

Sygn. akt KIO/UZP 90 /09

**WYROK**  
**z dnia 2 lutego 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Członkowie:** Barbara Bettman

Marzena Ordysińska

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Marka Rytycha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marek Rytych Architekt Al. Niepodległości 214/16, 00-608 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Katowice Urząd Miasta Katowice ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** protestu z dnia **23 grudnia 2008 r.**

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

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Marka Rytycha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marek Rytych Architekt Al. Niepodległości 214/16, 00-608 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Marka Rytycha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marek Rytych Architekt Al. Niepodległości 214/16, 00-608 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Marka Rytycha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Marek Rytych Architekt Al. Niepodległości 214/16, 00-608 Warszawa.**

## **Uzasadnienie**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 01.08.2008r. pod poz. 2008/S 148 -199137

Postępowanie dotyczy Międzynarodowego Konkursu na opracowanie koncepcji urbanistyczno - architektonicznej nowej siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach zwanego dalej "Konkursem".

Zamawiającym jest Miasto Katowice Urząd Miasta Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice zwany dalej "Zamawiającym".

Odwołującym jest Marek Rytych prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "Marek Rytych Architekt" z siedzibą w Warszawie przy Al. Niepodległości 214/16, 00-608 Warszawa zwany dalej "Odwołującym".

Odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zostało złożone w dniu 19.01.2009r. pismem z dnia 18 stycznia 2009 roku.

Odwołujący na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2007 nr 223, poz.1655, zm. Dz.U.2008r. Nr 171 poz.1058) zwanej dalej "ustawą" wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu złożonego w dniu 23 i 27 grudnia 2008r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 116 ust.1 oraz art. 179 ustawy w związku z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw poprzez przyjęcie, iż Odwołujący nie może podważyć werdyktu Sądu Konkursowego,
2. art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i art. 116 ust. 1 ustawy poprzez przyjęcie, iż postępowanie konkursowe było przeprowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z regulaminem konkursu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie powyżej przywołanych przepisów ustawy oraz postanowień 1.2. Rozdziału II, 2.1.,1.1.Rozdziału VII Regulaminu Konkursu na opracowanie koncepcji urbanistyczno - architektonicznej nowej siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach zwanego dalej "Regulaminem" przy czynności Zamawiającego, polegającej na przyznaniu I nagrody przez Sąd konkursowy pracy wykonanej przez KONIOR STUDIO Tomasz Konior z Katowic zwanego dalej "uczestnikiem wybranym".

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie żądań Odwołującego w całości i w związku z tym unieważnienie przeprowadzonego postępowania konkursowego,
2. zasądzenie od Zamawiającego kosztów wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w niniejszej sprawie, według rachunku, który zostanie złożony do akt na wyznaczonej rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił następującą argumentację formalno-prawną.

W pierwszej kolejności wskazał, iż nowelizacja ustawy z dnia 4 września 2008 roku wykreśliła z ustawy ówczesny art. 179 ust. 1 b o następującej treści: "Środki ochrony prawnej nie przysługują wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych." Ponadto, z treści art. 4 ust. 2 nowelizacji ustawy z dnia 4 września 2008 roku wynika, iż do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy (co nastąpiło zresztą w dniu 24 października 2008 roku) oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy w obecnym brzmieniu. Skoro z treści prawa zamówień publicznych w obecnym kształcie art. 179 ust. 1b został usunięty, to jest oczywiste, iż w obecnym stanie prawnym możliwe jest złożenie środków ochrony prawnej od rozstrzygnięcia Sądu Konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych, co też zostało uczynione przez Odwołującego w proteście z dnia 23 grudnia 2008 roku.

Przepis art. 4.2 Regulaminu Konkursu stanowiącego, że "wskazane, w pkt 4.1. środki ochrony prawnej nie przysługują wobec rozstrzygnięcia Sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszej pracy konkursowej", jest obecnie w oczywisty sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa zamówień publicznych i Zamawiający nie może skutecznie powoływać się na jego treść.

Przedmiotowe zapisy regulaminu konkursu mają charakter wtórny w stosunku do ustawy prawo zamówień publicznych.

Rozstrzygnięcie przedmiotowego protestu dokonane przez Zamawiającego stanowi więc ograniczenie prawa Odwołującego do korzystania z środków ochrony prawnej i jest niegodne z przepisami prawa zamówień publicznych.

Należy także podkreślić, iż art. 179 ust. 1 prawa zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

W niniejszym stanie faktycznym, gdyby nie doszło do opisanych w proteście z dnia 23 grudnia 2008 roku naruszeń, zaniedbań i błędów w przeprowadzeniu postępowania konkursowego oraz w procedurze formułowania ocen, Odwołujący mógłby wygrać niniejszy konkurs.

Interes prawny Odwołującego doznał więc istotnego uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów ustawy oraz Regulaminu Konkursu przez Zamawiającego.

Wreszcie, należy wskazać, iż Zamawiający, niesłusznie oddalając złożony przez Odwołującego protest, nie dokonał merytorycznego rozpoznania jego treści. W związku z tym, istnieje konieczność ponownego przytoczenia argumentów Odwołującego w niniejszej sprawie.

Bowiem praca wyłoniona jako zwycięska nie spełnia wymogów regulaminowych, zaś działanie Sądu Konkursowego w tym przedmiocie jest sprzeczne z prawem.

W opinii Odwołującego Sąd konkursowy, przeprowadzając przedmiotową czynność, dokonał rażącego naruszenia nie tylko postanowień Regulaminu, ale także przepisów ustawy.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, iż w uzasadnieniu przyznania I nagrody Sąd Konkursowy wskazał co następuje: „Dostrzegając zalety pracy nagrodzonej I nagrodą, sąd konkursowy zauważa równocześnie potrzebę poprawy zaprezentowanych w projekcie konkursowym elewacji budynku. Zdaniem sądu należy je przeprojektować tak, aby nowa siedziba NOSPR uzyskała swoisty, indywidualny wyraz architektoniczny, bardziej odpowiadający charakterowi i znaczeniu tej Orkiestry dla kultury narodowej”.

W ocenie Odwołującego z powyższego jednoznacznie wynika, iż praca, która została wyłoniona jako zwycięska, nie spełnia wymogów nałożonych na uczestnika konkursu, o których mowa w postanowieniu 1.2 Rozdziału II Regulaminu, gdyż obiekt dla jej realizacji wymaga przebudowy. Zgodnie bowiem z przywołanym zapisem Regulaminu "Celem konkursu jest uzyskanie najlepszej pod względem architektonicznym, urbanistycznym, funkcjonalnym, realizacyjnym, ekonomicznym i eksploatacyjnym koncepcji nowej siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach". Nagrodzona praca winna zatem spełniać określone powyżej wymogi.

W ocenie Odwołującego z informacji Sądu Konkursowego wynika, iż przebudowa ma mieć charakter nie tyle funkcjonalny, umożliwiający wdrożenie w życie nagrodzonej pracy, ale, w świetle wymogów regulaminowych, charakter podstawowy. W wyniku dokonanej przebudowy siedziba NOSPR miałaby uzyskać "swoisty, indywidualny wyraz architektoniczny, bardziej odpowiadający charakterowi i znaczeniu tej Orkiestry dla kultury". Podsumowując powyższy zarzut Odwołujący stwierdza, że takie rozwiązanie jest dowodem tego, że nagrodzony projekt nie spełnia regulaminowych założeń. Gdyby bowiem było inaczej, nie potrzeba by było dokonywać jakiegokolwiek przebudowy siedziby NOSPR, a jeżeli już przebudowa byłaby

konieczna do zrealizowania tej inwestycji, zmiana dotyczyłaby aspektów funkcjonalnych, nie zaś kwestii dotyczących wyrazu architektonicznego. Proponowana zmiana ma charakter podstawowy i pierwotny wobec projektu architektonicznego. Opinia Sądu Konkursowego, zgodnie z którą, by móc zrealizować zwycięski projekt zgodnie z zapisem 1.2 Rozdziału II Regulaminu należy przebudować elewację budynku, przesądza w sposób oczywisty o niezgodności zwycięskiego projektu z wymogami regulaminowymi.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono dalej, że Sąd Konkursowy, uzasadniając przyznanie I nagrody zwycięzcy wskazał, iż "Kształt sali umożliwi także jej elastyczne wykorzystanie do innych celów." Otóż zauważyć należy, że zgodnie z treścią załącznika nr 8 do Regulaminu: Program funkcjonalno-użytkowy nowej siedziby NOSPR głównym przeznaczeniem sali jest organizowanie w niej koncertów oraz nagrywanie materiałów muzycznych. Jedyną zmienną w tym przedmiocie zgodnie z treścią punktu 13 załącznika nr 8 do Regulaminu jest zmienna akustyka, przy zachowaniu podstawowej funkcji sali. Wymóg ten zgodnie z Regulaminem zostanie spełniony przez autora, biorącego udział w konkursie poprzez zaprojektowanie ruchomych elementów ściennych i sufitowych. Wszystkie te modyfikacje projektu muszą się jednak mieścić w zakresie funkcjonalnym. Zamawiający określił bowiem jednoznacznie funkcję, jaką winna spełniać projektowana sala. Biorąc pod uwagę specyfikę budowli, cel oraz funkcję społeczną, jaką ma spełniać siedziba NOSPR, projekt sali koncertowej miał wypełniać wyłącznie kryterium podstawowe, jakemu ma ona służyć.

Zgodnie z postanowieniem 2.1 Rozdziału VII Regulaminu "Prace konkursowe będą oceniane według następujących kryteriów:

1. walory architektoniczno-urbanistyczne -40%,
2. rozwiązania funkcjonalno-użytkowe i akustyczne -40%,
3. proponowana cena opracowania dokumentacji projektowej -20 %.

Odwołujący stwierdza, że w żadnym z przewidzianych w Regulaminie kryteriów oceny prac nie ma mowy o tym, iż projekt ma być elastyczny w kwestii wykorzystania sali do innych celów niż koncertowe. Niedopuszczalne jest dokonywane na etapie uzasadnienia przyznania nagród w konkursie powoływanie się na spełnienie przez zwycięzcę Wymogów, które według jednoznacznie brzmiącej treści zapisów Regulaminu w tej materii, nie miały znaczenia dla wyboru najlepszej pracy, biorącej w nim udział.

Odwołujący jako zarzut zwrócił także uwagę na kolejny zapis w opinii Sądu Konkursowego „Zaproponowane rozwiązanie przestrzenne cechuje elastyczność umożliwiającą łatwe wprowadzenie niezbędnych zmian funkcjonalnych uzgodnionych z przyszłym użytkownikiem obiektu podczas wykonywania dalszych etapów opracowania projektu (...). Z powyższego twierdzenia Sądu wynika, iż istnieje ryzyko, jakoby do zrealizowania zwycięskiego projektu

wymagana była zmiana funkcjonalna projektowanych pomieszczeń. Brak jest także odpowiedniego postanowienia Regulaminu w tej kwestii. Nie ma w nim bowiem mowy o tym, iż projekt, biorący udział w konkursie, winien spełniać Wymogi, dzięki którym będzie można łatwo dokonywać zmian funkcjonalnych poszczególnych pomieszczeń. W kryterium oceny, o jakim mowa w postanowieniu 2.1 lit. b) Regulaminu, a zatem "rozwiązania funkcjonalno-użytkowe", na pewno nie mieści się elastyczność w zakresie wprowadzanych zmian funkcjonalnych.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż postępowanie Sądu Konkursowego w przedmiotowej sprawie rażąco naruszało art. 116 ust. 1 oraz art. 122 ust. 1 i 2 ustawy. Zgodnie bowiem z treścią tych przepisów zamawiający przeprowadza konkurs na podstawie ustalonego przez siebie regulaminu konkursu, zaś Sąd konkursowy ocenia prace konkursowe zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu o konkursie oraz rozstrzyga konkurs, wybierając spośród prac konkursowych najlepszą pracę konkursową lub najlepsze prace konkursowe.

Biorąc pod uwagę okoliczności, które w świetle Regulaminu nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia konkursu i wykorzystywanie ich jako argument in plus zwycięskiej pracy nie tylko narusza postanowienia Regulaminu, ale jest sprzeczny z art. 7 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada obiektywizmu zobowiązuje bowiem Zamawiającego do jak największej precyzji przy ustalaniu kryteriów w celu wyeliminowania nadmiernej dowolności w ocenie ofert. Wśród przedstawicieli doktryny podkreśla się, iż "Całkowite uniknięcie subiektywnych ocen sędziów konkursowych nie będzie nigdy możliwe w odniesieniu do niewymiernych cech natury artystycznej, jak piękno, estetyka itp. Subiektywizm ten nie może jednak wiązać się z odstępianiem od kryteriów z regulaminu i ich znaczenia lub stosowania dodatkowych kryteriów oceny" (W. Dzierżanowski, Komentarz do art. 122 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U 07.223.1655), [w:] M Stachowiak, J. Jerzykowski, W Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). Opisana wyżej sytuacja, w ocenie Odwołującego miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Sąd konkursowy, odmówił mocy wiążącej zapisom regulaminowym w kwestii dokonania oceny prac, biorących udział w konkursie.

Dalej Odwołujący stwierdza, że kryteria oceny prac konkursowych, zgodnie z ust. 2 pkt 11 ustawy są podawane w Regulaminie Konkursu. Zamawiający zobowiązany jest poinformować publicznie o znaczeniu poszczególnych kryteriów. Norma wyrażona w ust. 1 tegoż artykułu oznacza, że ocena prac "zgodnie z kryteriami określonymi w regulaminie" musi być dokonywana z zachowaniem nie tylko kryteriów, ale i ich znaczenia wskazanego w tym dokumencie. Zamawiający wskazał zatem w punkcie 2.1 Rozdziału VII regulaminu znaczenie tych kryteriów. Podjęte przez niego rozstrzygnięcie stoi w jaskrawej sprzeczności

z tym zapisem regulaminowym. Przy wyborze zwycięskiej pracy zostały wzięte pod uwagę kryteria, które w świetle regulaminu są obojętne dla dokonanego rozstrzygnięcia.

Dodatkowym przykładem takiego postępowania jest także to, iż w ocenie Sądu konkursowego zagospodarowanie działki przeznaczonej dla nowej siedziby NOSPR umożliwia zagospodarowanie pozostałej części terenu poprzez umieszczenie na nim w dalszych etapach parkingów dla publiczności. Argumentację taką należy uznać za chybioną z następującego powodu. Warunkiem konkursowym nie było bowiem spełnienie wymogu, by przedmiotowy projekt architektoniczny przewidywał powstanie takiego parkingu. Czynienie z tego obecnie argumentu przemawiającego na korzyść zwycięskiej pracy jest ze wszech miar niedopuszczalne.

Dalej Odwołujący stwierdza, iż Zamawiający swoim postępowaniem dokonał naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z jego treścią postępowanie jest jawne. W związku z tym uczestnik konkursu ma prawo zapoznać się z treścią akt dotyczących przeprowadzanego postępowania konkursowego. W niniejszej sprawie Odwołującemu dwukrotnie uniemożliwiono zapoznanie się z pełnym materiałem przedmiotowej sprawy.

W dniu 16 grudnia 2008 roku Odwołujący złożył w Stowarzyszeniu Architektów Polskich O/Katowice wniosek o udostępnienie do wglądu protokołu i innych dokumentów dotyczących przebiegu prac Sądu konkursowego w przedmiotowej sprawie. Odwołujący uzyskał informację, iż Biuro Stowarzyszenia jest nieczynne. Po wielokrotnych rozmowach telefonicznych oraz prośbach o umożliwienie zapoznania się z materiałem sprawy, Odwołujący został wpuszczony do Biura Stowarzyszenia przez osobę, która wykonywała na terenie budynku prace administracyjne. Jako osoba nieupoważniona do udzielania Odwołującemu informacji na temat dotyczący postępowania, a tym bardziej udostępnienia zainteresowanym akt, Odwołujący został zmuszony jedynie do sporządzenia notatki służbowej dotyczącej ich niekompletności.

Podobna sytuacja miała miejsce w dniu 23 grudnia 2008 roku. Tego dnia Odwołujący ponownie złożył wniosek o udostępnienie mu materiałów, dotyczących postępowania konkursowego. Dokumenty te, w szczególności stosowne protokoły, niezbędne były także do podjęcia skutecznej ochrony praw Odwołującego zgodnie z art. 180 ustawy. Odwołującemu ponownie odmówiono dostępu do akt sprawy. Odwołujący uzyskał bowiem informację, iż akta znajdują się już w siedzibie Zamawiającego w dziale inwestycji. W związku z powyższym Odwołujący złożył także do Zamawiającego wniosek o identycznej treści. Pomimo słuszności racji Odwołującego, wniosek ten nie został uwzględniony. Opisane działania Zamawiającego w sposób jaskrawy naruszają zasadę jawności postępowania i jako takie nie mogą korzystać z ochrony.



Podsumowując swoje wywody Odwołujący stwierdził, że odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym i w tym stanie rzeczy wnosi jak na wstępie.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 07.01.2009 r. poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu decyzji Zamawiający podał następującą argumentację formalno-prawną.

1. Zgodnie z p. 4.2. Rozdziału IX "Regulaminu konkursu" - protest, skarga nie przysługują wobec rozstrzygnięcia Sądu Konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszej pracy konkursowej", zatem akceptowany przez Uczestnika konkursu „regulamin” nie dopuszcza podważenie werdyktu Sądu Konkursowego.
2. Stwierdzany, że Organizator (Zamawiający) nie naruszył postanowień art. 7, 8 i 116 Ustawy Prawo zamówień publicznych". Zgodnie z art. 7 ust.1 Ustawy postępowanie było przeprowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Prace Sądu Konkursowego odbywały się zgodnie z postanowieniami "Regulaminu", zwłaszcza określonymi w p. 1 Rozdz. VII.

Wobec powyższego, żądania składającego protest, w ocenie Zamawiającego, są nieuzasadnione.

1. Stwierdzamy, że Organizator umożliwił składającemu "Protest" zapoznanie się z dokumentami postępowania konkursowego mimo wadliwości złożonego wniosku.
2. Zdaniem Sądu Konkursowego uzasadnienie przyznania 1 nagrody było wystarczające i zgodne z Regulaminem w ocenie pracy podano między innymi jej dodatkowe walory (p. 1.3. Rozdz. VII „Regulaminu”).
3. Uwagi i zalecenia do nagrodzonej pracy przewidziane są w pracach Sądu jako powszechnie praktykowane w konkursach urbanistyczno – architektonicznych.
4. Celem konkursu było, według zapisu w p.1.2. Rozdz. II „Regulaminu”, wybranie koncepcji projektowej najlepszej pod względem architektonicznym, urbanistycznym, funkcjonalnym, realizacyjnym, ekonomicznym i eksploatacyjnym. Zdaniem Organizatora konkursu cel ten został osiągnięty.
5. Sąd Konkursowy, wbrew opinii składającego „Protest”, nie doszukał się cech plagiatu w nagrodzonej pracy.
6. Ekspertyza p.t. „Ocena prac konkursowych w aspekcie akustycznym” wykonana na wniosek Sądu Konkursowego miała charakter pomocniczy w wielokryterialnej ocenie prac konkursowych zgodnie z p. 2.1. Rozdz. VII „Regulaminu”. Wykonane przez niezależne zespoły prace oceniane były przez eksperta pod względem 8 kryteriów

akustycznych uzyskując zróżnicowaną punktację. Ocena projektów konkursowych pod względem akustycznym była jednym ze składników kryteriów ich oceny przez Sąd Konkursowy.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

W uzupełnieniu protestu w dniu 27.12.2008r. i w odwołaniu w dniu 18.01.2009r. Odwołujący podtrzymał żądanie w zakresie unieważnienia postępowania konkursowego, wyjaśniając na rozprawie, że żądanie dokonania ponownej oceny prac konkursowych oraz wyboru pracy najlepszej, w myśl postanowień Regulaminu oraz przepisów ustawy jest niemożliwe, z uwagi na dokonaną identyfikację prac konkursowych, na ogłoszeniu wyników postępowania konkursowego w dniu 15 grudnia 2008r.

Bowiem zgodnie z art.121 ust.4 ustawy zamawiający zapewnia, że do rozstrzygnięcia konkursu przez sąd konkursowy niemożliwe jest zidentyfikowanie autorów prac konkursowych.

Skład orzekający Izby, wbrew twierdzeniu Zamawiającego na rozprawie uznał, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, pomimo, że Odwołujący nie zaskarżył wyboru pracy konkursowej sklasyfikowanej na drugiej pozycji, przy uwzględnieniu, iż pracę Odwołującego sklasyfikowano na trzeciej pozycji.

Wobec okoliczności, że skuteczne oprotestowanie I nagrody niweczy całe przeprowadzone postępowanie, ponieważ po identyfikacji autorów prac na ogłoszeniu wyników konkursu można tylko unieważnić postępowanie, to należy uznać, za niekonieczne oprotestowanie pracy bezpośrednio poprzedzającej pracę Odwołującego.

Zamawiający, w przypadku uwzględnienia odwołania, nie może przeprowadzić ponownej oceny i wyboru najlepszej pracy, po czym w niniejszym postępowaniu zaprosić wybranego autora pracy konkursowej do negocjacji z wolnej ręki .

W takiej sytuacji nieistotne znaczenie ma, na której pozycji sklasyfikowano pracę konkursową Odwołującego, skoro w przypadku uwzględnienia odwołania nie można ponowić oceny i wyboru najlepszej pracy konkursowej.

Tym samym nie można argumentować, że i tak praca Odwołującego nie miałaby szansy być wybrana jako najlepsza, w wyniku uwzględnienia protestu, skoro zajmowała trzecią, a nie drugą pozycję po najlepszej pracy.

W związku z powyższym w ocenie Izby, Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w myśl art.179 ust.1 ustawy, ponieważ jeżeli wykaże naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, to będzie miał szansę na najlepszą ocenę pracy konkursowej.

Co do naruszenia art. 116 ust.1 oraz art. 179 ustawy w związku z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw poprzez przyjęcie, iż Odwołujący nie może podważyć werdyktu Sądu Konkursowego.

Co do zasady Odwołujący nie ma racji, ponieważ zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu art.179 w związku z art.180 ustawy wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w konkursie można wnieść protest do Zamawiającego.

Co prawda skreślono ust.1b art.179 o treści "środki ochrony prawnej nie przysługują wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych", ale nie wprowadzono przepisu odwrotnie brzmiącego to jest o treści "środki ochrony prawnej przysługują wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych".

W związku z powyższym przedmiotowe odwołanie należy rozpatrzyć w kontekście powyżej cytowanego przepisu art.180 ustawy, czyli oprotestowuje się czynności Zamawiającego, a nie Sądu Konkursowego.

Zamawiający natomiast jest zobowiązany zgodnie z art.116 ust.1 ustawy przeprowadzić konkurs na podstawie regulaminu konkursu.

Z kolei przedmiotowy Regulamin konkursu przewiduje, że zgodnie z postanowieniem 2.1 Rozdziału VII Regulaminu "Prace konkursowe będą oceniane według następujących kryteriów:

1. walory architektoniczno-urbanistyczne -40%,
2. rozwiązania funkcjonalno-użytkowe i akustyczne -40%,
3. proponowana cena opracowania dokumentacji projektowej -20 % . "

W regulaminie znajduje się również postanowienie 1.2 Rozdziału II Regulaminu, o treści "Celem konkursu jest uzyskanie najlepszej pod względem architektonicznym, urbanistycznym, funkcjonalnym, realizacyjnym, ekonomicznym i eksploatacyjnym koncepcji nowej siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach".

W Regulaminie znajduje się także zapis w Rozdziale VII pt. Ocena Prac Konkursowych. W szczególności Sąd konkursowy : a) wskazuje prace, które powinny być nagrodzone wraz z rodzajem i wysokością nagrody(...), b) sporządza opinie o nagrodzonych i wyróżnionych pracach konkursowych, c) sporządza zalecenia do pracy konkursowej uznanej za najlepszą (...).

Na podstawie tak sformułowanych zapisów Regulaminu, Odwołujący przedstawił następujące zarzuty wobec opinii, sporządzonej przez Sąd Konkursowy, dla uzasadnienia wyboru najlepszej pracy konkursowej:

1. Zarzut konieczności poprawiania elewacji budynku, co niweczy możliwość traktowania pracy jako najlepszej.

„Dostrzegając zalety pracy nagrodzonej I nagrodą, sąd konkursowy zauważa równocześnie potrzebę poprawy zaprezentowanych w projekcie konkursowym elewacji budynku. Zdaniem sądu należy je przeprojektować tak, aby nowa siedziba NOSPR uzyskała swoisty, indywidualny wyraz architektoniczny, bardziej odpowiadający charakterowi i znaczeniu tej Orkiestry dla kultury narodowej”. Taki dosłowny zapis znajduje się w opinii Sądu konkursowego. Obecny na rozprawie przewodniczący Sądu Konkursowego wyjaśnił, na zadane pytanie arbitra, że poprawienie elewacji nastąpić ma bez ingerencji w bryłę budynku. Poprawienie elewacji nastąpi poprzez skorygowanie wierzchniej powierzchni powłoki obiektu.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ w Regulaminie Rozdział VII Ocena Prac Konkursowych przewidziano, że 1.3. Sąd konkursowy rozstrzyga konkurs, dokonując wyboru najlepszych prac konkursowych. W szczególności Sąd konkursowy : a) wskazuje prace, które powinny być nagrodzone wraz z rodzajem i wysokością nagrody(...), b) sporządza opinie o nagrodzonych i wyróżnionych pracach konkursowych, c) sporządza zalecenia do pracy konkursowej uznanej za najlepszą. Tak więc w ocenie pracy konkursowej najlepszej, mieści się zawarcie zaleceń, w tym wypadku poprawienie elewacji, co wyraźnie przewiduje Regulamin.

Tym samym zarzut uznano jako bezzasadny.

2. Zarzut nie spełnienia warunku związanego z opisem przedmiotu zamówienia, co do funkcji sali koncertowej i sali nagrań.

Poprzez “Kształt sali umożliwia także jej elastyczne wykorzystanie do innych celów.” W ocenie Izby to sformułowanie mieści się w kryterium funkcjonalności. Należy je odczytywać w powiązaniu z poprzedzającym je zdaniem “Dobrze zaprojektowaną wielką salą koncertową, której proporcje zapowiadają uzyskanie odpowiednich parametrów akustycznych dla wielkiego brzmienia symfonicznej muzyki NOSPR.” Przez inne cele, w ocenie Izby, należy rozumieć także dla innego rodzaju muzyki niż “wielkie brzmienie symfoniczne”, czyli nadal przeznaczenie koncertowe. Takie rozumienie Izby potwierdzają złożone, w czasie rozprawy, wyjaśnienia Pani Dyrektor NOSPR, będącą jednocześnie sędzią Sądu Konkursowego.

Tym samym zarzut uznano jako bezzasadny.

3. Zarzut brania pod uwagę przez Sąd Konkursowy innych kryteriów ocen niż ustalone w Regulaminie.

Na dowód powyższego zarzutu Odwołujący wskazał następujące zapisy w opinii Sądu Konkursowego.

„Zaproponowane rozwiązanie przestrzenne cechuje elastyczność umożliwiająca łatwe wprowadzenie niezbędnych zmian funkcjonalnych uzgodnionych z przyszłym użytkownikiem obiektu podczas wykonywania dalszych etapów opracowania projektu (...)

Według Odwołującego dodatkowym przykładem takiego postępowania jest także to, iż w ocenie Sądu konkursowego zagospodarowanie działki przeznaczonej dla nowej siedziby NOSPR (...)Umożliwia to racjonalne zagospodarowanie pozostałej części terenu: umieszczenie na nim w dalszych etapach zainwestowania podziemnych parkingów dla publiczności(...).

W ocenie Izby: po pierwsze powyższe zapisy mieszczą się w kryterium funkcjonalności oraz kryterium architektoniczno – urbanistycznym, po drugie: Zamawiający na rozprawie przywołał pismo z dnia 30.09.2008r. stanowiące wyjaśnienia na zapytania uczestników co do odpowiedzi nr 3, gdzie zamawiający wyjaśnił “ Obowiązujący program użytkowy nie zawiera w budżecie inwestycji pozycji parking dla publiczności. Dopuszcza się różne propozycje zorganizowania parkingów samochodów publiczności w ilości co najmniej 300 miejsc postojowych ( w tym na terenie opracowania) pod warunkiem wydzielenia tych parkingów jako osobnej inwestycji”.

Należy także zwrócić uwagę, że Regulamin zawierał Rozdział II Opis przedmiotu konkursu pkt 2) pn. Obszar objęty konkursem - jego charakterystyka i zasadnicze uwarunkowania opisujące: usytuowanie terenu opracowania, powiązania z otoczeniem oraz ogólna charakterystyka, uwarunkowania zagospodarowania i zabudowy terenu opracowania i terenów sąsiednich w tym uwarunkowania górnicze, uwarunkowania wynikające z istniejącego zagospodarowania terenu, uwarunkowania wynikające z planowanego rozwoju poszczególnych terenów, wnioski i ogólne wytyczne dla koncepcji zagospodarowania, zasady kompozycji struktury funkcjonalno-przestrzennej na terenie opracowania i na terenach otaczających. Powyższe pozycje zawierały szereg informacji, które mogły służyć autorom prac do wykorzystania przy opracowaniu projektu koncepcyjnego urbanistyczno-architektoniczny nowej siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach.

Skład orzekający Izby oceniając opis kryteriów oceny prac konkursowych stwierdza, iż cechuje się on dużym stopniem ogólności i brakiem określenia sposobu dokonywania oceny ofert według tak ustalonych kryteriów:

1. walory architektoniczno-urbanistyczne -40%,
2. rozwiązania funkcjonalno-użytkowe i akustyczne -40%,
3. proponowana cena opracowania dokumentacji projektowej -20 %.

Skoro Zamawiający w przyjętym Regulaminie nie podał w jaki sposób będzie dokonywał oceny ofert według ustalonych kryteriów, to skoro uczestnicy zgodzili się na tak ustalone zasady, których nie oprotestowali, to nie mają skutecznego prawa oprotestowania wyboru najlepszej pracy, ponieważ zgodzili się na subiektywną ocenę ich prac.

Skład orzekający Izby orzekając w granicach obowiązującej ustawy i Regulaminu przyjętego przez Zamawiającego, nie ma podstaw do uwzględnienia powyższych zarzutów Odwołującego.

Skład orzekający Izby podziela pogląd Zamawiającego, wyrażony na rozprawie, o nadinterpretacji przez Odwołującego zapisów zawartych w Opinii Sądu konkursowego. Tym samym zarzut uznano jako bezzasadny.

Bez wpływu na rozstrzygnięcie sprawy ma opinia biegłego akustyka, który stosunkowo wysoko ocenił pracę wybraną, przyznając na maksymalną ilość 42 punktów, 30 punktów dla pracy wybranej, przy uwzględnieniu, że był to tylko jeden z elementów oceny prac konkursowych i miał dość istotne znaczenie dla oceny prac konkursowych. Natomiast w ocenie Izby fakt zamieszczenia uwag w ekspertyzie, odnoszących się do pracy wybranej w żaden sposób nie dyskwalifikuje poszczególnej pracy konkursowej.

W ocenie Izby brak podstaw do uznania zasadności twierdzeń Odwołującego, o konieczności przeprowadzania wielu ekspertyz, skoro Odwołujący nie wykazał, w jakim zakresie opinia eksperta akustyka jest niewiarygodna bądź nieprawidłowa.

Tym samym zarzut uznano jako bezzasadny.

Co do naruszenia art. 8 ust.1 ustawy, przez odmowę Odwołującemu dostępu do dokumentacji postępowania konkursowego, zgodnie z którym takie działanie Zamawiającego w sposób jaskrawy narusza zasadę jawności postępowania i jako takie nie może korzystać z ochrony.

Odwołujący zarówno w proteście jak i w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.8.ust. 1 ustawy, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Jak Odwołujący wskazywał dwukrotnie uniemożliwiono zapoznanie się z dokumentacją przeprowadzonego postępowania konkursowego. Zdarzenie miało miejsce w dniach 16 i 23 grudnia 2008r. w siedzibie prowadzącego w imieniu Zamawiającego postępowanie to jest w Stowarzyszeniu Architektów Polskich Oddział Katowice.

Ostatecznie dokumentacja została udostępniona przez Zamawiającego i Odwołujący, po zapoznaniu się z jej aktami, w dniu 27 grudnia 2008r. uzupełnił protest z dnia 23 grudnia 2008r., co nastąpiło w ustawowym terminie na wniesienie protestu.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzut nie przedstawienia pełnej dokumentacji postępowania w zakresie nie przedłożenia do wglądu indywidualnych kart ocen prac konkursowych przez poszczególnych sędziów Sądu Konkursowego.

Zgodnie z oświadczeniem przedstawiciela Zamawiającego, przy składaniu na rozprawie do wglądu Izby dokumentacji postępowania, dokumentacja nie zawiera indywidualnych kart ocen.

Na podstawie Regulaminu, Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem VII pt. Ocena Prac Konkursowych 1) Tryb oceny prac konkursowych postanowiono między innymi, że "Oceny prac dokonuje Sąd konkursowy na posiedzeniach zamkniętych, w zakresie zgodności tych prac z wymaganiami określonymi w regulaminie i z kryteriami oceny prac konkursowych(...). Wszystkie dostarczone prace będą poddane analizie przez sędziego referenta ( sędziów referentów) pod względem poprawności rozwiązań funkcjonalnych, kompletności i zgodności z wymogami Regulaminu(...).1.2.Sąd konkursowy dokona wyboru pracy najlepszej, której przyzna I nagrodę, jak również przyzna II i III nagrodę oraz wskaże prace wyróżnione. 1.3. Sąd konkursowy rozstrzyga konkurs, dokonując wyboru najlepszych prac konkursowych. W szczególności Sąd konkursowy : a) wskazuje prace, które powinny być nagrodzone wraz z rodzajem i wysokością nagrody(...), b) sporządza opinie o nagrodzonych i wyróżnionych pracach konkursowych, c) sporządza zalecenia do pracy konkursowej uznanej za najlepszą, d) przedstawia wyniki konkursu do zatwierdzenia Zamawiającemu.(...).

W przedłożonej dokumentacji postępowania konkursowego znajdują się między innymi protokoły posiedzenia Sądu Konkursowego:

1. protokół nr 5 z dnia 25.11.2008r. na którym między innymi przedłożono sędziom trzystronicowe referaty wszystkich prac przygotowane przez Sędziów Referentów. Sąd jednogłośnie dopuścił wszystkie 17 prac do udziału w konkursie i dalszej oceny. Następnie Sędziowie Referenci zreferowali przeanalizowane prace konkursowe. Przewodniczący Sądu Konkursowego przedstawił opinię eksperta w dziedzinie akustyki sal koncertowych dr Piotra Pękali w aspekcie akustycznym. Po czym przystąpiono poprzez głosowanie do odrzucenia prac, które uzyskały najniższe

oceny. W głosowaniu jawnym odrzucono jednogłośnie prace, które uzyskały najniższe oceny – łącznie 5 prac. Po czym w drugim głosowaniu jawnym odrzucono kolejne 4 prace, które uzyskały niskie noty. Po przerwie przystąpiono do dalszej analizy i oceny pozostałych ośmiu prac. Do protokołu załączono listę obecności.

2. Protokół nr 6 z dnia 26.11.2008r. obejmuje dalsze głosowanie. Przy czym ustalono zasadę głosowania na trzy prace ze wskazaniem 1-go, 2-go, 3-go miejsca. Głosowanie odbywało się tajnie. Po przybyciu kolejnego Sędziego powtórzono głosowanie. Po dyskusji w głosowaniu jawnym odrzucono prace z najniższą punktacją ( trzy prace). Pozostało pięć prac. Przegłosowano jawnie przyznanie dwóch nagród i trzech wyróżnień. Przyjęto zasadę głosowania tajnego na pierwszą nagrodę. Dwie prace nr 3 i 17 otrzymały równą ilość głosów. Po dyskusji Przewodniczący Sądu dysponując głosem rozstrzygającym rozstrzygnął konkurs na korzyść pracy nr 17 biorąc pod uwagę wyższą dla tej pracy ocenę akustyczną projektowanej sali koncertowej. Wobec przeprowadzonych głosowań, w wyniku głosowania jawnego postanowiono jednogłośnie przyznać nagrody i wyróżnienia. Ustalono 12.12.2008r. jako końcowy termin sformułowania przez Sąd Konkursowy opinii o nagrodzonych i wyróżnionych pracach oraz zaleceń pokonkursowych dla pracy nagrodzonej I nagrodą. Protokół został zaakceptowany przez Prezydenta M. Katowice Pana Piotra Uszok. Protokół zawiera listę obecności.

Na rozprawie Przewodniczący Sądu Konkursowego wyjaśnił, że sędziowie głosowali na indywidualnych kartach oceny ofert w poszczególnych pod kryteriami kryteriów ustalonych w Regulaminie. Dokumentacja postępowania konkursowego nie zawiera wspomnianych przez Przewodniczącego Sądu konkursowego kart indywidualnej oceny prac. Z znajdujących się w dokumentacji protokołów posiedzeń Sądu Konkursowego wynika, że głosowania odbywały się jawnie bądź tajnie. W protokołach nie wspomina się o głosowaniu na kartach indywidualnej oceny ofert w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Sformułowania są na tyle ogólne, że nie potwierdzają wyjaśnienia Przewodniczącego Sądu na rozprawie.

Z kolei regulamin powyżej cytowany w rozdziale regulującym sposób oceny ofert przez Sąd Konkursowy w ogóle nie ustala sposobu i zasad głosowania.

Na podstawie powyższych ustaleń skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uwzględnienia żądania Odwołującego co do nie udostępnienia indywidualnych kart do głosowania poszczególnych sędziów, który został zresztą sformułowany dopiero na rozprawie. Natomiast pomimo utrudnienia w dostępie do dokumentacji postępowania konkursowego, Odwołujący w przepisany terminie złożył uzupełnienie protestu z dnia 23.12.2008r. bez uszczerbku dla obrony swych praw.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art.8 ust.1 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.



Izba nie rozpoznała zarzutu Odwołującego co do nie powiadomienia o zmianie składu osobowego Sądu Konkursowego w związku z rezygnacją z funkcji Pana Univ. Prof. Arch. DI Floriana R., z uwagi na to, że zarzut nie został poprzedzony protestem.

Reasumując powyższe zarzuty Izba nie uwzględniła odwołania, ponieważ nie znalazła podstaw do nakazania unieważnienia postępowania z uwagi na to, że nie potwierdziły się zarzuty wobec pracy konkursowej uczestnika wybranego. Tym samym nie stwierdzono naruszenia przepisów ustawy, które mogłyby mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania konkursowego, a w szczególności nie stwierdzono naruszenia, podniesionych przez Odwołującego przepisów art. 116 ust.1 oraz art. 179, i art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i art. 116 ust. 1 ustawy i art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 04.09.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....