

Sygn. akt KIO/UZP/-1386/07

WYROK/POSTANOWIENIE*
z dnia 7 grudnia 2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Emil Kuriata
Ewa Marcjoniak

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 7 grudnia 2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Autorską Pracownię Architektoniczną „Projekt”, Zielona Góra, ul. Jedności 78** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miasta Zielona Góra, Zielona Góra, ul. Podgórna 22** protestu / protestów* z dnia 29 października 2007 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. unieważnia postępowanie

2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Miasta i Gminy Zielona Góra ul. Podgórna 22** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3156 zł 0gr
(słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy)
z kwoty wpisu uiszczonego przez **Autorska Pracownia Architektoniczna „Projekt”, Zielona Góra, ul. Jedności 78**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 2000 zł 0 gr. (słownie dwa tysiące złotych zero groszy) przez **Urząd Miasta i Gminy Zielona Góra ul. Podgórna 2** na rzecz **Autorska Pracownia Architektoniczna „Projekt”, Zielona Góra, ul. Jedności 78** , stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr. (słownie:) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 16 844 zł 0 gr. (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote , zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Autorska Pracownia Architektoniczna „Projekt”, Zielona Góra, ul. Jedności 78**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „opracowanie dokumentacji projektowej budowy centrum rekreacyjno – sportowego w Zielonej Górze (basen, hala widowiskowo – sportowa oraz parking z infrastrukturą techniczną) złożono cztery oferty. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Pracownię Architektoniczną Piotr Domińczak & Mariusz Szczuraszek z Ostrowa Wielkopolskiego. Na czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty tej firmy protest złożyła firma Modern Construction Design sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Protest ten został złożony w dniu 11 października 2007r. Pismem z dnia 19.10.2007r. Zamawiający zawiadomił firmę Autorska Pracownia Architektoniczna „Projekt” o wniesieniu protestu. W dniu 22.10.2007r. firma ta złożyła pismo o przystąpieniu do postępowania po stronie składającego protest. W dniu 23.10.2007r. Zamawiający odmówił temu wykonawcy dopuszczenia do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Swoje stanowisko argumentował tym, że przystępujący do protestu nie uzasadnił ani nie uprawdopodobnił istnienia swojego interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania a która to konieczność wynika z art. 181 ust. 4 i 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W konsekwencji podniósł ponadto, że wykonawca Autorska Pracownia Architektoniczna „Projekt” nie posiada interesu prawnego w przyłączeniu się do protestu firmy Modern Construction Design sp. z o.o. Ponadto wskazał, że przystępujący do protestu podniósł nowe zarzuty nie znajdujące się w proteście co nie może mieć miejsca ponieważ zmierza do obejścia przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Następnie wykonawca Autorska Pracownia Architektoniczna „Projekt” wniosła w dniu 29.10.2007r. protest na czynność odmowy przystąpienia do postępowania protestacyjnego. W proteście wskazała na to, że z treści przepisu art. 181 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wynika, iż uczestnikami postępowania protestacyjnego stają się wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, którzy przystąpią do protestu w terminie 3 (trzech) dni od dnia otrzymania wezwania, o którym mowa w art. 181 ust. 3”. Ponadto wskazano, że zarówno dyrektywa odwoławcza EWG dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych jak i ustawa Prawo Zamówień Publicznych nie przewidują możliwości niedopuszczenia wykonawcy do postępowania protestacyjnego.

Protest ten został oddalony pismem z dnia 8.11.2007r. a Zamawiający w oddaleniu tego protestu ponownie podniósł, że przystępujący do protestu nie uzasadnił ani nie uprawdopodobnił istnienia swojego interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania. Wskazał ponadto, że oferta protestującego jest trzecia w kolejności oceny ofert. Ponadto

wskazał, że w takim przypadku przystąpienie do protestu jest bezskuteczne z mocy prawa bez konieczności wydawania odrębnej decyzji w tym zakresie przez Zamawiającego.

W wyniku oddalenia protestu wykonawca złożył odwołanie w dniu 13.11.2007r. W odwołaniu podkreślił, że Zamawiający oddalił protest pomimo, że rozstrzygnięcie to nie zawiera żadnego odniesienia do merytorycznych zarzutów podniesionych w proteście. Dalej wskazywał, że brak uzasadnienia rozstrzygnięcia stanowi wadę proceduralną powodującą niemożność kontroli instancyjnej tego rozstrzygnięcia. Powinno to według niego stanowić podstawę nakazania Zamawiającemu ponownego rozpoznania protestu w celu rozpatrzenia merytorycznych argumentów. Ponadto odwołujący wskazał na zasadność protestu Modern Construction Design sp. z o.o. co według niego skutkowało istnieniem interesu prawnego po jego stronie gdyż jako jedyny złożył on ofertę z uwzględnieniem wszystkich parametrów. Dodatkowym argumentem było to, że ocena ofert została oparta na uzupełnionej po terminie składania ofert tabeli a uzupełnienie tej tabeli było dokonane z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Ponadto Odwołujący stwierdził, że instytucję przyłączenia się do postępowania należy traktować jako instytucję interwencji ubocznej z kodeksu postępowania cywilnego, dostosowana do specyfiki procedur funkcjonujących w prawie zamówień publicznych.

Izba zważyła i ustaliła co następuje: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należało unieważnić.

Na podstawie art. 91 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych należało stwierdzić, że kryteriami oceny oferty mogą być cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia takie jak jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Należy jednak podkreślić, że „przewidywany koszt eksploatacji” jako kryterium określone w przedmiotowym postępowaniu dotyczy obiektu, który dopiero będzie miał powstać w przyszłości i nie dotyczy przedmiotu postępowania którym jest „opracowanie dokumentacji projektowej budowy centrum rekreacyjno – sportowego w Zielonej Górze (basen, hala widowiskowo – sportowa oraz parking z infrastrukturą techniczną). Tym samym izba uznała, że to kryterium sformułowane zostało z naruszeniem art. 91 ust. 2 ponieważ nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił w części oznaczonej 3.3 – w punktach a-l co obejmuje przedmiot zamówienia i w żaden sposób nie można stwierdzić, że „przewidywany koszt eksploatacji” przyszłej inwestycji odnosi się do któregoś z tych punktów. Izba stwierdziła, że przedwczesne jest żądanie od wykonawców – projektantów oświadczenia jaki będzie przewidywany koszt eksploatacji obiektu który zostanie zbudowany

w wyniku rozstrzygnięcia przyszłego przetargu przez zupełnie inny podmiot. Ponadto określenie „przewidywany koszt eksploatacji” wskazuje na możliwość podania różnych kwot które niekoniecznie się w przyszłości znajdą się w umowie pomiędzy wykonawcą przyszłego obiektu budowlanego. Dodatkowym argumentem jest to, że w § 6.2 umowy wskazano, że przy odbiorze przedmiotu zamówienia (dokumentacji projektowej) Zamawiający nie jest obowiązany dokonywać sprawdzenia jakości przekazanej dokumentacji projektowej i pozostałych jego części co w połączeniu z zapisami dotyczącymi płatności za wykonanie dokumentacji, zabezpieczenia należytego wykonania umowy jak również z zapisami określającymi przypadki zapłaty kary umownej czyni to kryterium nieobiektywnym. Zamawiający nie będzie w stanie wyegzekwować od wykonawcy spełnienia kryterium które zaoferował w ofercie. W szczególności należy wskazać bardzo różne wartości wpisane w ofertach w tym kryterium – od 460 000 zł do 1 775 000 zł brutto co potwierdza tezę o nieokreśloności oraz nieobiektywności tego kryterium. W związku z powyższym należy również wskazać, że oprócz art. 91 ust. 2 nieobiektywność kryterium może naruszyć art. 7 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych dotyczący uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć możliwość uczciwego konkurowania między sobą a nieobiektywne kryteria powodują rozbieżności i możliwość oferowania swoich usług w sposób naruszający tą zasadę.

Doktryna słusznie wskazuje na to, że koszty eksploatacji jako kryterium oceny ofert powinny mieć na celu obniżenie kosztów eksploatacji (w przypadku przedmiotowym – kosztów eksploatacji przyszłego obiektu), przy zachowaniu wysokiej jakości przedmiotu zamówienia, a także jego walorów użytkowych i estetycznych. (Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, UZP, Warszawa 2006). W przypadku przedmiotowego postępowania kryterium „przewidywalnego kosztu eksploatacji” nie służy tym celom ponieważ nie jest egzekwowlane w stosunku do wykonawcy który zaoferuje w nim jakąś wartość. Może nawet prowadzić do przyszłych konfliktów na linii wykonawca budowy obiektu – zamawiający.

Z tego też powodu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych spowodowało konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych ponieważ wada polegająca na umieszczeniu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nieobiektywnego kryterium nie odpowiadającego ww. zapisom ustawy powoduje naruszenie przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Wpływ polegał na możliwości przygotowania ofert z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu co spowodowane zostało wprowadzeniem

nieobiektywnego kryterium „przewidywalnego kosztu eksploatacji” bez zachowania możliwości jego wyegzekwowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*