

Sygn. akt. VIII Ga 171/16



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 listopada 2016r.

Sąd Okręgowy w Bydgoszczy VIII Wydział Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący SSO Marek Tauer
Sędzia SO Wiesław Łukaszewski
Sędzia SR del. Sylwia Roszak (sprawozdawca)

Protokolant Katarzyna Burewicz

po rozpoznaniu w dniu 25 października 2016r. w Bydgoszczy

na rozprawie

sprawy ze skargi ~~Archiwum Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy~~

przeciwko ~~Bureau Projektów Lewicki Łatak Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka~~

~~komandytowej w Krakowie~~

przy udziale ~~Bureau Architektów Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie~~

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 15 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 948/16

o udzielenie zamówienia publicznego

1. zmienia zaskarżony wyrok i oddala odwołanie ~~Bureau Projektów Lewicki Łatak Spółki~~ z ograniczoną odpowiedzialnością ~~Spółki komandytowej w Krakowie~~
2. zasądza od ~~Bureau Projektów Lewicki Łatak~~ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w ~~Krakowie~~ na rzecz ~~Archiwum Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy~~ kwotę 77 417 zł (siedemdziesiąt siedem tysięcy czterysta siedemnaście złotych) tytułem kosztów postępowania.

Wiesław Łukaszewski

Marek Tauer

Sylwia Roszak

Uzasadnienie

Zamawiający [redacted] (dalej: Zamawiający lub Skarżący) prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia w formie konkursu pn: „Konkurs na prace projektowe dotyczące opracowania koncepcji urbanistyczno-architektonicznej obiektu Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w [redacted] przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy”. W dniu 23 maja 2016 r. Zamawiający poinformował o wynikach konkursu i przyznaniu I nagrody za zajęcie I miejsca pracy: [redacted] z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Z kolei II miejsce zajęła praca [redacted] z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w [redacted].

W dniu 2 czerwca 2016 r. [redacted] w Krakowie (dalej jako Odwołujący lub Przeciwnik skargi) wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 122 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z pkt III.4 Regulaminu Konkursu na prace projektowe dotyczące opracowania koncepcji urbanistyczno-architektonicznej obiektu Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w [redacted] przy ul. [redacted] nr A2020.ZP.2015.21, zwanego dalej: „Regulaminem Konkursu” w zw. z pkt A.3 Programu funkcjonalno-użytkowego, stanowiącego zał. nr 1 do Regulaminu Konkursu, zwanego dalej „PFU” w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 i 3 zał. nr 2 do Regulaminu Konkursu, zwanego dalej: „Regulaminem Sądu Konkursowego” w zw. z pkt III.1 Regulaminu Konkursu i § 28 ust. 3 pkt 6 uchwały nr UV/1177/14 Rady Miasta [redacted] z 26 marca 2014 r. w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego „Bocianowo- Chodkiewicza” w [redacted] (Dz.Urz.Woj.Kuj.-Pom.2014.1098) zwana dalej: „Uchwałą nr UV/1177/14 Rady Miasta [redacted] z 26 marca 2014 r.” poprzez wybór jako najlepszej pracy uczestnika [redacted] Sp. z o.o., podczas gdy praca ta nie odpowiada warunkom opisanym w pkt III.4 Regulaminu Konkursu i pkt A.3 PFU, bowiem zakłada powierzchnię zabudowy przekraczającą wyznaczone w projekcie 4.500 m² o 500 m², a zatem jako najlepsza została

wybrana praca, która niespełnia podstawowych wymogów w zakresie parametrów projektu,

2. art. 122 ust 1 i 2 Pzp w zw. z pkt III.4 Regulaminu Konkursu i pkt A.2 PFU w zw. z § 9 ust.1 pkt 1 i 3 Regulaminem Sądu Konkursowego poprzez wybór jako najlepszej pracy uczestnika ██████████ Sp. z o.o., podczas gdy praca ta nie odpowiada warunkom opisanym w pkt III.4 i pkt A.2 PFU, bowiem nie zapewnia czytelności i strefowania funkcji, a także możliwości niezależnego funkcjonowania poszczególnych części obiektu. tj. zespołu sal koncertowych, domu studenta, administracji i dydaktyki, jednocześnie komplikując możliwość ich użytkowania oraz mieszając funkcje, a zatem jako najlepsza została wybrana praca, która nie spełnia podstawowych wymogów w zakresie parametrów projektu:

3. art. 122 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z pkt A.6.1.3 PFU w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 i 3 Regulaminem Sądu Konkursowego, poprzez wybór jako najlepszej pracy uczestnika ██████████ Sp. z o.o., podczas gdy praca ta nie odpowiada warunkom opisanym w pkt A.6.1.3 PFU, bowiem nie przewiduje baru z zapleczem i strefą konsumpcyjną ze stolikami, a zatem jako najlepsza została wybrana praca, która nie spełnia podstawowych wymogów w zakresie parametrów projektu,

4. art. 122 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z pkt A.1.5.4 PFU do Projektu akustyki i systemu elektroakustycznego wraz z techniką sceniczną w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 i 3 Regulaminem Sądu Konkursowego, poprzez wybór jako najlepszej pracy uczestnika ██████████ Sp. z o.o., podczas gdy praca ta nie odpowiada warunkom opisanym w pkt A.1.5.4 PFU do Projektu akustyki i systemu elektroakustycznego wraz z techniką sceniczną, bowiem przewiduje usytuowanie reżyserki poza bezpośrednim sąsiedztwem sali koncertowo-kameralnej, a zatem jako najlepsza została wybrana praca, która nie spełnia podstawowych wymogów w zakresie parametrów projektu,

5. art. 122 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z pkt A.1.7.3 PFU do Projektu akustyki i systemu elektroakustycznego wraz z techniką sceniczną i w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 i 3 Regulaminem Sądu Konkursowego, poprzez wybór jako najlepszej pracy uczestnika ██████████ Sp. z o.o., podczas gdy praca ta nie odpowiada warunkom opisanym w pkt A.1.7.3 PFU do Projektu akustyki i systemu elektroakustycznego wraz z techniką sceniczną, bowiem przewiduje usytuowanie reżyserki poza bezpośrednim sąsiedztwem sali koncertowo-organowej, a zatem jako najlepsza została wybrana praca, która nie spełnia podstawowych wymogów w zakresie parametrów projektu,

6. art. 122 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z pkt A.1.10.2 PFU do Projektu akustyki i systemu elektroakustycznego wraz z technika sceniczną w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 i 3 Regulaminem

Sądu Konkursowego, poprzez wybór jako najlepszej pracy uczestnika [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., podczas gdy praca ta nie odpowiada warunkom opisanym w pkt A.1.10.2 PFU do Projektu akustyki i systemu elektroakustycznego wraz z techniką sceniczną, bowiem nie spełnia wymogów wysokościowych dotyczących pomieszczeń prób indywidualnych, w których wymagana wysokość wynosi 4 m wobec zaproponowanych 3,25 m, a zatem jako najlepsza została wybrana praca, która nie spełnia podstawowych wymogów w zakresie parametrów projektu,

7. art. 122 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 70 i § 244 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz.U.2015.1422), zwanego dalej: „Rozporządzeniem” w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 1 i 3 Regulaminem Sądu Konkursowego, poprzez wybór jako najlepszej pracy uczestnika [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., podczas gdy praca ta nie odpowiada warunkom opisanym w § 70 Rozporządzenia, bowiem przewiduje nachylenie pochylni związanych z budynkiem ponad dopuszczalne sześć punktów procentowych, a zatem jako najlepsza została wybrana praca, która nie spełnia podstawowych wymogów w zakresie parametrów projektu i przepisów techniczno-budowlanych;

8. art. 122 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 238 Rozporządzenia w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 1 i 3 Regulaminem Sądu Konkursowego poprzez wybór jako najlepszej pracy uczestnika [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., podczas gdy praca ta nie odpowiada warunkom opisanym w § 238 Rozporządzenia, bowiem przewiduje jedno wyjście ewakuacyjne zamiast dwóch, a zatem jako najlepsza została wybrana praca, która nie spełnia podstawowych wymogów w zakresie parametrów projektu i przepisów techniczno-budowlanych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z 23 maja 2016 r. – rozstrzygnięcia i ogłoszenia wyników konkursu, nakazanie powtórzenia czynności rozstrzygnięcia w/w konkursu, wyboru projektu (pracy konkursowej) przedstawionego przez Odwołującego, któremu w rozstrzygnięciu i ogłoszeniu, których unieważnienia żąda Odwołujący, przyznano II nagrodę, ogłoszenia nowych wyników konkursu i przyznanie Odwołującemu I nagrody,

2. ewentualnie, na wypadek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o unieważnienie tej umowy,

3. ewentualnie, na wypadek stwierdzenia, że doszło do zawarcia umowy w sprawie

zamówienia publicznego w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy,

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz uzasadnionych kosztów Odwołującego, w szczególności kosztów związanych z dojazdem na rozprawę lub posiedzenie oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł.

Wyrokiem z dnia 15 czerwca 2016 roku Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawcę [redacted] Sp. z o.o. Sp. k. w [redacted] w postępowaniu prowadzonym przez Akademię Muzyczną w [redacted] uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących braku w pracy konkursowej [redacted] z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] (dalej jako Przystępujący) reżyserki znajdującej się w sąsiedztwie sali koncertowo - kameralnej, jak i braku reżyserki w sąsiedztwie sali koncertowo - organowej, w zakresie pozostałych zarzutów oddaliła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru pracy konkursowej Przystępującego - wykonawcy [redacted] Sp. z o.o., w [redacted] oraz orzekła o kosztach postępowania.

W treści uzasadnienia Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. W świetle postanowień Regulaminu Konkursu nie można wykluczyć, że sąd konkursowy, po uwzględnieniu tych zarzutów i uwzględnieniu odwołania przez Izbę i w konsekwencji unieważnieniu czynności zatwierdzenia rozstrzygnięcia konkursu, przyznałaby pracy Odwołującego I miejsce i zarekomendowałaby pracę Odwołującego do realizacji. W ocenie Izby, czynność unieważnienia wyboru pracy konkursowej Przystępującego - wykonawcy [redacted] Sp. z o.o. - nie prowadzi do konieczności unieważnienia konkursu, gdyż istnieje możliwość wyłonienia następnej najlepszej pod względem merytorycznym pracy konkursowej bez przeprowadzania powtórnej oceny pozostałych prac konkursowych, która jest wykluczona z uwagi na dokonaną już identyfikację autorów tych prac. Z kart ocen wynika nadto, iż praca konkursowa Odwołującego spełnia wszystkie wymagania odnośnie zawartości merytorycznej. Zdaniem Izby okolicznością, która ostatecznie przeważała za uznaniem interesu Odwołującego - był fakt, że postanowienia Regulaminu Konkursu nie zawierają jak ma to często miejsce,

postanowienia uprawniającego Sąd Konkursowy do nie przyznawania I nagrody. Izba podkreśliła, iż w zakresie kwestii interesu istnieje spór w orzecznictwie.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowód z: dokumentacji postępowania konkursowego przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień Regulaminu Konkursu, w tym także Programu funkcjonalno-użytkowego, stanowiącego zał. nr 1 do Regulaminu Konkursu (PFU), Regulaminu Sądu Konkursowego stanowiącego zał. nr 2 do Regulaminu Konkursu (Regulamin Sądu Konkursowego), PFU do Projektu akustyki i systemu elektroakustycznego wraz z technika sceniczną stanowiącego zał. nr 2 do PFU, uchwały nr UV/1177/14 Rady Miasta [redacted] z 26 marca 2014 r. w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego „Bocianowo-Chodkiewiczza” w [redacted] (Dz.Urz.Woj.Kuj.-Pom.2014.1098), jak i pracy konkursowej Przystępującego wraz z częścią opisową, tabelaryczną oraz graficzną /5-planszami/. **Nadto, dowód z protokołów z obrad Sądu Konkursowego z dnia 02.12.2015 r., z dnia 05.02.2016 r., z dnia 29.04.2016 r., z dnia 22.05.2016 r., z dnia 23.05.2016 r. Dodatkowo.** Izba dopuściła jako dowód opracowanie przygotowane na zlecenie Zamawiającego „Analiza zgodności prac konkursowych złożonych na konkursie architektonicznym na opracowanie koncepcji urbanistyczno-architektonicznej obiektu Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w [redacted] przy ul. [redacted] w [redacted] z wymaganiami określonymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym dotyczącym, akustyki, elektroakustyki, oświetlenia i techniki scenicznej” przez [redacted].

Izba uznała, iż zarzuty odwołującego od pierwszego do trzeciego i od szóstego do siódmego są niezasadne.

Odnosnie zarzutu czwartego i piątego, czyli braku reżyserki poza bezpośrednim sąsiedztwem sali koncertowo-kameralnej, czy też analogicznie reżyserki poza bezpośrednim sąsiedztwem sali koncertowo-organowej, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające uwzględnieniu. Wskazała na odpowiedź na pytanie 52 – udzieloną pismem z 22.02.2016 r. przez Zamawiającego. Według Izby w udzielonej odpowiedzi wyraźnie wskazano, że owe sąsiedztwo jest konieczne z uwagi na cel, tj. zachowanie kontaktu wzrokowego z poszczególnymi salami. Brak okna /wymóg z pkt A. 9.3 PFU do Projektu akustyki i systemu elektroakustycznego wraz z technika sceniczną – str. 33/ – czy to w ramach sąsiedztwa horyzontalnego, czy też sąsiedztwa poprzez strop czyni niemożliwym zachowania kontaktu

wzrokowego. Izba stwierdziła, że do takich wniosków doszła analizując nie tylko przywołaną odpowiedź, ale wynik ekspertyzy akustycznej wykonanej na zlecenie Zamawiającego – opracowanie: „Analiza zgodności prac konkursowych złożonych na konkursie architektonicznym na opracowanie koncepcji urbanistyczno-architektonicznej obiektu Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w [REDAKTOWANE] przy [REDAKTOWANE] z wymaganiami określonymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym dotyczącym, akustyki, elektroakustyki, oświetlenia i techniki scenicznej” przez [REDAKTOWANE]. W jej ramach w zakresie analizy dotyczącej – pracy konkursowej Przystępującego odnośnie sali koncertowo-kameralnej i sali koncertowo-organowej stwierdzono, że brak owego okna w obu wypadkach - ma charakter błędu krytycznego w ramach pracy konkursowej Przystępującego, czyli błędu, który nie podlega poprawie w ramach zleconej z wolnej ręki pracy projektowej. Izba stwierdziła, że w pracy konkursowej Przystępującego mamy do czynienia z takim sąsiedztwem reżyserki ze stosownymi salami, które jest sprzeczne z bezwzględnymi warunkami Zamawiającego w tym zakresie oraz udzieloną odpowiedzi nr 52. Z tych względów Izba uwzględniła ten zarzut, a w konsekwencji całe odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy. na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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.

Od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2016 roku skargę wniósł Zamawiający – Akademia Muzyczna w [REDAKTOWANE]

Skarżący zarzucił mu:

- naruszenie art.190 ust.7 Pzp stanowiącego swoisty odpowiednik zasady swobodnej oceny dowodów poprzez dokonanie oceny prawnej i ustaleń faktycznych w sposób subiektywny i wybiórczy, sprzeczny z treścią dokumentów stanowiących dowody w sprawie (co dotyczy Regulaminu konkursu, protokołu z posiedzenia sądu konkursowego z dnia 22.05.16 r. oraz ekspertyzy akustycznej z 20.05.16 r.);
- naruszenie art. 113 ust.3 oraz art.114 Pzp w związku z § 10 ust. 2 załącznika nr 2 do Regulaminu konkursu poprzez przyjęcie, że najlepsza praca wyłoniona przez sąd konkursowy nie spełnia wymagań określonych w Regulaminie:

- naruszenie art.113 ust. 3 Pzp w sensie formalnym poprzez nakazanie unieważnienia wyboru pracy [redacted] sp. z o.o. mimo, że wybór tej pracy nie stanowił czynności Zamawiającego, a Zamawiający jedynie go zatwierdził (choć również dokonał wtórnie badania przestrzegania przepisów prawa i Regulaminu).

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 1 i oddalenie odwołania i w konsekwencji orzeczenie stosownie o kosztach poprzez uchylene pkt 2 wyroku, a nadto zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania wywołanych niniejszą skargą wg norm przepisanych.

Jako wniosek ewentualny, Skarżący wniósł o orzeczenie reformatoryjne poprzez nakazanie unieważnienia całego postępowania.

W uzasadnieniu poszczególnych zarzutów skarżący wskazał, iż położenie reżyserek, które stało się jedynym skutecznym zarzutem odwołującego, zostało zakwalifikowane jako błąd krytyczny występujący u każdego z nagrodzonych. Równe potraktowanie reflektantów nakazuje stawianie im tozsamych wymogów ilościowych i jakościowych, tymczasem przeciwnik skargi dopuścił się - zgodnie z treścią ekspertyzy aż 14 błędów (w tym tzw. dwóch krytycznych) natomiast praca wybrana jako najlepsza miała ich 9 (w tym też dwa tzw. krytyczne). Jak więc KIO może wskazywać jako beneficjenta konkursu laureata drugiej nagrody, który przymierzając tę samą miarę wykonał pracę z większą ilością błędów.

Skarżący stwierdził, iż na wniosek sędziego referenta zlecił ekspertyzę mającą porównać założenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego dotyczącego akustyki, elektroakustyki, oświetlenia i techniki scenicznej a nie ekspertyzę dotyczącą trafności przyjętych rozwiązań w ogólności. Oznacza to tyle, że mimo braku korelacji przyjętych w koncepcjach rozwiązań z pierwotnym PFU możliwe jest ich przyjęcie, względnie zmodyfikowanie. [redacted] nie wypowiadał się na temat trafności rozwiązań koncepcji w ogólności, a przyjęta przez niego nomenklatura (błąd krytyczny, błąd do poprawienia) ma wydźwięk wyłącznie w odniesieniu do PFU, gdyż nie jest to „krytyczność” czy „poprawialność” błędów w rozumieniu rozwiązań budowlanych czy architektonicznych, a jedynie możliwość korekty dla osiągnięcia zakładanego celu np. akustycznego przy założeniu zachowania koncepcji bez zmian. W Regulaminie konkursu Zamawiający zastrzegł sobie możliwość formułowania zaleceń pokonkursowych, z żadnego dowodu zaś nie wynika by możliwość taka była architektonicznie wyłączona. KIO zatem błędnie zinterpretowała wyniki ekspertyzy, operując kategorią poprawialności (tak odnosi się np. do innych nieuwzględnionych zarzutów dotyczących np. wysokości pomieszczeń) jako decydującą o

możliwości dokonania zmian w toku negocjacji. Skarżący wskazał, że nie mamy do czynienia z projektem do poprawki tylko z ogólną koncepcją, która nie stanowi przedmiotu zamówienia, a ewentualnie wprowadzane zmiany nie stanowią rozszerzenia ani zmiany zakresu funkcjonalnego w stosunku do przedmiotu konkursu. Podkreślił, odmienny charakter postępowania konkursowego od trybów udzielania zamówień publicznych, co w szczególności wiąże się z luźniejszym związkiem przedmiotu konkursu (koncepcja) z przedmiotem późniejszego zamówienia (projekt budowlany i wykonawczy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), przy zachowaniu oczywiście związku funkcjonalnego między konkursem a zamówieniem.

Skarżący podkreślił też dla uzasadnienia drugiego zarzutu, że sąd konkursowy był ciałem fachowym powołanym przez Zamawiającego celem profesjonalnego osądu zaproponowanych rozwiązań. Trudno przyjąć, by mając do dyspozycji ekspertyzę akustyczną, jak też mając najwyższej próby wiedzę urbanistyczną, architektoniczną i budowlaną (konkurs był rekomendowany przez SARP m.in. ze względu na skład osobowy) sędziowie przeoczyli okoliczność przewidzianą w § 10 ust.2 Załącznika nr 2 do Regulaminu i ocenili pracę, która nie podlegała ocenie. Konsekwentnie, jeśli KIO uważa, że wymogiem Regulaminu jest bezwzględne respektowanie zapisów PFU winien uznać, że praca Plus3 Architektki nie podlegała w ogóle ocenie. Ale jednocześnie, z przyczyn wskazanych wyżej także inne prace winny zostać nie ocenione. Zamawiający, ale też sąd konkursowy w sposób prawidłowy i bez żadnych w tym względzie wątpliwości uznał, że wszystkie prace spełniły wymogi, a zakres błędów występujących w stosunku do PFU podlega ocenie w ramach przyjętych kryteriów i rankingowaniu. Ponadto Akademia Muzyczna zaznaczyła, iż przewodniczący sądu konkursowego składając votum separatum wobec werdyktu nie formułował zarzutów związanych z uchybieniami natury formalnej, czy też niezgodności z PFU o randze nadanej im przez KIO, wskazywał raczej na walory stylistyczne, co przecież podlegało ocenie w innej kategorii w ramach innego kryterium. Poza tym Skarżący wskazał, iż niezależnie od zaleceń sądu, zastrzegł sobie możliwość kierowania swoich zaleceń pokonkursowych. Wiedza fachowa członków sądu pozwoliła Zamawiającemu na formułowanie przypuszczenia, że negocjacje pozwolą na dostosowanie przedmiotu zamówienia do jego potrzeb nie wychodząc poza ów zakres funkcjonalny. Kluczowe dla prawidłowej subsumcji w tej sprawie jest uczynienie prawidłowej dystynkcji między koncepcją i projektem, podobnie jak między konkursem a przetargiem.

Skarżący podał, iż samo przyznanie drugiej nagrody nie daje żadnej gwarancji podjęcia

negocjacji z przeciwnikiem skargi, bo nie obliguje Zamawiającego do tego Regulamin. Biorąc pod uwagę specyfikę konkursu należy uznać, że żadnej czynności właściwej dla sądu konkursowego Zamawiający nie może sam wykonać, czego oczekuje przeciwnik skargi w wykonaniu wyroku KIO.

Przeciwnik skargi [REDAKTOWANA] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa w [REDAKTOWANA] w odpowiedzi na skargę wniosła o :

- oddalenie skargi z uwagi na jej bezzasadność,
- oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu przeciwnik skargi wskazał, iż chybiony jest zarzut naruszenia art. 190 ust. 7 Pzp poprzez wybiórcze, subiektywne i sprzeczne ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym dokonanie oceny prawnej i ustaleń faktycznych polegające na rzekomo całkowitym pominięciu ekspertyzy przedłożonej na rozprawie i przyjętej jako dowód, w której stwierdzono, że projekt przystępującego po stronie zamawiającego nie spełniał wymogów dotyczących położenia reżyserek względem sal koncertowo-kameralnej i koncertowo-organowej. Zamawiający we wniesionej skardze zdaje się nie dostrzegać, że przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą na skutek wniesionego odwołania była niezgodna z przepisami ustawy czynność zamawiającego, polegająca na wyłonieniu przystępującego po stronie zamawiającego jako zwycięzcy konkursu mimo braku spełnienia przez jego pracę jasnych i czytelnych wymagań odnoszących się do reżyserek.

Zdaniem przeciwnika skargi nie można zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego, jakoby odmienny charakter postępowania konkursowego od trybów udzielania zamówień publicznych uzasadniał możliwość nagrodzenia pierwszym miejscem pracy, która nie spełnia wymagań określonych regulaminem konkursu, tym bardziej że w przypadku konkursu przewidującego nagrodę w postaci zaproszenia autora do negocjacji warunków umowy na szczegółowe opracowanie pracy konkursowej w trybie zamówienia z wolnej ręki regulamin konkursu określa szczegółowy opis przedmiotu konkursu, zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki, zakres rzeczowy i formę opracowania oraz sposób prezentacji pracy konkursowej, kryteria oceny prac konkursowych, a tak sformułowany regulamin stanowi podstawę do przeprowadzenia oceny prac konkursowych zgodnie z art. 122 ust. 1 i 2 Pzp. Możliwość wyboru jako najlepszej pracy niespełniającej wymagań regulaminu konkursu

stanowiłoby zaprzeczenie idei konkursu uregulowanego w ustawie Pzp, co w sposób oczywisty stanowi o bezzasadności zarzutu zamawiającego w tym zakresie.

Zdaniem Przeciwnika skargi, Izba stwierdziła, iż jego praca konkursowa spełnia wszystkie wymagania odnośnie zawartości merytorycznej. Po obligatoryjnym unieważnieniu wyboru pracy Przystępującego możliwe i konieczne jest zarazem dokonanie wyboru pracy Przeciwnika skargi (Odwołującego). Podkreślił, iż w wyroku z 15 czerwca 2016 r. Izba szeroko odniosła się do kwestii możliwości wyłonienia innej najlepszej pracy w konkursie i zmiany rozstrzygnięcia w kontekście interesu Przeciwnika skargi w uzyskaniu zamówienia.

Przeciwnik skargi ponadto wskazał, iż zaskarżone rozstrzygnięcie należy rozumieć jako unieważnienie zatwierdzenia przez zamawiającego wyboru najlepszej pracy przez sąd konkursowy.

Podkreślił też, że w postępowaniu ze skargi od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.

Na rozprawie w dniu 25 października 2016 roku Przystępujący po stronie Skarżącego ██████████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie poparł skargę. Jednocześnie przedłożył 4 rzuty kondygnacji podnosząc, iż możliwe są zmiany w reżyserkach dźwięku.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że do niniejszej sprawy będą miały zastosowanie przepisy ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz.U. z 2013 poz. 907 j.t.) w brzmieniu obowiązującym przed zmianą dokonaną ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku prawo zamówień publicznych o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 poz. 1020). Stosownie do art. 16 ust. 1 cytowanej ustawy do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Ponieważ prowadzone przez Zamawiającego postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego w formie konkursu zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie wskazanej ustawy nowelizacyjnej z dnia 22 czerwca 2016 roku, w tym także postępowanie przed

Krajową Izbą Odwoławczą, zastosowanie znajdują przepisy Pzp w ich dotychczasowym brzmieniu.

Na rozprawie w dniu 25 października 2016 roku Sąd Okręgowy dopuścił dowód z przedłożonych przez Przystępującego rzutów kondygnacji na podstawie art. 381 k.p.c. w związku z art. 198a ust. 2 ustawy Pzp. Z uwagi, iż rzuty te w zakresie zmian tj. uwzględnienie okna w sali kameralnej i organowej zostały sporządzone po wydaniu orzeczenia przez KIO, to zasadne było dopuszczenie tych dowodów. W myśl bowiem art. 381 k.p.c. Sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. W przedmiotowej sprawie, nie budzi wątpliwości, iż potrzeba ich powołania powstała później. Sąd ponadto dołączył do akt sprawy opracowanie: „Analiza zgodności prac konkursowych złożonych na konkursie architektonicznym na opracowanie koncepcji urbanistyczno-architektonicznej obiektu Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w [REDAKTOWANE] przy [REDAKTOWANE] z wymaganiami określonymi w Programie Funkcjonalno -Użytkowym dotyczącym, akustyki, elektroakustyki, oświetlenia i techniki scenicznej” sporządzone przez [REDAKTOWANE] na podstawie którego m.in. KIO wydało zaskarżony wyrok, a które to opracowanie nie znajdowało się w aktach sprawy.

W ocenie Sądu Okręgowego w przedmiotowej sprawie słusznie KIO uznało, iż Przeciwnik skargi (Odwołujący) posiadał interes we wniesieniu odwołania, co zresztą nie było kwestionowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego. W myśl art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w dziale VI przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, pod warunkiem że ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych. Należy wskazać, iż pomiędzy poniesieniem szkody (możliwością poniesienia szkody) a naruszeniem przez zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych musi istnieć związek przyczynowy. Posiadanie interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 musi zostać ocenione pod względem uzyskania zamówienia, w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem niezgodnej z przepisami prawa zamówień publicznych czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Niewątpliwie można przyjąć, iż w przypadku zasadności zarzutów Odwołującego mogłoby dojść do sytuacji, w której Odwołujący

uzyskałby I miejsce w konkursie, a tym samym miał interes we wniesieniu odwołania. Zdaniem Sądu, Odwołujący nie mógł jednak żądać przyznania mu pierwszej nagrody w wyniku wydania wyroku przez KIO, a jedynie unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci zatwierdzenia konkursu, o czym będzie poniżej. Należy wskazać, iż przedstawiciele doktryny oponują przed klasycznym rozumieniem interesu w procedurze konkursowej - Ewa Wiktorowska, *Buduj z Głową - BzG 2/2007, Zamówienia publiczne-<http://www.bzg.pl/node/443>*: stwierdziła, iż „Konkursu nie można traktować analogicznie jak postępowania o zamówienie publiczne. Nie można również bezpośrednio przenosić interpretacji interesu prawnego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na grunt konkursu. Wykonawca nie może bowiem w konkursie skutecznie domagać się zmiany oceny jego pracy dokonanej przez sąd konkursowy.”

Należy jednakże zaznaczyć, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Zatem KIO winien wyłącznie badać, w postępowaniu toczącym się na skutek odwołania, czy jakakolwiek czynność zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy była niezgodna z przepisami tej ustawy.

W ocenie Sądu w przedmiotowej sprawie nie nastąpiło żadne naruszenie przepisów ustawy mogące skutkować unieważnieniem wyboru pracy konkursowej [REDAKTURA] -- [REDAKTURA]

W ocenie Sądu KIO mógłby unieważnić czynność Zamawiającego, gdyby [REDAKTURA] [REDAKTURA] Lewicki Łatak sp. z o.o. [REDAKTURA] wykazało w swoim odwołaniu, iż Zamawiający podejmował czynności niezgodne z przepisami ustawy lub wydanym na jej podstawie Regulaminie.

W ocenie Sądu Odwołujący tego nie uczynił, a KIO unieważniając wybór pracy konkursowej Przystępującego - wykonawcy [REDAKTURA] 3-Architekci Sp. z o.o., z uwagi na przyjęcie, iż brak reżyserki (okna) znajdującej się w sąsiedztwie sali koncertowo - kameralnej i brak reżyserki (okna) w sąsiedztwie sali koncertowo - organowej ma charakter błędu krytycznego w ramach pracy konkursowej Przystępującego, który nie podlega poprawie, wyszedł poza granice swobodnej oceny dowodów oraz naruszył przepis art. 180 Pzp.

Przede wszystkim w niniejszej sprawie nie zostały naruszone żadne przepisy ustawy Pzp, a w szczególności art. 122 ust. 1 i 2 Pzp. Konkurs odbył się na podstawie uchwalonego Regulaminu, który nie był sprzeczny z przepisami prawa, a w szczególności ustawą Pzp, Sąd konkursowy orzekał również na podstawie regulaminu tego sądu, który także w żaden sposób nie naruszał postanowień Pzp.

Należy zaznaczyć, iż zgodnie z art. 122 ust. 1 Pzp sąd konkursowy ocenia prace konkursowe zgodnie z kryteriami określonymi w ogłoszeniu o konkursie. W myśl natomiast art. 113 ust. 1 ustawy Pzp Sąd konkursowy jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powołanym do oceny spełniania przez uczestników konkursu wymagań określonych w regulaminie konkursu, oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych. Zasadniczym celem działania sądu konkursowego jest wybór najlepszych prac konkursowych. Liczba prac, które mogą być wybrane, wynika z postanowień regulaminu, a możliwość wskazania w nim, iż nagrodę otrzyma autor jednej pracy lub autorzy większej liczby prac, wynika z art. 122 ust. 2. W sytuacji gdy - w ocenie sądu - żaden uczestnik konkursu nie spełnia wymagań określonych w regulaminie albo nie złożono odpowiedniej liczby prac konkursowych, występuje on do kierownika zamawiającego z wnioskiem o unieważnienie konkursu. Brak jednakże spełnienia kryterium z Programu Funkcjonalno - Użytkowego może wyłącznie przesądzać o nie przyznaniu punktów lub przyznaniu jej w mniejszej ilości, w ramach dokonywanej oceny przez członków Sądu konkursowego, a nie powoduje wykluczenia tej pracy z konkursu.

Zgodnie bowiem z Regulaminem konkursu pkt IV ppkt 3 uczestnicy konkursu, którzy nie wykażą spełnienia warunków udziału w postępowaniu podlegać będą wykluczeniu z udziału w konkursie na podstawie art. 120 ust 2 Pzp. Warunki uczestnictwa zostały także określone w regulaminie (pkt IV) i nie przewidują, iż warunkiem jest spełnienie wszystkich wymogów określonych w PFU. Program Funkcjonalno - Użytkowy był sporządzony bowiem wyłącznie celem przygotowania koncepcji (a nie projektu). Zatem, wykluczeniu podlegali tylko ci uczestnicy konkursu, którzy nie spełnili wymagań przewidzianych w Regulaminie konkursu - w jego punkcie IV. Przede wszystkim są to wymagania formalne, które wskazują, kto może być uczestnikiem konkursu, jakie musi spełniać wymagania, jaka ma być przedłożona dokumentacja - wzory dokumentów. Uczestnicy, którzy spełnili wymagania winni być ocenieni przez Sąd konkursowy pod względem merytorycznym, a nie spełnienie wszystkich kryteriów PFU powodowało przyznanie mniejszej liczby punktów.

Należy także zaznaczyć, iż zgodnie z § 10 ust. 2 Regulaminu działania sądu

konkursowego (załącznik numer 2 do Regulaminu) prace nie spełniające wymagań określonych w regulaminie nie będą podlegały ocenie. Zapis ten jednoznacznie przesądza, iż Sąd konkursowy złożony z fachowców badał także, czy dopuszczone prace spełniają wymogi Regulaminu i nie dopatrzył się naruszeń, które mogły być podstawą nie ocenienie pracy Przystępującego.

Sąd pragnie podkreślić, iż praca [redacted] nie została wykluczona z konkursy i została oceniona przez Sąd konkursowy, co znaczy, że spełniała wymagania Regulaminu. Poza tym w tym zakresie nie został zgłoszony zarzut przez Odwołującego, ani nie zostało wykazane, iż praca ta nie spełniła jakiegokolwiek wymogu, który powodowałby wykluczenie tej pracy.

Sąd konkursowy dokonał oceny wszystkich prac, pomimo, iż według opracowania sporządzonego przez [redacted] wszystkie miały błędy. Zdaniem Sądu Okręgowego, błędy na które wskazał [redacted] dotyczą nie spełnienia pewnych kryteriów określonych PFU i nie oznaczają braku spełnienia wymagań określonych w Regulaminie. Zestawienie zbiorcze błędów tzw. krytycznych i tzw. do poprawienia w opracowaniu [redacted] wskazuje na skalę odstępstw od PFU koniecznych do skorygowania lub możliwych do zaakceptowania.

Wobec powyższego zasadne było dokonanie oceny pracy Przystępującego przez członków sądu konkursowego, którzy mają wiedzę w tej materii. Nie mogła ona podlegać wykluczeniu.

Zgodnie z art. 112 ust. 5 Pzp członkami sądu konkursowego są wyłącznie osoby posiadające kwalifikacje umożliwiające ocenę zgłoszonych prac konkursowych, z tym że jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, co najmniej 1/3 członków sądu konkursowego, w tym jego przewodniczący, posiada wymagane uprawnienia. Mając na uwadze skład sądu konkursowego, który nie był kwestionowany przez Odwołującego, należało uznać, iż członkami sądu konkursowego były osoby o bardzo wysokich, jeżeli nie najwyższych kwalifikacjach w swojej dziedzinie i dokonali w trakcie konkursu wyboru pracy, która ich zdaniem najlepiej odpowiadała kryteriom wskazanym w PFU. Nie naruszyli przy tym żadnego przepisu prawa. Oparcie się wyłącznie na ekspertyzie sporządzonej przez [redacted] przez KIO jest zupełnie niezasadne i powoduje, iż Izba wydając zaskarżony wyrok z dnia 15 czerwca 2016 roku wkroczyła w ten sposób w niezależność sądu. Zdaniem Sądu, jedynie w przypadku naruszenie przepisów ustawy Pzp lub regulaminu zasadnym byłoby podważenie decyzji Zamawiającego

o naruszeniu konkursu, o czym poniżej.

Zdaniem Sadu, KIO wydając wyrok naruszył zasadę swobodnej oceny dowodów opierając się na ekspertyzie sporządzonej przez [REDAKCYJA]. Opracowanie to bowiem jest wyłącznie dokumentem prywatnym w rozumieniu przepisów kpc. Niezależnie od tego w ekspertyzie tej [REDAKCYJA] miał porównać założenia PFU dotyczące akustyki, elektroakustyki, oświetlenia i techniki scenicznej, a nie sporządzić ekspertyzę dotyczącą trafności przyjętych rozwiązań. W tym zakresie był upoważniony wyłącznie sąd konkursowy, na co już wcześniej wskazano.

Poza tym nie można uznać, przyjmując nazewnictwo, którym posługiwał się [REDAKCYJA] w swoim opracowaniu, iż brak reżyserki znajdującej się w sąsiedztwie sali koncertowo – kameralnej i brak reżyserki w sąsiedztwie sali koncertowo - organowej jest błędem krytycznym, niemożliwym do poprawienia. Chociażby z przedłożonej na rozprawie przed sądem poprawionej wersji rzutów sal koncertowej i organowej wynika, iż jest możliwa taka zmiana, aby w tym zakresie projekt był zgodny z PFU.

Należy jednak przede wszystkim pamiętać, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia dopiero z koncepcją urbanistyczno – architektoniczną, a nie z gotowym projektem i wybór najlepszej pracy powoduje zaproszenie autora do negocjacji. Poza tym zamawiający, zgodnie z pkt V ppkt 1 lit. I Regulaminu konkursu zastrzegł sobie prawo do przekazania nagrodzonemu uczestnikowi konkursu zaleceń pokonkursowych. Możliwe jest zatem dokonanie poprawek w przedstawionej koncepcji, a w rzeczywistości uwzględnienie tego w projekcie budowlanym, który dopiero będzie tworzony, jeżeli Zamawiający i Przystępujący zawrą umowę w drodze negocjacji.

Zdaniem Sadu, Odwołujący [REDAKCYJA] nie udowodnił, iż brak reżyserki znajdującej się w sąsiedztwie Sali koncertowo – kameralnej i brak reżyserki w sąsiedztwie sali koncertowo – organowej (brak okien) jest błędem niemożliwym do poprawienia. Trzeba zaznaczyć, iż według ekspertyzy [REDAKCYJA] wszystkie prace dopuszczone do konkursu posiadały błędy – niezgodności z PFU, co jednak nie przesądza, iż taka praca winna być wykluczona, na co wskazywano powyżej.

Należy także zaznaczyć, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 czerwca 2016 roku orzekła niezgodnie z przepisami prawa. Zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp uwzględniając odwołanie, Izba może: jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Wybór najlepszej pracy przez sąd konkursowy nie

był czynnością zamawiającego. Zamawiający jedynie zatwierdził rozstrzygnięcie konkursu, zgodnie z art. 114 Pzp. Przepis ten bowiem stanowi, iż Kierownik zamawiającego albo osoba przez niego upoważniona sprawuje nadzór nad sądem konkursowym w zakresie zgodności konkursu z przepisami ustawy i regulaminem konkursu, w szczególności:

- 1) unieważnia konkurs;
- 2) zatwierdza rozstrzygnięcie konkursu.

W tej sytuacji KIO mogło jedynie, gdyby stwierdziło, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy unieważnić czynność zamawiającego w postaci zatwierdzenia konkursu.

W tej sytuacji Sąd miał dwie możliwości, albo zmienić wyrok KIO i oddalić odwołanie, albo zmienić wyrok KIO i unieważnić czynność zamawiającego w postaci zatwierdzenia konkursu. Skoro jednak żadna czynność Zamawiającego nie była sprzeczna z przepisami ustawy i Regulaminu, nie było podstaw do unieważnienia.

W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Pzp Sąd zmienił wyrok KIO i oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 i art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 1 k.p.c. oraz 198f ust. 5 Pzp oraz na podstawie § 8 ust. 4 w zw. z § 20 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Zważywszy, że skarga została uwzględniona Odwołujący zobowiązany został do zwrotu Zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów, na które składała się: opłata od skargi w wysokości 75 000 zł, koszty zastępstwa procesowego przed Sądem Okręgowym w wysokości 2400 zł i koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł.

Wiesław Łukaszewski

Marek Tauer

Sylwia Roszak

