówienia, brak jest podstaw do twierdzenia, że koncepcja składana przez wykonawców w związku z wymaganiem określonym w Rozdziale XIII pkt 3.3. SIWZ

stanowiła zobowiązanie wykonawcy, które nie może ulec zmianie. Powyższe potwierdza treść pkt 1.1.2. Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zgodnie z którym projekt koncepcyjny wielobranżowy tworzony przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia powinien uwzględniać uwagi i sugestie zamawiającego zgłoszone do koncepcji, którą wykonawca będzie zobligowany złożyć wraz z ofertą.

Reasumując, Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie znaczenie spornego dokumentu należy oceniać w świetle wymagań i znaczenia przypisanego mu przez zamawiającego. Powyższe jest uzasadnione tym bardziej, że rola, jaką przypisał spornej koncepcji zamawiający w treści SIWZ nie została zakwestionowana przez wykonawców. W orzecznictwie ugruntowany jest zaś pogląd i z tym należy się zgodzić, że jeżeli określone wymogi zostały wyartykułowane w SIWZ i nie zostały skutecznie zakwestionowane w toku środków ochrony prawnej, to co do zasady są wiążące dla wykonawców.

Izba zważyła również, że w złożonym odwołaniu odwołujący nie kwestionuje możliwości uzupełnienia spornej koncepcji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ogranicza zaś tę możliwość wyłącznie do sytuacji, gdy wykonawca nie złożył koncepcji lub gdy złożona koncepcja nie zawiera w swojej treści elementów istotnych dla zamawiającego. Tymczasem brak jest podstaw do takiego ograniczenia możliwości uzupełnienia dokumentu. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w przypadku ich nie złożenia, ale również w sytuacji, gdy złożone dokumenty zawierają błędy. W tym miejscu wskazać należy, że celem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było odformalizowanie postępowania i pozwolenie wykonawcom, którzy złożyli oferty korzystne pod względem kryteriów oceny ofert i korzystne merytorycznie na usunięcie uchybień w oznaczonym ustawą zakresie.

Izba uznała, że stwierdzoną przez zamawiającego niezgodność koncepcji z treścią Programu Funkcjonalno-Użytkowego należy w okolicznościach przedmiotowej sprawy uznać za błąd, który może ulec poprawieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie znalazły potwierdzenia wątpliwości odwołującego co do możliwości uzupełnienia przedmiotowego dokumentu z uwagi na konieczność potwierdzenia spełniania wymogów na dzień składania ofert. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego i konsorcjum ROSA-BUD, iż nie można wykluczyć, że konsorcjum ROSA-BUD na etapie przygotowywania oferty stworzyło różne koncepcje na użytek przedmiotowego postępowania, a co za tym idzie, brak jest podstaw do twierdzenia, że przekazana na wezwanie zamawiającego koncepcja nie potwierdza wymagań zamawiającego na dzień składania ofert.

Za niezasadne Izba uznała również twierdzenia odwołującego o tym, że zmiana koncepcji pociąga za sobą szereg konsekwencji w zakresie kosztorysowania oferty i zmianę

ceny. Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia konsorcjum ROSA-BUD, że na tym etapie postępowania, wobec jego charakteru, to Program Funkcjonalno-Użytkowy określa treść i przedmiot zamówienia i na tej podstawie konsorcjum ROSA-BUD dokonało kalkulacji zaoferowanej ceny. Oświadczenie konsorcjum ROSA-BUD jest zgodne z dyspozycją § 15 rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, zgodnie z którym Program Funkcjonalno-Użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Z tego też względu Izba nie wzięła pod uwagę złożonego przez odwołującego na posiedzeniu Zestawienia kosztów.

Na uwzględnienie nie zasługują także pozostałe zarzuty podniesione przez odwołującego wskazujące na niezgodność koncepcji złożonej przez konsorcjum ROSA-BUD z treścią SIWZ i Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Izba, mając na uwadze rolę spornej koncepcji w przedmiotowym postępowaniu, a także charakter przedmiotu zamówienia, uznała, że wątpliwości w tym zakresie zostały przez konsorcjum ROSA-BUD wyjaśnione pismem z dnia 22 stycznia 2016 r. Ewentualne dalsze wątpliwości zamawiającego mogłyby być wyjaśnione w trybie przewidzianym przez zamawiającego w SIWZ. Z uwagi na powyższe, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostają złożone przez odwołującego: opinia z zakresu ochrony przeciwpożarowej zatytułowana „Ocena projektowanego dojazdu pożarowego do projektowanego obiektu stadionu sportowego w Radomiu w świetle wymagań przepisów przeciwpożarowych” sporządzona przez K. M., rzeczoznawcę ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych oraz opinia z zakresu ochrony przeciwpożarowej dotycząca zapewnienia dojazdu dla pojazdów służb ratowniczych (drogi pożarowej) stadionu sportowego (stadium koncepcji) zlokalizowanego w Radomiu pomiędzy ulicami Struga, Zborowskiego i 11 listopada sporządzona przez H. B., rzeczoznawcę ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych, jak też złożone materiały pomocnicze. Z tych samych względów bez wpływu na wynik przedmiotowej sprawy pozostaje również złożona przez konsorcjum ROSA-BUD opinia sporządzona przez S. M., rzeczoznawcę ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Co za tym idzie, nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba za zasadne uznała koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600 PLN, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

**Przewodniczący:** .....