

Sygn. akt: KIO 1961/16
KIO 1962/16

WYROK
z dnia 2 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 października 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2016r. przez:

- A. wykonawcę **Mosty Katowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Rolna 12**
- B. wykonawcę **Promost Consulting T. S. spółka jawna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie ul. Targowa 1**

przy udziale wykonawcy **Promost Consulting T. S. spółka jawna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1961/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1a. uwzględnia odwołanie wykonawcy Mosty Katowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Rolna 12 i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, unieważnić czynność wykluczenia wykonawcy Mosty Katowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Rolna 12 z postępowania, powtórzyć czynność badania i oceny ofert,

1b. uwzględnia odwołanie wykonawcy Promost Consulting T. S. spółka jawna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4 i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie ul. Targowa 1 i

2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000zł. 00 gr. (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Mosty Katowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Rolna 12 i wykonawcę Promost Consulting T. S. spółka jawna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4** tytułem wpisu od odwołania

2.2. Zasadza od **Gminy Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie ul. Targowa 1** na rzecz **Mosty Katowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Rolna 12** kwotę 18 660 zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczzonego wpisu, kosztów zastępstwa prawnego i dojazdów,

2.3. Zasadza od **Gminy Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie ul. Targowa 1** na rzecz **Promost Consulting T. S. spółka jawna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4** kwotę 19 104 zł. 82 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto cztery złote osiemdziesiąt dwa grosze) tytułem zwrotu uiszczzonego wpisu, kosztów zastępstwa prawnego i dojazdów.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1961/16

KIO 1962/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Opracowanie dokumentacji projektowej na budowę połączenia alei Rejtana z ulicą Lubelską z podziałem na trzy zadania inwestycyjne: Zadanie 1: „Połączenie Al. Rejtana z ul. Ciepłowniczą etap II”, Zadanie 2: „Rozbudowa ul. Ciepłowniczej z mostem Załęskim od ul. Maczka do skrzyżowania z projektowaną drogą do targowiska”, Zadanie 3: „Rozbudowa ul. Gen. Maczka” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 czerwca 2016r. za numerem 2016/S 123-221076.

W dniu 5 października 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020 – dalej ustawy) z uwagi na to, że oferta Promost Consulting T. S. spółka jawna z siedzibą w Rzeszowie będąca ofertą z najniższą ceną spośród oferty nieodrzuconych przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a z braku środków pieniężnych nie może on zwiększyć tej kwoty do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę. Jednocześnie zamawiający wykluczył wykonawcę Mosty Katowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, gdyż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że Mosty Katowice nie wykazał wymagania zawartego w pkt. 6.2.1. siwz tj. nie wykazał się doświadczeniem w okresie ostatnich trzech lat (...), że należycie wykonał (...) jedną dokumentację zabezpieczenia osuwiska. Zamawiający wskazał, że wykonawca, ani w ofercie, ani w toku wyjaśnień nie wykazał, że spełnia ten wymóg. W załączonym do oferty formularzu „Doświadczenie” wykonawca wskazał m. in. wykonanie przez Przedsiębiorstwo Geologiczno-Geodezyjne „Geoprojekt-Śląsk” sp. z o.o. dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla zabezpieczenia osuwiska wzdłuż zbrocza rzeki Bzury przy ul. Kolejowej w Sochaczewie, dołączając na dowód jego wykonania protokół zdawczo-odbiorczy. Zamawiający tego doświadczenia nie uznał i wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia oświadczenia niezawierającego błędu. Wykonawca złożył wyjaśnienia. Zamawiający z nimi się nie zgodził. Zamawiający uważa, że roboty geologiczne w rejonie osuwiska nie są tożsame z jego zabezpieczeniem. Potwierdza to decyzja Starosty Sochaczewskiego, z której wynika, że przedmiotowe opracowanie geologiczne jest podstawą do sporządzenia karty dokumentacyjnej osuwiska oraz podjęcia starań na opracowanie projektu budowlanego na zabezpieczenie osuwiska. Zamawiający na

podstawie tego dokumentu uznał, że wykonawca nie wykazał wymaganego doświadczenia. Brak kompletnych danych niezbędnych do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy, który został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy, a jego oferta została odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Sygn. akt KIO 1961/16

W dniu 14 października 2016r. drogą elektroniczną odwołanie wniósł wykonawca Mosty Katowice sp. z o.o. Odwołanie zostało opatrzone podpisem cyfrowym pełnomocnika z dnia 13 października 2016r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w odpisie z KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 października 2016r.

Odwołujący Mosty wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego:

1. wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy, pomimo że spełniał i wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
2. uznania oferty odwołującego, za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, pomimo że spełniał i wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu ergo nie podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3. zaniechania wezwania odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że zamawiający powziął wątpliwość, co do wykazywania warunków przez te dokumenty oraz oświadczenia;
4. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, pomimo tego, że oferta odwołującego, jako niepodlegająca odrzuceniu, nie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
5. zaniechania wyboru oferty odwołującego, na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy, która zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy stanowiła najkorzystniejszą ofertę i zarazem jedyną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i nieuznanych za odrzucone, której cena nie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w.zw z art. 22 ust, 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo że odwołujący w oświadczeniach i dokumentach dołączonych do oferty w sposób właściwy wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust 4 ustawy przez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, mimo że odwołujący wykazał spełnianie warunków

udziału w postępowaniu a więc nie podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

3) art. 26 ust. 4 ustawy przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień w związku ze złożonymi wraz z ofertą oświadczeniami i dokumentami wykazującymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości wykazania przez w/w oświadczenia i dokumenty spełniania warunków udziału w postępowaniu;

4) art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy przez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne uznanie, iż cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, pomimo tego, że oferta odwołującego nie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a oferta ta nie powinna zostać uznana za odrzuconą, bowiem sam odwołujący nie podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

5) art. 91 ust 1 w zw. z art 2 pkt 5 ustawy przez jego niezastosowanie; a w konsekwencji niedokonanie wyboru oferty odwołującego, pomimo iż była ona ofertą najkorzystniejszą, niepodlegającą uznaniu za odrzuconą, nieodrzuconą, której cena nie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a wykonawca ten nie podlegał wykluczeniu.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 4) ewentualnie wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 26 ust 4 ustawy;
- 5) nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania czynności oceny i wyboru ofert;
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, że spełnia przesłania materialnoprawne z art. 179. ust. 1 ustawy ponieważ ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, istnieje nie, tylko możliwość, ale wręcz w ocenie odwołującego całkowita pewność uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (podobną wykładnię interesu przyjęła Krajowa Izba: Odwoławcza w wyroku z: dnia 8 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1338/10; a także w wyroku z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2933/12). Odwołujący wskazał, iż unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego oraz unieważnienie czynności unieważnienia postępowania spowoduje, iż w postępowaniu pozostanie tylko jedna oferta (odwołującego), której cena nie przewyższa budżetu zamawiającego. W związku z tym zamawiający zobligowany będzie do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a więc zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 PZP. jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia... ”,

Odwołującemu: zostało uniemożliwione uzyskanie zamówienia, a więc zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 PZP „...może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przy pomawiającego przepisów niniejsze,, ustany”.

Co do zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania, to odwołujący przywołał treść pkt. 6.2.1. tj., że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez wykazanie, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał, co najmniej dwie dokumentacje projektowe w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi (ulicy) klasy G lub wyższej o minimalnej długości odcinka 2500 m każda, dwie dokumentacje projektowe budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektów mostowych klasy A o długości minimum 40 m każdy, dwa opracowania związane z budową lub przebudową sygnalizacji świetlnej, jedna dokumentacja zabezpieczenia osuwiska. W załączniku nr 4 do SIWZ Doświadczenie, w wykazie wykonanych usług, odwołujący na potwierdzenie warunku dotyczącego jednej dokumentacji zabezpieczenia osuwiska wskazał usługę wykonaną na rzecz Gminy Sochaczew pod nazwą Dokumentacja geologiczno — inżynierska dla zabezpieczania osuwiska wzdłuż zbocza rzeki Bzury przy ul Kolejowej w Sochaczewie.

Dla wykazania należytego wykonania usługi odwołujący załączył protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 20 grudnia 2013 roku potwierdzający wykonanie Dokumentacji geologiczno inżynierskiej dla zabezpieczenia osuwiska wzdłuż zboczą rzeki Bzury przy ul Kolejowej w Sochaczewie.

Jako dowód odwołujący powołał protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 20 grudnia 2013 roku Tym niemniej zamawiający, opierając się na brzmieniu decyzji Starosty Sochaczewskiego z dnia 18 marca 2014 roku, powziął nieuzasadnioną wątpliwość, co do spełniania przez w/w usługę warunku udziału w postępowaniu. W decyzji tej wskazano bowiem, iż zatwierdza się „Dokumentację geologiczno- inżynierską ustalającą warunki geologiczno-inżynierskie na terenie osuwiska wzdłuż zbocza Bzury przy ul. Kolejowej w Sochaczewie, powiat sochaczewski, woj. Mazowieckie”.

Jako dowód odwołujący powołał decyzję Starosty Sochaczewskiego z dnia 18 marca 2014 roku

Odwołujący uważa, że zamawiający błędnie uznał, iż (...) wykonanie dokumentacji geologiczno- inżynierskie nie potwierdziło wymagania dot. wykonania dokumentacji projektowej.

Jako dowód odwołujący powołał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 5 października 2016 roku.

Zamawiający w sposób arbitralny, na obecnym etapie, w ocenie odwołującego próbuje uszczegóławiać warunki postawione wykonawcom w SIWZ, zaostrzając je i doprecyzowując w sposób, który wykracza poza granice prawidłowej wykładni.

Oto bowiem dokonując literalnej wykładni warunku zawartego w rozdziale I pkt 6.2.1 SIWZ w ocenie odwołującego wywieść należy, iż zamawiający w warunku tym dwukrotnie użył sformułowania „dokumentacja projektowa”, raz zapisał „opracowanie” i raz wskazał, że chodzi o „dokumentację”, bez określenia jaka ta dokumentacja ma być. Zamawiający nie wskazał, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie uprzednio dokumentacji projektowej zabezpieczenia osuwiska, ale dokumentacji zabezpieczenia osuwiska. Gdyby bowiem zamawiający chciał, aby wykonawcy legitymowali się wykonaniem dokumentacji projektowej zabezpieczenia osuwiska, to wymóg taki wpisałby w SIWZ, podobnie jak uczynił to odnośnie budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi (ulicy) klasy G lub wyższej oraz odnośnie budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektów mostowych klasy A.

Niemniej jednak, na skutek zastosowania przez zamawiającego różnych sformułowań w sporządzonej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie sposób na etapie oceny ofert dokonywać arbitralnej decyzji, że zamawiający zastosował swoisty „skrót myślowy” i de facto chodziło mu o dokumentację projektową, bowiem to nie na wykonawcy ciąży obowiązek odkrycia woli zamawiającego, ale na zamawiającym opisanie warunków w sposób jasny i przejrzysty. Powyższe precyzuje wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2015 roku (KIO 660/15).

Zamawiający nie ma możliwości na obecnym etapie doprecyzowywać sformułowanego uprzednio warunku, nawet w sytuacji gdy większość wykonawców mogła odczytać go w sposób odmienny od przyjętego przez zamawiającego. Podobne stanowisko Izba zajęła w wyroku z dnia 16 stycznia 2015 roku (KIO 2751/14), w wyroku z dnia 8 października 2008 roku (KIO/UZP 1020/08)

Na marginesie powyższych rozważań odwołujący wskazał, iż interpretacja powyższego postanowienia SIWZ w sposób zbieżny z rozumieniem jego brzmienia przez odwołującego, została zastosowana, co najmniej przez jednego innego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu - konsorcjum MP-MOSTY sp. z o.o. i MPRB sp. z o.o., którzy w przedmiotowym postępowaniu: załączyli tożsame referencje udostępnione im przez ten sam podmiot.

Jako dowód odwołujący ponownie powołał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. Zgodnie z orzecznictwem KIO, to zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą

adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przyszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia, wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest raczej, by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy, do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie (zob. wyrok KIO z dnia 23 września 2015 roku, KIO 1988/15).

W związku z tym to na zamawiającym ciąży obowiązek właściwego i precyzyjnego sformułowania SIWZ, w sposób zgodny z jego wymaganiami, a warunki stawiane wykonawcom nie muszą być identyczne z przedmiotem zamówienia.

Równie nieuzasadniony jest zarzut zamawiającego jakoby roboty geologiczne w rejonie osuwiska nie są tożsame z jego zabezpieczeniem. Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonuje błędnej analogii, oto bowiem warunkiem udziału w postępowaniu nie było zabezpieczenie osuwiska, ale wykonanie dokumentacji tegoż zabezpieczenia.

Wykonawca wskazał, iż w przedstawionej przez niego dokumentacji dokonano w punkt 6,2 Analizy Geologiczno-Inżynierskiej terenu badań oraz możliwości zabezpieczenia osuwiska, a w Zeszycie III - załączniku 16 sporządzono analizę możliwości technicznych i ekonomicznych skutecznego zabezpieczenia osuwiska zawierającą min. koncepcję zabezpieczenia osuwiska przy ul. Kolejowej w Sochaczewie wraz z konkretnymi rozwiązaniami projektowymi stabilizacji, np. zastosowania palisady z mikropali wierconych, przypory w technologii gruntu zbrojonego, geosiatki etc. Zaproponowane rozwiązania projektowe zostały zamieszczone również w formie rysunków technicznych - planu sytuacyjnego stabilizacji osuwiska oraz typowych przekrojów poprzecznych wykonanych jako stadium koncepcji technicznej.

Jako dowód odwołujący powołał dokumentację geologiczną wraz z załącznikiem nr 16. Z powyższego wynika więc, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez przedstawienie prawidłowej dokumentacji zabezpieczenia osuwiska. Przedstawiona przez Odwołującego usługa jest dokumentacją, co wynika choćby z rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 8 maja 2014 roku w sprawie dokumentacji hydrologicznej i dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (Dz. U. z 2014 roku poz. 596), a w treści tej dokumentacji pomieszczono analizy, plany i obliczenia dotyczące możliwości zabezpieczenia osuwiska. W tym stanie rzeczy, wszelkie dalsze wnioski zamawiającego w

kwestii niespełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego są nieuprawnione.

Co do zarzutu odrzucenia oferty odwołującego, to w związku z faktem, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu nie podlega on wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta nie może zostać uznana za odrzuconą.

Co do zarzutu ewentualnego zaniechania wezwania do wyjaśnień, to odwołujący podniósł, że zamawiający, po powzięciu wątpliwości, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, w obliczu odpowiedzi odwołującego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, winien zwrócić się do tego wykonawcy o przedstawienie mu szczegółowych wyjaśnień dotyczących zakresu dokumentacji geologiczno- inżynierskiej, pod kątem jej treści, w celu uznania czy dokumentacja ta w rzeczywistości dotyczyła (zawierała w sobie) elementy odnoszące się do zabezpieczenia osuwiska.

Nieuprawnionymi są wnioski zamawiającego o zawartości dokumentacji geologiczno- inżynierskiej wywiedzione li tylko na podstawie jej nazwy użytej przez organ administracyjny zatwierdzający dokumentację (Starostę Sochaczewskiego), w całkowitym oderwaniu nawet od jej nazwy nadanej przez podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana. Już porównanie obu nazw — wynikających z protokołu odbioru dokumentacji oraz decyzji Starosty Sochaczewskiego, wywołuje wątpliwości, których zamawiający w żaden sposób nie starał się wyjaśnić.

To na zamawiającym ciąży obowiązek wszechstronnego badania i oceny ofert oraz przede wszystkim pełnego wyjaśnienia zawartych w nich treści. Podyktowane jest to koniecznością przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób rzetelny (tak również Krajową Izbą Odwoławczą w wyroku z dnia 20 lipca 2015 roku, KIO 1464/15 oraz w wyroku z dnia 8 października 2015 roku, KIO 2079/15

W związku z powyższym, odwołujący sformułował ewentualny wniosek o nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dołączonych do oferty dokumentów w trybie przewidzianym przez przepis art. 26 ust. 4 ustawy, bowiem zgodnie z uchwałą KIO z dnia 12 listopada 2015 roku (KIO/KU 59/15) jako naruszające art. 26 ust. 4 ustawy uznaje się zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentu, jeżeli okoliczności budzące wątpliwości, prowadzą następnie do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Co do zarzutu bezzasadnego unieważnienia postępowania, to zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowym stanie faktycznym, w wyniku podjęcia przez zamawiającego błędnej decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, w postępowaniu tym pozostały oferty trzech wykonawców, których ceny przewyższały kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Tym niemniej, oferta odwołującego zawierała cenę, która nie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w związku z tym uwzględnienie odwołania w zakresie pierwszego zarzutu i unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego implikuje konieczność uwzględnienia również zarzutu niniejszego, oto bowiem w postępowaniu nadal uczestniczyć będzie wykonawca, który zaproponował w ofercie cenę mieszczącą się w budżecie zamawiającego przeznaczonym na sfinansowanie zamówienia, a więc nieuzasadnione byłoby unieważnianie postępowania w powołaniu na przesłankę wskazaną w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Dla wyjaśnienia powyższych - cena zaoferowana przez odwołującego wynosi 1 630 242,00 złotych, z kolei kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1 649 999,99 złotych.

Jako dowód odwołujący powołał informację zamawiającego — zestawienie złożonych ofert dnia 16 września 2016 roku

W zarzucie zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący podniósł, że zamawiający określił kryteria oceny ofert, jako bilans ceny oraz okresu rękojmi za wady. Odwołujący zaproponował najdłuższy okres rękojmi za wady oraz drugą najniższą cenę. Oferta wykonawcy konsorcjum TPF sp. z o.o. i Getinsa-Payma S.L., w której cena skalkulowana została najniżej została przez zamawiającego odrzucona, w związku z powyższym odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, niepodlegającą odrzuceniu i której cena nie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a wykonawca ten - w świetle poczynionych powyżej uwag - nie podlegał wykluczeniu.

W dniu 19 października 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20 października 2016r drogą elektroniczną swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Promost Consulting T. S. spółka jawna wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż odwołujący złożył ofertę korzystniejszą od niego, którą zamawiający wykluczył z postępowania. Przywrócenie tej oferty do postępowania nie leży w interesie przystępującego, gdyż sam złożył odwołanie na czynność unieważnienia i dąży do zapewnienia sobie zamówienia. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem

cyfrowym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 października 2016r. udzielonego przez współnika spółki jawnej upoważnionego do samodzielnej reprezentacji tej spółki, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 20 października 2016r.

W dniu 26 października 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że odwołanie sprowadza się do dwóch zarzutów błędnego uznania, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz że zamawiający niezasadnie zaniechał wezwania go do złożenia wyjaśnień. Zamawiający podkreślił, że warunki udziału w postępowaniu nie są celem samym w sobie, ale służą wykazaniu, że dany wykonawca jest zdolny do należytego wykonania robót objętych zamówieniem (tak KIO w wyroku KIO 1752/11, wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2683/11). Zamawiający badał wiedzę wykonawcy, która jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że ogłosił przetarg na wykonanie dokumentacji projektowych, stąd też jako jeden z warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej przez wykonawców wiedzy i doświadczenia określił wykonanie dokumentacji projektowych, w tym również dokumentacji zabezpieczenia osuwiska. W ocenie zamawiającego skoro przetarg był skierowany do profesjonalistów, dlatego też brak słowa „projektowa” w odniesieniu do dokumentacji dotyczącej zabezpieczenia osuwiska nie powinien być wprowadzać zainteresowanych wykonawców w błąd na etapie składania ofert. Zamawiający uważa, że profesjonalny przedsiębiorca nie może powoływać się, że nie wie, jakie dokumenty są potrzebne do prawidłowego wykonania dokumentacji projektowej, bo jest to wiedza, która powinien posiadać „z urzędu”. Zamawiający podniósł, że mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia obejmującego również wykonanie dokumentacji projektowej zabezpieczenia osuwiska, wykazywane przez wykonawców doświadczenie powinno dotyczyć zrealizowania właśnie takiej usługi. W ocenie zamawiającego tylko odwołujący błędnie zinterpretował intencje zamawiającego, gdyż wprawdzie konsorcjum MP-Mosty i MPRB złożyło tożsame referencje, ale nie było wzywane do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Być może wówczas w odpowiedzi na wezwanie nie zmieniłoby ono wykazu zawierającego usługi.

Dokumentacji geologiczno-inżynierska sporządzana jest w celu zbadania osuwiska, co reguluje ustawa Prawo Geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2016r. poz. 1131) i odpowiednie akty wykonawcze do tej ustawy. Dopiero, gdy osuwisko zostanie zbadane i przyczyny osuwania gleby zostaną ustalone, można przystąpić do wyboru metody zabezpieczenia osuwiska i do wykonania dokumentacji projektowej. Sposób wykonania takiej dokumentacji reguluje Prawo budowlane (Dz. U. z 2016r. poz. 290 z późna. zm.) i rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012r. w sprawie

szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. poz. 462 z późna. zm.) oraz w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych (Dz. U. poz. 463). Na potrzeby zamówień publicznych ma też zastosowanie rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej ... (Dz. U. z 2013r. poz. 1129). Tym samym w ocenie zamawiającego nie da się obronić tezy, że dokumentacji geologiczno-inżynierska przygotowana na podstawie Prawa geologicznego i górniczego jest dokumentacją zabezpieczenia osuwiska opracowaną na podstawie Prawa budowlanego. Ta pierwsza jest jedynie wstępem do opracowania drugiej. Aby wykonać dokumentację geologiczno-inżynierską trzeba posiadać kwalifikacje w zakresie geologii (rozporządzenie Ministra Środowiska z 30 marca 2016r. w sprawie kwalifikacji w zakresie geologii (Dz. U. poz. 425)), a żeby wykonać dokumentację projektową trzeba mieć uprawnienia projektowe wynikające z ustawy Prawo budowlane i zdobyte w sposób określony przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. poz. 1278). Zamawiający uważa, że skoro w opisie przedmiotu zamówienia napisał, że na trasie planowanej drogi występuje czynne osuwisko, to oczywiste jest, że zamawiającemu potrzebny jest wykonawca, który zaprojektuje zabezpieczenie tego osuwiska, a nie tylko sporządzi dokumentację geologiczno-inżynierską. Jeśli odwołujący miał wątpliwości, co do sposobu rozumienia warunku, to mógł skierować zapytania do treści siwz. Co do zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, to zamawiający podniósł, że instytucja z art. 26 ust. 4 ustawy ma zastosowanie, gdy istnieją wątpliwości. Zamawiający ich nie miał. Odwołujący wykazał realizację koncepcji geologicznej i potwierdził, że wykonana przez niego dokumentacja nie jest dokumentacją projektową, ale dokumentacją w szerszym tego słowa znaczeniu. Przedstawianie na etapie postępowania odwoławczego dodatkowych dokumentów jest spóźnione, gdyż spełnianie warunków udziału w postępowaniu należało wykazać w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Sygn. akt KIO 1962/16

W dniu 14 października 2016r. wykonawca Promost Consulting T. S. spółka jawna wniósł drogą elektroniczną odwołanie. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 października 2016r. udzielonego przez wspólnika spółki jawnej upoważnionego do samodzielnej reprezentacji tej spółki, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 października 2016r.

Odwołujący wniósł odwołanie na unieważnienie przedmiotowego postępowania mimo braku spełnienia ustawowych przesłanek niezbędnych do zastosowania tej instytucji i na

podejmowanie działań niezgodnych z zasadami prawa zamówień publicznych przez wykorzystywanie instytucji prawnych niezgodnie z ich przeznaczeniem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie, jako przesłanki unieważnienia postępowania, tj. unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność[^] że cena najkorzystniejszej oferty - oferty odwołującego -przeżyła kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty, bowiem posiada na ten cel odpowiednie środki zagwarantowane w swoich planach finansowych,
- naruszenie art. 7 ustawy przez działania wskazujące na złą wolę zamawiającego, który zaburza równowagę stron w konkurencji rynkowej przez powtórzenie unieważnionego postępowania, co w konsekwencji ma doprowadzić do obniżenia cen przez wykonawców - mimo, że zamawiający dysponuje niezbędną kwotą, która nie przekracza szacowanej przez niego sumy, którą może uzyskać- z kwot rezerwowych, co wykazano poniżej.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego - przez unieważnienie postępowania - możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji; gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez ustawę oraz zamawiającego - spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w orzecznictwie nie ma wątpliwości, co do interpretacji art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 22 października 2008 r. (KIO/UZP 1088/08) zamawiający nie ma prawa, nie naruszając przepisów ustawy, unieważnić postępowania, jeżeli nie wykaże, iż zachodzą przesłanki określone we wskazanych przepisach. Ustawodawca wyposażył zamawiającego w bardzo duże kompetencje na wypadek ziszczenia się nieprzewidzianych, istotnych, szczegółowo określonych w ustawie okoliczności. Aby skutecznie dokonać tak silnej ingerencji w zasady prawa zamówień publicznych, to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodowy w zakresie wykazania spełnienia odpowiednich przesłanek. Tymczasem; w niniejszym postępowaniu. zamawiający ograniczył się wyłącznie do wskazania podstawy prawnej, co w żadnym wypadku nie może być ocenione jako uzasadnienie jej zastosowania.

Sposób interpretacji wskazanego przepisu wynika także z reguł wskazanych przez Izbę m.in. w wyroku z dnia 12 listopada 2015. r. (KIO 2347/15): Art. 93 ust. 1 pkt 4P.z.p. podlega ścisłej wykładni językowej. Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od ogólnej reguły, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się celem wyboru najkorzystniejszej oferty, zatem przesłanki unieważnienia nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Dopiero gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną, przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, unieważnia postępowanie.

W Uchwale Nr XX/415/2015 Rady Miasta Rzeszowa z dnia 22 grudnia 2015 r. w sprawie uchwalenia Wieloletniej Prognozy Finansowej Miasta Rzeszowa (WPF) przewiduje się; na str.,38 projekt pod nazwą: Budowa DW 878 od ul. Rejtana w Rzeszowie do DW 869 w Jasionce (od ul. Rejtana do ul. Lubelskiej, w tym rozbudowa ul. Ciepłowniczej z mostem Załęskim i ul. Gen. Maczka). Na realizację tego przedsięwzięcia przeznaczono łącznie 106 655 932,00 zł. Ponadto, zamówienie planowane jest do współfinansowania przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Polska Wschodnia 2014-2020 - w WPF wskazano, że środki unijne stanowią kwotę 89 845 000,00 zł.

Przy realizacji takiego przedsięwzięcia nie sposób uznać, że na etapie projektowania - istotnego i niezbędnego elementu - zamawiający nic jest w stanie wygospodarować w ramach powyższych kwot dodatkowych 181 470,00 zł (różnica między wartością oferty odwołującego a kwotą, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia)- kwota ta stanowi zaledwie 0,17% całego przedsięwzięcia.

W przypadku, kiedy cena najkorzystniejszej oferty mieści się w ramach kwoty, na jaką zamawiający szacował koszt wykonania zamówienia, albo gdy kwota ta może zostać przez zamawiającego zwiększona do ceny najkorzystniejszej oferty, wtedy Zamawiający ma możliwość i obowiązek realizacji zamówienia (zawarcia umowy). W niniejszym postępowaniu zamawiający miał możliwość realizacji zamówienia, a stan ten trwa nadal. W ocenie odwołującego przyznanie więc prawa zamawiającemu do unieważnienia niniejszego postępowania byłoby równoznaczne z tym, że zamawiający uwolni się od jakiegokolwiek odpowiedzialności za niewywiązanie się z obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Taki sposób rozumienia przepisów ustawy sankcjonowałby więc praktykę zwlekania z zawieraniem umów o zamówienie publiczne z nadzieją, że powtórzenie procedury doprowadzi, do obniżenia ceny lub nie będą oni zmuszeni do zawarcia umowy z „niechcianym” wykonawcą. Instytucja unieważnienia postępowania nie może być jedynie

„wytrychem” używanym do zakończenia postępowania, które nie ułożyło się po myśli zamawiającego (por. Grzegorz Mazurek, Komentarz praktyczny - Unieważnienie postępowania w praktyce przed i po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych. Lex 115679).

Unieważnienie jako ostateczny, negatywny skutek postępowania jest działaniem nieproporcjonalnym do skali różnicy pomiędzy ceną odwołującego a kwota przeznaczona na realizację zamówienia i w takiej sytuacji Izba powinna unieważnić tę czynność.

Co do wymuszenie obniżenia ceny oferty poniżej poziomu rynkowego, to odwołujący podniósł, że ustawa ustanawia określone reguły wiążące wszystkie strony. Możliwość unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Zamawiający przez uruchomienie procedury składa zobowiązanie o określonej treści, po którym wykonawcy podejmują wysiłki w celu skonstruowania oferty i mają w związku z tym określone oczekiwania. Zamawiający, który posiada środki niezbędne do realizacji zamówienia, a traktuje swe kompetencje jako instrument gry rynkowej, łamie zasady wynikające z ustawy.

Zdaniem odwołującego wyłącznie zamawiający jest odpowiedzialny za własny budżet i po stronie odwołującego nie istnieje żadne roszczenie o jego zmianę, ale w tej sytuacji przysługuje mu ochrona w ramach ustawy. Po pierwsze, odwołujący wskazał, że zamawiający jest zobowiązany do realizacji zadania publicznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania - w przyszłości będzie zmuszony do powtórzenia postępowania. Cały zabieg ma więc na celu doprowadzenie wykonawców do zaoferowania niższej ceny. Tymczasem, cena zaproponowana przez odwołującego jest najniższą możliwą stawką, a jej ewentualne obniżenie będzie skutkowało koniecznością wykonania zamówienia poniżej kosztów. Nie można zatem w ocenie odwołującego zaakceptować takich konsekwencji działań zamawiającego.

Sam zamawiający oszacował wartość zamówienia na 2 012 195,12 zł (str. 2 ogłoszenia o zamówieniu). Zgodnie z zasadami ustawy, jest to wartość netto, uwzględniająca wartość: zamówień uzupełniających. Jako podmiot publicznoprawny zlecający realizację przedsięwzięcia, zamawiający ma ogromne doświadczenie i zna realia rynku, dlatego ta kwota - choć nie posiada wiążącego charakteru - dowodzi zasadności zarzutów. Odwołujący zaoferował wykonanie, przedmiotu zamówienia za cenę 1 831 470,00 zł (brutto) - a wszystkie pozostałe oferty (nieodrzucone) opiewały na kwotę powyżej wartości szacunkowej. Zamawiający poinformował, że przeznaczona na realizację zamówienia 1 650 000,00 zł — jest to poziom nierealny, który może skutkować wyłącznie, wykonaniem zamówienia bez koniecznej w tych okolicznościach gwarancji: wysokiego standardu świadczonych usług o charakterze eksperckim albo doprowadzeniem do sytuacji niezgodnej z regułami konkurencji, gdy wykonawcy będą zmuszeni do działania za cenę poniżej kosztów;

Właśnie ze specyficznego charakteru przedmiotu zamówienia wynikają szczególne okoliczności potwierdzające stanowisko odwołującego. Skoro zamawiający decyduje się na przedsięwzięcia, których realizacja wymaga udziału ekspertów, których działanie polega na wysiłku intelektualnym i którzy ponoszą odpowiedzialność za swoją pracę, nie może oczekiwać, że osoby spełniające wymagania zgodzą się na wynagrodzenie poniżej poziomu stawki przyjętej w przypadku usług świadczonych przez ochroniarza czy sprzątaczkę. Oferta odwołującego opiera się bowiem na wyliczeniach dokonanych wg Środowiskowych Zasad Wycen Prac Projektowych - 2016, opracowanych przez Izbę Projektowania Budowlanego, a służących do określania cen prac projektowych w oparciu o techniczne kryteria trudności, przy zastosowaniu ceny jednostki nakładu pracy (j.n.p.) w wysokości 14 zł, w sytuacji gdy cena jednostki nakładu pracy opublikowana przez Radę Koordynacyjną Biur Projektowych na 2016 r. wynosi 19,80 zł.

Zastosowanie stawki j.n.p. w wysokości 14 zł pokazuje, że odwołujący dokonał rzetelnej wyceny swojej oferty, gdyż tak znaczące obniżenie stawki j.n.p. było możliwe tylko przy wykorzystaniu bardzo dużego doświadczenia w pracach projektowych, jakie posiada odwołujący oraz przy zastosowaniu szeroko rozumianych działań optymalizacyjnych. Przyjęcie, że w następnym postępowaniu znajdzie się wykonawca, który zapewni profesjonalne wykonanie usług za stawkę niższą jest co najmniej wątpliwe, co znakomicie pokazuje wskazany wyżej poziom cen ofertowych i szacowana przez zamawiającego wartość zamówienia.

Zamawiający, jako racjonalny podmiot publicznoprawny, nie może zakładać, że specjaliści niezbędni do realizacji zamówienia: zgodzą się na pracę za kwotę, która jest stawką rynkową na rynku usług ochroniarskich czy dla pracowników fizycznych, ale nie dla wykwalifikowanych pracowników, którzy muszą spełniać wysokie wymagania zamawiającego określone w SIWZ, m.in. dla:

- projektanta branży drogowej - musi posiadać uprawnienia budowlane w specjalności drogowej oraz doświadczenie zawodowe (minimum dwie dokumentacje projektowe w zakresie budowy; przebudowy lub rozbudowy drogi (Ulicy) klasy G lub wyższej o długości odcinka drogi lub ulicy objętego inwestycją co najmniej 2 500 m każdy);
- sprawdzającego branży drogowej - wymagania są analogiczne do powyższych;
- projektanta branży mostowej - wymaga się uprawnień budowlanych w specjalności mostowej i doświadczenia (minimum dwie dokumentacje projektowe w zakresie budowy,, przebudowy lub rozbudowy obiektów mostowych klasy A o długości minimum 40 m każdy);
- sprawdzającego branży mostowej - wymagania są analogiczne do powyższych.

Unieważnienie postępowania z tej przyczyny, że zamawiający zakładał, iż pracownicy posiadający takie kwalifikacje będą pracowali za wynagrodzenie poniżej poziomu stawki

rynkowej było niedopuszczalne, ponieważ takie założenie należy obiektywnie ocenić jako nierealne, a zamawiający miał tę świadomość od momentu wszczęcia postępowania.

Oczywiście, to zamawiający decyduje o sposobie wydatkowania własnych środków, ale skoro uruchomił postępowanie zamówieniowe, musi liczyć się z konsekwencjami. Zamawiający ma obowiązek zorganizowania i przeprowadzenia procedury w taki sposób, aby zagwarantować społeczeństwu prawidłowe wykonywanie zadań publicznych na odpowiednim poziomie, a przy tym stoi na straży zachowania reguł ustawy, w tym zasady uczciwej konkurencji, która wyraża się przede wszystkim w zakresie badania ceny - czyjej kwota nie jest tak niska, że nie gwarantuje wykonania umowy lub zaburza konkurencję. Pozwala to uznać, że zamawiający ma nie tylko kompetencje władcze i nadzorcze względem wykonawców, ale jego też obowiązują reguły sprecyzowane w ustawie.

Unieważnienie postępowania, kiedy jedyną przesłanką jest chęć powtórzenia procedury i uzyskania niższej ceny jest w tym konkretnym przypadku niedopuszczalne, ponieważ cena, do której dąży zamawiający, ma charakter rażąco niskiej - nie gwarantuje prawidłowego wykonania zadania i skłania wykonawców do zachowań niekonkurencyjnych.

Przedstawiona argumentacja jednoznacznie w ocenie odwołującego dowodzi, że unieważnienia postępowania dokonano mimo niespełnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, a unieważnienie postępowania niesie za sobą konsekwencje niezgodne z art. 7 ustawy. Zamawiający w niewłaściwy sposób wykorzystuje swoje kompetencje - niezgodnie z przeznaczeniem, jakie określił ustawodawca. Choć bowiem zamawiający ma prawo do dokonywania takich czynności jak unieważnienie postępowania, to nie może tego czynić w nieuzasadnionych wypadkach. W niniejszej sprawie zamawiający dysponuje niezbędną rezerwą środków finansowych. Nie można dać wiary twierdzeniu, jakoby zamawiający nie posiadał środków na realizację przedsięwzięcia, skoro przedmiotowa kwota-to 0,17% przedsięwzięcia, na które zostały już zabezpieczone środki.

W dniu 26 października 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał, że nie jest możliwe uwzględnienie wniesionego odwołania z uwagi na brak materialnoprawnej legitymacji wykonawcy.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie

2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie zamawiającego, odwołujący nie posiada interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 uprawniającego go do wniesienia odwołania i nie poniósł szkody w wyniku jak twierdzi naruszenia ustawy. Interes ten ma zatem charakter skonkretyzowany w odniesieniu do postępowania, w którym następuje wniesienie odwołania (tak KIO w wyroku z dnia 26 kwietnia 2011 r., sygn. akt. KIO 759/11, wyroku KIO z dnia 5 sierpnia 2011 r., sygn. akt. KIO 1557/11, wyroku KIO sygn. akt. KIO 193/13, wyroku z dnia 11 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1389/11). W świetle art. 179 ust. 1 podkreślenia wymaga również fakt, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego. Oznacza to, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy. Przyjąć trzeba, iż szkoda (możliwość jej poniesienia bądź jej poniesienie) dotyczy sytuacji, gdy skutek naruszenia przepisów ustawy odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej (tak KIO w wyroku sygn. akt KIO 1389/11).

Nie bez znaczenia, w ocenie zamawiającego, w tym kontekście pozostaje fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał już rzetelnej analizy stanu prawno-faktycznego oraz ostatecznie ustalił maksymalną kwotę, jaką może przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia, uznając, iż niemożliwe jest zwiększenie ww, kwoty, tj. 1 649 999,99 zł do wartości oferty odwołującego, tj. 1 831 470,00 zł. I tak, obecnie planowana kwota na sfinansowanie zamówienia, po dokonanej analizie, jest kwotą maksymalną, jaka realnie może zostać przez zamawiającego wydatkowana. Na dowód powyższego zamawiający przedstawił w tym miejscu Wieloletnią Prognozę Finansową Gminy Miasta Rzeszów, wskazującą na brak możliwości pozyskania dodatkowych funduszy na przedmiotowe zamówienie. Jak wynika z WPF (str. 40) limit wydatków, jakie może ponieść Gmina z tytułu zrealizowania dokumentacji projektowej zamyka się kwotą 1 600 000,00 zł, zaś 105 455 932,00 zł zamawiający może ponieść na wykonanie robót budowlanych. Odwołujący, w ocenie zamawiającego, bezzasadnie stara się wykazać, że wygosparowanie na jego rzecz kwoty będącej różnicą między jego ofertą a kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia, tj. 181 470,00 zł, stanowi zaledwie 0,17% kosztów całego przedsięwzięcia. Zamawiający uważa, że różnicę tę należy odnieść wyłącznie do wydatków na dokumentację projektową,; a to już stanowi 1.1%. Oceny, czy posiada środki na sfinansowanie zamówienia, dokonuje sam zamawiający. Jest to jego suwerenna decyzja związana z całościową sytuacją finansową Zamawiającego, o której wiedzę posiada on sam, nie zaś decyzja i ocena wykonawców biorących udział w postępowania. Jak podkreśla się w doktrynie, odwołujący, który podczas otwarcia ofert powziął wiadomość, że cena jego oferty jest wyższa, i to tak znacząco, nie tylko od wartości konkurencyjnej oferty, ale przede

wszystkim od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, musi zdawać sobie sprawę, że ma szansę na uzyskanie zamówienia tylko pod warunkiem, że zamawiający zdecyduje się zmienić wcześniejszy, będący wynikiem złożonego i sformalizowanego procesu decyzyjnego zamiar, determinowany dodatkowo zewnętrznym finansowaniem ze środków europejskich, wyrażony na etapie przygotowania postępowania i zwykle - w gospodarce finansowej jednostek sektora publicznego - ściśle osadzony w planach finansowych opracowanych w perspektywie długookresowej.

Z tychże względów orzeczenie przez Izbę braku interesu odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej nie będzie, zdaniem zamawiającego, przedwczesne. Wszelkie bowiem kwestie finansowe, w każdym wariantach, zostały już przez zamawiającego przeanalizowane i rozważone. Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż nawet w przypadku uznania słuszności podnoszonych w odwołaniu twierdzeń zamówienie, przy tak wysokiej cenie ofertowej, nie mogłoby odwołującemu zostać udzielone. Z uwagi natomiast na bezwzględny charakter przesłanek określonych w art. 179 ust. 1, w ocenie zamawiającego, nie jest możliwe uwzględnienie wniesionego odwołania właśnie z uwagi na brak materialnoprawnej legitymacji ww. wykonawcy.

Na zakończenie zamawiający wskazał, iż punktem wyjścia dla każdego procesu interpretacyjnego tak przepisów ustawy, jak i treści SIWZ, winno być założenie, że zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenia zamówienia jedynie w celu jego udzielenia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. zlecenia przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego Mosty – Katowice, oferty odwołującego Promost Consulting, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, wezwania do uzupełnienia dokumentów do odwołującego Mosty-Katowice i udzielonej odpowiedzi, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, wieloletniej prognozy finansowej Gminy Miasta Rzeszów, specyfikacji na wykonanie dokumentacji w ramach zadania pn. „Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla zabezpieczenia osuwiska wzdłuż zbrocza rzeki Bzury przy ul. Kolejowej w Sochaczewie”, środowiskowych zasad wyceny prac projektowych – 2016, z wyceny prac projektowych wg SZWPP 2016, pisma Izby Projektowania Budowlanego z dnia 16 listopada 2015r.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że

Ze zlecenia przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego wynika, że zamawiający ustalił wartość zadania na cenę 1 341 463,41zł. i przewidział zamówienia uzupełniające – wartość szacunkowa wraz z zamówieniami uzupełniającymi wyniosła

2 012 195,12zł. Ustalenia wartości szacunkowej zamawiający dokonał na podstawie 8 ofert pozyskanych w dwóch przypadkach z informacji bieżącej na potrzeby tego postępowania, w 6 na podstawie ofert złożonych w innych postępowaniach o podobnym zakresie. Zamawiający brał pod uwagę średnią arytmetyczną ze wszystkich ofert na dane zadanie w cenach brutto i przyjął wartość nieznacznie powyżej tej średniej.

Zgodnie z pkt. 6.2.1. siwz o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia - opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku – zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał :

co najmniej dwie dokumentacje projektowe w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi (ulicy) klasy G lub wyższej o minimalnej długości odcinka 2500 m każda,
dwie dokumentacje projektowe budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektów mostowych klasy A o długości minimum 40 m każdy,
dwa opracowania związane z budową lub przebudową sygnalizacji świetlnej,
jedna dokumentacja zabezpieczenia osuwiska.

Do dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia zamawiający dołączył kartę dokumentacyjną osuwiska wraz z opinią o nr ewid. 18-63-011-JK3 z dnia 8 października 2010r., która zawiera charakterystykę osuwiska w zboczu doliny Wisłoka, w tym uwagi o możliwości zabezpieczenia oraz dodatkowe informacje.

W tabeli opracowań projektowych (TOP) zawarł wyszczególnienie opracowań projektowych, w tym dla zadania 1, 2 i 3 w poz. 4 dokumentację geologiczno-inżynierską wraz z projektem geotechnicznym, a dla zadania 1 w poz. 25 projekt zabezpieczenia osuwiska.

Z wytycznych wynika, że zamawiający przewidział do realizacji:

Zadanie 1. „Połączenie Al. Rejtana z ul. Ciepłowniczą etap II”

Przedmiotem inwestycji jest dobudowa drugiej jezdni drogi do targowiska oraz dwujezdniowe połączenie do ul. Ciepłowniczej z budową estakady nad linią kolejową Kraków - Medyka i mostem na rzece Młynówka, wraz z budową odwodnienia i oświetlenia ulicznego, oraz przebudowy kolidującej infrastruktury technicznej.

Zadanie 2. „Rozbudowa ul. Ciepłowniczej z mostem Załęskim od ul. Maczka do skrzyżowania z projektowaną drogą do targowiska”

Przedmiotem inwestycji jest rozbudowa do dwóch jezdni ul. Ciepłowniczej na odcinku od skrzyżowania z proj. drogą do targowiska do skrzyżowania ulic Siemieńskiego i Gen. Maczka z przebudową mostu na rzece Wisłok oraz przebudową odwodnienia i oświetlenia ulicznego, akomodacyjnej sygnalizacji świetlnej i kolidującej infrastruktury technicznej.

Zadanie 3. Rozbudowa ul. Gen. Maczka

Przedmiotem inwestycji jest rozbudowa ul. Gen. Maczka do dwóch jezdni wraz z przebudową odwodnienia i oświetlenia ulicznego, akomodacyjnej sygnalizacji świetlnej oraz kolidującej infrastruktury technicznej.

W dalszej części wytycznych zamawiający zawarł następujące postanowienia:

I. W trakcie realizacji zamówienia Wykonawca wykonywać będzie wszelkie niezbędne czynności konieczne do realizacji robót. Obejmować będą one;

4. Dokumentacja geologiczno –inżynierska i hydrogeologiczna (w przypadku konieczności) - 5 egz. i egz do uzgodnień

25. Projekt zabezpieczenia osuwiska – po 5 egz. dla Zamawiającego + egzemplarze niezbędne do uzgodnień, opinii i pozwoleń

II. Zakres prac przewidzianych dla przedmiotowej inwestycji obejmuje:

Zadanie 1. „Połączenie Al. Rejtana z ul. Ciepłowniczą etap II”;

16. Zabezpieczenie linii brzegowej rzeki Wisłok

18. Projekt zabezpieczenia osuwiska w rejonie ul. Konfederatów Barskich

IV. Wytyczne Zamawiającego

11. W ramach dokumentacji Wykonawca sporządzi opinię geotechniczną zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi a w przypadku konieczności dokumentację badań podłoża gruntowego z projektem geotechnicznym, oraz przy złożonych warunkach gruntowych dokumentację geologiczno-inżynierską i hydrogeologiczną, oraz uzyska decyzje zatwierdzające dokumentacje wymagające zatwierdzenia.

31. Przewidzieć ewentualność opracowania związanego ze sprawdzeniem stateczności skarp wraz z zabezpieczeniem możliwych osuwisk. W celu określenia warunków stateczności skarpy drogowej oraz ustalenia rodzaju i zakresu niezbędnych zabiegów wzmacniających, zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W dniu otwarcia ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 649 999,99zł. Odwołujący Mosty Katowice złożył ofertę z ceną 1 630 242,00zł. i gwarancją 5 lat, odwołujący Promost Consulting ofertę z ceną 1 831 470,00zł. i gwarancją 5 lat.

Z oferty odwołującego Mosty Katowice wynika, że:

w poz. 1 odwołujący Mosty Katowice wykazał własną realizację na rzecz GDDKiA Oddział w Łodzi polegającą na Budowę drogi ekspresowej S-14 - zachodniej obwodnicy Łodzi na odcinku od DK91(DK1) w m. Słowik do węzła „Łódź Lublinek" w ramach zadania „Zachodnia obwodnica Łodzi w ciągu drogi ekspresowej S14 wraz z obwodnicą Pabianic" Droga klasy S długości 27 km Sygnalizacja świetlna - skrzyżowanie DK 91 z ul. Łanową Faza projektowa:

projekt budowlany, projekt wykonawczy, dokumentacja przetargowa w okresie 07.05.2012 - 01.12.2015r.

w poz. 2 odwołujący Mosty Katowice wykazał realizację własną na rzecz Miejski Zarząd Dróg w Bielsko-Białej na Opracowanie dokumentacji projektowej dla inwestycji pn.: „Rozbudowa ulicy Cieszyńskiej w Bielsku - Białej” Droga klasy G długości 4 km Sygnalizacja świetlna - skrzyżowanie ul. Cieszyńska i Dzwonkowa Faza projektowa: projekt budowlany, projekt wykonawczy, dokumentacja przetargowa jako datę realizacji podano 15 marca 2016r.

w poz. 3 odwołujący Mosty Katowice wykazał własną realizację na rzecz GDDKiA tj. Budowę drogi S-3 Legnica (A4) - Lubawka, od km 0+000,00 do km 69+632,05 Droga klasy S długości 69,6 km

Obiekty m.in.: Obiekt mostowy WS-47 w ciągu drogi ekspresowej S-3 nad rzeką Bóbr, drogą dojazdową D26, linią kolejową nr 299, drogą gminną i szlakiem migracji zwierząt rozpiętość przęsła LO = $40,055+38,930+ 40,055+4 \times 50,073+ 51,830+ 50,060 +48,328+ 3 \times 50,073+40,055 = 659,824$ m; klasa obciążeń A wg PN-85/S-10030 Obiekt mostowy WS-49 w km 62+638,904 (jezdnia prawa S3) 62+667,740 (jezdnia lewa S3) nad szlakiem migracji zwierząt rozpiętość przęsła LO = $40,0+ 10 \times 50,0+40,0 = 580,0$ m; klasa obciążeń A wg PN-85/S-10030 Faza projektowa: projekt budowlany, projekt wykonawczy, dokumentacja przetargowa jako datę realizacji podano 16 grudnia 2010r. - 13 sierpnia 2013r.

w poz. 4 odwołujący Mosty Katowice wykazał realizację GEOPROJEKT ŚLĄSK Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Geologiczno - Geodezyjne na rzecz Gmina Miasto Sochaczew pod nazwą Dokumentacja geologiczno - inżynierska dla zabezpieczenia osuwiska wzdłuż zbocza rzeki Bzury przy ul. Kolejowej w Sochaczewie jako termin realizacji wskazano 20 grudnia 2016r.

Przedmiotem sporu jest poz. 4 wykazu. Na potwierdzenie jej należytego wykonania odwołujący Mosty Katowice załączył do oferty decyzję Starosty Sochaczewskiego z dnia 18 marca 2014r. nr RŚ.A.6541.2.2014 na podstawie, której zatwierdzono dokumentację geologiczno-inżynierską ustalającą warunki geologiczno-inżynierskie na terenie osuwiska wzdłuż zbocza Bzury przy ul. Kolejowej w Sochaczewie, powiat sochaczewski, woj. mazowieckie opracowaną przez zespół pod kierunkiem mgr inż. J. B. z Przedsiębiorstwa Geologiczno-Geodezyjnego sp z o.o. „Geoprojekt Śląsk” z Katowic.

Z uzasadnienia tej decyzji wynika, że w ramach Programu Geozagrożeń pracownicy Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie w dniu 13 czerwca 2013r. sporządzili kartę dokumentacyjną osuwiska wraz z opinią, określającą, że granice osuwiska są czytelne, a osuwisko w całości jest aktywne. W opracowaniu „Wstępna ekspertyza stateczności zbocza Bzury oraz wpływu kolektora kanalizacji sanitarnej na powstanie osuwiska przy ul. Kolejowej w Sochaczewie” autorstwa prof. L. W. określono stopień zagrożenia mieszkańców i możliwe warianty zabezpieczenia i stabilizacji skarpy. Zgodnie z zaleceniami zawartymi w ww. opracowaniu podjęto doraźne

działanie polegające na obserwacji budynków oraz stworzeniu geodezyjnego systemu monitorowania stanu osuwiska, co pozwala na bieżąco kontrolować pionowe przemieszczanie się jego górnej części.

Analiza zagrożenia przedstawiona w wymienionych wyżej opracowaniach wskazuje, że powstałe osuwisko jest osuwiskiem aktywnym, w fazie wolnego rozwoju i cały czas przemieszcza się w kierunku rzeki, mimo że w ostatnim czasie nie występują silne opady deszczu. Należy, zatem wnioskować, że przy wysokim stanie rzeki oraz wystąpieniu kolejnych znacznych opadów deszczu możliwe jest zwiększenie aktywności osuwiska. W celu przeciwdziałania jego dalszej aktywności należy dokonać stabilizacji i zabezpieczenia skarpy rzeki Bzury w tym rejonie, w miarę możliwości przed nastaniem trudnych warunków pogodowych na przełomie jesieni i zimy.

Mając na uwadze powyższe, Gmina Miasto Sochaczew podjęła starania o uzyskanie dotacji ze środków rezerwy celowej budżetu państwa na przeciwdziałanie i usuwanie skutków klęsk żywiołowych na opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz projektu budowlanego na zabezpieczenie osuwiska i w dniu 12.09.2013 r, otrzymała promesę dotacji na dofinansowanie realizacji zadania „Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla zabezpieczenia osuwiska wzdłuż zbocza rzeki Bzury przy ul. Kolejowej w Sochaczewie”. Z treści promesy wynika, że istotnym kryterium formalnym udzielenia dotacji jest przedstawienie przedmiotowej dokumentacji.

Z dowodu tego wynika, że kartę dokumentacyjną osuwiska sporządził inny podmiot, niż dokumentację geologiczno-inżynierską.

Odwołujący dołączył także protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 20 grudnia 2013r. na potwierdzenie należytego wykonania zlecenia.

W dniu 13 września 2016r. zamawiający wezwał odwołującego Mosty Katowice do w terminie do dnia 19 września br. do złożenia oświadczeń/dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj.: — formularza „Doświadczenie” wykazującego wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów-, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W uzasadnieniu w zakresie spornym zamawiający podał, że w jego ocenie dołączony do oferty wykonawcy formularz „Doświadczenie” jest oświadczeniem zawierającym błąd w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy, a polegający na niewykazaniu w nim wykonania, co najmniej dwóch opracowań związanych z budową lub przebudową sygnalizacji świetlnej

oraz jednej dokumentacji zabezpieczenia osuwiska, co jest niezgodne z określonym w punkcie 6.2.1. SIWZ jednym z warunków udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia. Odnosząc się do drugiego zadania zamawiający stwierdził, że nie można go uwzględnić przy ocenie spełnienia warunku dotyczącego zabezpieczenia osuwiska.

W ocenie zamawiającego wykonanie dokumentacji geologiczno - inżynierskiej nie jest tożsame z wykonaniem dokumentacji projektowej. Jak wynika z treści Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 2 grudnia 2011 r. w sprawie dokumentacji hydrologicznej i dokumentacji geologiczno - inżynierskiej (Dz. U. Nr 291, poz. 1714) dokumentacja geologiczno - inżynierska nie zakłada wykonania projektu budowlanego będącego elementem składowym dokumentacji projektowej, służącej jak wiadomo do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Potwierdza to w swojej decyzji z dnia 18 marca 2014 r. również Starosta Sochaczewski, pisząc w uzasadnieniu jej wydania, że: „(...) Gmina Miasto Sochaczew podjęła starania o uzyskanie dotacji ze środków rezerwy celowej budżetu Państwa na przeciwdziałanie i usuwanie skutków klęsk żywiołowych na opracowanie dokumentacji geologiczno - inżynierskiej oraz projektu budowlanego na zabezpieczenie osuwiska ... ” i odnosząc się do przepisów ww, rozporządzenia, Na marginesie dodał, że zakres i formę dokumentacji projektowej regulują znane wykonawcy przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.).

Niezależnie od tego zamawiający poinformował, że ani decyzja organu, ani protokół zdawczo - odbiorczy nie są dowodami potwierdzającymi, czy usługa została zrealizowana należycie.

Zatem na tej podstawie nie można stwierdzić, iż wykonawca zrealizował dokumentację projektową na zabezpieczenie osuwiska.

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący Mosty Katowice wskazał, że zakresie wykonania dokumentacji zabezpieczenia osuwiska przedstawił m.in. usługę pt. Dokumentacja geologiczno - inżynierska dla zabezpieczenia osuwiska wzdłuż zbrocza rzeki Bzury przy ul Kolejowej w Sochaczewie.

Zamawiający w pkt.6.2.1 SIWZ nie sprecyzował pojęcia „dokumentacja”, w szczególności nie określił stadium (fazy) dokumentacji, wymaganej do potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Wynika z tego jednoznacznie, iż zamawiający dopuszcza każde stadium dokumentacji, np. dokumentację geologiczno -inżynierską, koncepcję

programową, projekt budowlany etc. Niewątpliwie przedstawiona przez wykonawcę usługa jest dokumentacją (co wynika m.in. z przywoływanego przez zamawiającego aktu prawnego - Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 23.12.2011 r. w sprawie dokumentacji hydrologicznej i dokumentacji geologiczno -inżynierskiej), dotyczy również niewątpliwie zabezpieczenia osuwiska (vide załączone do oferty dowody potwierdzające, iż wymienione w nim usługi zostały zrealizowane należycie - Decyzja Starosty Sochaczewskiego z dnia 18.03.2014 oraz Protokół zdawczo - odbiorczy z dnia 20.12.2013r.).

Odwołujący zauważył, iż wzmiankowany Protokół zdawczo -odbiorczy z dnia 20.12.2013r. zawiera m.in. klauzule o treści:

- praca wykonana została zgodnie z warunkami zlecenia
- zamawiający nie zgłasza zastrzeżeń dotyczących jakości wykonanej roboty

Co zdaniem odwołującego w sposób oczywisty potwierdza, iż w/w usługa została wykonana należycie.

Z dokumentacji geologiczno - inżynierskiej ustalającej warunki geologiczne - inżynierskie na terenie osuwiska wzdłuż zbocza Bzury przy ulicy Kolejowej w Sochaczewie miasto/gmina Sochaczew, powiat Sochaczewski, województwo mazowieckie dla zadania "Stabilizacja osuwiska położonego w Sochaczewie przy ul. Kolejowej" wynika, że

Opracowanie zawiera rodzaj i zakres wykonanych prac geologicznych, w tym prace terenowe, wiercenia badawcze sondowania badawcze, badania geofizyczne, kartowanie geologiczno - inżynierskie, prace geodezyjne, badania laboratoryjne, prace kameralne.

Przedstawiono ogólną charakterystykę terenu badań oraz właściwości fizyczno-mechaniczne gruntów, a także ocenę warunków geologiczno inżynierskich terenu badań, w tym analizę Geologiczno - Inżynierska ternu badań oraz możliwości zabezpieczenia osuwiska.

Z pkt. 6.2. wynika, że na podstawie wizji terenowej, przeprowadzonych badań terenowych i kameralnych oraz analizy stateczności, w obrębie przedmiotowego osuwiska wydzielić można obszar głównych ruchów osuwiskowych (obszar uaktywniony w roku 2013) oraz obszar obecnie nieaktywnej części osuwiska, który jest zagrożony rozwojem dalszych ruchów osuwiskowych.

Charakterystykę osuwiska z podziałem na wydzielone obszary zamieszczono poniżej, natomiast ich przestrzenne rozmieszczenie przedstawiono na Mapie warunków geologiczno - inżynierskich (załącznik 3). Osuwisko będące przedmiotem opracowania powstało w obrębie skarpy rzeki Bzury, Charakteryzuje się mało zróżnicowanymi strefami aktywności i rodzajami zjawisk geodynamicznych tj, zsywy i obrywy. Strefa oderwania wystąpiła na krawędzi skarpy (załącznik graficzny - mapa warunków geologiczno - inżynierskich). W obrębie uszkodzonej skarpy obserwowano wysięki wód.

Obszar aktywnej części osuwiska to rejon uaktywnione w roku 2013, których nisza główna powstała w bliskiej odległości zabudowań gospodarczych stwarzając zagrożenie, ale mieszkańców. Jak wykazały wyniki przeprowadzonych badań terenowych, laboratoryjnych oraz obliczenia stateczności, osuwisko tworzy się tu w związku z:

- znaczną wysokością oraz nachyleniem skarpy objętej ruchami osuwiskowymi,
- infiltracją wód opadowych i poroztopowych w rejonie skarpy osuwiska,
- rozmywaniem skarpy poprzez wody powierzchniowe napływającej z obszaru wysoczyzny od strony ul. Kolejowej,
- wysiękami wód podziemnych w połowie skarpy oraz w rejonach powstałych nisz osuwiskowych,
- zalewaniem skarpy przez wody powodziowe rzeki Bzury a co za tym idzie podcięcie erozyjne jej podstawy przez intensywnie przepływającą wodę.

Główna powierzchnia poślizgu rozwija się bezpośrednio obrębie skarpy o największym nachyleniu.

W oparciu o obliczenia statyczne, rejon powyżej skarpy głównej osuwiska należy zakwalifikować, jako obszar zagrożony rozwojem dalszych ruchów osuwiskowych, szczególnie w przypadku wystąpienia intensywnych opadów atmosferycznych.

Obszar bezwzględnie wymaga przeprowadzenia prac zabezpieczających przed dalszym rozwojem obejmujących przywrócenie stateczności skarpy na całym analizowanym odcinku skarpy rzeki Bzury.

Pod względem technicznym istnieje możliwość stabilizacji przedmiotowego osuwiska poprzez zastosowanie lekkich konstrukcji oporowych, np. w postaci ażurowych konstrukcji z mikropali wierconych oraz przypory z gruntu zbrojonego. W pierwszej kolejności należy jednak uregulować brzeg rzeki Bzury, tak aby nie podmywała istniejącej skarpy, np. narzutu kamiennego. Zabezpieczenie konstrukcyjne osuwiska należałoby dodatkowo wspomóc robotami odwodnieniowymi, tzn. odcięcie wód dopływających od strony ul. Kolejowej w celu maksymalnego ograniczenia infiltracji wód opadowych w głąb zbocza. Analizę możliwości technicznych i ekonomicznych skutecznego zabezpieczenia osuwiska, w formie rysunkowej oraz tekstowej wraz ze wstępną oceną kosztów takiego przedsięwzięcia przedstawiono na załączniku 16 do niniejszej dokumentacji.

W załączniku tym przedstawiono koncepcję zabezpieczenia osuwiska, przy czym przedstawione rozwiązanie jest rozwiązaniem koncepcyjnym. W celu wykonania ostatecznego rozwiązania, należy dokonać szczegółowych analizy stateczności skarpy, dokonać analiz hydrogeologicznych a także analiz środowiskowej oraz uwzględnić ewentualne warunki narzucone przez administratora rzeki Bzura. Może to wprowadzić ewentualne zmiany w zabezpieczeniu konstrukcyjnym oraz ewentualną korektę położenia konstrukcji oporowej.

Rozwiązanie projektowe zabezpieczające analizowaną skarpe, zaleca się wykonać w dwóch etapach. W pierwszym etapie zaleca się wykonanie ażurowej konstrukcji oporowej oraz przypory drenażowej z gruntu zbrojonego. W drugim etapie proponuje się wykonać regulację rzeki Bzury oraz umocnienie powierzchniowe przy pomocy materacy gabionowych.

W ramach opracowania przewidziano wykonanie:

palisady oporowej z mikropali wierconych zwieńczonych oczepem oporowym;

- odbudowa nasypu w technologii gruntu zbrojonego;

zabezpieczenie powierzchni skarpy przy pomocy materacy gabionowych;

- opaska brzegowa z kamienia narzutowego.

Wykonawca przedstawił rozwiązania projektowe tj palisadę z mikropali wierconych, przyporę w technologii gruntu zbrojonego, geosiatkę, geowłókninę, narzut kamienny mm materaca grabione przedstawiając sposób zaprojektowania poszczególnych elementów w tym obliczenia wytrzymałościowe, rodzaje materiałów, sposób ich ułożenia. Opracowanie zawiera także szacunkowe zestawienie kosztów, obejmujące następujące koszty:

Karczowanie drzew 1 krzewów w rejonie objętym pracami zawiązanymi z (zabezpieczeniem osuwiska)

Wykonanie palisady oporowej z mikropali wierconych w układzie | kozłowym

Wykonanie oczepu żelbetowego zwieńczającego konstrukcję oporową

Wykonanie przypory drenażowej w technologii gruntu zbrojonego

Wykonanie narzutu kamiennego luzem z brzegu z wyładunkiem 1 nadwodnym

Materace gabionowe wypełnione kamieniem hydrotechnicznym

Humusowanie i obsianie powierzchni skarp odbudowanej skarpy

o łącznej wartości 4 569 362zł.

Z Wieloletniej Prognozy Finansowej stanowiącej załącznik o uchwały nr XXVII/583/2016 Rady Miasta Rzeszowa z dnia 14 czerwca 2016r. wynika, że:

Połączenie Al. Rejtana z ul. Ciepłowniczą etap II zakładał łączne nakłady finansowe w wysokości 87 209 512, w tym na rok 2017 – 1 200 000, na rok 2018 – 6 300 000, na rok 2019 – 39 850 000 i na rok 2020- 39 850 000zł jako limity wydatków podano 1 200 000zł.(str. 9),

Rozbudowa ul. Ciepłowniczej z mostem Załęskim od ul. Maczka do skrzyżowania z projektowaną drogą do targowiska zakładał łączne nakłady finansowe w wysokości 73 695 000, w tym na rok 2017 – 6 150 000 w tym środki UE 5 100 000zł., na rok 2018 – 6 500 000zł., w tym środki z UE – 5 525 000zł, jako limity wydatków podano 250 000zł.

Rozbudowa ul. Gen Maczka zakładał łączne nakłady finansowe w wysokości 12 846 420zł., w tym na rok 2017 – 6 600 000zł. w tym środki z UE 5 525 000zł, jako limit wydatków podano 200 000zł.

Ze specyfikacji na wykonanie dokumentacji w ramach zadania pn. „Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla zabezpieczenia osuwiska wzdłuż zbocza rzeki Bzury przy ul. Kolejowej w Sochaczewie” wynika, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla zabezpieczenia osuwiska wzdłuż zbocza rzeki Bzury przy ul. Kolejowej w Sochaczewie i zakres zamówienia obejmuje m. in. przeprowadzenie analizy, sformułowanie wniosków oraz określenie stanowiska odnośnie możliwości technicznych i ekonomicznych (wyliczenie szacunkowych kosztów realizacji) skutecznego zabezpieczenia osuwiska.

Ze środowiskowych zasad wyceny prac projektowych – 2016 nie wynika sposób w jaki należy dokonywać wycen usługi projektowej dla przedmiotowego zadania, gdyż złożony dokument stanowi jedynie wyciąg pierwszych stron opracowania. Dowód nie nadaje się do ustalenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Z wyceny prac projektowych wg SZWPP 2016 wynika, że odwołujący Promost wyszacował wartość przedmiotowego zamówienia przy stawce 19,8 zł./jmp na cenę brutto 2 563 915zł., przy stawce 14zł./jmp na cenę 1 884 596zł., a złożył ofertę z ceną 1 831 470zł. – jednak poprawności przeprowadzonych obliczeń jak i przyjętych nie można zweryfikować, gdyż nie ma kompletnego dokumentu, na którym odwołujący się oparł tj. środowiskowych zasad wyceny prac projektowych – 2016, stąd nie można ustalić czy przyjęte przez odwołującego ceny jak i wydajności pochodzą z tego dokumentu. Tym samym dowód nie nadaje się do ustalenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Z pisma Izby Projektowania Budowlanego z dnia 16 listopada 2015r. wynika, że stawka za umowną jednostkę nakładu pracy przy wycenach dokonywanych w roku 2016 została ustalona na 19,80zł. Dowód ten jednak bez ustalenia norm wydajnościowych nie nadaje się do zweryfikowania poprawności wyceny prac projektowych poczynionej przez odwołującego Promost. Dowód zbędny dla rozstrzygnięcia.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że na datę szacowania wartości szacunkowej zamówienia zamawiający na podstawie rozeznania rynku ustalił tę wartość na kwotę brutto 1 650 000zł. i na dzień 14 czerwca 2016r. – uchwała Rady Miasta Rzeszowa – przewidział takie limity w Wieloletnim Planie Finansowym. Przedłożony materiał dowodowy wskazuje, że zamawiający w poz. 1.1.2.8, 1.1.2.9, 1.1.2.10 WPF przewidział na 2017r. większe środki finansowe niż wynikające z przyjętych limitów. Przedstawiony materiał dowodowy nie potwierdza, że zamawiający podjął się ustalenia istnienia możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zadania po dniu 26 czerwca 2016r., a w szczególności po dacie otwarcia ofert, żaden ze złożonych dowodów nie wskazuje także na to, że zamawiający w ramach obowiązującego go reżimu finansowego nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Izba ustaliła, że we wszystkich trzech zadaniach będzie wykonywana dokumentacja geologiczno-inżynierska, przy czym w zadaniu 2 i 3 jedynie w razie konieczności, natomiast w zadaniu 1 jest to wymóg zamawiającego, natomiast projekt zabezpieczenia osuwiska będzie wykonany w zadaniu 1. Przy czym w tym wytyczne w tym zakresie są niespójne, gdyż z jednej strony zamawiający w niniejszym postępowaniu ma zamiar zlecić wykonanie projektu zabezpieczenia osuwiska, a z drugiej określając zakres prac przewidzianych dla przedmiotowej inwestycji, czyli w ramach wykonania robót budowlanych dla osuwiska nadal przewiduje jedynie projekt zabezpieczenia osuwiska w rejonie ul. Konfederatów Barskich. Pomędzy stronami nie było sporu, co do tego, że pojęcie „dokumentacja zabezpieczenia osuwiska” nie posiada definicji legalnej. Zamawiający jednakże stał na stanowisku, że skoro rezultatem przedmiotowego zamówienia ma być dokumentacja projektowa zabezpieczenia osuwiska w celu wykonania w kolejnym etapie tego zabezpieczenia, to pojęcie „dokumentacja zabezpieczenia osuwiska” należało rozumieć jako „dokumentacja projektowa zabezpieczenia osuwiska”. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie w sposób jednoznaczny zakresu pojęciowego sformułowania „dokumentacja zabezpieczenia osuwiska”, z jednej bowiem strony w każdym zadaniu występuje co najmniej możliwość wykonania dokumentacji geologiczno – inżynierskiej, zwłaszcza, że zamawiający dopuszcza możliwość wystąpienia innych osuwisk niż osuwisko w zadaniu nr 1, o czym świadczy powołany wyżej pkt. IV.31 wytycznych, z drugiej strony w zadaniu 1 zamawiający zleca wykonanie projektu zabezpieczenia osuwiska (I.24 wytycznych), ale nie przekłada się to na zakres prac wykonawczych, gdzie zakres ten w zadaniu 1 nadal obejmuje projekt zabezpieczenia osuwiska (II.18 wytycznych). Tym samym w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że zakres pojęciowy opisu przedmiotu zamówienia podawał definicję pojęcia „dokumentacja zabezpieczenia osuwiska”, ani, że ograniczał to pojęcie do pojęcia „projekt zabezpieczenia osuwiska”.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się okoliczności skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że przystąpienie spełnia przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy. Izba postanowiła oddalić opozycję Odwołującego MOSTY Katowice, wskazując, iż ustawodawca w art. 185 ust. 2 i 3 nie sprecyzował czy interes wykonawcy musi polegać na wszystkich decyzji strony do których przystąpił. W szczególności w przypadku zarzutów kierowanych względem ofert innych wykonawców niż dany wykonawca, może się okazać, że nie musi mieć on żadnego interesu w obronie tych wykonawców, jeśli przystępuje po stronie Zamawiającego. Tym samym orzecznictwo Izby zna przypadku, w których interes

Przystępującego wykonawcy dotyczył jedynie części rozstrzygnięć Zamawiającego. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie i w ocenie Izby korzystnym dla Przystępującego jest utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego MOSTY Katowice. Tylko w taki sposób wykonawca Przystępujący może zapewnić sobie możliwość uzyskania zamówienia, o ile jego własnym odwołaniem uda mu się zwalczyć decyzję Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Przepisy o środkach ochrony prawnej muszą być bowiem wykładane nie tylko przez pryzmat jej literalnego brzmienia przepisów, ale przede wszystkim w taki sposób, aby zapewnić wykonawcom realną ochronę ich interesu. Z uzasadnienia wyroku Izby wydanego w sprawie sygn. akt KIO 2055/13 wynika, że Izba wskazała, iż wymogiem art. 185 ustawy jest przystąpienie po jednej ze stron. Nie ma natomiast obowiązku, na który wskazywał zamawiający popierania wszystkich zarzutów odwołania. W ocenie Izby przystępujący może ograniczyć się do popierania tych zarzutów, w których ogniskuje się jego interes. Jedynym zakazem, jaki ustanawia w takiej sytuacji ustawa, jest zakaz o którym mówił przystępujący, składania oświadczeń sprzecznych ze stanowiskiem strony, do której przystąpił.

Izba stwierdziła, że obaj odwołujący wykazali posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, co powoduje dopuszczalność odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Co do podnoszonego przez zamawiającego zarzutu braku interesu w uzyskaniu zamówienia u odwołującego Promost Consulting oraz zarzutu braku możliwości poniesienia szkody, to Izba nie podziela argumentacji zamawiającego. Przede wszystkim odwołujący Promost Consulting żąda nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc dąży do zapewnienia dalszego trwania postępowania o udzielenie zamówienia, o które się ubiega. Ponadto przedmiotem zarzutu odwołania odwołującego Promost Consulting jest czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy, mimo tego, że odwołujący Promost uważa, że zamawiający ma możliwość zwiększenia tej kwoty do ceny oferty odwołującego Promost. Zamawiający twierdzi zaś, że takiej możliwości nie ma i w tym upatruje braku możliwości odwołującego Promost uzyskania przedmiotowego zamówienia. Spór pomiędzy stronami tym samym toczy się o istnienie możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, z a zatem bez wdania się w spór, co do istotny sprawy nie jest możliwe ustalenie, czy odwołujący Promost ma interes w uzyskaniu zamówienia, ani czy może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. W rzeczywistości oczekiwanie zamawiającego, że Izba przy badaniu interesu odwołującego Promost rozstrzygnie o tym, czy zamawiający miał czy też nie możliwość zwiększenia

finansowania zamówienia, jest oczekiwaniem dokonania przez Izbę swobodnego przedsięwzięcia. W ocenie Izby dopóki może być tak, że Izba uzna, że obowiązkiem zamawiającego o ile posiada takie możliwości jest zwiększenie finansowania, to nie można przyjąć, że odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Należy zauważyć, że art. 179 ust. 1 ustawy stanowi o przesłankach dopuszczalności wniesienia odwołania, a zatem tak istnienie interesu jak i możliwość poniesienia szkody muszą istnieć na moment wnoszenia odwołania. Jeśli istnieją, to wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania, nawet jeśli, któraś z przesłanek odpadnie w toku rozpoznawania sporu. W konsekwencji Izba uznała, że odwołujący Promost na datę wniesienia odwołania wykazał istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku pozytywnego dla siebie rozstrzygnięcia Izby będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby odwołujący Promost wykazał także możliwość poniesienia szkody, gdyż jeśli zamawiający ma możliwość zwiększenia finansowania, to odwołujący może uzyskać zamówienie na korzystnych dla siebie warunkach, a jeśli będzie musiał ponownie uczestniczyć w postępowaniu, być może, aby zapewnić sobie realizację zamówienia, będzie musiał przedstawić mniej dla siebie korzystne warunki cenowe. Tym samym w ocenie Izby występuje w niniejszym przypadku tak szkoda w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, jak i możliwość poniesienia szkody przez konieczność zaoferowania w przyszłości niższej ceny. Z powyższych powodów Izba uznała, że przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy w przypadku odwołującego Promost Consulting została wykazana.

Odnosząc się do wniosku zamawiającego i odwołującego Promost Consulting o rozdzielenie spraw połączonych i wzięcie pod uwagę wpływu wyniku rozdzielonych spraw na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, to Izba nie przychyliła się do wniosku z następujących powodów:

Przepis art. 180 ust. 1 ustawy określa granice zaskarżenia stanowiąc, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zgodnie z art. 189 ust. 1 zd. 2 ustawy Prezes Izby może zarządzić łączne rozpoznanie odwołań przez Izbę, jeżeli zostały one złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności zamawiającego. W myśl z art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Natomiast na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przytoczenie powyższych przepisów ma celu wskazanie, że przedmiotem odwołania są wyłącznie czynności i zaniechania zamawiającego dokonane w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, zatem ustalenie stanu rzeczy, o którym mowa w art. 191 ust. 1 ustawy dotyczy ustalenia stanu faktycznego, jaki miał miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dacie wystąpienia okoliczności będących podstawą wniesionego odwołania, lub zmiany tego stanu faktycznego, w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na dzień zamknięcia rozprawy. Zmiana stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest możliwa z uwagi na to, że ustawa nie przewiduje instytucji zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia do czasu zakończenia postępowania odwoławczego i ustanawia jedyny zakaz, jakim jest zakaz zawarcia umowy. Także do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odnosi się art. 192 ust. 2 ustawy, który nakazuje oceniać wpływ naruszenia popełnionego przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia na wynik tego postępowania. Tym samym w ocenie Izby oczekiwanie zamawiającego i odwołującego Promost Consulting, że Izba weźmie pod uwagę wynik postępowania odwoławczego i jego wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie znajduje oparcia w powołanych powyżej normach prawnych. Co więcej w ocenie Izby mogłoby prowadzić do sytuacji pozbawienia strony prawa do rozpoznania jej sprawy indywidualnie przez upoważniony do tego organ, jakim jest Izba. Dodatkowo należy wskazać, że ustawodawca nie przewidział instytucji rozdzielenia spraw połączonych, ale także nie przewidział szczególnych przepisów dotyczących rozpoznawania i wyrokowania w sprawach połączonych, stąd w ocenie Izby przy rozpoznawaniu spraw połączonych obowiązują te same zasady wyrokowania, jak w sprawach niepołączonych, stąd brak jest podstawy prawnej, aby wynik jednej sprawy odwoławczej dotyczącej tej samej czynności, czy zaniechania zamawiającego miał wpływ na wynik innego postępowania odwoławczego, w szczególności wpływ na ocenę przesłanek dopuszczalności odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy) jak i przesłanki oddalenia odwołania (art. 192 ust. 2 ustawy).

Sygn. akt KIO 1961/16

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo że odwołujący w oświadczeniach i dokumentach dołączonych do oferty w sposób właściwy wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania

wiedzy i doświadczenia. W myśl art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ust. 5 tegoż przepisu warunku oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią usługi zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Zakreślone powyżej ramy prawne należy odnieść do ustalonego przez Izbę stanu faktycznego, zgodnie z którym brak jest definicji legalnej pojęcia „dokumentacja zabezpieczenia osuwiska”, brak jest takiej definicji stworzonej przez zamawiającego w toku postępowania, zamawiający zamawia co najmniej jedną dokumentację geologiczno-inżynierską w zadaniu 1, ale może być ich więcej (w razie „konieczności”) i nie jest pewne czy celem postępowania jest m. in. projekt zabezpieczenia osuwiska, gdyż na etapie wykonawstwa także jest przewidziany projekt zabezpieczenia osuwiska. Pomiędzy stronami nie jest sporne, że odwołujący Mosty wykazał się doświadczeniem z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej zabezpieczenia osuwiska. W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia o tym czy doszło przez zamawiającego do naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy kluczowe znaczenie ma norma art. 22 ust. 4 ustawy, zgodnie z którą opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby oczywiste jest, że pojęcie „dokumentacja zabezpieczenia osuwiska” jest związane z przedmiotem zamówienia, gdyż zamówienie publiczne sprowadza się do wytworzenia szeroko rozumianej dokumentacji dotyczącej zabezpieczenia osuwiska takiej jak: dokumentacja geologiczno – inżynierska, jako wstępna czynność zmierzająca do ustalenia warunków geologiczno – inżynierskich osuwiska, jak i dokumentacja projektowa służąca przyszłemu wykonaniu zabezpieczenia osuwiska. Problemem jest natomiast ustalenie, jaką zamawiający przyjął proporcję przy ustalaniu warunku udziału w postępowaniu. Czy kierował się ilością dokumentacji, jaką wykonawca ma wytworzyć przy maksymalnym zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. 3 dokumentacje geologiczno-inżynierskie dla każdego z zadań oraz dokumentacje o bliżej nie ustalonej ilości w przypadku powstania nowych osuwisk w toku wykonywania robót, czy też kierował się maksymalnym efektem, jaki może być osiągnięty w przedmiotowym postępowaniu maksymalnie 1 projekt zabezpieczenia osuwiska. Na podstawie siwz i jej załączników nie można ustalić tej proporcji, a tym samym zamawiający nie opisał postawionego warunku udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. W ocenie Izby, zatem dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu należy wziąć pod uwagę najmniejszą proporcję, a więc przyjąć, że

pod pojęciem „dokumentacja zabezpieczenia osuwiska” zamawiający rozumiał każdą dokumentację, która choćby pośrednio, jak dokumentacja geologiczno-inżynierska, służy zabezpieczeniu osuwiska. Przyjęcie przeciwnego toku myślenia prowadziło do nadania pojęciu „dokumentacja zabezpieczenia osuwiska” węższego znaczenia niż wynikające z treści siwz, a to z kolei godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że błędna jest ocena zamawiającego, iż dokumentacja geologiczno-inżynierska nie mieści się w pojęciu „dokumentacji zabezpieczenia osuwiska”, gdyż nie znajduje to pokrycia w treści siwz. Tym samym zamawiający popełniając błąd w ocenie treści własnej siwz przez nadanie użytym w niej pojęciom znaczenia z treści tej siwz nie wynikającego, wadliwie ocenił, że doświadczenie wykazane przez odwołującego Mosty nie jest doświadczeniem przez zamawiającego wymaganym. W konsekwencji zamawiający popełnił błąd wykluczając odwołującego Mosty z postępowania, a co za tym idzie dopuścił się naruszenia art. 24 ust.2 pkt. 4 ustawy przez błędne jego zastosowanie w odniesieniu do oferty odwołującego Mosty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 4 ustawy przez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, mimo że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu a więc nie podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Zarzut potwierdził się Przepis art. 24 ust. 4 ustawy stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W sytuacji zatem, gdy Izba oceniła, że zamawiający wadliwie wykluczył odwołującego Mosty z postępowania, to wadliwe było również uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą. Tym samym zamawiający stosując art. 24 ust. 4 ustawy w odniesieniu do oferty odwołującego, naruszył ten przepis.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień w związku ze złożonymi wraz z ofertą oświadczeniami i dokumentami wykazującymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że zamawiający powziął wątpliwości, co do prawidłowości wykazania przez w/w oświadczenia i dokumenty spełniania warunków udziału w postępowaniu;

Zarzut został zgłoszony jako ewentualny, na wypadek niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy. Biorąc pod uwagę, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy potwierdził się, to nie było podstaw do rozpoznania zarzutu ewentualnego. Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa

w art. 25 ust. 1 ustawy. Przepis art. 25 ust. 1 ustawy stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) Warunków udziału w postępowaniu,

2) Przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert.

Ponadto w ocenie Izby przedmiotem sporu nie była treść złożonych przez odwołującego oświadczeń czy dokumentów, ale sposób w jaki ten warunek powinien być odczytywany z treści siwz. Tym samym zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy nie mogło mieć w przedmiotowej sprawie miejsca, gdyż dokumenty złożone przez odwołującego Mosty nie budziły wątpliwości zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy przez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne uznanie, iż cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, pomimo tego, że oferta odwołującego nie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a oferta ta nie powinna zostać uznana za odrzuconą, bowiem sam odwołujący nie podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu

Zarzut potwierdził się Norma art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Biorąc pod uwagę fakt, że oferta odwołującego Mosty mieściła się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jednocześnie jak wynika z wcześniej poczynionych wywodów Izby czynność odrzucenia tej oferty była wadliwa, tak jak wadliwa była czynność wykluczenia odwołującego Mosty z postępowania, to zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy przez jego niezastosowanie; a w konsekwencji niedokonanie wyboru oferty odwołującego, pomimo iż była ona ofertą najkorzystniejszą, niepodlegającą uznaniu za odrzuconą, nieodrzuconą,

której cena nie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a wykonawca ten nie podlegał wykluczeniu.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W myśl art. 2 pkt. 5 ustawy najkorzystniejsza oferta to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wadliwie przyjmując, że zachodzą przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy do unieważnienia postępowania. Skoro, zatem zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy potwierdził się, to również należało uznać zasadność zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika i zwrotem kosztów dojazdu na rozprawę do wysokości udowodnionej złożonym rachunkiem, przy czym w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczonej cyt. rozporządzeniem.

Sygn. akt KIO 1962/16

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie, jako przesłanki unieważnienia postępowania, tj. unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność[^] że cena najkorzystniejszej oferty - oferty odwołującego -przewyższa

kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty, bowiem posiada na ten cel odpowiednie środki zagwarantowane w swoich planach finansowych

Zarzut potwierdził się. Norma art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Przepis ten zatem przewiduje przesłankę pozytywną unieważnienia postępowania tj. zaistnienie stanu faktycznego, w którym cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i przesłankę negatywną tj. możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Przesłanki unieważnienia postępowania powinny być wykładane ściśle i zamawiający ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania. W przedmiotowej sprawie jak wynika z ustaleń stanu faktycznego zamawiający wykazał zaistnienie wyłącznie przesłanki pozytywnej, natomiast nie wykazał, że w jego przypadku nie zachodzi przesłanka negatywna. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności Wieloletniego Planu Finansowania, Izba ustaliła, że zamawiający na rok 2017 posiada zaplanowane środki finansowe na wszystkie trzy zadania w wysokościach pozwalających mu na podwyższenie kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że przyjęte limity zobowiązań (ostatnia kolumna na str. 9) nie mogą być zmieniane, ani że nadwyżki zaplanowane na przedmiotowe zadania zostały już przesunięte w celu zaspokojenia innych wydatków zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy w zakresie przesłanki negatywnej należy wyklądać wyłącznie jako uprawnienie zamawiającego, które nie może być podstawą jego obowiązku. Izba wprawdzie podziela stanowisko zamawiającego, że nie może nakazać mu dokonania przesunięć budżetowych, jednak w niniejszej sprawie zamawiający posiada zabezpieczone środki, według Wieloletniego Planu Finansowego, w żaden sposób nie wykazał, że nie ma możliwości prawnej i faktycznej skorzystania z tych środków na podwyższenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, tym samym nie wykazał, że nie ma możliwości zwiększenia kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Izba zauważa, że przedstawione przez zamawiającego rozumienie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy, tj. uzależnienie czynności unieważnienia postępowania od arbitralnej woli zamawiającego, co do tego czy chce czy nie podwyższyć finansowanie zamówienia prowadziłoby do absurdalnego wniosku, że przepis art. 86 ust. 3 ustawy jest zbędny, gdyż nie jest z nim związany żaden obowiązek

zamawiającego, jak również powodowałoby, że norma art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy stałaby się normą uznaniową. W konsekwencji Izba uznała, że skoro zamawiający nie podał uzasadnienia dla braku przesłanki negatywnej, jak również w toku postępowania nie wykazał, że przesłanka negatywna nie zachodzi, tym samym nie miał podstaw do zastosowania normy art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy przez działania wskazujące na złą wolę zamawiającego, który zaburza równowagę stron w konkurencji rynkowej przez powtórzenie unieważnionego postępowania, co w konsekwencji ma doprowadzić do obniżenia cen przez wykonawców - mimo, że zamawiający dysponuje niezbędną kwotą, która nie przekracza szacowanej przez niego sumy, którą może uzyskać z kwot rezerwowych.

Zarzut potwierdził się. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W ocenie Izby istota tego zarzutu sprowadza się do wadliwego rozumienia przez zamawiającego normy art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy, gdyż zamawiający wyraźnie oświadczył na rozprawie, że nie można go zmuszać do podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a zatem chciał stosować ten przepis w sposób zależny wyłącznie od własnej woli, wbrew jego istocie, co w ocenie Izby narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż może prowadzić do akceptacji sytuacji, w której o podwyższeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia będzie decydować sympatia do wykonawcy oferującego cenę wyższą do zamiarów zamawiającego, a nie rzeczywiste i obiektywne możliwości finansowe zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz poniesionymi kosztami dojazdu do wysokości udowodnionej złożonym rachunkiem.

Przewodniczący: