

Sygn. akt: KIO 1489/16

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2016 r. przez odwołującego **MD Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Miejską Mielec z siedzibą w Mielcu,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - **MD Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - **MD Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego - **MD Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinie** na rzecz zamawiającego - **Gminy Miejskiej Mielec z siedzibą w Mielcu** 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 2015 r. poz. 2164 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 Tarnobrzegu.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę MD Polska Sp. z o.o. w Szczecinie [Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - Konkursie architektoniczno - urbanistycznym o nazwie nadanej zamówieniu „Konkurs na opracowanie koncepcji urbanistyczno - architektonicznej hali sportowej w Mielcu wraz z zagospodarowaniem terenu”, Postępowanie to jest prowadzone przez Zamawiającego - Gminę Miejską Mielec na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164] [Ustawa lub ustawa Pzp]. W tym odwołaniu wskazano na czynności i zaniechania Zamawiającego dotyczące oceny pracy konkursowej Radosława Guzowskiego prowadzącego pracownię architektoniczną w Warszawie, pomimo że praca ta nie spełnia wymagań stawianych w regulaminie konkursu przez Zamawiającego, podnosząc zarzut: zaniechania wykluczenia z oceny tej pracy oraz jej odrzucenia i przyznanie I nagrody konkursowej, a także zaproszenie do udziału w procedurze zamówienia z wolnej ręki. Zdaniem wykonawcy powyższe narusza:

- 1) art. 116 ust. 2 pkt. 3, pkt. 4 i pkt 9 Pzp w związku z naruszeniem regulaminu konkursu oraz art. 122 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na uznanie za najlepszą pracę nieobejmującej przedmiotu zamówienia, której maksymalny łączny koszt wykonania planowanych prac nie może zostać w pełni zweryfikowany, i niespełniającej, zakresu rzeczowego i formy opracowania oraz sposobu prezentacji pracy konkursowej;
- 2) art. 116 ust. 2 pkt. 3, pkt. 4 i pkt 9 Pzp w związku z naruszeniem Rozdziału VII ust. 1 pkt. 1 regulaminu konkursu oraz art. 122 ust. 1 Pzp przez ocenę pracy niespełniającej wymagań określonych w regulaminie konkursu;
- 3) art. 122 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 Pzp), gdyż prace nie zostały ocenione zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu o konkursie, praca uznana za najlepszą nie spełniła formalnych wymogów stawianych w regulaminie konkursu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności przyznania I nagrody konkursowej i zaproszenie do udziału w procedurze zamówienia z wolnej ręki pracy R. G. prowadzącego pracownię architektoniczną w Warszawie; 2) ponowne badanie i ocenę prac konkursowych, czego konsekwencją powinno być wykluczenie z oceny pracy uznanej za najlepszą; oraz 3) uznania pracy Odwołującego za najlepszą.

Wniósł także o przeprowadzenie dowodów w tym z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie; Oraz zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wykonawca podał ponadto, że w wyniku czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających w sposób ewidentny przywołane powyżej przepisy Pzp oraz regulamin konkursu, interes Odwołującego doznał uszczerbku, albowiem został on pozbawiony możliwości otrzymania zamówienia, mimo złożenia najlepszej pracy konkursowej, co w konsekwencji oznacza, że poniósł on szkodę z tym związaną. W uzasadnieniu odwołania podał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - Konkursie architektoniczno - urbanistycznym o nazwie nadanej zamówieniu „Konkurs na opracowanie koncepcji urbanistyczno - architektonicznej hali sportowej w Mielcu wraz z zagospodarowaniem terenu”, przedmiotem jest: „Opracowanie koncepcji urbanistyczno - architektonicznej hali sportowej (spełniającej wymagania międzynarodowych i krajowych federacji sportowych) o pojemności min. 3 500 miejsc siedzących, basenem, parkingiem na min. 250 miejsc wraz z zagospodarowaniem terenu”. W dniu 28 lipca 2016 r. Zamawiający ogłosił wyniki konkursu wskazując, że za najlepszą - 1 miejsce - uznana została praca nr 631 wykonawcy R. G. prowadzący pracownię w Warszawie. Z kolei praca Odwołującego - praca nr 842 - uznana została, jako 2 najlepsza (2-gie miejsce, 2-ga nagroda). Odwołujący wskazał, że praca uznana za najlepszą narusza warunki określone w Regulaminie konkursu.

Zgodnie z regulaminem konkursu Rozdział II ust. 1 przedmiotem konkursu m.in. zaprojektowanie parkingu na min. 250 miejsc parkingowych. Regulamin konkursu w Rozdziale II ust 2 określa również, że teren projektowanego zamierzenia inwestycyjnego dot. obszaru o pow. ok. 2,2 ha (działka 1517/18, oraz 1517/19 zgodnie z załącznikiem graficznym, mapą poglądową). Praca najlepsza nie zawiera jednego z wymaganych przez zamawiającego elementów, bowiem w pracy tej nie ma parkingu na 250 miejsc. W tej pracy konkursowej na terenie opracowania przewidziano ok. 80 miejsc parkingowych, kolejne ok. 80 miejsc znajduje się poza terenem opracowania-jednakże jest niemożliwe do realizacji bowiem 40 z nich zostało zaprojektowanych w pasie drogowym drogi publicznej. Dodatkowo wykonawca ten wprowadza Zamawiającego w błąd informując, że: na terenie opracowania znajdują się 162 miejsca parkingowe, a łączny planowany koszt prac wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej wyniesie 70 110 000,00 zł (siedemdziesiąt milionów sto dziesięć tysięcy złotych) brutto. Stwierdził, że „Dla każdego z wykonawców biorących udział w konkursie umieszczenie na terenie elementarnym parkingu na 250 miejsc parkingowych - zgodnie z wymogami Zamawiającego było ogromnym wyzwaniem. Wynikało to przede wszystkim z małej powierzchni, jaka była do wykorzystania na ten cel. Każda z pozostałych prac zawiera parking na 250 miejsc parkingowych, przewidujący najróżniejsze rozwiązania projektowe”.

Zgodnie z Rozdziałem II ust. 5 maksymalny Planowany łączny koszt przedmiotu zamówienia nie może przekroczyć kwoty 75 000 000,00 zł (siedemdziesiąt pięć milionów złotych) brutto. Wykonawca R. G. prowadzący pracownię w Warszawie w załączniku

(formularzu nr 10) wskazał, co prawda, że łączny planowany koszt wykonania prac realizowanych na podstawie jego pracy konkursowej wyniesie 70.110.000,00 zł (siedemdziesiąt milionów sto dziesięć tysięcy złotych) brutto, jednakże oświadczenie to jest wadliwe z następujących powodów: w zastawieniu powierzchni przyjętej za podstawę kalkulacji kosztów nie ujęto przestrzeni technicznej pod basenami o powierzchni ok. 1800m². Średni koszt wykonania 1m² wynosi 3.500 zł, co daje kwotę 6 300 000,00 zł; nie ujęto pomieszczeń magazynowych i pomieszczeń dla urządzeń klimatyzacji - koszt ok. 1 000 000,00 zł; nie ujęto wykonanie parkingów poza obszarem opracowania w ilości 87 miejsc, oraz brakujących miejsc parkingowych ponad 162 miejsca wskazane w pracy - koszt ten wyniesie ok. 520 000,00 zł; nie ujęto ścianki wspinaczkowej - koszt ok. 500 000,00 zł. Pismem z dnia 22.04.2016 r. Zamawiający dokonał zmiany treści i formy załącznika nr 10 przez jego uszczegółowienie pozwalające na weryfikację poszczególnych kosztów inwestycji realizowanej na podstawie pracy konkursowej. Zgodnie ze zmienionym załącznikiem powinny zostać wyodrębnione koszty: pomieszczeń socjalno - magazynowych, hali sportowej z zapleczem, części basenowej z zapleczem, zagospodarowania terenu. Do pracy uznanej za najlepszą dołączono załącznik sprzed zmiany, nie pozwalający na szczegółową analizę i weryfikację kosztów. Brak wyszczególnienia poszczególnych kosztów ma znaczenie w związku z zarzutami postawionymi w pkt. 2 niniejszego odwołania. Wykonawca wskazał ponadto, że zgodnie z Rozdziałem VII ust. 1 pkt. 1 regulaminu konkursu prace niespełniające wymagań określonych w Regulaminie nie będą podlegały ocenie według kryteriów ustalonych w pkt. 2 niniejszego rozdziału.

W konkluzji stwierdził, że praca uznana za najlepszą narusza w sposób ewidentny warunki określone przez Zamawiającego w regulaminie konkursu, zatem nie powinna być oceniana, a powinna zostać odrzucona i tym samym nie mogła zostać uznana za najlepszą.

Rozpoznając odwołanie oraz uwzględniając stanowisko Zamawiającego, co do braku legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania wymaganej art. 179 ust.1 ustawy Pzp, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w związku z brakiem tej legitymacji.

Ustawa – Prawo zamówień publicznych, w myśl wskazanego art. 179 ust.1, możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej wiąże z ochroną interesu wnoszącego odwołanie, zarówno prawnego, jak i faktycznego, realizującego się w możliwości uzyskania zamówienia, o które zamierza się on ubiegać, lub o które się ubiega, uczestnicząc w postępowaniu, a także wiąże z możliwością – nawet hipotetyczną – poniesienia szkody. Powyższe dotyczy także konkursu, do którego wskazany przepis wprost się odwołuje - cyt:

„1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”. Z brzmienia przepisu wynika, że wymagany przepisem interes musi być nakierowany na uzyskanie zamówienia, którego to zamówienia uczestnik konkursu nie uzyskałby, w przypadku zaniechania wniesienia środka ochrony prawnej, w tym przypadku odwołania. Wykonawca korzystający ze środka ochrony prawnej zobowiązany jest wykazać łączne występowanie przesłanek wymienionych w omawianej normie art. 179 ust.1 Pzp, które będzie polegało na udowodnieniu, że czynności lub zaniechania zamawiającego naruszają wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp i jednocześnie wpływają na jego sytuację, jako wykonawcy, a mianowicie wyrażają się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę w następstwie naruszenia przepisów ustawy. Izba podkreśla, że omawiana legitymacja, jako przesłanka materialno-prawna, stanowi samodzielną materialną podstawę oddalenia odwołania bez rozpoznania podnoszonych w nim zarzutów.

Zgodnie z ustaleniami Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca ten nie może powoływać się na wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp legitymację, w tym możliwość poniesienia szkody, albowiem nie wykazał, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do wyboru pracy Odwołującego, jako najlepszej - sklasyfikowanej na I miejscu, umożliwiającej mu jednocześnie uzyskanie pierwszej nagrody, co wiązałby się również z zaproszeniem jej autora do udziału w procedurze zamówienia z wolnej ręki. Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem VII pkt 2.4 Regulaminu konkursu p.n. Opracowanie koncepcji urbanistyczno - architektonicznej hali sportowej w Mielcu wraz z zagospodarowaniem terenu” [Regulamin konkursu], pierwsze miejsce mogło być przyznane tylko temu (...) Uczestnikowi, który w ocenie Sądu Konkursowego w sposób najwłaściwszy spełnił kryteria oceny prac, tj. jego praca uzyskała największą liczbę punktów i jednocześnie uzyskała, co najmniej 70 punktów”. Dla oceny prac ustalono dwa kryteria pierwszorzędne: a) atrakcyjność i realność proponowanych rozwiązań architektonicznych, w tym zgodność z programem funkcjonalnym zawartym w Regulaminie oraz obowiązującym prawem – 35 punktów i b) trafność rozwiązań funkcjonalnych i programowo-przestrzennych obiektu kubaturowego i zagospodarowania – 45 punktów. Ustalono także dwa drugorzędne kryteria: c) ekonomika rozwiązań ze szczególnym uwzględnieniem ekonomiki kosztów budowy (maksymalny planowany koszt wykonania prac realizowanych, na podstawie pracy konkursowej), oraz eksploatacji obiektów przy uwzględnieniu rozwiązań proekologicznych – 10 punktów; d) maksymalny koszt projektu – 10 punktów. Praca oznaczona nr 631 – uznana za najlepszą - uzyskała 87,88 pkt, a druga, Odwołującego, oznaczona nr 842 – 67,64 pkt. W kryteriach pierwszorzędnych praca

najlepsza uzyskała 67,88 pkt, a Odwołującego – 48,60 pkt. Ocena prac w zakresie pierwszorzędneho kryterium nie mogła być ponowiona. Prace utraciły walor anonimowości, a ocena każdej z nich – była zindywidualizowana - ocena nie następowała poprzez porównanie do innych prac. Punktacja była skutkiem oceny przez Sąd Konkursowy zawartości merytorycznej danej pracy. Ewentualna ocena prac mogłaby być ponowiona w kryterium drugorzędnym, jednakże skutkiem tej oceny praca nr 842 zakwalifikowana, jako druga mogłaby uzyskać, co najwyżej dodatkowo 1 punkt przy założeniu, że praca zakwalifikowana, jako najlepsza nie podlegałaby procedurze oceny na podstawie pkt 1.1. rozdziału VII Regulaminu konkursu. Praca Odwołującego, plasując się na drugim miejscu – prezentując koszty z drugą lokatą po pracy najlepszej - uzyskiwała odpowiednio 9,94 i 9,04 pkt - w miejsce żądanych 10 pkt w każdym z kryteriów drugorzędnych. To oznacza, że praca Odwołującego po takiej ocenie mogłaby uzyskać tylko 68,64 punkty w miejsce wymaganego minimum 70 punktów. Tym samym Odwołujący nie mógłby w wyniku ponownej oceny prac konkursowych - [co zdaniem Izby w tej sprawie nie mogłoby być nakazane] - uzyskać I miejsca pretendującego wykonawcę do uzyskania zamówienia. Izba – za orzecznictwem KIO – stwierdza, że o ile nie jest możliwe rozstrzygnięcie danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przypadku konkursu, w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego byłoby możliwe zawarcie umowy z odwołującym, to taki wykonawca nie może powoływać się skutecznie na przesłanki wskazane w art. 179 ust.1 Pzp, co do których wymagane jest ich łączne spełnienie. Z tego też względu ta okoliczność stanowiła podstawę oddalenia odwołania wykonawcy MD Polska sp. z o.o. bez rozpoznawania podnoszonych w nim zarzutów, co do ich meritum.

Izba dodatkowo – za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - zwraca uwagę, że podstawową zasadą konkursu w rozumieniu ustawy Pzp jest anonimowość złożonych prac. Przepisy art. 121 ust. 4 i art. 122 ust. 3 Pzp wskazują nie na wymóg zachowania anonimowości prac, oraz na moment, w którym jest ona uchylana. Ta reguła jest nieusuwalna i jej konsekwencją jest brak możliwości ponownej oceny prac po ich zdekodowaniu [ujawnieniu autorów]. Zatem, jeżeli uwzględnienie odwołanie miałoby skutkować koniecznością dokonania ponownej oceny prac to taka ocena nie mogłaby zostać dokonana w ramach danego postępowania konkursowego, albowiem byłoby to sprzeczne z naczelną zasadą anonimowości. Na marginesie Izba zauważa, że Zamawiający w rozdziale VI określił sposób opracowania i składania prac konkursowych, wskazując informacje ogólne o sposobie opracowania pracy konkursowe, w punkcie 2 podał szczegółowe informacje, co do sposobu opracowania tej pracy, wskazując m.in. na jej część graficzną, część opisową oraz część cyfrową, a w punkcie 3 na sposób składania prac, w tym co do zachowania wymaganej ustawą Pzp anonimowości. Z kolei w rozdziale VII pkt 1.1. w zdaniu drugim

zastrzegł, że „Prace nie spełniające wymagań określonych w Regulaminie nie będą podlegały ocenie według kryteriów ustalonych w pkt 2 niniejszego rozdziału”. Z kolei według - powołanych wcześniej, a opisanych w punkcie 2.2 tego rozdziału Regulaminu – kryteriów pierwszorzędnych punktacja mogła być zróżnicowana, w tym w zależności od zgodności Koncepcji z programem funkcjonalnym. To oznacza, że – w świetle wskazanych postanowień, tylko nie zastosowanie się do wymagań rozdziału VI Regulaminu powodowało, że praca nie podlegała ocenie według kryteriów wskazanych w rozdziale VII pkt 2.2 Regulaminu. Zdaniem Izby, inna interpretacja powodowałaby uzasadniony zarzut nieuprawnionego zaniechania oceny pracy, z uwagi na zastosowanie procedury, będącej wynikiem nieuprawnionej na tym etapie interpretacji rozszerzającej związanej z oceną merytoryczną jej zawartości, która powinna następować w oparciu o kryteria i, z której to oceny mogło wynikać zróżnicowanie punktowe w spornym zakresie. Sąd Konkursowy dał temu wyraz w dokonanej punktacji i praca uznana za najlepszą w ramach możliwych 80 punktów uzyskała 67,88 pkt. Izba podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, że Regulamin Konkursu nie może być interpretowany, jako narzędzie eliminacji prac ze względów formalnych, co może mieć zastosowanie niewątpliwie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem konkursu jest - przy zachowaniu minimum formalności określonych przez zamawiającego oraz naczelnej zasady anonimowości - wybór najlepszej pracy konkursowej, prezentującej w zakresie rozwiązań architektoniczno-urbanistycznych m.in. wizje najbliższe celom zamawiającego. Odnośnie zarzutu skierowanego do formularza nr 10 załączonego do pracy nr 631, Izba zwraca uwagę, że w Regulaminie konkursu w jego punkcie 5.4 rozdziału II, Zamawiający jednoznacznie określił wymagania podając, że „Uczestnicy konkursu na podstawie art. 121 ust.1 ustawy są zobowiązani do złożenia prac konkursowych wraz z informacjami o planowanych kosztach wykonania prac związanych z realizacją inwestycji (...) i wskazując na koszt opracowania dokumentacji oraz koszt robót budowlanych i te dane stanowiły podstawę do oceny według kryteriów drugorzędnych. Postanowienie tego punktu Regulaminu - wobec zmiany formularza nr 10, polegającej na rozwinięciu pozycji dotyczącej kosztu robót budowlanych, przesłanego przy piśmie z dnia 22.04.2016 r. - nie zostało zmodyfikowane. Ponadto pozycje kosztowe dodane w formularzu [w zakresie kosztu pomieszczeń socjalno-biurowych, hali, części basenowej i zagospodarowania terenu] nie podlegały ocenie. Z tych też chociażby względów okoliczności podnoszone w odwołaniu nie mogły powodować zaniechania oceny tej pracy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz uwzględniając 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).

.....