

Sygn. akt: KIO 489/13

WYROK

z dnia 20 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E..... P..... – Z..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Architektoniczno-Budowlane VENIT Ewa Przybył – Zboińska” oraz DIG S.....-ARCHITEKCI Sp. j. w Gliwicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Katowice,

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E..... P..... – Z..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Architektoniczno-Budowlane VENIT Ewa Przybył - Zboińska” oraz DIG S.....-ARCHITEKCI Sp. j. w Gliwicach i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E..... P..... - Z..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Architektoniczno-Budowlane VENIT Ewa Przybył – Zboińska” oraz DIG S.....-ARCHITEKCI Sp. j. w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E..... P..... - Z..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Architektoniczno-Budowlane VENIT Ewa Przybył - Zboińska” oraz DIG S.....-ARCHITEKCI Sp. j. w Gliwicach na rzecz Miasta Katowice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Katowicach.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Katowice, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Opracowanie dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i wykonawczego) zagospodarowania przestrzeni publicznych w obszarze centrum Miasta - Katowice wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną na podstawie koncepcji udostępnionej przez Zamawiającego wraz z nadzorem autorskim nad realizacją zadania”*.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 22.08.2012 r. w Dz.U. UE pod numerem 2012/S 160-267359.

W dniu 22 lutego 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E..... P..... – Z..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Architektoniczno-Budowlane VENIT Ewa Przybył - Zboińska” oraz DIG S.....-ARCHITEKCI Sp. j. w Gliwicach (dalej „Konsorcjum Venit”) o odrzuceniu ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jako obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

W dniu 04.03.2013 r. Konsorcjum Venit wniosło odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

A. NARUSZENIE ZASADY KONCENTRACJI

1. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający - pod pozorem należytego badania i oceny ofert - wyszukuje coraz to nowe podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, a nawet posuwa się do unieważnienia Postępowania, gdyż celem Zamawiającego nie jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, lecz udzielenie zamówienia wykonawcy, który uwzględnił w swoim projekcie nie wyartykułowane w SIWZ oczekiwania Zamawiającego. Otóż, Zamawiający nie akceptuje projektu Iglicy Diamentowej, choć jest on zgodny z SIWZ. Podczas postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2902/12 Zamawiający stwierdził, że „nie przewidywał nowego symbolu miasta, zamiany bramy miasta posiadającej funkcje użytkowe na iglicę o charakterze jedynie symbolicznym”. Okoliczność ta nie została jednak wyartykułowana w SIWZ, zatem Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła zgodność projektu z treścią SIWZ. Obecnie, Zamawiający usiłuje znaleźć nowe podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, a nawet posuwa się do unieważnienia Postępowania, gdyż pomimo jasnego stanowiska Izby, w dalszym ciągu nie chce dopuścić, by projekt zgodny z SIWZ, lecz niezgodny z „przewidywaniami” Zamawiającego, został zrealizowany.

2. Podobne sytuacje miały już miejsce podczas procedur udzielania zamówienia publicznego i były one jednoznacznie negowane, jako niezgodne z obowiązującymi zasadami oraz ustawą Pzp. To właśnie zasada koncentracji środków ochrony prawnej zapewnia, że nie tylko wykonawcy zobowiązani są do podnoszenia wszystkich zarzutów w ustawowo wskazanym terminie, lecz również i zamawiający objęci są obowiązkiem wyczerpującego wyspecyfikowania wszystkich wad oferty lub postępowania. Niedopuszczalne jest zatem ponawianie badania i oceny ofert w celu wyszukiwania coraz to nowych podstaw, które pozwoliłyby Zamawiającemu nie udzielenie zamówienia Odwołującemu.

3. Nowe zarzuty, jako znane Zamawiającemu już przy dokonywaniu pierwszej oceny ofert, nie zostały podniesione przez Zamawiającego, przez co dobrowolnie zrezygnował On z podnoszenia tych zarzutów. Z ostrożności jednak, oraz przede wszystkim z uwagi na bezzasadność zarzutów, Odwołujący wskazuje poniżej okoliczności, świadczące, że oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z treścią SIWZ.

B. BEZPODSTAWNE ODRZUCENIE OFERTY - OPIS KONSTRUKCJI DIAMENTOWEJ IGLICY

4. Odwołujący wskazuje, że niezgodne z prawdą są oświadczenia Zamawiającego, dotyczące braku w ofercie Odwołującego opisu konstrukcji Diamentowej Iglicy. Zgodnie z zapisami pkt. 13.3 SIWZ, Odwołujący w Części opisowej projektu koncepcyjnego (tj. „Opis

koncepcji zagospodarowania, opis materiałowy, opis konstrukcji") przedstawił rzekomo brakujący opis konstrukcji Diamentowej Iglicy. Opis ten znajduje się na stronie 9 w części OFERTA - CZĘŚĆ OPISOWA, w akapicie OPIS MATERIAŁOWY I KONSTRUKCJI. We wskazanym ustępie Odwołujący przewidział „zastosowanie szlachetnych materiałów budowlanych" oraz określił konstrukcję obiektów kubaturowych, w tym również i Diamentowej Iglicy, poprzez zapis „proponowane obiekty kubaturowe powstaną w konstrukcji żelbetowej i stalowej". Dodatkowo, na stronie 6 w części OFERTA - CZĘŚĆ OPISOWA, w akapicie DIAMENTOWA IGLICA, Odwołujący wskazał, iż w projekcie przewidziano „zastosowanie dwupowłokowej siatki do iluminacji iglicy".

5. W tym miejscu podkreślenia wymaga okoliczność, iż Zamawiający nie wyartykułował w SIWZ wymagania, by wykonawcy załączyli do oferty szczegółową analizę ekonomiczną projektów. Również i koszt inwestycji nie był określony przez Zamawiającego jako kryterium oceny koncepcji będącej częścią oferty. Nadto, składając ofertę, Odwołujący oświadczył w ust. 1) lit. f) Formularz Oferty, iż zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz że postawione w niej wymagania i warunki zawarcia umowy przyjmuję bez zastrzeżeń, co oznacza, iż Odwołujący zaakceptował przytaczany przez Zamawiającego warunek, iż „wartość sporządzonego kosztorysu inwestorskiego powiększona o należny podatek VAT nie przekroczy kwoty, którą Zamawiający przeznaczy na inwestycję tj. 40.000.000 zł brutto (słownie czterdzieści milionów złotych)". Zaś w ust. 1) lit h) Formularza Oferty, Odwołujący oświadczył iż akceptuje warunki określone w projekcie umowy bez zastrzeżeń, co oznacza, że również warunek określony w § 5, pkt 2 w brzmieniu: „kosztorys ofertowy wykonany na podstawie rozwiązań projektowych opracowany przez Wykonawcę w ramach niniejszej umowy, powiększony o podatek VAT winien oscylować w granicach kwoty 40 000 000 PLN brutto (słownie: czterdzieści milionów)". Na powyższą okoliczność Zamawiający nie wymagał odrębnego oświadczenia.

6. Z powyższego jasno wynika, że podnoszona przez Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie ma potwierdzenia w stanie rzeczywistym. Odwołujący zawarł bowiem w swojej ofercie wymagany opis oraz potwierdził, że wykonanie prac budowlanych na podstawie zaoferowanego projektu nie przekroczy środków finansowych, przeznaczonych przez Zamawiającego na ten cel.

C. BEZPODSTAWNE ODRZUCENIE OFERTY - PRZEKROJE I PIERZEJE

7. Kolejnym bezpodstawnym zarzutem Zamawiającego jest rzekomy brak przekrojów i pierzei. Już sam sposób sformułowania tego zarzutu świadczy o jego słabości. Zamawiający nie wskazuje bowiem, których to przekrojów i pierzei brakuje w ofercie Odwołującego, lecz stwierdza lakonicznie, że plansze Odwołującego są niezgodne z ust. 13.3.1 SIWZ, gdyż „nie

zawierają odpowiedniej ilości przekrojów i pierzei". Wykonawca nie ma obowiązku domyślania się czy snucia spekulacji. Tymczasem, powołujący ust. 13.3.1 pierwszy akapit SIWZ stanowi: „Plansza nr 1 - Koncepcja zagospodarowania terenu w skali 1:500, sporządzona na załączonym podkładzie sytuacyjno-wysokościowym.

Przekroje min. płn.-płd., wsch. - zach. po 2 wraz z pierzejami płn.-płd., wsch.-zach. po 2 w skali 1:250 w stopniu szczegółowości umożliwiającym pełne zapoznanie się z przyjętymi rozwiązaniami architektonicznymi i funkcjonalnymi."

Cytowany ustęp oznacza, że Zamawiający jako „odpowiednią ilość przekrojów i pierzei" w SIWZ uznał po 2 przekroje i rzuty, w sumie 4 rysunki.

8. Na tak sformułowany warunek SIWZ, Odwołujący zawarł w części OFERTA: CZĘŚĆ GRAFICZNA - PLANSZA NR 1 oraz w części OFERTA: CZĘŚĆ GRAFICZNA - PLANSZA NR 2 następujące rysunki:

- 1) przekrój A-A, skala 1:250, zawierający przekrój płn.-płd., wraz z pierzeją zach.,
- 2) przekrój B-B, skala 1:250, zawierający przekrój płn.-płd., wraz z pierzeją wsch.,
- 3) przekrój C-C, skala 1:250, zawierający przekrój wsch.-zach., wraz z pierzeją płd.,
- 4) przekrój D-D, skala 1:250, zawierający przekrój wsch.-zach., wraz z pierzeją płn.

Zatem, załączone do oferty przez Odwołującego plansze są zgodne z wymogami ust.

13.3.1 pierwszy akapit SIWZ, gdyż zostały złożone w odpowiedniej ilości, zawierają wymagane przekroje i rzuty, a także posiadają wymaganą skalę.

9. Z powyższego jasno wynika, że podnoszona przez Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie ma potwierdzenia w stanie rzeczywistym. Zamawiający zmienia warunki SIWZ, odwołując się do ilości przekrojów i pierzei, która w SIWZ została sprecyzowana na poziomie 4 rysunków. Nawet obecnie, Zamawiający nie zdradza się ze swoimi „przewidywaniami" i nie precyzuje, jaką ilość przekrojów i pierzei uznałby za „odpowiednią". Odwołujący, bazując jednak na treści SIWZ, a nie „przewidywaniach" Zamawiającego, zawarł w swojej ofercie wszystkie wymagane przekroje i pierzeje, spełniając tym samym minimalny warunek ustanowiony w ust. 13.3.1 pierwszy akapit.

D. BEZPODSTAWNE ODRZUCENIE OFERTY - DETALE ARCHITEKTONICZNE MAŁEJ ARCHITEKTURY

10. Podobnie jak przy zarzucie dotyczącym braku „odpowiedniej" ilości przekrojów i pierzei, również i w przypadku zarzutu przedstawienia detali architektonicznych małej architektury w nieodpowiedniej skali Zamawiający zmienia warunek SIWZ i względem tego zmienionego, niewyartykułowanego warunku bada ofertę Odwołującego. Mianowicie, zgodnie z warunkiem zawartym w ust. 13.3.1 drugi akapit stanowi:

„Plansza nr 2- Wizualizacje min. 2 niezbędne do przedstawienia koncepcji.

Detale architektoniczne małej architektury w skali 1:10, 1:20 w stopniu szczegółowości umożliwiającym pełne zapoznanie z przyjętymi rozwiązaniami architektonicznymi i funkcjonalnymi”.

11. Na tak sformułowany warunek SIWZ, Odwołujący zawarł w części OFERTA: CZĘŚĆ GRAFICZNA - PLANSZA NR 1 oraz w części OFERTA: CZĘŚĆ GRAFICZNA - PLANSZA NR 2 następujące rysunki:

- 1) detal małej architektury na placu kwiatowym, widok, skala 1:20,
- 2) detal małej architektury na placu kwiatowym, przekrój A-A, skala 1:20,
- 3) detal małej architektury na placu kwiatowym, przekrój B-B woda o ustabilizowanym zwierciadle, skala 1:20.

Zatem, załączone do oferty przez Odwołującego plansze są zgodne z wymogami ust. 13.3.1 drugi akapit SIWZ, gdyż posiadają wymaganą przez Zamawiającego skalę. Nadto, zastosowana skala jest odpowiednia dla stopnia szczegółowości, właściwego dla koncepcji projektowej i umożliwia pełne zapoznanie się z przyjętymi rozwiązaniami architektonicznymi i funkcjonalnymi.

12. Podnoszony na obecnym etapie zarzut, iż zastosowana skala nie ukazuje „jakie rozwiązania projektowe, technologiczne i materiałowe wykonawca zaproponował (m.in. nie wiadomo także jaka jest powierzchnia poszczególnych funkcji np. portyków), a ponadto nie można określić jaki jest koszt inwestycji” jest również bezzasadny. Wyszczególnione rysunki (w sumie 7 rysunków) obrazują precyzyjnie bowiem rozwiązania materiałowe w stopniu umożliwiającym określenie szacunkowych kosztów inwestycji. Samo zaś żądanie określenia powierzchni poszczególnych funkcji, np. portyków, oraz przedstawienia kosztów inwestycji poszczególnych obiektów w ogóle nie zostało wyartykułowane w SIWZ. W treści SIWZ, skala rysunków, tj. szczegółowość rysunków, nie została również powiązana z możliwością sporządzania przez Zamawiającego kosztorysów. Jak bowiem wykazano powyżej, Zamawiający nie wymagał szczegółowej analizy kosztorysowej inwestycji od wykonawców, lecz w tym zakresie oparł się na oświadczeniach, że budowa zgodna z projektem nie przekroczy kwoty 40.000.000,00 PLN brutto.

13. Na marginesie Odwołujący zauważa, że podnoszony zarzut dotyczący nie zastosowania „odpowiedniej” skali tym jaskrawiej obrazuje arbitralność Zamawiającego, iż w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: GPP Grupa Projektowa Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, MP-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, oraz Agencja Projektowa Architektury EKSPo s.c. z siedzibą w Krakowie, która to oferta została przez Zamawiającego w dniu 19 grudnia 2012r. wybrana ofertą najkorzystniejszą, detal architektoniczny małej architektury również został przedstawiony w

skali 1:20. Wówczas jednak Zamawiający uznał tę skalę za zgodną („odpowiednią”) z SIWZ, jak również ilość złożonych rysunków - cztery (4) - została przez Zamawiającego oceniona pozytywnie.

14. Z powyższego jasno wynika, że podnoszona przez Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie ma potwierdzenia w stanie rzeczywistym. Odwołujący nie tylko spełnił omawiany warunek, lecz nadto przedstawił o jeden rysunek więcej niż był wymagany przez Zamawiającego. Zamawiający obecnie zmienia warunki SIWZ, żądając rysunków w skali nie wyartykułowanej w SIWZ oraz nadając skali rysunków dodatkowe, nie wskazane w SIWZ znaczenie. Nawet obecnie, Zamawiający nie zdradza się ze swoimi „przewidywaniami” i nie precyzuje, jaką skalę rysunków uznałby za „odpowiednią”. Odwołujący, bazując jednak na treści SIWZ, a nie „przewidywaniach” Zamawiającego, zastosował wskazaną w SIWZ skalę oraz zawarł w swojej ofercie nawet więcej rysunków niż było wymagane dla spełnienia minimalnego warunku ustanowiony w ust. 13.3.1 drugi akapit.

E. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA - NIEJASNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

15. Odwołujący wskazuje, że niezgodnie z twierdzeniami Zamawiającego, niejasność opisu przedmiotu zamówienia nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Również ewentualne nieporównywalne oferty nie stanowią podstawy do unieważnienia Postępowania. W niniejszym Postępowaniu, Zamawiający na bieżąco udzielał wyjaśnień zarówno na etapie składania wniosków jak i po etapie prekwalfikacji. Na zgłoszone przez wykonawców pytania, Zamawiający udzielił bowiem wyczerpujących odpowiedzi w dniach 22 i 28 sierpnia 2012r., 7 września 2012r. czy 29 listopada 2012r. oraz 6 grudnia 2012r. Zatem, wszelkie możliwe niejasności zostały przez Zamawiającego wyjaśnione w toku procedury udzielania zamówienia publicznego.

16. Z powyższego jasno wynika, że podnoszona przez Zamawiającego nieusuwalna wada postępowania, skutkująca niemożnością podpisania ważnej umowy, nie ma potwierdzenia w stanie rzeczywistym. Sama bowiem nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia mieści się w zamkniętym katalogu podstaw prawnych, wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 143 ust. 1 i 6 ustawy Pzp. Nadto, w niniejszym Postępowaniu w ogóle nie można mówić o niejasnym opisie przedmiotu zamówienia, gdyż opis ten został wyjaśniony w toku zadawanych przez wykonawców pytań i udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi.

F. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA - WYJAŚNIENIA UDZIELONE W TOKU POSTĘPOWANIA

17. Również w zakresie udzielanych wyjaśnień oraz ewentualnego zamętu, który mogą one wprowadzić w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pogląd Zamawiającego należy uznać za odosobniony.

18. Dalej, należy również podkreślić, że Zamawiający błędnie wywodzi, iż wskutek udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi doszło do sytuacji, w której oferty złożone są nieporównywalne, co skutkuje koniecznością unieważnienia Postępowania. W sytuacji, w której Zamawiający ocenia dane oferty jako nieporównywalne, nie istnieją jakiegokolwiek podstawy prawne i faktyczne umożliwiające Zamawiającemu unieważnienie Postępowania w zgodzie z przepisami prawa. Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp stanowi bowiem, że Zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a której to wady nie można usunąć. Podstawy unieważnienia umowy w sprawie zamówienia określa zaś art. 146 ust. 1 i ust. 6 ustawy Pzp. Wśród przesłanek unieważnienia, wskazanych w tych przepisach nie ma takiej wady, która dotyczyłaby nieporównywalności ofert złożonych przez wykonawców.

19. Przede wszystkim jednak należy podkreślić, że nie może być mowy o nieporównywalności ofert w sytuacji, w której Zamawiający pozostawia wykonawcom swobodę co do sposobu realizacji zamówienia. Fakt, że Zamawiający dopuścił możliwość składania prac o charakterze twórczym, został zaś potwierdzony w prawomocnym wyroku Izby z dnia 17 stycznia 2013r., sygn. akt 2902/12. W wyroku tym Izba wskazała bowiem, że „Zamawiający w odpowiedzi udzielonej wykonawcom 29 listopada 2012 r. przewidział możliwość ingerencji w koncepcję bazową, wprowadzenie „daleko idących zmian”, o ile będą się mieściły w określonych ramach finansowych, co oznacza, że musiano zakładać złożenie prac o charakterze twórczym i w pewnej mierze odbiegających od koncepcji bazowej”.

20. Należy również podkreślić, że twierdzenia Zamawiającego, jakoby udzielone przez niego odpowiedzi były niezgodne z pierwotnymi zapisami znajdującymi się w ogłoszeniu opisu przedmiotu zamówienia" nie mają odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Jeżeli Zamawiający usiłuje przeforsować, że pierwotnie nie dopuszczał twórczej ingerencji w przekazywaną wykonawcą koncepcję, to i tym razem należy wskazać, że „przewidywać” tych nie wyartykułował w treści Ogłoszenia o zamówieniu.

21. Zgodnie z samą klasyfikacją istotności wprowadzanych elementów twórczych, która została zastosowana przez Zamawiającego, istotne elementy to takie, które wpływają na cenę inwestycji. Jeżeli zaś twórczy wkład nie przekłada się na koszty inwestycji, Zamawiający uznaje ten wkład za nieistotny, względem przekazanej koncepcji. Jeżeli zatem Zamawiający usiłuje w tym zakresie wykazać nieprawidłowości (czego jednak Odwołujący nie jest pewien, gdyż Zamawiający nie sprecyzował co „przewiduje” jako niezgodność z pierwotnymi zapisami Ogłoszenia o zamówieniu), to należy wskazać, że jest to po raz kolejny arbitralna decyzja

podejmowana przez Zamawiającego, w celu uniemożliwienia Odwołującemu realizacji Zamówienia. W dniu udzielania przedmiotowej odpowiedzi Zamawiający nie miał bowiem wątpliwości, iż jedynie doprecyzowuje treść Ogłoszenia o zamówieniu, które ze względu na charakter nie może zawierać wszystkich informacji.

22. Z powyższego jasno wynika, że podnoszona przez Zamawiającego nieusuwalna wada postępowania, skutkująca niemożnością podpisania ważnej umowy, nie ma potwierdzenia w stanie rzeczywistym. Sama bowiem ewentualna nieporównywalność ofert nie mieści się w zakresie podstaw prawnych wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 143 ust. 1 i 6 ustawy Pzp. Nadto, w niniejszym Postępowaniu w ogóle nie można mówić o nieporównywalności ofert, gdyż Zamawiający założył, że przedkładane projekty będą miały charakter twórczy. Założenie to zostało wyartykułowane w treści Ogłoszenia o zamówieniu, zatem udzielone odpowiedzi nie zmodyfikowały treści Ogłoszenia, lecz jedynie uściśliły jego treść.

G. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA - DODATKOWE OŚWIADCZENIE, ŻĄDANE W TOKU POSTĘPOWANIA

23. Zamawiający stwierdził, iż warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej wykonawców zostały niepoprawnie sformułowany, gdyż Zamawiający zażądał złożenia dokumentów nie wyszczególnionych w Rozporządzeniu ws. dokumentów. Dalej, Zamawiający wskazał, że dwóch (2) wykonawców biorących udział w postępowaniu zostało wykluczonych z postępowania z uwagi na niespełnienie tegoż warunku. Na ten podstawie Zamawiający stwierdził, że Postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą, skutkującą niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tymczasem, błąd zamawiającego nie stanowi nieusuwalnej wady, a zatem można zawrzeć w Postępowaniu ważną umowę o realizację zamówienia publicznego.

24. Jeżeli Zamawiający dopuścił się stawiania żądań niezgodnych z ustawą Pzp, czy też aktem niższego rzędu, to i tak Zamawiający nie jest uprawniony czy zobowiązany do unieważnienia Postępowania, lecz do usunięcia danej wady. Usuwalność ta wyraża się natomiast tym, że przy ocenie wniosków czy ofert, Zamawiający zobowiązany jest do dokonania ich oceny bez uwzględnienia wadliwych żądań, lecz z uwzględnieniem w to miejsce przepisów prawa.

25. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wzięły udział podmioty profesjonalnie zajmujący się danymi usługami. Podmioty wykluczone nie wniosły jednak odwołania od czynności wykluczenia ich z Postępowania, co oznacza, że nie były zainteresowane dalszym udziałem w Postępowaniu. W przeciwnym razie, uznać należy, że wykonawcy Ci wykazałoby bezzasadność czynności Zamawiającego.

26. Z powyższego jasno wynika, że podnoszona przez Zamawiającego nieusuwalna wada postępowania, skutkująca niemożnością podpisania ważnej umowy, nie ma potwierdzenia w stanie rzeczywistym. Ewentualne postawienie żądania sprzecznego z ustawą Pzp czy aktem niższego ma jedynie ten skutek, że Zamawiający nie bierze pod uwagę wadliwego żądania, lecz ocenia złożone oferty czy wnioski w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, oraz wydanymi do niej aktami wykonawczymi. Innymi słowy, wskazana przez Zamawiającego wada nie ma charakteru wady nieusuwalnej, a zatem nie uniemożliwia zawarcia z Odwołującym ważnej umowy.

[...]"

W dniu 14.02.2013 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał m.in.:

„[...]

Ad 1 b

Zgodnie z zapisem Cz. III. 13.3 ust. 2 SWIZ (str. 8), Wykonawcy powinni przedstawić opis koncepcji zagospodarowania, opis materiałowy, opis konstrukcji. Opis materiałowy i konstrukcji dla całej przestrzeni objętej koncepcją zajmuje ok pół strony z 10 stron koncepcji. W tym koncepcja w ogóle nie zawiera opisu konkretnych materiałów, z których ma zostać zbudowana Diamentowa Iglica, czyli element dominujący w całym opracowaniu.

W opisie koncepcji przedstawionym przez Odwołującego na stronie 9 znajduje się jedynie informacja, że „Proponowane obiekty kubaturowe powstaną w konstrukcji żelbetowej i stalowej, wykończone odpowiednimi okładzinami trwałymi i odpornymi na akty wandalizmu”. Zdaniem Zamawiającego Iglica nie jest obiektem kubaturowym, również sam wykonawca nie traktuje Iglicy jako obiektu kubaturowego. Na stronie 3 opisu koncepcji Odwołujący stwierdził, że: Iglica powinna być traktowana jak rzeźba (...). Także w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 maja 2009 r (Sygn. akt KIO/UZP 522/09) wskazano, że „obiekt kubaturowy to obiekt, którego „przestrzeń”, „pojemność” Uczona jest w m3, czyli za obiekty kubaturowe należy rozumieć wszelkiego typu budynki. Obiektami kubaturowymi nie są : budowle (np. drogi, mosty sieci techniczne linie kolejowe etc) ani obiekty małej architektury (posągi, kapliczki etc) w rozumieniu przepisów prawa budowlanego ". Ponadto druga część zdania odnosi się do odpowiednich okładzin trwałych odpornych na wandalizm. Gdyby uznać że Iglica jest obiektem kubaturowym to należałoby przyjąć, że Iglica będzie pokryta takimi okładzinami.

W ofercie brakuje podstawowych informacji uwzględniających specyfikę miejsca, dotyczących konstrukcji 150 m Iglicy wraz z posadowieniem, zlokalizowanej na terenach szkód górniczych, w bezpośredniej bliskości koryta rzeki Rawy. W ofercie brakuje również określenia, zarówno w części opisowej jak i rysunkowej, podstawowych parametrów: powierzchni i kubatury obiektów mieszczących się w portykach tj. piwnic, antresoli i tarasu widokowego.

Brak w ofercie jakichkolwiek informacji na temat materiałów, z których ma zostać zbudowana iglica oraz brak opisu jej konstrukcji powoduje, że oferta, jako niezgodna ze specyfikacją (zapis cz. 111 pkt. 13.3. ust.2.) podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1. Pkt 2 ustawy Pzp - ze względu na fakt, że opis ten zgodnie z art. 87 ust. 1. nie może zostać uzupełniony, stanowi on bowiem treść oferty - co potwierdza wydane w postępowaniu orzeczenie KIO z 17 stycznia 2013 r. (KIO 2902/12).

Podkreślić należy, że z uwagi na skalę przedsięwzięcia, a co za tym idzie wysokość wydatkowanych środków publicznych, Zamawiający musi posiadać przynajmniej podstawowe informacje dotyczące materiałów, z których mają być wykonane w przyszłości prace budowlane. Ustawowym obowiązkiem zamawiającego jest bowiem racjonalne i oszczędne wydatkowanie środków publicznych (por. art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych).

Specyfikacja jednoznacznie stanowiła, iż zaproponowana w ofercie koncepcja ostateczna nie może wykroczać poza ustalone ramy finansowe 40 mln zł brutto (specyfikacja, punkt 10.2.6. oraz pismo Zamawiającego z dnia 29.11.2012) r. Wykonawca, którego liderem jest Venit Sp. z o.o., przewidując inne niż w koncepcji uzyskanej w wyniku konkursu rozwiązania, nie wykazał, że oferta ta spełnia ww. wymóg specyfikacji w tym zakresie. Wskazany wyżej brak informacji co do materiałów oraz brak opisu konstrukcji iglicy skutkuje tym, że Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy wykonanie prac budowlanych na podstawie projektu sporządzonego zgodnie z koncepcją ostateczną VENIT nie przekroczy założonych środków przeznaczonych na realizację zamówienia w wysokości nie większej niż 40 mln zł. Nie jest więc możliwa ocena, że został spełniony ten warunek siwz, to jest, że wykonanie nie przekroczy założonego na to zadanie budżetu

Jeśli Odwołujący wymaga uznania, że jego oferta jest zgodna z treścią siwz, to powinien był wykazać, że spełnił warunek dotyczący wysokości kosztorysu inwestorskiego. Samo oświadczenie na druku oferty, że wykonawca zapoznał się z wymogami specyfikacji i przyjmuje je bez zastrzeżeń nie jest wystarczającym dowodem, że wartość kosztorysu inwestorskiego nie będzie przekraczała środków, które zamawiający przeznaczył na ten cel.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w żadnym dokumencie wprost nie zostało złożone oświadczenie, że wykonanie prac budowlanych na podstawie zaoferowanego projektu nie przekroczy środków finansowych przeznaczonych przez Zamawiającego na ten cel. Zamawiający zaznacza też, na stronie 7 opisu koncepcji Wykonawca stwierdził, że: „Wygląd iglicy wraz z systemem iluminacji stanowi propozycję dla zlokalizowanego akcentu przestrzennego. Ostateczna wielkość oraz forma powinna być przedmiotem dodatkowych uzgodnień i opracowań podlegających decyzji Inwestora i przedstawicieli społeczności miasta Katowice”.

Zastrzeżenie to znalazło się w części dotyczącej „Propozycji systemu iluminacji oświetlenia iglicy” ale z uwagi na to, że Wykonawca mówi o ostatecznej wielkości oraz formie oraz o decyzji społeczności miasta Katowice, tak więc trudno przypuszczać, by zdanie to odnosiło się wyglądu iluminacji (trudno przypuszczać, by przedmiotem konsultacji społecznych miała być iluminacja iglicy, a nie fakt jej postawienia) tak więc zdaniem Zamawiającego zaproponowana iglica nie jest rozwiązaniem ostatecznym.

Tymczasem w wyniku przeprowadzonego przetargu Zamawiający będzie zmuszony realizować zamówienie zgodnie z rozwiązaniami wybranymi w przetargu. Zamawiający nie ma więc możliwości przeprowadzenia dodatkowych uzgodnień przez wymienionych przez wykonawcę przedstawicieli społeczności miasta Katowice, a zawarte na stronie 7 zastrzeżenie powoduje, oferta na podstawie art. 89 ust. 1. w zw. z art. 87 ustawy Pzp podlega odrzuceniu (nie jest ofertą ostateczną).

Ad 1 c

Komisja stwierdziła, że załączone do oferty plansze wykonawcy VENIT nie są zgodne z wymogami specyfikacji (pkt 13 .3.1 - Część graficzna) ponieważ: na planszy nr 1 podkład /zagospodarowanie terenu/ w skali 1:500 jest zorientowany niezgodnie z załączonym w siwz obowiązującym podkładem zorientowanym pionowo na kierunku północ-południe; na planszy nr 1 brak rysunków w skali 1:250 pierzei północno-południowej oraz wschodnio-zachodniej.

Zamawiający nie kwestionuje tego, że w sumie ilość przekroi jest zgodna z wymogami swiz jednak sposób wykonania plansz jest niezgodny z wymogami postawionymi w specyfikacji.

Ad 1 d

Zamawiający wymagał, aby detale architektoniczne małej architektury umieszczone na planszy nr 2 zostały wykonane w skali 1:10, 1:20, a także w stopniu szczegółowości umożliwiającym pełne zapoznanie z przyjętymi rozwiązaniami architektonicznymi i funkcjonalnymi.

Natomiast w ofercie konsorcjum VENIT zostały przedstawione detale tylko w skali 1:20, brak detali w skali 1:10. Ponadto brak jest detali w stopniu szczegółowości umożliwiającym pełne zapoznanie się Zamawiającego z rozwiązaniami architektonicznymi i funkcjonalnymi ponieważ przedstawiono jedynie ławkę z wodą o ustabilizowanym zwierciadle. Brak szczegółowości powoduje, że nie wiadomo jakie rozwiązania projektowe, technologiczne i materiałowe wykonawca zaproponował (m.in. nie wiadomo także jaka jest powierzchnia poszczególnych funkcji np. portyków), a ponadto nie można określić, jaki będzie koszt inwestycji .

Nie można się więc zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że wszystkie detale architektoniczne małej architektury zostały w ofercie wskazane w skali zgodnej z SIWZ.

Zarzut, że Zamawiający dopuścił pierwotnie ofertę z detalami w skali 1:20 podlega oddaleniu, jako bezprzedmiotowy, gdyż Komisja zgodnie z wyrokiem KIO dokonała ponownego badania i oceny ofert, oferta wykonawcy nr 2 została odrzucona.

Ad 1 e

W utrwalonym orzecznictwie dot. udzielania zamówień podnosi się, że przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób bezpośredni wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i rzutuje na treść przyszłej umowy. Wobec ww. skutków niezbędne jest dochowanie przez zamawiającego spoczywającego na nim obowiązku przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, ale również z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak wyrok KIO z 10 kwietnia 2012 r. KIO 573/12). Konieczność wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo, odpowiadającej wymogom SIWZ, ale nie odpowiadającej potrzebom zamawiającego z uwagi na wadliwy opis przedmiotu zamówienia niewątpliwie można uznać za wadę postępowania mającą wpływ na jego wynik. Opis przedmiotu zamówienia winien być dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący ale jednocześnie z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego, ponieważ prawa takiego nie można mu odmówić (tak wyrok KIO z 5 marca 2012 r. KIO 356/12). Uprawnienie to ma na celu ochronę zobiektywizowanego interesu zamawiającego. Istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie (KIO 2188/11 wyrok z 11.10.2011 r.)

Z kolei w opinii Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia podkreśla się, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane art. 146 ust. 1 prawa zamówień publicznych, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana w art. 146 ust.6 Prawa zamówień publicznych sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania (por. opinia prawna zamieszczona na stronie internetowej UZP).

Zdaniem Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia (co wykazane zostanie w kolejnym punkcie) został w toku postępowania zmieniony, a w wyniku tych zmian określony został w sposób niejednoznaczny i powodujący możliwość różnego odczytania jego zapisów, a także w sposób powodujący niemożność wyboru najkorzystniejszej oferty, a więc z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz z naruszeniem art.7 ustawy - poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający po otrzymaniu uzasadnienia orzeczenia KIO z dnia 17 stycznia 2013 r. stwierdził, że specyfikacja zawiera sprzeczne ze sobą zapisy. Zapis z odpowiedzi z dnia 29.11.2012 r. zezwalający na wprowadzenie daleko idących zmian sprzeczny jest z zapisem z pkt 19 siwz (str.10), że prace niezgodne z koncepcją podlegać będą odrzuceniu oraz zapisem z odpowiedzi z dnia 29.11.2012 r., że koncepcję należy traktować jako materiał obowiązujący wymagający tylko uściślenia. Tymczasem Zamawiający jest zobowiązany do przestrzegania wszystkich zapisów specyfikacji, co potwierdzają liczne orzeczenia KIO - np. KIO 580/11: wykonawca sporządzając ofertę musi brać pod uwagę pełną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień treści specyfikacji. Wykonawca nie może zawęzić się do posługiwania się tylko wybranymi stwierdzeniami zawartymi w dokumentach opracowanych przez zamawiającego czy KIO1369/10: Specyfikację należy czytać łącznie z odpowiedziami na pytania do specyfikacji. Udzielone odpowiedzi są wiążące dla obu stron i stanowią autentyczną wykładnię postanowień specyfikacji.

Zezwolenie na wprowadzenie daleko idących zmian do koncepcji, a jednocześnie nie określenie granic dopuszczalnych zmian koncepcji udostępnionej przez Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 29 ustawy Pzp. Tymczasem jest oczywiste, że pewne zmiany w stosunku do przedstawionej koncepcji nie mogły być dopuszczalne, nawet przyjmując najbardziej liberalne rozumienie słów „daleko idące zmiany”. Również kryteria oceny ofert zostały sformułowane w sposób nie pozwalający ocenić ofert, zakładających daleko idące zmiany w stosunku do koncepcji udostępnionej przez Zamawiającego. Kryteria te nie zostały zmienione po odpowiedzi do siwz zezwalającej na wprowadzenie daleko idących zmian i nie uwzględniają możliwości oceny oferty, która nie stanowiła uściślenia koncepcji, lecz przewidywała rozwiązania całkowicie odmienne od tych znajdujących się w koncepcji. Tak więc brak jednoznacznego określenia, które ze zmian nie są dopuszczalne (np. zamiana bramy na inny obiekt nie będący bramą, usunięcie tafli wody z placu wielokwiatowego) doprowadziło do sytuacji, że Zamawiający otrzymał w toku postępowania oferty nieporównywalne ze sobą. Jedna z nich bowiem zawierała uściślenie koncepcji udostępnionej przez Zamawiającego, natomiast druga zawierała całkowicie nową koncepcję, a zapisy siwz jak stwierdziła Izba w swoim orzeczeniu zezwalały na to.

Dopuszczenie, by w postępowaniu możliwe było złożenie dwóch nieporównywalnych ofert, które mogą podlegać ocenie jest wadą postępowania i skutkować winno jego unieważnieniem. W tym przypadku bowiem Zamawiający nie może zastosować rozwiązania polegającego na dopuszczeniu do oceny ofert zawierających wszystkie rozwiązania (gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień siwz, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy) bowiem Zamawiający otrzymał oferty nieporównywalne ze sobą. Zaproponowane w ofercie Venit sp. z o.o. rozwiązanie było zdaniem Zamawiającego w istocie

ofertą wariantową, a Zamawiający nie zezwolił na składanie takich ofert w ogłoszeniu. Zamawiający przyznaje, że złożenie takiej oferty było skutkiem udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców i z tego względu oferta nie może podlegać odrzuceniu na tej podstawie, jednakże jednocześnie niemożliwy jest wybór tej oferty.

Takie stanowisko Zamawiającego potwierdza np. orzeczenie KIO 982/10 (Wady te w postępowaniu są wadami nieusuwalnymi - bowiem na tym etapie postępowania nie jest możliwa taka modyfikacja treści ogłoszenia oraz treści specyfikacji, by opis przedmiotu zamówienia był jednoznaczny i pozwalał na złożenie ważnej oferty. W sytuacji, gdy oferty wykonawców nie były porównywalne, wykonawcy zaoferowali produkty o różnym spektrum zastosowania, chociaż odpowiadały one błędnemu opisowi zawartemu w siwz, zamawiający nie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, nie naruszając przepisów ustawy Pzp (...)) Nie ma wątpliwości, że błędny opis przedmiotu zamówienia miał wpływ na wynik postępowania, skoro zaoferowano przedmiot dostawy o różnym zakresie zastosowania. Należy przyjąć, że postępowanie obarczone błędem zamawiającego, mającym wpływ na jego wynik, w szczególności przez brak możliwości jednakowej oceny przedmiotu dostawy w złożonych ofertach, a w ślad za tym wyborem najkorzystniejszej oferty, należało unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Podobnie wskazuje orzeczenie KIO z 30.11.2011 r.: Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp skoro przedmiot zamówienia powinien być określony poprzez użycie dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, to umieszczenie określeń, które nie są jasne lub które mogą powodować różną interpretację tego samego zapisu, w ocenie Izby może naruszać równe traktowanie wykonawców (...) Dowodem na niejasność zapisu jest przebieg rozprawy. Zamawiający oraz Odwołujący ten sam zapis siwz rozumieją w sposób odmienny. Zapisy te mogą powodować wątpliwości i rozbieżności interpretacyjne przy ocenie ofert i jako takie prowadzić do nierównego traktowania oferentów (KIO 2699/11, wyrok z 30.11.2011 r.).

Ad 1 f

Zamawiający określił przedmiot zamówienia w Ogłoszeniu o przetargu oraz w SIWZ odwołując się bezpośrednio do koncepcji uzyskanej w wyniku rozstrzygnięcia konkursu architektonicznego. Zapisy ogłoszenia wskazywały, że przedmiotem zamówienia jest Opracowanie dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i wykonawczego) zagospodarowania przestrzeni publicznych w obszarze centrum Miasta Katowice wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną na podstawie koncepcji udostępnionej przez Zamawiającego wraz z nadzorem autorskim nad realizacją zadania. Sama nazwa wskazywała więc, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie opracowania na podstawie koncepcji udostępnionej przez Zamawiającego, a nie zaproponowanie całkowicie nowej koncepcji. Ponadto w opisie przedmiotu zamówienia (sekcja II. 1.5 ogłoszenia) wskazano, że

dokumentacja ma być wykonana na podstawie koncepcji oraz ma ona uwzględniać zalecenia Sądu Konkursowego. Także kryteria oceny ofert przewidywały ocenę koncepcyjnego rozwiązania uwzględniającego zalecenia Sądu Konkursowego. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że ocenie wg kryteriów będą podlegać wyłącznie prace zgodne z koncepcją, a prace niezgodne z koncepcją podlegać będą odrzuceniu (str. 10 siwz).

W toku postępowania, wobec pytań złożonych przez wykonawców w trybie art. 38 ustawy Pzp, Zamawiający udzielił stosownych wyjaśnień (vide: pismo Zamawiającego z dnia 29 listopada 2012 r.), które w istocie doprowadziły do zmiany opisu pierwotnego przedmiotu zamówienia określonego w Ogłoszeniu o przetargu.

O ile w Ogłoszeniu o przetargu Zamawiający wprost wskazał, że „Wykonawcy na podstawie koncepcji udostępnionej przez Zamawiającego zobowiązani będą do opracowania ostatecznej koncepcji stanowiącej podstawę wykonania dokumentacji projektowej i uwzględniającej zalecenia sądu konkursowego”, to w rzeczonych wyjaśnieniach Zamawiający zezwolił na „daleko idące zmiany” od ww. koncepcji.

Na pytanie wykonawcy Prosimy o wyjaśnienie sformułowania z punktu 10.1. „na podstawie koncepcji”? Czy koncepcję należy traktować jako materiał obowiązujący wymagający jedynie uściśleń (co pośrednio wynika z załącznika nr 2) , czy można stosować rozwiązania, które mogą wprowadzać daleko idące zmiany, lecz nie wykraczające poza ustalone ramy finansowe 40 mln zł brutto. Zamawiający udzielił następujących dwóch odpowiedzi: 1) TAK koncepcję należy traktować jako materiał obowiązujący wymagający jedynie uściślenia.

2). TAK można wprowadzać daleko idące zmiany, lecz nie wykraczające poza ustalone ramy finansowe 40 mln zł brutto

Jednocześnie Zamawiający nie zmienił kryteriów oceny ofert, co powinien był zrobić, gdyby jego zamiarem była ocena koncepcji odbiegających w znacznym stopniu od koncepcji stanowiącej materiał obowiązujący.

Mając na względzie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wydane w toku postępowania i nakazujące przywrócenie oferty złożonej przez konsorcjum, którego liderem był Venit sp. z o.o. oraz jej ocenę wg kryteriów określonych w siwz, Zamawiający stwierdza, że odpowiedź udzielona 29 listopada 2012 była modyfikacją treści specyfikacji (wyjaśnienia udzielane w trybie odpowiedzi na zapytania wykonawców mogą stanowić modyfikację treści SIWZ - tak np. orzeczenie KIO 465/11 z dnia 22 marca 2011 r). Takie stanowisko Zamawiającego potwierdza wydany w tym postępowaniu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej - Izba oparła uzasadnienie dla możliwości oceny oferty Odwołującego przede wszystkim właśnie w treści odpowiedzi z dnia 29.11.2012 r. - nie powołując się przy tym na inne postanowienia specyfikacji.

Podkreślić, trzeba że niniejsze postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. W takim przypadku wszelkie zmiany dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Ogłoszeniu o zamówieniu należy uznać (zgodnie z art. 38 ust. 4b ustawy Pzp) za niedopuszczalne. Nie ulega bowiem kwestii, że taka sytuacja godzi w uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. W przypadku przetargu ograniczonego wykonawcy podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu na podstawie ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana opisu przedmiotu zamówienia po dokonaniu kwalifikacji wykonawców w oparciu o jego zapisy mogłaby prowadzić do sytuacji zmiany kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia w momencie, w którym nie mogliby oni przystąpić do udziału w postępowaniu (tak np. Informator UZP 9/2012, czy Komentarz do ustawy Pzp: M.Stachowiak. J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, 4 Wydanie, Warszawa 2010, s. 242-243: Zmiana podstawowych warunków przeprowadzenia postępowania ogłoszonych w oficjalnym publikatorze nie jest dopuszczalna na etapie, w którym ogłoszenie zostało w pewien sposób "skonsumowane", gdyż na jego podstawie dokonano kwalifikacji wykonawców«).

Wada ta jest więc wadą nieusuwalną, oraz ma wpływ na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówienia umieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia umieszczonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wraz z odpowiedziami na pytania) mógł spowodować, że krąg wykonawców, którzy byliby zainteresowani zamówieniem wiedząc o możliwości wprowadzania daleko idących zmian (choć sprzeczne to było z intencją Zamawiającego) byłby inny. Wykonawcy nie mogli na podstawie samego ogłoszenia oraz dokumentów opublikowanych na stronie Zamawiającego spodziewać się, że na kolejnym etapie postępowania - przy wyjaśnianiu zapisów specyfikacji Zamawiający takie zmiany (w sposób niezamierzony) dopuści. Również cytowane wyżej pytanie zadane przez jednego z wykonawców wskazuje na to, że wykonawcy liczyli się raczej z możliwością wprowadzania jedynie niewielkich zmian - wynikających z zaleceń sądu konkursowego („Czy koncepcję należy traktować jako materiał obowiązujący wymagający jedynie uściśleń (co pośrednio wynika z załącznika nr 2)”).

ad 1 g

Sam Odwołujący przyznaje, że fakt, iż Zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej wykonawców, nie wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009r w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „Rozporządzenie ws. dokumentów”) było wadą w postępowaniu, jednakże twierdzi, że nie była to wada nieusuwalna.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu określił, że warunkiem udziału jest aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne spełniali niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej:

1. posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę 500.000 PLN.
2. osiągnęli roczny przychód za każdy zbilansowany rok z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (na podstawie "Rachunku zysków i strat" pozycja "Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów" lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 1.600.000 PLN,
3. wykażą, że wartość zobowiązań przeterminowanych odpowiednio
 - a. na dzień 31.12. 2010 r. nie przekracza wartości zobowiązań bieżących na ten dzień
 - b. na dzień 31.12. 2011 r. nie przekracza wartości zobowiązań bieżących na ten dzień
 - c. na dzień 31.08. 2012 r. nie przekracza wartości zobowiązań bieżących na ten dzień.
4. wykażą, że wartość należności przeterminowanych odpowiednio
 - a. na dzień 31.12. 2010 r. nie przekracza wartości należności bieżących na ten dzień
 - b. na dzień 31.12. 2011 r. nie przekracza wartości należności bieżących na ten dzień na dzień 31.08. 2012 r. nie przekracza wartości należności bieżących na ten dzień.

Na potwierdzenie ww. warunków zamawiający wymagał aby wykonawcy załączyli do oferty m.in:

- Wykazy zobowiązań bieżących i przeterminowanych sporządzone na dzień 31.12. 2010 r. na dzień 31.12. 2011 r. oraz na dzień 31.08.2012 r. a także wykazy należności bieżących i przeterminowanych, sporządzone na dzień 31.12. 2010 n, na dzień 31.12. 2011 r. oraz na dzień 31.08. 2012 r.

Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. Dz. U. Nr.226.Poz 1817 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane dokumentem, którego zamawiający może żądać od wykonawcy jest sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. Nie jest możliwe wymaganie, aby Wykonawcy sporządzali sprawozdanie finansowe na dzień 31,08.2012r, tak więc Zamawiający nie był nieuprawniony do wymagania od wykonawców złożenia oświadczenia o wysokości zobowiązań i należności nadzień 31.08.2012r. Również warunek

złożenia oświadczenia o wysokości zobowiązań i należności na dzień 31.12.201 Or. 131.12.20 lir. był nieprawidłowo określony, ponieważ rokiem obrachunkowym u wykonawcy nie musi być rok kalendarzowy. Opisane w punkcie 3 i 4 warunki udziału w postępowaniu były więc niezgodne z ww. rozporządzeniem.

Z postępowania wykluczono dwóch wykonawców to jest Konsorcjum firm: Lider-Biuro Projektów Architektonicznych Sp. z o.o. ul. Noskowskiego 6 Katowice, P.U.H. Akbud K..... F..... ul. Roździeńskiego 188b Katowice (wniosek nr 2) oraz Wykonawca „Grupa-5” Architekci Sp. z o.o. Warszawa (wniosek nr 3), ponieważ nie spełnili warunku udziału w postępowaniu, który był nieprawidłowo określony. Wykonawca „Grupa-5” został wykluczony wyłącznie na tej podstawie. Warunek udziału w postępowaniu miał więc wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia z 8 marca 2012 r. sygn. Akt 393/12, który również dotyczył wymagania dokumentu nie wskazanego w rozporządzeniu: Wymóg ten nie miał oparcia w przepisach prawa, nie oznacza to jednak, że w jakikolwiek sposób mógł zaważyć na wyniku postępowania. Jego niespełnienie nie mogło stanowić (i nie stanowiło) podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania - a contrario więc należy uznać, że wykluczenie dwóch uczestników postępowania niewątpliwie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na to, że etapu zaproszenia do składania ofert i składania ofert nie można powtórzyć, jest to wada nieusuwalna, która musi stanowić podstawę unieważnienia postępowania.

Ponadto Zamawiający stoi na stanowisku, że oprócz stwierdzonego wyżej wpływu na wynik postępowania postawienie warunku w oparciu o dokumenty niewskazane w rozporządzeniu również mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nie można bowiem wykluczyć, że gdyby warunek został prawidłowo postawiony, zwiększyłaby się ilość wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, a więc ilość złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału byłaby większa.

[...]

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, co zostało zreferowane powyżej.

Ponadto Izba ustaliła, iż w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania zamawiający podał następujące podstawy faktyczne dokonanych czynności:

(w zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp)

„W opisie koncepcji Wykonawca nie przedstawił opisu konstrukcji Diamentowej Iglicy, a także nie wskazał jednoznacznie z jakich materiałów ta iglica miałaby być wykonana. Taki opis zgodnie z zapisami pkt 13.3 SIWZ wykonawca winien zawrzeć w Części opisowej projektu koncepcyjnego (tj „opis koncepcji zagospodarowania, opis materiałowy, opis konstrukcji”).

Ten brak powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić czy wykonanie prac budowlanych na podstawie projektu sporządzonego zgodnie z koncepcją ostateczną VENIT nie przekroczy założonych środków przeznaczonych na realizację zamówienia w wysokości nie większej niż 40 mln zł. (pkt 10.2 str. 7 siwz) Nie jest więc możliwa ocena, że został spełniony ten warunek specyfikacji.

Ponadto komisja stwierdziła, że załączone do oferty plansze wykonawcy VENIT nie są zgodne z wymogami specyfikacji (pkt 13 .3.1 - Część graficzna) ponieważ nie zawierają odpowiedniej ilości przekrojów i pierzei, a także nie zawierają detali architektonicznych małej architektury w odpowiedniej skali, w stopniu szczegółowości umożliwiającym pełne zapoznanie z przyjętymi rozwiązaniami architektonicznymi i funkcjonalnymi.

Brak szczegółowości powoduje, że nie wiadomo jakie rozwiązania projektowe technologiczne i materiałowe wykonawca zaproponował (m. in. nie wiadomo także jaka jest powierzchnia poszczególnych funkcji np. portyków), a ponadto nie można określić jaki jest koszt inwestycji.”

(w zakresie unieważnienia postępowania)

„1) W przedmiotowym przetargu Zamawiający określił w ogłoszeniu i specyfikacji przedmiot zamówienia odwołując się do koncepcji uzyskanej w wyniku rozstrzygnięcia konkursu architektonicznego. Ponieważ opis w specyfikacji był niejasny, a po udzieleniu odpowiedzi na pytanie w trakcie procedury przetargowej, także niezgodny z pierwotnymi zapisami znajdującymi się w ogłoszeniu opisu przedmiotu zamówienia - to w konsekwencji Zamawiający otrzymał oferty nieporównywalne ze sobą.

Nieprawidłowy opis przedmiotu mógł skutkować nierównym traktowaniem wykonawców. Opis przedmiotu zamówienia określony został w sposób niejednoznaczny i powodujący możliwość różnych jego interpretacji, a więc z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz z naruszeniem art. 7 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Wada ta uniemożliwia zawarcie ważnej umowy i skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

2) Opisane w sekcji III.2.2 ogłoszenia warunki udziału w postępowaniu były niezgodne z rozporządzeniem PREZESA RADY MINISTRÓW z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr.226.Poz 1817) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Tak postawione warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej wykonawców stanowią naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp .

Na podstawie warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej, które zostały nieprawidłowo określone z postępowania zostało wykluczonych dwóch wykonawców. Należy więc uznać, że warunek udziału w postępowaniu miał wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nie jest możliwe stwierdzenie, że gdyby warunek ten został prawidłowo postawiony to taka sama ilość wykonawców byłaby zainteresowana udziałem w postępowaniu.”

Według części VI SIWZ – Tryb i zasady wyboru najkorzystniejszej oferty – kryteriami oceny oferty były: cena (60%) i ocena koncepcyjnego rozwiązania uwzględniającego zalecenia sądu konkursowego (40%).

Ocena w ramach kryterium koncepcyjnego rozwiązania miała odbywać się według w następujący sposób opisanych zasad:

2.1. Kontekst przestrzenny: Brama Miasta - Muzeum (15 pkt.)

- zharmonizowanie Bramy Miasta z Muzeum Śląskim /proporcje, korekta odległości od Muzeum, ażurowość/
- lokalizacja pomnika Harcerzy na osi Muzeum
- użytkowy taras widokowy

2.2. Jednorodny materiałowo rysunek posadzki również w miejscu poprzecznego przejazdu tramwajów (10 pkt.)

- przestrzeń bez barier (w zakresie dostępności dla niepełnosprawnych)
- dostępność dla ruchu rowerowego

2.3. Rozmieszczenie portyków i ich detal(15 pkt.)

- wymiary: zwiększona długość i szerokość
- materiały wykończeniowe, zasady oświetlenia, elementy komunikacji pionowej, pionowe ogrody
- rozmieszczenie informacji wizualnej
- technologia piątej elewacji (dachy)

2.4. Przestrzeń pod portykami i przedpolem z uwzględnieniem obiektów usługowych. Określenie miejsc i zasad kształtowania stałych pawilonów (10 pkt.)

- określenie miejsca i formy stałych obiektów usługowych przy zwiększeniu ilości kubatur zabudowanych pod portykami z zachowaniem możliwości przechodzenia w poprzek i wzdłuż

- wprowadzenie toalet publicznych
- 2.5. Zdefiniowanie sposobów aktywności w strefach zadaszonych i pozostałych (10 pkt.)
- przedstawienie zróżnicowanego programu i funkcji usług
 - tworzenie aktywnych krawędzi między przestrzeniami zabudowanymi i otwartymi
- 2.6. Określenie miejsc i zasad kształtowania obiektów czasowych
- określenie miejsc i zasad kształtowania obiektów czasowych dla potrzeb imprez okazjonalnych
- 2.7. Proporcje tafli wody do rozmiarów placu wielofunkcyjnego (10 pkt.)
- wskazanie proporcji tafli wody z uwzględnieniem różnych celów
 - użycie mokrej posadzki, fontann, tryskaczyitd.
 - przestrzeń wody i ewentualne inne przestrzenie wypoczynkowe np.: trawnik
- 2.8. Zadbanie o użycie zieleni w sposób architektoniczny (10 pkt.)
- formowanie szpaleru zieleni wzdłuż linii tramwajowej
 - określenie proporcji i charakteru drzew, doboru gatunku, z uwzględnieniem cyklu życia, sposobu nasadzenia (np. przenośne donice) uwzględniającego infrastrukturę podziemną
 - tworzenie pionowych ogrodów (trejaż)
- 2.9. Wzbogacenie placu kwiatowego o stałe, zadane punkty sprzedaży kwiatów (10 pkt.)
- rozwiązać plac kwiatowy jako przedpole dla otaczających budynków,
 - zastosować elementy małej architektury wody...itd. dostosowane do skali miejsca
 - umiejscowić max do 10 punktów zadanych sprzedaży kwiatów.

Ocenić będą prace, które są zgodne z koncepcją udostępnioną przez zamawiającego uwzględniającą zalecenia Sądu konkursowego oraz opisem przedmiotu zamówienia (pkt. 10. 2) ppkt. 1). Praca niezgodna podlegać będzie odrzuceniu.

Komisja oceniając oferty wg kryteriów j.w. przyznawała będzie punkty wg skali 1-5 — 10 z tym, że w punkcie 19 ppkt. 2.1 i ppkt. 2.3 przyznane będą punkty wg skali 1-5 -10 - 15.

Maksymalnie wykonawca może uzyskać 100 pkt., które zostaną przemnożone przez znaczenie kryterium tj. 40%.

Natomiast zgodnie z częścią III, pkt 13 SIWZ wykonawcy wraz z ofertą winni przedstawić:

- 1) Ofertę na formularzu oferty, o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym załącznik do specyfikacji..
- 2) Dowód wniesienia wadium.
- 3) Ostateczny Projekt koncepcyjny przygotowany w formie j.n.:

1. Część graficzna

Plansza nr 1 - Koncepcja zagospodarowania terenu w skali 1:500, sporządzona na załączonym podkładzie sytuacyjno-wysokościowym.

Przekroje min. płn. - płd., wsch. - zach. po 2 wraz z pierzejami płn. -płd., wsch. - zach. po 2 w skali 1:250 w stopniu szczegółowości umożliwiającym pełne zapoznanie z przyjętymi rozwiązaniami architektonicznymi i funkcjonalnymi.

Plansza nr 2 - Wizualizacje min. 2 niezbędne do przedstawienia koncepcji.

Detale architektoniczne małej architektury w skali 1:10, 1:20 w stopniu szczegółowości umożliwiającym pełne zapoznanie z przyjętymi rozwiązaniami architektonicznymi i funkcjonalnymi.

Plansze muszą zostać opracowane w czytelnej i trwałej grafice. Zaleca się czarno-białą prezentację rzutów. Dopuszcza się umieszczenie na planszach innych, dodatkowych szkiców, schematów, rysunków i wizualizacji, które obrazować będą idee i rozwiązania projektu.

Wersję graficzną koncepcji należy prezentować na sztywnych planszach naklejonych na lekki podkład w formacie 70x 100 cm w układzie pionowym - 2 plansze (antyramy wykluczone), na papierze w formacie A3 (2,5 - krotne pomniejszenie plansz wszyte do opisu).

2. Część opisowa

Opis koncepcji zagospodarowania, opis materiałowy, opis konstrukcji, należy złożyć w formie oprawionego zeszytu A3, w objętości do 10 stron opisu (czcionka Arial 12-punktowa). Ponadto do części opisowej należy dołączyć pomniejszenia wszystkich plansz do formatu A3 w 3 egzemplarzach Materiały wykraczające poza zakres pracy nie będą rozpatrywane.

3. Część cyfrowa - 3 płytki CD

Uczestnicy zobowiązani są do przekazania zawartości opracowania w postaci zapisu elektronicznego cyfrowego, nagranych na 3 płytki CD, które powinny być dołączone do części opisowej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej określonym w art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili

złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Znowu w ślad za ustalonym orzecznictwem można tu wskazać, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań siwz, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przy czym według art. 146 ust. 6 ustawy Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Następnie, wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Przy czym w ramach odniesienia do formalnych podstaw wyrokowania, przytoczyć również należy regulację art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, według której zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Powyższe warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych

odrzućenia oferty, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności. Nie mogą podnosić zarzutów względem powodów odrzućenia ich oferty, które zamawiający zakomunikował im np. na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić (zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Tym samym, jakiegokolwiek podstawy odrzućenia oferty nie wyrażone w piśmie informującym o danej czynności, a podnoszone dodatkowo przez zamawiającego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę w trakcie wyrokowania przez Izbę.

Przechodząc do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów odwołania, pomimo wycofania zarzutów dotyczących naruszenia zasady koncentracji środków ochrony prawnej przez zamawiającego, Izba podkreśla i wskazuje, iż żadna zasada koncentracji środków ochrony prawnej zamawiającego nie obowiązuje. Zasada ta dotyczy jedynie wykonawców i to tylko w takim zakresie w jakim wynika to z art. 189 ust. 2 Pzp. Natomiast zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy i weryfikować prawidłowość dokonywanych czynności w każdym przypadku, gdy jest to tylko możliwe.

Odnosząc się do poszczególnych podstaw odrzućenia oferty odwołującego wskazanych przez zamawiającego, należy stwierdzić, iż albo rzezone niezgodności pomiędzy treścią oferty a dającymi się zrekonstruować i precyzyjnie ustalić normami SIWZ nie wystąpiły, albo zamawiający tego typu konkretnych niezgodności w piśmie z dnia 22 lutego br. po prostu nie opisał i nie podał.

W tym zakresie na wstępie należy wskazać na znaczenie jakie mają dla sposobu przygotowania oferty, precyzyjne wymagania SIWZ, zarówno dotyczące kształtu oferowanego rozwiązania projektowego, jak też sposobu jego przedstawienia i opisanie w ofercie – co m.in. podkreślała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2902/12).

W pkt 13 SIWZ wymaganie osiągnięcia takiego stopnia szczegółowości, aby możliwe było pełne zapoznanie z przyjętymi rozwiązaniami architektonicznymi i funkcjonalnymi, odnosiło się do części graficznej oferty. Odnośnie części opisowej tego typu wymagań nie sformułowano. Zamawiający żądał więc przedstawienia opisu, nie precyzując bliżej jakie informacje w tym opisie winny zostać zawarte. Tymczasem odwołujący w swojej ofercie na stronie 9 zawarł opis materiałów i konstrukcji, gdzie ogólnie wskazał, jakie materiały zamierza zastosować, w tym również do obiektów kubaturowych. Ponadto Diamentową Iglicę opisał na str. 6 oferty. Natomiast podawania jakiegokolwiek dokładnych danych do wyliczenia kosztów inwestycji, zamawiający nie wymagał, ani powyższego nie oceniał w ramach kryteriów oceny ofert.

W związku z powyższym jakiegokolwiek niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie opisu Diamentowej Iglicy nie stwierdzono.

Zamawiający nie poinformował wykonawcy na czym polega zarzucana niezgodność przedstawionych przekrojów i pierzei z SIWZ, w szczególności jaką ich ilość uznał by za „odpowiednią”, a także, w którym przypadku i zakresie zastosowaną skalę uznaje za nieodpowiednią i niewystarczającą dla pełnego zapoznania się z przyjętymi rozwiązaniami, a także z jakimi to rozwiązaniami nie mógł się zapoznać (zwłaszcza w kontekście złożonego na rozprawie oświadczenia, iż skale wskazane w pkt 13.3 SIWZ zamawiający uznaje za alternatywne). Ponadto nie wiadomo z jakich względów informacje na temat technologii i materiałów wykonania obiektów architektonicznych zamawiający zamierzał czerpać z rysunków, skoro informacji tego typu wymagał w części opisowej oferty.

Powyższe trudno uznać za wypełnienie dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, które mogłoby stanowić przedmiot zarzutów odwołania.

W związku z powyższym zarzuty w tym zakresie uznano za bezprzedmiotowe jako odnoszące się do czynności, na takiej podstawie i w tym zakresie, faktycznie przez zamawiającego nie podjętej. W przypadku potwierdzenia się wszystkich pozostałych zarzutów odwołania Izba uwzględniłaby odwołanie w związku z popełnionym naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp i nakazałaby zamawiającemu powtórzenie czynności z podaniem akuratanego uzasadnienia faktycznego, w celu umożliwienia wykonawcy postawienia zarzutów względem wskazanych przez zamawiającego faktycznych podstaw odrzucenia jego oferty. Wykonawcy składając odwołanie nie mogą domyślać się na czym według zamawiającego polega niezgodność ich oferty z SIWZ, a powyższego dowiadywać się dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Odnosnie niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ w zakresie jej zawartości, tak skrupulatnie poszukiwanych i stwierdzanych na obecnym etapie przez zamawiającego, przy jednoczesny ich braku wobec drugiej oferty złożonej w postępowaniu, a zawierającej równie ogólny, koncepcyjny opis i przedstawienie proponowanego projektu, generalnie wskazać jeszcze można, iż zamawiający nazbyt restrykcyjnie interpretuje i przedstawia obecnie swoje wymagania, co do zawartości oferty. Innymi słowy, przy takim podejściu, względem każdej z ofert przedstawianych w postępowaniu, która nie zawierałaby pełnej dokumentacji projektowej wymaganej dla robót budowlanych, zawsze stwierdzić będzie można, iż uniemożliwia pełne zapoznanie się ze wszystkimi szczegółami architektonicznymi, materiałowymi czy funkcjonalnymi. Przy przyjętym kształcie przedmiotu zamówienia, obejmującym zarówno (w pierwszej kolejności) przedstawienie twórczej koncepcji architektonicznej, a następnie, po wyborze oferty, wykonanie dokumentacji projektowej robót budowlanych, siłą rzeczy koncepcyjny i ogólny „pomysł” realizacji zamówienia przedstawiany w ofertach, nie może odzwierciedlać wszystkich szczegółów, których po pierwsze zamawiający nie wymagał, a po drugie, które mogą być sensownie przedstawione dopiero na etapie projektu budowlanego, a nie w ofercie przetargowej.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów dotyczących podstaw unieważnienia postępowania, Izba wskazuje, iż zastany opis przedmiotu zamówienia i wprowadzane do niego zmiany (pomiędzy jego określeniem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, a modyfikacjami wynikającymi z odpowiedzi dotyczących SIWZ) nie stanowią wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy). Przy czym wadę taką należy w tym przypadku oczywiście sprowadzać do naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 Pzp).

W tym zakresie nieco metaforycznie, ale chyba trafnie, wskazać można, iż w powołanej wadzie postępowania zamawiający dotyka „grzechu pierworodnego” prowadzonego przez siebie postępowania, jakim była próba udzielenia zamówienia na przedstawienie twórczej koncepcji zagospodarowania centrum miasta w trybie przetargowym, jednocześnie z udzieleniem zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej. Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które winno charakteryzować się maksymalnym, możliwym do osiągnięcia stopniem dookreślenia przedmiotu zamówienia oraz obiektywizacją wyboru oferty, usiłuje udzielić zamówienia na oryginalne opracowanie architektoniczne, w którym dominującą rolę i znaczenie odgrywają niewymiernie względy estetyczne i równie wymykające się prostym ocenom względy funkcjonalne. Powyższe zamawiający zamierzał uzyskać przy pomocy swoistego przemieszania obiektywnych i typowo ocennych kryteriów wyboru ofert (np. w podkryterium zawartych w pkt 19 ppkt 2.1, w czteroelementowej skali punktacji 1-5-10-15, zamawiający miał przyznawać oceny, jednocześnie i zarówno, za: typowo ocenną harmonizację bramy, jak i za obiektywne umiejscowienie pomnika na osi muzeum, a dodatkowo za istnienie użytkowego tarasu widokowego – przy czym z treści SIWZ nie wynika w jaki sposób i w jakich proporcjach za poszczególne elementy). Następnie, wobec niepodzielenia przez odwołującego i Izbę w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2902/12) postulowanego przez zamawiającego rozumienia i znaczenia postanowień SIWZ w przedmiocie wymaganego kształtu koncepcji architektonicznej, zamawiający skonstatował, iż przedmiot zamówienia opisał w stopniu tak niejasnym, że niemożliwe było uzyskanie porównywalnych ofert w postępowaniu.

Odnosnie powyższego stwierdzić należy, iż opis przedmiotu zamówienia był równie niedookreślony przed powołaną odpowiedzią z dnia 29 listopada 2012 r. dotyczącą treści SIWZ, jak i po tej odpowiedzi. W tym kontekście i znaczeniu nie doszło do żadnej wymiernej zmiany opisu pierwotnego przedmiotu zamówienia określonego w ogłoszeniu o zamówieniu. Przedmiot zamówienia cały czas stanowiło i stanowi twórcze opracowanie koncepcji przyjętej przez zamawiającego. Zamawiający umocnił jedynie wykonawców, w przekonaniu, iż oczekuje od nich rozwiązań oryginalnych i kreatywnych, a wskazując na dopuszczenie „daleko idących zmian”, nie

wyzaczył żadnych konkretnych ich granic (w szczególności granic innych niż zastrzeżone, czy raczej nie zastrzeżone uprzednio).

Wskazany powyżej obszar „niedookreślenia” opisu przedmiotu zamówienia i przyjmowanie ocennych kryteriów wyboru ofert, nie są jednak generalnie niedopuszczalne i w odniesieniu do tego typu zamówień mogą być stosowane. (Jednakże wobec rezygnacji z przeprowadzenia powtórnego konkursu, a próby udzielenia tego typu zamówienia w trybie przetargowym, zamawiający winien liczyć się z wszelkimi tego konsekwencjami, np. koniecznością wyboru oferty, która mu się nie podoba, ale spełnia wszystkie wymagania SIWZ). W takim przypadku każda ze złożonych ofert zgodna z SIWZ jest porównywalna w tym zakresie i znaczeniu, że dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia i może zostać oceniona pod względem opisanych w kryteriach oceny ofert preferencji zamawiającego.

Skoro więc zamawiający z góry przyjął i założył porównywanie różnych, twórczych opracowań sformułowanej przez siebie ogólnej, wyjściowej koncepcji zagospodarowania centrum miasta, a wykonawcy na tego typu warunki przetargu się zgodzili, przystąpili do przetargu i złożyli oferty, to zamawiający winien tego typu oferty konsekwentnie oceniać i porównywać. Składane w postępowaniu oferty są porównywalne w takim zakresie, jaki zamawiający wyznaczył w SIWZ, a fakt że mogą to być oferty prezentujące różne rozwiązania tej samej koncepcji ich porównywalności nie przekreśla. W związku z powyższym o żadnej wadzie postępowania wpływającej na jego wynik nie może być tu mowy.

Za niezasadny uznano natomiast zarzut odwołania dotyczący drugiej ze wskazanych przez zamawiającego wad postępowania i z tego względu odwołanie oddalono.

Odnosnie ustaleń faktycznych i oceny samej zgodności wskazanych warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich dokumentowania z przepisami prawa, należy podnieść, iż spór pomiędzy stronami w tym zakresie nie wystąpił. Odwołujący nie kwestionował faktu, iż tego typu wada postępowania miała miejsce, ale kwestionował jej znaczenie i skutki. W pismach procesowych i na rozprawie twierdził mianowicie, że nie była to wada nieusuwalna i mająca wpływ na wynik postępowania (wpływająca na krąg wykonawców biorących udział w postępowaniu). W szczególności odwołujący wskazywał, iż niezgodnych z prawem postanowień dokumentów przetargowych po prostu nie należy stosować i prowadzić postępowania tak jakby postanowienia takie nie zostały sformułowane.

Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu fakt sformułowania tego typu postanowień ogłoszenia o zamówieniu dotyczących warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich dokumentowania, nie tylko wystąpił, ale miało też miejsce ich zastosowanie – wykluczono wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia wymaganych warunków w tym zakresie. Powyższe czynności, z racji na okoliczność, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu dwustopniowego (ograniczonego) i znajduje się już na etapie oceny ofert, nie mogą być powtórzone i sanowane. Tym samym niezrozumiałe są twierdzenia odwołującego, że powyższa wada nie miała wpływu na wynik postępowania. Ograniczenia kręgu wykonawców biorących udział w postępowaniu należy rozpatrywać w tym przypadku nie tylko w

odniesieniu do hipotetycznych decyzji wykonawców, którzy w ogóle nie złożyli wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale przede wszystkim w odniesieniu do zastanej eliminacji wykonawców, którzy w postępowaniu brali udział. Wpływ naruszenia przepisów na wynik postępowania był więc w tym przypadku bezpośredni i ewidentny. Natomiast okoliczność, iż wykluczeni wykonawcy nie korzystali w tym przypadku ze środków ochrony prawnej, powyższego faktu w żaden sposób nie zmienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 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).

.....