

Sygn. akt: KIO 1016/11

WYROK

z dnia 24 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 maja 2011 r.** przez wykonawcę **Budownictwo, Architektura i Nieruchomości „BARIN” Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5a, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **PROCHEM S.A., ul. Powązkowa 44c, 01-797 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budownictwo, Architektura i Nieruchomości „BARIN” Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5a, 55-040 Kobierzyce** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 złotych 00 groszy** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budownictwo, Architektura i Nieruchomości „BARIN” Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5a, 55-040 Kobierzyce**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Budownictwo, Architektura i Nieruchomości „BARIN” Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5a, 55-040 Kobierzyce** na rzecz **Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa** kwotę **3.600 złotych 00 groszy** (słownie: trzy tysiące 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej dla budowy TWR Poznań wraz z infrastrukturą techniczno –administracyjną.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 5 maja 2011 r. zamawiający, w formie faksu, zawiadomił wykonawców, w tym wykonawcę - Budownictwo, Architektura i Nieruchomości „BARIN” Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5a, 55-040 Kobierzyce (dalej: „odwołujący” lub „Barin”) o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy - PROCHEM S.A., ul. Powązkowa 44c, 01-797 Warszawa (dalej: „przystępujący” lub „Prochem”). Zamawiający ofercie najkorzystniejszej przyznał łącznie 100 pkt. Oferta odwołującego uzyskała łącznie 80,66 pkt.

W dniu 16 maja 2011 r. Barin wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Prochem jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł o powtórne przeprowadzenie postępowania, dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty, po uwzględnieniu argumentów zawartej w treści odwołania oraz o zwrot kosztów uiszczanego wpisu oraz zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że jego zdaniem w trakcie procedury badania i oceny ofert zamawiający nie zachował należytej staranności w ocenie zarówno strony formalno-prawnej jak i merytorycznej przedłożonej oferty Prochem. Gdyby staranność taka została dochowana, oferta Prochem zostałaaby odrzucona z powodu niespełnienia warunków, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”).

- 1) W ocenie odwołującego, zamawiający nie dokonał w sposób wnikliwy oceny spełniania przez Prochem warunku nr 2 wskazanego w siwz, tj. w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Barin podnosił, że przedstawione przez Prochem referencje dotyczące projektu dotyczącego Urzędu Dzielnicy Warszawa – Mokotów nie

potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z wymaganiami, określonymi w warunku 2 siwz wykonawca powinien zrealizować dokumentację projektową budynku lub obiektu budowlanego o kubaturze nie mniejszej niż 3000 m³ oraz wysokości nie niższej niż 30 m. W załączonej przez przystępującego referencji określono wysokość budynku na 24,85 i 33,55 m od poziomu terenu. Wskazywał, że na oficjalnej stronie internetowej Prochem pokazano wizualizację obiektu, którego referencje dotyczą (http://www.prochem.com.pl/UserFiles/lmaae/referencie/ratusz_Dzielnica_Mokotow.jpg). W opinii odwołującego z analizy zamieszczonej wizualizacji wynika, że praktycznie cały budynek ma wysokość nieprzekraczającą 24,85 m. Jedyne niewielka część budynku, będąca dominantą architektoniczną o funkcji klatki schodowej, zwieńczonej świetlikiem przekracza określoną w siwz minimalną wysokość 30 m. Odwołujący podkreślał, że wydzielenie pożarowe klatki schodowej i zespołu wind nie spowoduje uznania tej części budynku za mogący samodzielnie funkcjonować budynek lub obiekt budowlany. Klatka schodowa pełni bowiem funkcję pomocniczą i nie realizuje podstawowych administracyjno-biurowych funkcji obiektu. W związku z powyższym, w ocenie Barin, przedłożone referencje Prochem nie potwierdzają spełniania przez tegoż wykonawcę warunku wskazanego w pkt. 2 siwz.

- 2) Kolejno odwołujący podnosił, że oferta Prochem powinna zostać odrzucona, jako niezgodna z warunkami podanymi w specyfikacji a także w związku z wyjaśnieniami treści siwz z dnia 31 stycznia 2011 r. Odwołujący wyjaśniał, że według pkt. III.1 Opisu szczegółowego zawartego w siwz, dostępna wysokość obiektu wg mapy rejestrowej lotniska to około 36 metrów nad poziomem terenu. Zdaniem Barin oznacza to, że zgodnie z dostępną (w trakcie wizji lokalnej) Dokumentacją Rejestracyjną Lotniska Poznań, poziom powierzchni poziomej wewnętrznej wynosi 135,00 m nad poziomem morza (m npm) (przy uwzględnieniu wysokości terenu lokalizacji = ok.100,00 m npm). W związku z tym, zgodnie z ww. dokumentacją maksymalna dostępna wysokość obiektu może wynosić ok. 35 m od poziomu terenu (135 m npm). Natomiast w projekcie Prochem na rysunku Nr 6 „Przekrój A-A” podano wysokość obiektu 35,70 m, bez uwzględnienia wysokości kopuły radaru (wyraźnie narysowanej na tym rysunku). Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z odpowiedzią podaną w piśmie zamawiającego z dnia 31 stycznia 2011 r., należało przyjąć wysokość kopuły radaru - średnica kopuły to ok.8 m. W związku z tym faktyczna wysokość obiektu wg projektu Prochem wynosi: $35,70 + 8,00 = 43,70\text{m}$, (czyli 143,70 m npm). Zdaniem odwołującego oznacza to, że oferta przystępującego jest niezgodna z wymaganiami siwz, a także z obowiązującymi przepisami prawa.
- 3) Barin wskazywał także, że komisja przetargowa dokonała również, błędnej oceny oferty przystępującego w kryterium Fk1, dotyczącej stosunku sumy powierzchni szyb na sali

operacyjnej do sumy powierzchni przekrojów pionowych słupków konstrukcyjnych kopuły wieży. Odwołujący podnosił, że w ofercie Prochem stosunek powierzchni szyb do sumy powierzchni słupków pionowych wynosił 14,4. W tabeli na str. 6 ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty zawarto liczbę pkt. w kryterium funkcjonalności - liczba punktów wynosi 20. W ocenie odwołującego otrzymanie liczby 20 punktów jest uwarunkowane otrzymaniem liczby „0” jako wyniku dzielenia powierzchni szyb przez powierzchnię przekroju pionowego słupków pionowych. W ofercie Prochem wynik powyższego ilorazu wynosi 14,4 - a to oznacza, że nie został spełniony warunek przyznania przystępującego 20 pkt. w procedurze wyłonienia najkorzystniejszej oferty w przetargu w ramach oceny kryterium funkcjonalności Fk1 - ponieważ nie wyniósł on „0”.

W dniu 15 maja 2011 r. odwołujący za pomocą faksu przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

W dniu 16 maja 2011 r. zamawiający, w formie elektronicznej oraz faksowej, przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 19 maja 2011 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca Prochem, natomiast po stronie odwołującego - Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych A i B Sp. z o.o., ul. Pereca 21, 00-958 Warszawa (dalej: „A i B”). Strony potwierdziły na posiedzeniu Izby, że otrzymały kopie ww. zgłoszeń.

Pismem z dnia 23 maja 2011 r. złożonym na rozprawie zamawiający odpowiedział na odwołanie, w którym wnosił m. in. o oddalenie odwołania jako bezzasadnego .

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

1)

W specyfikacji w części V w pkt.1 ppkt. 2 – Warunek nr 2 – zamawiający wskazał, że wykonawca winien posiadać wiedzę i doświadczenie. W opisie sposobu dokonania oceny spełnienia ww. warunku zamawiający sprecyzował, że wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na

wykonaniu projektu architektonicznego wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto (pięćset tysięcy) a projekt ten dotyczył nowego budynku lub obiektu budowlanego o kubaturze 3000 m³ i wysokości min. 30 m, o wartości inwestycji min. 10.000.000,00 zł brutto (dziesięć milionów złotych).

Postanowieniami rozdziału VI w pkt. 1 ppkt. 1.1 i 1.2 zamawiający w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu żądał od wykonawców przedłożenia wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – z podaniem przedmiotu usługi, dat wykonania, odbiorców – zgodnie z załącznikiem nr 6 wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wskazany w wykazie.

W ofercie Prochem w wykazie usług (str. 6 oferty) wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu posłużył się usługą polegającą na wykonaniu projektu architektonicznego nowego budynku o kubaturze 98.688,7 m³ i wysokości 33,55 m od poziomu terenu. Wartość inwestycji: 162.000.000,00 zł. Opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej (złożonej z projektu budowlanego wykonawczego). Zgodnie z treścią wykazu zlecniodawcą ww. usługi był Burmistrz Dzielnicy Mokotów Miasta Stołecznego Warszawa, ul. Rakowiecka 25/27, 02-517 Warszawa. W referencji z dnia 21 stycznia 2011 r. wskazano, że wykonana dla siedziby Urzędu Dzielnicy Mokotów dokumentacja projektowa obejmowała następujące opracowania budynku: 6 kondygnacji nadziemnych, pośrednia kondygnacja techniczna, 2 kondygnacje podziemne, wysokość budynku 24,85 m, 33,55 m od poziomu terenu.

2)

W programie funkcjonalno – technicznym dla obiektu wieży kontroli ruchu lotniczego wraz z infrastrukturą techniczno – administracyjną stanowiącym załącznik do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do siwz) w części III – opis szczegółowy obiektu – w pkt. 1 „Wieża TWR” zamawiający wskazał, że dostępna wysokość obiektu wg mapy rejestrowej lotniska: około 36 metrów nad poziomem terenu.

W pkt. 1 „Opis przedmiotu zamówienia” w ppkt 1.2 zamawiający sprecyzował, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje uzyskanie w imieniu zamawiającego prawomocnej decyzji na realizację inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego, zgodnie z ustawą z dnia 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego wraz ze wszystkimi niezbędnymi uzgodnieniami i opiniami wymaganymi odrębnymi przepisami.

W piśmie z dnia 31 stycznia 2011 r. stanowiącym wyjaśnienia do specyfikacji zamawiający w pkt. 1 zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy wskazał, że

dopuszczalna wysokość obiektu dla mapy rejestrowej lotniska to 36 m nad poziomem terenu. Ponadto wyjaśnił, że poziom operacyjny wieży powinien znajdować się na takiej wysokości aby umożliwić kontrolerowi pełną obserwację pola wzlotów wraz z płytą postojową samolotów. Przekroczenie ww. wysokości wymaga uzyskania zgód stosownych urzędów zgodnie z obowiązującymi przepisami i jest to możliwe. Następnie zamawiający odesłał do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 czerwca 2003 r. w sprawie, warunków jakie powinny spełniać obiekty budowlane oraz naturalne w otoczeniu lotniska (Dz. U. z 2003 r., Nr 130, poz. 1192) oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 czerwca 2003 r. w sprawie sposobu zgłaszania oraz oznakowania przeszkód lotniczych (Dz. U. z 2003 r., Nr 130, poz. 1193). Średnica radaru to ok. 6 m. Średnica kopuły to ok. 8 m. Urządzenia i systemy radiokomunikacyjne przewiduje się do zamontowania na podestach i uchwytach roboczych wokół trzonu wieży.

W załączniku nr 1 do siwz – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pkt. 3 oraz w załączniku nr 2 – Istotnych postanowień umowy – w pkt. 3 zamawiający podał m. in. „Zamawiający dopuszcza zmianę rozwiązań konstrukcyjno – materiałowych i architektonicznych zawartych we wstępnej koncepcji po uzgodnieniu ich przez Wykonawcę z Zamawiającym”.

Pismem z dnia 14 lutego 2011 r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz w ten sposób, że w załączniku nr 1 do siwz – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – na końcu pkt. 3 oraz odpowiednio w załączniku nr 2 – Istotnych postanowień umowy – na końcu pkt. 3 po zdaniu: „Zamawiający dopuszcza zmianę rozwiązań konstrukcyjno – materiałowych i architektonicznych zawartych we wstępnej koncepcji po uzgodnieniu ich przez Wykonawcę z Zamawiającym” dodano zdanie o treści: „Zmiany nie mogą dotyczyć elementów, które stanowiły kryterium oceny ofert”.

Izba ustaliła, że w projekcie Prochem na rysunku Nr 6 „Przekrój A-A” (str. 58 oferty) wskazano, że wysokość wieży wynosi 35,70 m.

3)

W pkt. 1 części XIV siwz zamawiający opisał kryteria oceny ofert oraz wskazał ich rangę w ocenie w ten sposób: Nr 1 - cena brutto - 60 %, Nr 2 - Funkcjonalność koncepcji – 40 %.

W pkt. 2 ww. części siwz w ppkt b) zamawiający wskazał, że w kryterium „funkcjonalności koncepcji” (Fk) zostanie zastosowany wzór:

Ocena punktowa (Fk) = Fk 1 + Fk 2 + Fk 3 (suma punktów uzyskanych w poszczególnych podkryteriach).

Zamawiający wyjaśnił, że kryterium „funkcjonalność koncepcji” będzie oceniał na podstawie podkryteriów, m. in.:

Fk 1 – jest to stosunek sumy powierzchni szyb na Sali operacyjnej do sumy powierzchni przekrojów pionowych słupków konstrukcyjnych kopuły wieży.

Zamawiający wskazał, że ww. podkryterium zostanie zastosowany wzór:

Ocena punktowa (Fk 1) = stosunek powierzchni podany w ocenianej ofercie/największy stosunek spośród ocenianych ofert) x 20 pkt.

Zamawiający w specyfikacji sprecyzował, że w przypadku gdy wykonawca w ofercie poda wartość 0 (słownie: zero) dla sumy powierzchni przekrojów pionowych słupków konstrukcyjnych to otrzyma maksymalną liczbę punktów (20 pkt.) w podkryterium Fk 1.

Izba ustaliła, że wykonawca Prochem w ofercie (str. 3) zaoferował wykonanie dokumentacji projektowej z zastosowaniem następujących parametrów, tj. stosunek sumy powierzchni szyb na Sali operacyjnej do sumy powierzchni przekrojów pionowych słupków konstrukcyjnych kopuły wieży – 14,4. Zamawiający wyliczając punkty w niniejszym kryterium przyznał ofercie przystępującego – 20 pkt.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Kolejno Izba odniosła się do skuteczności przystąpienia do postępowania po odwoławczego po stronie odwołującego wykonawcy A i B, wskazując, że zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie wypełnił prawidłowo przesłanek zawartych w art. 185 ust. 2 Pzp, wobec tego należy stwierdzić, że nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W powyższym przepisie ustawy ustawodawca jasno wskazał, że dla skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego wymagane jest nie tylko zgłoszenie przystąpienia w odpowiednim terminie oraz w odpowiedniej formie ale przede wszystkim posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której dany wykonawca przystępuje. W ocenie Izby wykonawca A i B nie legitymuje się posiadaniem interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Z ustaleń Izby wynika, że A i B został skutecznie wykluczony z przedmiotowego postępowania, a jego oferta odrzucona, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem wykonawca w zakresie stwierdzenia bezprawności ww. czynności zamawiającego nie skorzystał z przysługującego mu środka ochrony prawnej w postaci odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym za nieuprawnione należy uznać stanowisko A i B, który w celu wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego podnosił, że w przypadku rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Barin, ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, może doprowadzić do przywrócenia do postępowania wykonawcy A i B, a w konsekwencji również do wyboru jego oferty najkorzystniejszej. Izba wskazuje, że nawet w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania zamawiający wykonując wyrok Izby zobligowany byłby co prawda do dokonania ponownego badania i oceny ofert ale jedynie z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Następnie Izba odniosła się do twierdzeń zamawiającego, zawartych w zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak również prezentowanych na rozprawie, który podnosił, że w niniejszym odwołaniu brak jest precyzji w odniesieniu do zaskarżonych czynności zamawiającego dotyczących: wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Prochem, zaniechania odrzucenia tej oferty oraz błędnej oceny oferty ww. wykonawcy w podkryterium Fk 1. Zamawiający zarzucał, że odwołujący nie wskazał również, które z przepisów prawa zostały naruszone, a także, że w odwołaniu braku jest również wskazania okoliczności prawnych

uzasadniających wniesienie odwołania, i de facto przedstawienia zarzutów i określenia żądania, które dotyczyłoby bezpośrednio wyłonionego wykonawcy. W ocenie zamawiającego odwołanie nie spełnia wymogów określonych art. 180 ust. 3 ustawy i jako nieskuteczne powinno zostać oddalone.

Izba wskazuje, że niespornym jest, że słusznym jest twierdzenie, iż zarzut to zespół okoliczności faktycznych i prawnych - w postępowaniu o udzielenie zamówienia - czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Jednak w przedmiotowym przypadku nie mamy doczynienia ze wskazaną powyżej sytuacją.

W odwołaniu Barin, co prawda nie powołał konkretnych przepisów Pzp, które zostały jego zdaniem naruszone, ale z treści odwołania jasno wynikają określone okoliczności zarówno faktyczne jak i prawne na które powołują się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego. Nie budzącym wątpliwości jest, że samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy nie tworzy zarzutu, który powinien zostać zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. W przedmiotowym przypadku odwołujący bezsprzecznie wskazał w jaki sposób jego interes został naruszony, tj. podał okolicznościach i konkretne zachowanie zamawiającego. Jeżeli zaś chodzi o żądania sformułowane przez odwołującego w odwołaniu to wskazać należy, że zostały zamieszczone na początku przedmiotowego odwołania i mają co prawda charakter ogólny nie mniej jednak całościowo uzasadnienia odwołania konkretyzuje poszczególne żądania Barin. Tym samym w ocenie Izby nie ma podstaw do oddalenia odwołania w oparciu o powyżej wskazane przez zamawiającego zarzuty.

Izba po zbadaniu całości materiału dowodowego w przedmiotowej sprawie stwierdziła, że zarzuty zawarte w odwołaniu nie potwierdziły się.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania uznała za zasadne podkreślenie, iż siwz jest dokumentem szczególnej rangi w postępowaniu o zamówienie publiczne, gdyż to właśnie w specyfikacji zamawiający szczegółowo i z należytą starannością opisuje przedmiot zamówienia, zawierając przy tym przedmiotowe wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, a także opisuje sposób oceny warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp. Postanowienia siwz precyzują także granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert oraz weryfikując, czy wykonawcy wykazali spełnianie warunków podmiotowych i przedmiotowych. Przechodząc do analizy podniesionych w odwołaniu zarzutów należy wskazać co następuje.

Ad 1)

Izba wskazuje, że zamawiający w specyfikacji w sposób nie budzący wątpliwości określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się jedynie wykonawcy, którzy posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na wykonaniu projektu architektonicznego wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto (pięćset tysięcy) a projekt ten dotyczył nowego budynku lub obiektu budowlanego o kubaturze 3000 m³ i wysokości min. 30 m, o wartości inwestycji min. 10.000.000,00 zł brutto (dziesięć milionów złotych). W celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu zamawiający żądał przedłożenia wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – z podaniem przedmiotu usługi, dat wykonania, odbiorców – zgodnie z załącznikiem nr 6 wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wskazany w wykazie.

Z ustaleń Izby wynika, że przystępujący do złożonej oferty dołączył wymagany wykaz, w którym wykazał usługę świadczoną na rzecz Burmistrza Dzielnicy Mokotów Miasta Stołecznego Warszawa, polegającą na wykonaniu projektu architektonicznego nowego budynku o kubaturze 98.688,7 m³ i wysokości 33,55 od poziomu terenu. Wartość inwestycji: 162.000.000,00 zł. Z treści referencji wydanej przez zleceniodawcę wynikało, że wysokość budynku to 24,85 m, 33,55 m od poziomu terenu.

Zgodnie z § 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 marca 2009 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2009 r. Nr 56, poz. 461) wysokość budynku, służącą do przyporządkowania temu budynkowi odpowiednich wymagań rozporządzenia, mierzy się od poziomu terenu przy najniższym położonym wejściu do budynku lub jego części, znajdującym się na pierwszej kondygnacji nadziemnej budynku, do górnej powierzchni najwyższego położonego stropu, łącznie z grubością izolacji cieplnej i warstwy ją osłaniającej, bez uwzględnienia wyniesionych ponad tę płaszczyznę maszynowni dźwigów i innych pomieszczeń technicznych, bądź do najwyższego położonego punktu stropodachu lub konstrukcji przekrycia budynku znajdującego się bezpośrednio nad pomieszczeniami przeznaczonymi na pobyt ludzi.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że w przedmiotowym przypadku o wysokości wskazanego obiektu decyduje wysokość stropu tarasu widokowego, a nie stropów innych części wskazanego budynku. Tym samym w ocenie Izby zarówno ze złożonego wykazu jak również z załączonej referencji wynika wprost, że Prochem zrealizował usługę prawidłowo i w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Izba uznała za nieuprawnioną argumentację odwołującego, który jedynie na danych z wizualizacji internetowej oparł prawdziwość twierdzenia, iż praktycznie cały budynek ma wysokość nieprzekraczającą 24,85 m, a tylko niewielka jego część przekracza wysokość 30 m. Istotnym jest, że ciężar dowodu w z zakresie niniejszego zarzuty, zgodnie z art. 6 KC, spoczywa na odwołującym, jako na stronie, która z przytaczanych twierdzeń wywodzi skutki prawne. W ocenie Izby niewystarczające jest samo powoływanie się na wizualizacje internetowe bez wskazania dowodów które potwierdzałyby zasadność twierdzenia, iż Prochem wskazując na realizację budynku siedziby Urzędu Dzielnicy Mokotów wraz z wieżą widokową nie spełnia warunku określonego w specyfikacji w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Ad 2)

W zakresie zarzutu niegodności oferty Prochem ze specyfikacją oraz z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 czerwca 2003 r. w sprawie, warunków jakie powinny spełniać obiekty budowlane oraz naturalne w otoczeniu lotniska (Dz. U. z 2003 r., Nr 130, poz. 1192) oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 czerwca 2003 r. w sprawie sposobu zgłaszania oraz oznakowania przeszkód lotniczych (Dz. U. z 2003 r., Nr 130, poz. 1193), Izba uznała ww. zarzut za niezasadny.

W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do siwz) zamawiający określił wymagania w zakresie wieży TWR wskazując, że dostępna wysokość obiektu wg mapy rejestrowej lotniska to około 36 metrów nad poziomem terenu. Następnie pismem z dnia 31 stycznia 2011 r. stanowiącym wyjaśnienia do specyfikacji zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy doprecyzował dopuszczalną wysokość obiektu dla mapy rejestrowej lotniska na poziomie 36 m nad poziomem terenu. Jednocześnie w treści niniejszego pisma zamawiający bezspornie wskazał, że przekroczenie ww. wysokości jest możliwe i wymaga jedynie uzyskania zgód stosownych urzędów zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający, odpowiadając na pytanie wykonawcy, w piśmie podał także średnicę radaru oraz kopuły, a także wskazał, że urządzenia i systemy radiokomunikacyjne przewiduje się do zamontowania na podestach i uchwytach roboczych wokół trzonu wieży.

Z ustaleń Izby wynika, z czym zgodził się również odwołujący, że w koncepcji architektonicznej wieży kontroli ruchu lotniczego Prochem wysokość wieży wynosi 35,70 m. Tym samym zdaniem Izby ww. wysokość nie przekracza wysokości określonej w siwz.

Jednakże należy podkreślić, że zamawiający poprzez treść pisma z dnia 31 stycznia 2011 r. dopuścił możliwość przekroczenia wysokości wieży pod warunkiem uzyskania przez wykonawcę zgód stosownych urzędów zgodnie z obowiązującymi przepisami wskazanych przez niego rozporządzeń.

Wobec powyższego, nawet gdyby przyjąć argumentację odwołującego, że w koncepcji Prochem ujęto jedynie wysokość obiektu na poziomie 35,70 m, bez uwzględnienia wysokości kopuły radaru o wysokości ok.8 m, to biorąc pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego w piśmie z dnia 31 stycznia 2011 r. dopuszczające przekroczenie wysokości wieży, należy stwierdzić, że oferta przystępującego nie jest niezgodna z treścią siwz.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, który podnosił na rozprawie, że przystępujący w przypadku przekroczenia wysokości wieży winien uzyskać, a potem przedłożyć promesę, która udzielałaby zgody na przekroczenie wysokości ww. obiektu w oparciu o stosowne przepisy. W ofercie Prochem brak jest takiej promesy, tym samym należy uznać, że oferta przystępującego jest niezgodna z zapisami siwz oraz przepisami prawa tj. ww. rozporządzeń.

Izba podkreśla, że zarówno w zapisach specyfikacji jak również wyżej wymienionych rozporządzeń brak jest zapisów odnoszących się sposobu postępowania na jaki wskazuje odwołujący. Nie bez znaczenia jest również fakt, że sam odwołujący podczas rozprawy nie był w stanie wskazać konkretnych przepisów prawa, w szczególności zawartych w ww. rozporządzeniach, które nakładałyby obowiązek uzyskania takiej promesy na wykonawcę na tym etapie postępowania. Ponadto, istotnym jest, na co wskazał zamawiający, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej dla budowy Wieży Kontroli Lotów wraz z infrastrukturą techniczno – administracyjną, natomiast instalacja radaru jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym. W sytuacji gdy zamawiający zdecyduje się zamontować urządzenia techniczne (np. radar), które nie zostały jednoznacznie określone w siwz (ich wielkość) na dachu budynku, to dopiero wówczas o przekroczenie dopuszczalnej wysokości konieczne będzie uzyskanie niezbędnej zgody ze strony odpowiedniego urzędu.

Ad 3)

Odnosząc się do zarzutu nieuprawnionego przyznania ofercie przystępującego w podkryterium Fk 1 20 pkt., Izba stwierdziła, że zarzut należy uznać za chybiony.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji, przy tym, że kryterium oceny ofert może być cena albo też cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności tj. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Wskazać należy, że ustawodawca w powyższym przepisie nie przedstawił kryteriów jako zamkniętego zbioru a jedynie zawarł przykładowy ich katalog.

Wobec powyższego istotnym jest, że zamawiający samodzielnie ustala kryteria oceny ofert i następnie w konsekwencji jest zobligowany do ich ścisłego przestrzegania na etapie oceny. Zamawiający ma obowiązek przypisać określoną wagę każdemu z kryteriów, tj. określić, jakie znaczenie przy ocenianiu będzie miał dane kryterium. Ustala się to w ten sposób, że każdemu z kryteriów zamawiający przypisuje liczbę procentową, przy założeniu, iż wszystkie kryteria łącznie stanowią 100 %. Tym samym sposób oceny ofert powinien być tak realizowany, aby ograniczyć subiektywne odczucia i osobiste preferencje a zapewniać ocenę ofert w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu bezspornie zamawiający w specyfikacji w jasny klarowny sposób wskazał kryteria oceny ofert jakimi będzie kierował się oceniając oferty i przypisał im określoną wagę. W pkt. 2 ww. części siwz w ppkt b) zamawiający wskazał, że kryterium „funkcjonalność koncepcji” będzie oceniał na podstawie podkryteriów, m. in. wartości Fk 1, którą będzie stanowił stosunek sumy powierzchni szyb na Sali operacyjnej do sumy powierzchni przekrojów pionowych słupków konstrukcyjnych kopuły wieży.

W zakresie obliczenia oceny punktowej ww. podkryterium dla oferty Prochem zamawiający zastosował wzór podany w siwz i po podstawieniu wartości zawartej w ofercie przystępującego, tj. 14,4 otrzymał poniższą następującą ilość punktów:

$$(Fk 1) = \frac{14,4}{14,4} \times 20 \text{ pkt.} = 20 \text{ pkt.}$$

Tym samym Izba uznała czynność wyliczenia punktacji w zakresie podkryterium Fk 1 w odniesieniu do oferty Prochem na poziomie – 20 pkt. za dokonaną przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

Reasumując, Izba potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego w kwestionowanym przez odwołującego zakresie i nie dopatrzyła naruszenia przepisów Pzp w omawianym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł na podstawie przedłożonej kopii faktury VAT.

Przewodniczący:

.....