

Sygn. akt: KIO 1528/11

## WYROK

z dnia 26 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 lipca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **18 lipca 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

**1. SANIMET Sp. z o.o., 42-271 Częstochowa, ul. Kopalniana 10C, 2. SANIMET Krzysztof Grzywacz, 42-271 Częstochowa, ul. Kopalniana 10C, wchodzących w skład konsorcjum, w których imieniu jako lider działa: SANIMET Sp. z o.o., 42-271 Częstochowa, ul. Kopalniana 10C,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o., ul. Kolejowa nr 4, 43-190 Mikołów.**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie.**

- 2.** Nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania dotyczącego rozdziału istniejącej kanalizacji ogólnospławnej, budowy kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz przebudowy sieci wodociągowej w ramach przedsięwzięcia: „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno-ściekowej miasta Mikołów,” obejmującym: budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej, renowację i rozdział istniejących kolektorów kanalizacji ogólnospławnej na kolektory sanitarne i deszczowe oraz przebudowę sieci wodociągowej w centrum Mikołowa, wraz z odtworzeniem nawierzchni i uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie, w zakresie części nr 2 - Zadanie A.5.16.B – rozdzielenie wód deszczowych – budowa kanalizacji deszczowej w centrum Mikołowa.

3. Nakazuje przeprowadzenie czynności oceny i wyboru oferty w odniesieniu do przedmiotowej części 2 zamówienia.

4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Zakład Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o., ul. Kolejowa nr 4, 43-190 Mikołów,**

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **1. SANIMET Sp. z o.o., 42-271 Częstochowa, ul. Kopalniana 10C, 2. SANIMET Krzysztof Grzywacz, 42-271 Częstochowa, ul. Kopalniana 10C, wchodzących w skład konsorcjum, w których imieniu jako lider działa: SANIMET Sp. z o.o., 42-271 Częstochowa, ul. Kopalniana10C,** tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego **Zakładu Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o., ul. Kolejowa nr 4, 43-190 Mikołów,** na rzecz odwołującego: **1. SANIMET Sp. z o.o., 42-271 Częstochowa, ul. Kopalniana 10C, 2. SANIMET Krzysztof Grzywacz, 42-271 Częstochowa, ul. Kopalniana 10C, wchodzących w skład konsorcjum, w których imieniu jako lider działa: SANIMET Sp. z o.o., 42-271 Częstochowa, ul. Kopalniana 10C,** kwotę **23 600,00 zł**, (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na rozdział istniejącej kanalizacji ogólnospławnej, budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz przebudowę sieci wodociągowej w ramach przedsięwzięcia: „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno-ściekowej miasta Mikołów,” obejmującym: budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej, renowację i rozdział istniejących kolektorów kanalizacji ogólnospławnej na kolektory sanitarne i deszczowe oraz przebudowę sieci wodociągowej w centrum Mikołowa, wraz z odtworzeniem nawierzchni i uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie, Zadanie A.5.16.B (Dz. Urz. UE 2011/S 67-109332 z 6.04.2011 r.), w dniu 18 lipca 2011 r. zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: 1. SANIMET Sp. z o.o., 2. SANIMET Krzysztof Grzywacz, z siedzibą w Częstochowie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia odwołującego w dniu 15 lipca 2011 roku za pośrednictwem faksu o unieważnieniu postępowania w zakresie części 2 – Zadanie A.5.16.B na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż było ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Zakładowi Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o. w Mikołowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), które miało istotny wpływ na wynik postępowania: art. 7, art. 93 ust. 1 pkt. 7, art. 91 ust. 1, art. 92 tej ustawy wskutek zaniechania czynności nakazanych przepisami ustawy Pzp, tj.:

1. nakazanego ustawą procesu badania ofert,
2. przez przyjęcie, że oferta odwołującego nie podlega ocenie ofert,
3. przez zaniechanie wskazania oferty najkorzystniejszej,
4. ponadto, przez podjęcie czynności unieważnienie danego postępowania.

W związku z powyższymi zarzutami, odwołujący powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) powtórnego dokonania czynności badania i oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty odwołującego,
- 3) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w danym postępowaniu, tj. oferty odwołującego,

- 4) wskazania terminu zawarcia umowy,
- 5) równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych winien przeprowadzić proces badania i oceny złożonych ofert, czego bezpodstawnie zaniechał. Odwołujący stwierdził, iż złożona przez niego oferta jest ważna i stąd za uprawnione uznał żądanie dokończenia czynności jej badania. Dalej wyjaśniał, iż zamawiający rozpoczął proces oceny ofert i pismem z dnia 30 maja 2011 r. wezwał odwołującego o uzupełnienie dokumentów. Następnym pismem z dnia 30 maja 2011 r., wskazał iż oferta odwołującego może zawierać rażąco niską cenę, zatem zwrócił się o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na okoliczność, iż w wyznaczonym terminie udzielił pełnych wyjaśnień, dowodzących że jego oferta jest ważna i tym samym winna brać udział w rankingu ofert, zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Zdaniem odwołującego, skoro w danym postępowaniu jest co najmniej jedna ważna oferta – to zamawiający zobligowany był dokonać jej wyboru jako najkorzystniejszej.

W ocenie wykonawcy składającego odwołanie, czynność unieważnienia postępowania nie znajdowała uzasadnionych podstaw, gdyż zamawiający widząc, że nie może się pozbyć odwołującego z danego przetargu „za dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału oraz za rażąco niską cenę,” w piśmie powiadającym o unieważnieniu postępowania, swoją wadliwą czynność argumentuje - wadą prawną postępowania, która rzekomo uniemożliwia udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący poczytał przytoczone uzasadnienie faktyczne kwestionowanej czynności jako iluzoryczne. Zamawiający w uzasadnieniu stanu faktycznego podał bowiem, że warunek uczestnictwa w postępowaniu określony został nieprecyzyjnie, niejednoznacznie i mógł być różnie interpretowany przez wykonawców. W opinii odwołującego, zamawiający nie udowodnił zgodnie z zasadami określonymi w art. 6 K.c. rzekomych nieprawidłowości, które stanowiłyby wadę prawną danego postępowania. Wręcz przeciwnie, według zdania odwołującego, warunki zamówienia zostały określone jednoznacznie i precyzyjnie z zachowaniem postanowień przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Dalej odwołujący argumentował, że w trakcie trwania procedury przetargowej, odnośne postanowienia SIWZ nie były kwestionowane i zainteresowani wykonawcy złożyli oferty. Tym samym, podnoszenie przez zamawiającego po złożeniu ofert, że ustalone warunki uczestnictwa były nieprecyzyjne, przyjął odwołujący jako naruszające zasady udzielania zamówień publicznych.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przywołał wyrok z dnia 14 września 2009 r. (KIO/UZP 1086/09, Lex nr 519557), w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż: "skoro

treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wymogu) nie jest do końca zrozumiała, a więc może mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, trudno mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Ponadto ze wskazań wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP 1031/09, Lex nr 5139650 wynika, iż: „w związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, to z nieprecyzyjnych zapisów SIWZ i niepoprawnych językowo, Zamawiający nie ma prawa wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców.” W przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy. Odwołujący powoływał się na linię orzecznictwa sądów powszechnych, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów, iż okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownych wymogów nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 r. (XIX Ga 80/07) oraz w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 r. (UZP/ZO/0-10/07). Nadto zgodnie z prezentowanym stanowiskiem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zamknięty jest katalog przesłanek unieważnienia. Wada prawna musi mieć charakter obiektywny i naruszający zasady uczciwej konkurencji zgodnie z utrwalonymi poglądami orzecznictwa, między innymi wyrażonymi w:

- 1) wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 386/10;
- 2) wyroku KIO z 22 marca 2010 r., sygn. akt. KIO/UZP 210/10;
- 3) wyroku KIO z dnia 26 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 573 /10;
- 4) wyroku KIO z dnia 26 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 589 /10;
- 5) wyroku KIO z dnia 5 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 134/10;
- 6) wyroku KIO z dnia 7 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 703/10;
- 7) wyroku KIO z 31 marca 2011 r., sygn. akt. KIO/ 582/11;
- 8) wyroku KIO z dnia 1 marca 2011 r., sygn. akt KIO/ 298 /11;
- 9) wyroku KIO z dnia 22 lutego 2011 r., sygn. akt KIO/ 265 /11;
- 10) wyroku KIO z dnia 21 lutego 2011 r., sygn. akt KIO/ 252/11;
- 11) wyroku KIO z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt KIO/242/11.

Tym samym, w ocenie odwołującego, nie ma podstaw podane uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania, z przytoczeniem wskazanej podstawy prawnej art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jak również nie istnieją inne przesłanki unieważnienia postępowania, wymienione w art. 93 ustawy Pzp. Odwołujący oświadczył, że nie przyjmuje argumentacji zamawiającego, która nie jest żadnym uzasadnieniem faktycznym unieważnienia danego postępowania, a po próbach odrzucenia złożonej oferty, nie chcąc udzielić zamówienia, zamawiający „na siłę” unieważnił dane postępowanie. Wskazane wyżej

zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wadliwa czynność unieważnienia postępowania, jak utrzymywał odwołujący, naruszają jego interes prawny pozbawiając go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, mimo, że jego oferta jest w tym zadaniu najkorzystniejsza.

Jak wyżej zarzucił, działania zamawiającego naruszają: art. 7, art. 92, art. 93 ust. 1 pkt. 7, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy, mogących zrealizować dane zamówienie zgodnie z wymogami SIWZ oraz naruszają zasadę obiektywizmu i bezstronności. Odwołujący wywodził, że z chwilą wejścia RP do Unii Europejskiej władze zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia przepisów ustawy Pzp, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu, co wynika z postanowień art. 1 ust 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG - Państwa członkowskie zapewnią że środki odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. Z treści powyższego artykułu wynika, że dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19 lipca 2011 r. przekazane za pośrednictwem faksu, do postępowania odwoławczego w terminie zgodnym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający zaprzeczył zasadności zarzutów odwołania, podnosząc, iż zamówienie jest realizowane z udziałem środków z UE i podlega kontroli uprzedniej przed zawarciem umowy ze strony Prezesa UZP. Zatem nie chcąc się narazić na stwierdzenie nieprawidłowości w odniesieniu do równego traktowania wykonawców, wobec stanowiska

zawartego w ekspertyzie językoznawcy, za jedyne wyjście poczytał unieważnienie postępowania, gdyż nie mógł poprawić niejednoznacznych postanowień SIWZ po złożeniu ofert. Ponadto zamawiający stwierdził, iż jego zdaniem poprawna wykładnia postawionego warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny jego wykazania, pozostająca przy tym w proporcji do przedmiotu zamówienia, ze względu na udział prac przy budowie kanalizacji metodą bezwykopową wynoszący około 80% w całości, jest taka, iż wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, winni legitymować się wykonaniem nie mniej niż 3 robót budowlanych polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł brutto każda – w tym w każdej z tych robót powinna być zawarta budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, ofert wykonawców złożonych na część 2 zamówienia wraz udzielonymi wyjaśnieniami na temat wykazu doświadczenia zawodowego, pism stron, ekspertyzy językoznawcy opracowanej na zlecenie zamawiającego przez Prof. dr hab. Aldonę S. z Instytutu Języka Polskiego Uniwersytetu Śląskiego.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, polegające na rozdzieleniu istniejącej kanalizacji ogólnospławnej, budowie kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz przebudowie sieci wodociągowej w ramach przedsięwzięcia: „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno-ściekowej miasta Mikołów,” obejmujące: budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej, renowację i rozdział istniejących kolektorów kanalizacji ogólnospławnej na kolektory sanitarne i deszczowe oraz przebudowę sieci wodociągowej w centrum Mikołowa, wraz z odtworzeniem nawierzchni i uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie, część 2 - Zadanie A.5.16.B – rozdzielenie wód deszczowych – budowa kanalizacji deszczowej w centrum Mikołowa."

W odniesieniu do części 2 zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postanowił.

Sekcja III.2.3 ogłoszenia - warunki udziału. Zdolność techniczna.

Część 2. Zadanie A.5.16.B

Punkt 8.3 warunki podmiotowe, o których mowa w art. 22 ustawy Pzp.

Punkt 8.3.2. Posiadanie wiedzy i doświadczenia, tj. wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie co najmniej 3 robót budowlanych polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł brutto każda – w tym budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł.

Punkt 9.4. W celu potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w punkt 8.3.2. wykonawca musi złożyć wykaz 3 robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł brutto każda - w tym budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Identyczne postanowienia zawiera specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Załącznik nr 3 do SIWZ – Wykaz wykonanych robót budowlanych dla części 2 zamówienia wymagał podania rodzaju wykonanych robót budowlanych, daty i miejsca wykonania, wartości brutto wykonanych robót budowlanych, w tym metodą bezwykopową.

Przytaczany zapis ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nie był kwestionowany przez wykonawców, ani nie był przedmiotem zapytań z ich strony o udzielenie wyjaśnień.

Szacunkową wartość przedmiotu zamówienia w zakresie części 2, zamawiający ustalił na kwotę 24 452 396,70 zł netto.

Sekcja IV ogłoszenia - kryteria oceny ofert: najniższa cena.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 16 maja 2011 r.

Na część 2 zamówienia oferty złożyło 3 wykonawców:

- 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. z Krakowa, cena oferty: 18 647 000,00 zł,
- 2) PHU Auto-kompleks Grzegorz Wyrobek Rudałtówice, cena oferty: 24 483 316,32 zł,
- 3) Konsorcjum odwołującego: 1. SANIMET Sp. z o.o., 2. SANIMET Krzysztof Grzywacz, z siedzibą w Częstochowie, cena oferty: 16 592 040,72 zł.

Zamawiający wzywał wykonawców, w tym odwołującego do uzupełnienia dokumentów oferty w zakresie: złożenia zweryfikowanego wykazu robót. W zakreślonym terminie, odwołujący pismem z 3 czerwca 2011 r. wyjaśnił, że w zamieszczonym w dokumentach oferty str. 22-23 wykazie robót referencyjnych pozycje: 1,2,3 – spełniają warunek wykonania 3 robót budowlanych polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł brutto każda, (co wypełnia pierwszy warunek wymogów



specyfikacji). Dodatkowo, w poz. 1 wykazu wskazano robotę budowlaną spełniającą drugi warunek SIWZ, tj. budowę kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł. Wartość wykazanych robót metodą bezwykopową wynosi łącznie 8 822 205,59 zł brutto. Zgodnie z zapisami SIWZ, słowo „każda – dotyczy jedynie spełnienia warunku posiadania 3 robót polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł brutto. Warunek po myślniku, zgodnie ze słownictwem języka polskiego – co najmniej 4 000 000,00 zł, ma być w nich zawarta – musi być traktowany rozdzielnie, a te warunkowe roboty zostały wykazane w poz. 1 wykazu robót. W związku z powyższym stanowisko zamawiającego, wzywające do zweryfikowania wykazu odwołujący uznał za bezpodstawne. Na wezwanie zamawiającego, odwołujący składał również wyjaśnienia odnośnie elementów ceny złożonej oferty.

Z żądaniem uzupełnienia dokumentów wykazu doświadczenia zawodowego, zamawiający zwracał się również do wykonawcy Grzegorza Wyrobek PHU Auto-kompleks w Rudułowicach, gdyż w złożonym wykazie robót budowlanych, str. 9-11 dokumentów oferty, w kolumnie wartość brutto wykonanych robót budowlanych, wykonawca wskazał wartości robót budowlanych polegających na budowie kanalizacji metodą bezwykopową. Odpowiednio, w poz. 1 - jest to kwota: 1 481 069, 70 zł; w poz. 2. - 2 365 293,30 zł; w poz. 3 – 1 115 080,00 zł. Żadna z zamieszczonych w wykazie wartości wykonanych robót budowlanych metodą bezwykopową nie odpowiada minimalnej kwocie 4 000 000,00 zł jaką żądał zamawiający dla spełnienia tego warunku. W odpowiedzi z dnia 30 maja 2011 r. wymieniony wykonawca wyjaśnił, iż uważa, że wykazane przez niego roboty są odpowiednie. Z zapisu SIWZ nie wynika, że każda z trzech robót ma mieć wartość 4 000 000,00 zł. Zdaniem wykonawcy, z zapisu SIWZ wynika, że wszystkie trzy zadania powinny mieć wartość 4 000 000,00 zł, i ten warunek uznał za spełniony.

W wykazie doświadczenia zawodowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. Krakowa, zostały wykazane 4 pozycje robót referencyjnych, każda powyżej wartości 6 000 000,00 zł i każda z tych samych robót powyżej wartości 4 000 000,00 zł robót wykonanych metodą bezwykopową.

W wykazie doświadczenia zawodowego PHU Auto-kompleks Grzegorz Wyrobek Rudułowice, zostały wykazane 3 pozycje robót referencyjnych, każda powyżej wartości 6 000 000,00 zł i każda z tych samych robót dotycząca robót wykonanych metodą bezwykopową, o wartości poniżej 4 000 000,00 zł.

W wykazie doświadczenia zawodowego konsorcjum odwołującego: SANIMET, zostały wykazane 3 pozycje robót, każda powyżej wartości 6 000 000,00 zł, w tym jedna z udziałem

powyżej wartości 4 000 000,00 zł robót wykonanych metodą bezwykopową, pozostałe roboty tego typu o wartości poniżej 4 000 000,00 zł.

Zamawiający nie wykluczył żadnego wykonawcy oraz nie odrzucił żadnej oferty na część 2 zamówienia.

W piśmie z dnia 15 lipca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych o unieważnieniu postępowania w zakresie części 2- Zadanie A.5.16.B z powodu zajścia okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu tej czynności podał, że opisując sposób dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania wiedzy i doświadczenia, naruszył zasadę udzielania zamówień, o której mowa w art. 7 cytowanej ustawy, która dotyczy równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Ustalając brzmienie warunku w ogłoszeniu i SIWZ „Posiadanie wiedzy i doświadczenia, tj. wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 3 robót budowlanych polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł brutto każda - w tym budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł,” dopuścił do różnych sprzecznych interpretacji takiego zapisu, a w szczególności nie sprecyzował czy wykonawca ma wykazać wykonanie robót metodą bezwykopową o łącznej wartości 4 000 000,00 zł, czy każda z tych robót ma mieć wartość 4 000 000,00 zł. Nie wiadomo również czy wykonawca miał wykazać minimum 3 roboty metodą bezwykopową czy jedną robotę o tej wartości minimalnej. Powyższe nieprawidłowości ujawniły się po upływie terminu składania ofert, każdy z 3 wykonawców, którzy złożyli oferty inaczej odczytał wymagania zamawiającego. W tej sytuacji zamawiający zwrócił się do Instytutu Języka Polskiego Uniwersytetu Śląskiego o dokonanie ustalenia wykładni semantyczno - pragmatycznej zapisu warunku udziału w postępowaniu. Otrzymana ekspertyza autorstwa prof. U.Ś. dr hab. Aldony S. w pełni potwierdziła niejednoznaczność tego zapisu: „Budowa składniowa tego fragmentu jak i jego zapis graficzny są na tyle niefortunne, że potoczne odczytanie intencji może nie być jednoznaczne, daje bowiem podstawę do różnych interpretacji i sprawiać może istotne trudności w zrozumieniu przez zainteresowanych.” W tym stanie rzeczy, ponieważ (...) dokonana przez zamawiającego czynność opisu sposobu oceny spełniania warunku narusza przepis ustawy Pzp, co może skutkować unieważnieniem umowy, jest on zobowiązany do unieważnienia postępowania w zakresie części 2- Zadanie A.5.16.B.

Uprzednio, pismem z dnia 21 czerwca 2011 r. zamawiający wystąpił do Dyrektora Instytutu Języka Polskiego Uniwersytetu Śląskiego o wykładnię językową na piśmie, z przytoczeniem tekstu zawartego w punkcie 8.3.2 ogłoszenia, odnoszącego się do sposobu oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy, zadając następujące pytania:

- 1) czy należy złożyć wykaz 3 robót polegających na budowie kanalizacji wraz z odnowieniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 mln zł brutto każda, przy czym każda z 3 robót ma dotyczyć budowy kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 mln zł?
- 2) czy należy złożyć wykaz 3 robót polegających na budowie kanalizacji wraz z odnowieniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 mln zł brutto każda i 1 robotę dotyczącą budowy kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 mln zł?
- 3) czy należy złożyć wykaz 3 robót polegających na budowie kanalizacji wraz z odnowieniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 mln zł brutto każda i 3 roboty dotyczące budowy kanalizacji metodą bezwykopową o wartości łącznej 4 mln zł?

W odpowiedzi, ekspertyza z dnia 6 lipca 2011 r. autorstwa Prof. dr hab. Aldony S. z Instytutu Języka Polskiego Uniwersytetu Śląskiego podaje: iż „budowa składniowa tego fragmentu, jak i jego zapis graficzny są na tyle niefortunne, że potoczne odczytanie intencji może nie być jednoznaczne, daje bowiem podstawę do różnych interpretacji i sprawiać może istotne trudności w zrozumieniu przez zainteresowanych. W wypowiedzi mówionej prawdopodobieństwo niejednoznaczności byłoby mniejsze (dodatkowo informuje intonacja, pauza itd.), w wersji pisanej ważne jest stosowanie interpunkcji, właściwy szyk składniowy (kolejność wyrazów) oraz użycie odpowiednich spójników, które decydują o logicznym powiązaniu myśli. Na wszystkie wyżej przytoczone pytania zamawiającego ekspert udzielił odpowiedzi odmownej.

Poddając samodzielnej analizie zdania: „W celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w pkt 8.3.2. wykonawca musi złożyć wykaz 3 robót budowlanych (według załącznika nr 3) wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł brutto każda - w tym budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości 4 000 000,00 zł, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,” językoznawca w konkluzji zawarł stwierdzenie, że „dla rozumienia tekstu szczególnie ważna jest, (także w przekonaniu zlecającego ekspertyzę), wykładnia znaczenia:

- a) myślnika po słowach „6 000 000,00 zł brutto każda.”

Myślnik można postawić po rozwiniętych członach zdania bądź po zdaniach w celu nawiązania do początkowej treści zdania. W badanym zapisie myślnik pojawia się, by oddzielić treści, które odnoszą się do 3 robót budowlanych (kiedy wykonanych, na czym polegających oraz jakiej wartości będących) i dodać treść nową: w tym budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości... Tym samym uwydatnia treść, że pośród 3 robót budowlanych ma być budowa kanalizacji metodą bezwykopową o określonej wartości (...)

b) słowa „każda” po liczbie „6 000 000,00 zł brutto.” Wyraz ten precyzuje, że wartość co najmniej 6 000 000,00 zł ma mieć każda z trzech robót; minimalna wartość robót zatem to 3 x 6 000 000,00 zł.

c) słów „w tym” po zapisie „6 000 000,00 zł brutto każda.” Wyrażenie to oznacza nawiązanie do treści sprzed myślnika; „w tym” oznacza, że potwierdzenie spełnienia warunku przez wykonawcę to wykaz trzech robót, w obrębie tych robót ma się znaleźć budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł.”

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał posiadanie interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - jest wykonawcą, który złożył ofertę, licząc na jej wybór w celu realizacji przedmiotowego zamówienia. Zarzucane uchybienia, związane z unieważnieniem postępowania, mogły uniemożliwić odwołującemu uzyskanie zamówienia, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty, co legitymowało odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Działania zamawiającego naruszyły więc interes odwołującego, albowiem prowadziły do zniweczenia możliwości uzyskania zamówienia publicznego w danym postępowaniu i związanego z tym wynagrodzenia.

Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia polegający na wykazaniu, iż wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 3 robót budowlanych polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł brutto każda – w tym budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł, zdaniem Izby, odpowiada wskazaniom art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Również opis sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku, pozostaje związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, biorąc pod uwagę zarówno wartość zamówienia na część nr 2 oraz zakres rzeczowy przewidzianych robót. Nie narusza więc postanowień art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż nie jest tożsamy z przedmiotem zamówienia. Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku wymagania ścisłych proporcji wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, w stosunku do

przedmiotu zamówienia. Ponadto zarzutami odwołania nie był objęty sam postawiony warunek udziału w postępowaniu, ale sposób oceny jego spełnienia, ze względu na interpretację wymagań zamawiającego w tym zakresie.

Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na zasadzie regulacji zawartej w ust. 2 cytowanego przepisu rodzaje dokumentów, których może żądać zamawiający określa rozporządzenie wykonawcze Prezesa Rady Ministrów.

Przepis § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) stanowi, iż w celu wykazania spełniania przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda m.in. wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zawarte w ogłoszeniu oraz w SIWZ w rozpatrywanym postępowaniu postanowienie, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca musi złożyć wykaz 3 robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł brutto każda – w tym budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, nie odbiega od dyspozycji przepisu § 1 ust. 1 pkt 2 cytowanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Jedyną trudność jaka się pojawiła, to sposób rozumienia wymagania w odniesieniu do wartości robót referencyjnych wykonanych metodą bezwykopową. Zdaniem zamawiającego, wymóg ten należało wypełnić przez wskazanie 3 robót referencyjnych polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co

najmniej 6 000 000,00 zł brutto każda, a w ramach każdej z tych 3 robót miała być zawarta budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł, gdyż zdecydowana większość przewidywanych robót w odniesieniu do części 2 zamówienia o wartości ponad 24 mln zł miała być prowadzona metodą bezwykopową.

Spełnienie tak rozumianego warunku nie nastąpiło jedynie wykonawcy: Przedsiębiorstwu Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. z Krakowa, który wykazał 4 pozycje robót referencyjnych, każda powyżej wartości 6 000 000,00 zł, w tym każda powyżej wartości 4 000 000,00 zł z udziałem robót wykonanych metodą bezwykopową.

Biorąc pod uwagę dosłowną treść opisanego sposobu oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy, Izba uznała, iż wykładnia gramatyczna cytowanych postanowień prowadzi do wniosków odmiennych od wywodzonych przez zamawiającego. Mianowicie zamawiający w sposób wystarczająco jednoznaczny wymagał, aby wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie legitymował się wykonaniem co najmniej 3 robót budowlanych, polegających na budowie kanalizacji wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł każda nich - w tym budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł. Z powyższego wynika, że wyłącznie jedna z robót referencyjnych miała się charakteryzować tym, że w ramach całkowitego zakresu rzeczowego i wartościowego, powinna obejmować budowę kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł. Z tak rozumianym opisem sposobu oceny spełnienia warunków udziału koresponduje treść samego warunku, który w ten sam sposób dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykonali co najmniej 3 roboty budowlane wraz z odtworzeniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł każda nich - w tym budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł.

Prawidłowość powyższej interpretacji potwierdza ekspertyza sporządzona na zlecenie zamawiającego i dopuszczona jako dowód w sprawie, wykonana przez językoznawcę Prof. UŚ dr hab. Aldonę S. z Instytutu Języka Polskiego Uniwersytetu Śląskiego w konkluzji stwierdzająca, że „Wyrażenie to oznacza nawiązanie do treści sprzed myślnika; „w tym” oznacza, że potwierdzenie spełniania warunku przez Wykonawcę to wykaz trzech robót, w obrębie tych robót ma się znaleźć budowa kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 000 000,00 zł.” Niezależnie od tego, że wymieniony ekspert udzielił odpowiedzi odmownych na zadane następujące 3 pytania przez zamawiającego:

- 4) czy należy złożyć wykaz 3 robót polegających na budowie kanalizacji wraz z odnowieniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 mln zł brutto każda, przy czym każda z 3 robót ma dotyczyć budowy kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 mln zł?

- 5) czy należy złożyć wykaz 3 robót polegających na budowie kanalizacji wraz z odnowieniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 mln zł brutto każda i 1 robotę dotyczącą budowy kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 mln zł?
- 6) czy należy złożyć wykaz 3 robót polegających na budowie kanalizacji wraz z odnowieniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 mln zł brutto każda i 3 roboty dotyczące budowy kanalizacji metodą bezwykopową o wartości łącznej 4 mln zł?

Zdaniem Izby, stanowisko eksperta pozostaje spójne i jednoznaczne. Bowiem pytanie nr 2 i 3 zadane przez zamawiającego, dotyczy jeszcze odmiennej sytuacji - czy cytowane postanowienia upoważniają do domagania się odrębnego wykazania robót wykonanych metodą bezwykopową - niezależnie zrealizowanych, od wskazanych robót referencyjnych.

Tak zinterpretowany warunek w niniejszym postępowaniu spełniło w ustalony w SIWZ oraz w ogłoszeniu sposób dwóch wykonawców, tj. konsorcjum odwołującego: 1. SANIMET Sp. z o.o., 2. SANIMET Krzysztof Grzywacz, z siedzibą w Częstochowie, który wykazał 3 pozycje robót, każda powyżej wartości 6 000 000,00 zł, w tym jedna (poz. 1) z udziałem robót wykonanych metodą bezwykopową powyżej wartości 4 000 000,00 zł oraz wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. z Krakowa, który wykazał 4 pozycje robót referencyjnych, każda powyżej wartości 6 000 000,00 zł, w tym każda powyżej wartości 4 000 000,00 zł robót wykonanych metodą bezwykopową.

W ocenie Izby, postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafności stanowiska zamawiającego, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepolegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności określoną w art. 146 ustawy Pzp. Prawdą jest, że językoznawca w swojej ekspertyzie dokonując prawidłowej wykładni spornego zapisu, stwierdził na wstępie, odnosząc się do omawianych postanowień ogłoszenia oraz SIWZ, iż: „Budowa składniowa tego fragmentu, jak i jego zapis graficzny są na tyle niefortunne, że potoczne odczytanie intencji może nie być jednoznaczne, daje bowiem podstawę do różnych interpretacji i sprawiać może istotne trudności w zrozumieniu przez zainteresowanych.” Nie dawało to jednak zamawiającemu upoważnienia do unieważnienia postępowania z powołaniem się na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców. Poprawne rozumienie sposobu oceny warunku wiedzy i doświadczenia zachowujące powiązanie z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne, jak stanowi art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, okazało się bowiem możliwe do wywiedzenia na tle dosłownie sformułowanego wymagania, jako odnoszącego się do pojedynczej roboty wykonanej metodą bezwykopową o wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł, zawartej w jednej z robót referencyjnych o ogólnej wartości 6 000 000,00 zł. Prawidłowość językowa takiej interpretacji, w ocenie Izby, została jednoznacznie potwierdzona przez eksperta w opracowanych wnioskach opinii. Okoliczność, iż jedynie dwóch wykonawców spośród trzech,

którzy złożyli oferty, jest w stanie spełnić tak rozumiane wymagania, nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i reguł uczciwej konkurencji. Bez wątpliwości wykonawca PHU Auto-kompleks Grzegorz Wyrobek z Rudułowic nie legitymuje się wykonaniem przynajmniej jednej roboty budowlanej referencyjnej, dotyczącej prowadzenia prac metodą bezwykopową, o wartości powyżej 4 000 000,00 zł. Wykonanie szeregu drobniejszych prac nie gwarantuje bowiem, iż nabyta wiedza i doświadczenie są wystarczające do podjęcia się wykonania większego zakresu robót o tym samym charakterze.

Ponadto należało zważyć na trafność argumentacji podnoszonej przez odwołującego, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, gdy warunek udziału w postępowaniu bądź sposób oceny jego spełnienia może być interpretowany dwojako, wątpliwości co do postanowień SIWZ rozstrzygane są na korzyść wykonawców. Gdyby zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości chciał zażądać wykazania wiedzy i doświadczenia wykonawcy w sposób, jaki prezentował na etapie oceny ofert, powinien ten zamiar jednoznacznie wyrazić w SIWZ, przez użycie co najmniej określenia „należy złożyć wykaz 3 robót polegających na budowie kanalizacji wraz z odnowieniem nawierzchni o wartości co najmniej 6 mln zł brutto każda, przy czym każda z 3 robót ma dotyczyć budowy kanalizacji metodą bezwykopową o wartości co najmniej 4 mln zł. ”

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi ostateczność, a obowiązkiem zamawiającego przy podjęciu takiej czynności było podanie takiego uzasadnienia faktycznego i prawnego, z którego wynikałoby iż zachodziłyby jednoznaczne podstawy do unieważnienia umowy o dane zamówienie publiczne, bądź do stwierdzenia jej nieważności.

Zdaniem Izby, zamawiający nie wykazał, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Znalazł zatem potwierdzenie zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, przez bezpodstawne podjęcie czynności unieważnienie danego postępowania.

Zamawiający nie dokonał odrzucenia ofert. Istnienie chociażby jednej oferty niepodlegającej odrzuceniu w przetargu nieograniczonym zobowiązuje zamawiającego do dokonania wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej. Nawet zakładając, że prawidłowe byłoby stanowisko zamawiającego, iż udział w każdej z 3 robót referencyjnych prac wykonanych metodą bezwykopową miał wynosić minimum 4 000 000,00 zł, to warunek ów spełnił wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. z Krakowa. Zatem nie zachodziły podstawy do unieważnienia postępowania. Zamawiający może bowiem unieważnić postępowanie w sytuacji określonej w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Z tych względów należało uznać za trafny zarzut odwołującego naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 92 tej ustawy wskutek zaniechania czynności nakazanych przepisami, tj. badania i oceny ofert, oraz zaniechania wyboru



najkorzystniejszej oferty. Nie wyklucza to w dalszym badaniu ofert, stwierdzenia istnienia innych podstaw do ewentualnego odrzucenia ofert.

Skutkiem naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, jest również naruszenie postanowień art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, uchybiające zasadom równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Stwierdzone naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, skoro wskutek nieprawidłowych działań zamawiającego, postępowanie zostało bez uzasadnionej przyczyny unieważnione.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 1a i pkt 2b oraz § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....