

Sygn. akt: KIO 1775/12

WYROK
z dnia 4 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **20 sierpnia 2012 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (pełnomocnik), (2) RABMER Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, (3) RABMER Rohtechnik GmbH z siedzibą w Austrii, adres pełnomocnika: ul. Buraski 18A, 20-150 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o., Al. J. Piłsudskiego 15, 20-407 Lublin**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (pełnomocnik), (2) RABMER Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, (3) RABMER Rohtechnik GmbH z siedzibą w Austrii, adres pełnomocnika: ul. Buraski 18A, 20-150 Lublin** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (pełnomocnik), (2) RABMER Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, (3) RABMER Rohtechnik GmbH z siedzibą w Austrii, adres pełnomocnika: ul. Buraski 18A, 20-150 Lublin, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset złotych zero groszy**) przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (pełnomocnik), (2) RABMER Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, (3) RABMER Rohtechnik GmbH z siedzibą w Austrii, adres pełnomocnika: ul. Buraski 18A, 20-150 Lublin** na rzecz zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o., Al. J. Piłsudskiego 15, 20-407 Lublin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1775/12

U z a s a d n i e

Zamawiający **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, Al. J. Piłsudskiego 15 20-407 Lublin** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („żółta książka”) dla kontraktu 23B: „Modernizacja (przebudowa) magistrali wodociągowej” w ramach Projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **03.05.2012 r.** pod nrem **2012/S 85-139868**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **10.08.2012 r.** o:

- 1) unieważnieniu postępowania;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Bursaki 18A, 20-150 Lublin (pełnomocnik), [2] RAMBER Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska 393, 85-766 Bydgoszcz i [3] RAMBER Rohrtechnik GmbH A-4203 Altenberg bei Linz, ul. Bruckbachweg 23, Austria,** gdyż wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania – art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Bursaki 18A, 20-150 Lublin (pełnomocnik), [2] RAMBER Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska 393, 85-766 Bydgoszcz i [3] RAMBER Rohrtechnik GmbH A-4203 Altenberg bei Linz, ul. Bruckbachweg 23, Austria,** zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli **20.08.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na wykluczenie odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** – przez jego zastosowanie pomimo, że odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji – przez niezgodne z prawem dokonanie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) **art. 91 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) **art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp** – przez niezgodne z prawem dokonanie czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, stwierdzając, że złożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w **pkt 9.1.3 lit. a specyfikacji** istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia), tj. dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone.

Zdaniem zamawiającego, złożony przez odwołującego wykaz nie potwierdza, że p. Marian Stefanowski (Specjalista/Ekspert nr 2 – Projektant w zakresie sieci sanitarnych) spełnia wymogi postawione w **pkt 9.1.3 lit. a tiret trzecie specyfikacji**, tj. że „zaprojektował co najmniej 5 dokumentacji projektowych (obejmujących projekt budowlany, dla którego uzyskano decyzję pozwolenie na budowę oraz projekt wykonawczy) w zakresie budowy/przebudowy sieci wodociągowej o łącznej długości minimum 10 km, na podstawie których zrealizowano roboty budowlane, w tym: co najmniej jednego zadania inwestycyjnego dotyczącego przebudowy magistrali wodociągowej o średnicy nominalnej co najmniej 500 mm i długości min. 1,0 km wykonanej jedną z metod bezwykopowych dopuszczonych przez zamawiającego do stosowania tj. metodą przy zastosowaniu ciasnopasowanych powłok polietylenowych lub przy zastosowaniu nowo wprowadzonego ciągu zgrzewanych rur PE, wprowadzonych do wnętrza istniejącego rurociągu magistralnego”.

Według zamawiającego p. M..... S..... nie spełnia warunku w zakresie dokumentacji projektowej dotyczącej ww. **przebudowy magistrali wodociągowej o**

średnicy nominalnej co najmniej 500 mm i długości min. 1,0 km **wykonanej jedną z metod bezwykopowych.**

Takie stanowisko zamawiającego jest sprzeczne z treścią specyfikacji oraz z treścią oferty odwołującego, a także jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa. Wskazują na to następujące okoliczności:

Po pierwsze – przedmiotowe zamówienie dotyczy **modernizacji (przebudowy)** magistrali wodociągowej.

Po drugie – zamawiający, jako profesjonalista, opracowując specyfikację, musiał uczynić to zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jak i przepisami Prawa budowlanego.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi być dokonana zgodnie z **przepisami prawa, z treścią specyfikacji i z uwzględnieniem celu, któremu służy wprowadzenie warunków udziału, tj. zapewnieniu udziału i wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.**

Po trzecie – zgodnie z ww. przepisami celem wprowadzenia w przedmiotowym postępowaniu warunków udziału w zakresie doświadczenia, musiało być dopuszczenie do udziału jedynie wykonawców, którzy dysponują doświadczeniem w wykonaniu odpowiednich zadań. W specyfikacji zostały one odniesione do zadań w zakresie **budowy/przebudowy sieci wodociągowej**, przy czym wykonanie tych zadań musiało nastąpić zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Temu musiało służyć zamieszczenie na wstępie pkt 9.1.3 lit. a tiret trzecie specyfikacji, postanowienia mówiącego o 5 dokumentacjach projektowych (obejmujących projekt budowlany, dla którego uzyskano decyzję pozwolenie na budowę oraz projekt wykonawczy).

Po czwarte – jakkolwiek zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w projektowaniu zarówno w zakresie budowy jak i przebudowy sieci wodociągowej, to jednak w warunkach **oczywistej omyłki** polegającej na pominięciu wyrazu, nie dodał w nawiasie po wyrażeniu: „pozwolenie na budowę” wyrazu: „/zgłoszenia”. O oczywistości omyłki świadczą nie tylko obowiązujące przepisy prawa, które nie przewidują dla przedmiotowej przebudowy pozwolenia na budowę, a jedynie zgłoszenie, (które są znane uczestnikom postępowania), ale też brak powtórzenia wymogu co do „pozwolenia na budowę” w dalszej części ww. punktu, odnoszącej się do przebudowy magistrali wodociągowej, a w szczególności to, że zamawiający wyraźnie określił, że chodzi w tym przypadku o przebudowę wykonaną jedną z metod **bezwykopowych.**

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na

budowę (art. 28 Prawa budowlanego). Nie dotyczy to jednak przebudowy, która traktowana jest, jako szczególny przypadek robót budowlanych (art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego). Zgodnie z art. 29 ust. 2 pkt 11 Prawa budowlanego **pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na przebudowie m.in. sieci wodociągowych.**

Przebudowa wodociągu metodą bezwykopową nie wymaga również sporządzenia oceny oddziaływania na środowisko, a w konsekwencji wyjątek przewidziany w art. 29 ust. 3 Prawa budowlanego nie ma do niej zastosowania.

Wskazana przez zamawiającego w ww. punkcie specyfikacji przebudowa wykonana jedną z metod bezwykopowych, nie wymaga przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko ani przeprowadzenia oceny oddziaływania na obszar Natura 2000, zgodnie z art. 59 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko. Stosownie do art. 59 tej ustawy przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko wymaga realizacja: planowanego przedsięwzięcia mogącego zawsze znacząco oddziaływać na środowisko oraz planowanego przedsięwzięcia mogącego potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko, jeżeli obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko został stwierdzony na podstawie art. 63 ust. 1 tej ustawy.

Na mocy delegacji ustawowej zawartej w art. 60 tej ustawy zostało wydane rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz. U. Nr 213, poz. 1397), które takie przebudowy wymienia jedynie w katalogu przedsięwzięć mogących potencjalnie oddziaływać na środowisko, z tym, że wyłącza w tym zakresie przebudowy wykonane metodą bezwykopową.

§ 3 ust. 1 pkt 68 ww. rozporządzenia stanowi, że do „planowanych przedsięwzięć mogących potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko zalicza się rurociągi wodociągowe magistralne do przesyłania wody oraz przewody wodociągowe magistralne doprowadzające wodę od stacji uzdatniania do przewodów wodociągowych rozdzielczych, **z wyłączeniem ich przebudowy metodą bezwykopową**”.

Oznacza to, że przedmiotowa przebudowa, stosownie do art. 30 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego wymaga jedynie **zgłoszenia** właściwemu organowi. Takim zgłoszeniem odwołujący się legitymuje. W konsekwencji zgodnie z celem warunku wprowadzonego w specyfikacji, taki projekt został poddany analizie właściwego organu. Tym samym odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W tych okolicznościach za całkowicie nieuprawnioną należy uznać czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wykazał zamawiającemu, że specjalista/ekspert nr 2 p. M..... S.....
– Projektant w zakresie sieci sanitarnych sporządził 5 dokumentacji projektowych obejmujących projekt budowlany, dla którego uzyskano decyzję pozwolenie na budowę oraz dwie dokumentacje (projekt budowlany i wykonawczy), dotyczące wymaganej w specyfikacji przebudowy, zgłoszonej właściwemu organowi. Tak więc, wszystkie jego projekty zostały poddane sprawdzeniu przez właściwy organ administracji. Cel zawarty w treści specyfikacji został zatem osiągnięty, tj. zostało wykazane doświadczenie w wykonywaniu projektów w zakresie budowy oraz przebudowy sieci wodociągowych, przekazanych zgodnie z prawem do zweryfikowania przez odpowiedni organ. Tym samym odwołujący wykazał, że daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Dowód: 1) oferta odwołującego wraz z uzupełnieniem z 12.07.2012 r., złożonym 16.07.2012 r.;

2) dokumenty potwierdzające zgłoszenie przebudowy.

Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie może zmieniać **treści** specyfikacji, tym bardziej **nie może wprowadzać niemożliwego do spełnienia warunku udziału w postępowaniu** i tym samym eliminować z postępowania wszystkich wykonawców.

Za taki należy uznać kreowany na tym etapie wymóg uzyskania pozwolenia na budowę w przypadku przedmiotowej przebudowy wykonanej metodą bezwykopową, w sytuacji gdy zgodnie z prawem wymaga ona jedynie zgłoszenia. Tym samym z braku spełnienia takiego nieistniejącego warunku, zamawiający nie może czynić zarzutu odwołującemu i wykluczać go z postępowania, a następnie unieważniać tego postępowania.

Takie czynności zamawiającego nie mogą zasługiwać na akceptację ani na ochronę, tym bardziej, że stosownie do art. 58 Kc, jako sprzeczne z ustawą i zasadami współżycia społecznego są nieważne.

Celem wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, a nie unieważnienie tego postępowania.

Naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **20.08.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **20.08.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Żaden wykonawca nie złożył zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **29.08.2012 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

1. Zarzut wykluczenia odwołującego z postępowania ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu pomimo wykazania spełnienia wszystkich warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu

Odwołujący został wykluczony ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 9.1.3 lit. a instrukcji dla wykonawców: dokumenty dostarczone przez odwołującego nie potwierdzają, że Specjalista/Ekspert nr 2 – Projektant w zakresie sieci sanitarnych zaprojektował co najmniej 5 dokumentacji projektowych wymaganych w specyfikacji.

2. Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Zamawiający nie popełnił omyłki polegającej na pominięciu w specyfikacji po wyrażeniu „pozwolenie na budowę” wyrazu „zgłoszenia”. Brak jest jakichkolwiek podstaw do takiego twierdzenia. Warunek nie może być inaczej rozumiany niż zgodnie z literalnym brzmieniem.

Wykonawcy – na etapie ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji – nie zwrócili się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji w trybie określonym w art. 38 ust. 1 Pzp; nie wniesiono także odwołań wobec postanowień specyfikacji.

Postanowienia specyfikacji zostały ukształtowane w sposób definitywny i wiążący dla uczestników postępowania, zatem na obecnym etapie, dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, konieczne jest branie pod uwagę treści tego dokumentu w brzmieniu, jaki został ustalony na dzień składania ofert. Brak jest podstaw do rewizji tego dokumentu, przyjmowania odmiennego znaczenia jego postanowień wbrew ostatecznie ukształtowanej, nie zakwestionowanej we właściwym trybie treści.

3. Zarzut wprowadzenia niemożliwego do spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Pozostali wykonawcy spełnili ten warunek.

4. Zarzut, że czynności zamawiającego są sprzeczne z ustawą i zasadami współżycia społecznego są nieważne

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób gwarantujący, że zamówienie wykonywać będzie wykonawca dysponujący osobami posiadającymi kwalifikacje adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tak uczynił.

Odwołujący nie skorzystał ze środków ochrony prawnej wobec opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w kwestionowanym obecnie zakresie.

5. Zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania

Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp; podstawą wykluczenia było niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone.

W ofercie odwołującego brak jest potwierdzenia, że p. M..... S..... (Specjalista/Ekspert nr 2 – Projektant w zakresie sieci sanitarnych) zaprojektował co najmniej 5 dokumentacji projektowych (obejmujących projekt budowlany, dla którego uzyskano decyzję pozwolenie na budowę oraz projekt wykonawczy) w zakresie budowy lub przebudowy sieci wodociągowej o łącznej długości minimum 10 km na podstawie których zrealizowano roboty budowlane, w tym: co najmniej jedno zadanie inwestycyjne dotyczące przebudowy magistrali wodociągowej o średnicy nominalnej co najmniej 500 mm i długości min. 1,0 km wykonanej jedną z metod bezwykopowych dopuszczonych przez zamawiającego do stosowania tj. metodą przy zastosowaniu ciasno pasowanych powłok polietylenowych lub przy zastosowaniu nowo wprowadzonego ciągu zgrzewanych rur PE, wprowadzanych do wnętrza istniejącego rurociągu magistralnego.

Odwołujący, w wyznaczonym terminie, nie uzupełnił w wymaganym zakresie dokumentów potwierdzających posiadane przez P. M..... S..... (Specjalisty/Eksperta nr 2 – Projektanta w zakresie sieci sanitarnych) doświadczenie, co oznacza, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym zamawiający zobligowany był do wykluczenia odwołującego z postępowania. W tych okolicznościach nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

6. Zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania

Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, ze względu na fakt, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) oświadczenie z 31 sierpnia 2012 r. wykonawcy Infra odnośnie braku pozwoleń na budowę dla tego typu przebudów;
- 2) (dowód nr 2) pismo z 30 grudnia 2011 r. Urzędu Miasta Lublina, gdzie jest stwierdzone, że tego typu przebudowy nie wymagają uzyskania pozwolenia na budowę (co do zasady)

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w **pkt 9.1.3 lit. a dla Specjalista/Ekspert nr 2 tiret trzecie**, aby wykonawca wykazał dysponowanie projektantem posiadającym, cyt. „zaprojektowanie co najmniej 5 dokumentacji projektowych (**obejmujących projekt budowlany, dla którego uzyskano decyzję pozwolenie na budowę oraz projekt wykonawczy**) w zakresie budowy/przebudowy sieci wodociągowej o łącznej długości minimum 10 km, na podstawie których zrealizowano roboty budowlane, w tym: co najmniej jednego zadania inwestycyjnego dotyczącego przebudowy magistrali wodociągowej o średnicy nominalnej co najmniej 500 mm i długości min. 1,0 km wykonanej jedną z metod bezwykopowych dopuszczonych przez zamawiającego do stosowania tj. metodą przy zastosowaniu ciasnopasowanych powłok

polietylenowych lub przy zastosowaniu nowowprowadzonego ciągu zgrzewanych rur PE, wprowadzonych do wnętrza istniejącego rurociągu magistralnego”.

Odwołujący uznał, że wyrażenie w nawiasie cyt. „**(obejmujących projekt budowlany, dla którego uzyskano decyzję pozwolenie na budowę oraz projekt wykonawczy)**” jest oczywistą omyłką zamawiającego, gdyż ze względu na brak wymogu w Prawie budowlanym uzyskania decyzji „Pozwolenie na budowę” na tego typu przebudowę, zamawiający omyłkowo pominął wyraz „zgłoszenie”. Sformułowanie w nawiasie powinno zdaniem odwołującego brzmieć „(obejmujących projekt budowlany, dla którego uzyskano decyzję pozwolenie na budowę/zgłoszenie oraz projekt wykonawczy)”. I zastosował się do takiego, samodzielnie zmodyfikowanego brzmienia specyfikacji. Odwołujący również uważał, że wszyscy inni wykonawcy powinni też tak rozumieć przedmiotowe postanowienie specyfikacji.

Jednocześnie odwołujący składając dowód nr 2 – pismo z 30 grudnia 2011 r. Urzędu Miasta Lublina, gdzie jest stwierdzone, że tego typu przebudowy nie wymagają uzyskania pozwolenia na budowę nie wziął pod uwagę dopisku wystawiającego dokument, cyt.: „co do zasady”. Wynika z tego, że możliwe jest, aby podobne roboty były wykonywane po uzyskaniu pozwolenia na budowę.

Skład orzekający Izby stwierdza, że pojęcie „oczywistej omyłki”, czy nawet ogólniej „omyłki” występuje w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w art. 87 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp [oraz w art. 196 ust. 6 Pzp w przedmiocie sprostowania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, co nie ma związku z rozpoznawanym problemem]. Przepisy art. 87 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp dotyczą tylko uprawnienia do poprawy przez zamawiającego omyłek zawartych w ofertach. Kardynalną cechą poprawy omyłek – oprócz wskazania podmiotu mogącego stosować poprawę omyłek, czyli zamawiającego i przedmiotu, w którym możliwe jest dokonanie poprawek, czyli oferty – jest indywidualne stosowanie mające wpływ tylko na jedną, konkretną ofertę i brak wpływu takiej poprawy na inne oferty.

Do poprawy specyfikacji służy instytucja zwracania się o wyjaśnienie treści specyfikacji, która została unormowana w art. 38 ust. 1 Pzp oraz instytucja odwołań. Kluczową cechą tych instytucji jest umożliwienie zapoznania się wszystkich wykonawców, i to przed upływem terminu składania ofert, z ostatecznymi postanowieniami specyfikacji po ewentualnym dokonaniu zmian w specyfikacji lub po wyjaśnieniach zamawiającego, co jest unormowane w art. 38 ust. 2, 4-4b i 6 Pzp.

Odwołujący nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji ani nie wniósł odwołania. Dlatego zamawiający nie mógł być skłoniony do zmiany treści specyfikacji przed upływem terminu składania ofert, szczególnie że również zamawiający ze swojej inicjatywy nie zamierzał skorzystać z możliwości zmiany treści specyfikacji (art. 38 ust. 4

Pzp), gdyż jego celem było ustanowienie warunku w postaci, która znalazła się w **pkt 9.1.3 lit. a dla Specjalista/Ekspert nr 2 tiret trzecie** specyfikacji.

Wobec tego wykonawcy musieli stosować się do literalnego brzmienia przedmiotowego postanowienia specyfikacji, a również zamawiający nie mógł na innej podstawie oceniać spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz dokonywać badania i oceny ofert.

Sam odwołujący przyznaje, że nie spełniał warunku o treści zawartej w specyfikacji, a spełniał warunek o treści, którą wydedukował z załączenia, że specyfikacja zawiera poprawialną oczywistą omyłkę. Skoro nie można było w postępowaniu zmienić treści warunku, co zostało wykazane wyżej, to odwołujący nie spełniał warunku i w związku z tym musiał być wykluczony z postępowania. Wynika z tego, że zamawiający nie naruszył żadnego przepisu, a wprost przeciwnie, zastosował się w pełni do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może uznać zarzutu bezpodstawnego wykluczenia odwołującego za zasadny.

Oдноśnie argumentów odwołującego skład orzekający Izby stwierdza, że nie ma uregulowań zabraniających starania się o wydanie pozwolenia na budowę i uzyskania decyzji pozwolenia na budowę w przypadku, gdy wymagane jest tylko zgłoszenie. Zamawiający jest podmiotem zainteresowanym w uzyskaniu pozwolenia na budowę w przedmiotowym postępowaniu, ze względu na współfinansowanie inwestycji z funduszy unijnych i zakres, znaczenie, skomplikowanie oraz wagę przedsięwzięcia. Zamawiający powiadomił o tym wykonawców zwłaszcza na str. 52 Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego załącznik do specyfikacji. Zamawiający wykazał, że żądanie legitymowania się przez wskazanego projektanta uzyskaniem pozwolenia na budowę – wobec celu, znaczenia i skomplikowania inwestycji – w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku jest związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Ponadto zamawiający oczekiwał sporządzenia szczegółowej dokumentacji projektowej wymaganej w przypadku konieczności uzyskania pozwolenia na budowę, gdyż dokumentacja projektu budowlanego jest jednym z ważnych czynników gwarantujących szybkie i właściwe wykonanie robót budowlanych, co stwierdził sam zamawiający podczas rozprawy.

Dlatego skład orzekający Izby nie może stwierdzić naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp ani związanego z tym naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, co zarzucał odwołujący.

Przedmiotowy warunek nie był niemożliwy do spełnienia, gdyż inni wykonawcy spełnili go, co wynika z dokumentacji sprawy. Jednocześnie złożony dowód nr 1 – **oświadczenie z**

31 sierpnia 2012 r. wykonawcy Infra odnośnie braku pozwoleń na budowę – nie może być podstawą do przeciwnego twierdzenia, gdyż odwołujący nie wykazał, że podpisująca dokument osoba jest upoważniona do reprezentowania podmiotu i dysponuje odpowiednią wiedzą w zakresie wykonywania całego zamówienia, o którym osoba ta się wypowiada. Ponadto w dokumencie nie zostało kategorycznie stwierdzone, że roboty nie mogły być wykonywane na podstawie uzyskania decyzji pozwolenia na budowę.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wnosił wcześniej żadnych sugestii odnośnie innego rozumienia specyfikacji, dlatego po upływie terminu składania ofert, odwołujący nie może wnosić o zmianę treści specyfikacji, ani o jej inne rozumienie niż wynika z literalnego brzmienia specyfikacji. Dlatego zamawiający uczynił właściwie biorąc pod uwagę podczas oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie literalną treść przedmiotowego postanowienia specyfikacji, co jest jak najbardziej zgodne z ustawą i zasadami współżycia społecznego.

Również zarzut zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania nie mógł zostać przychylnie potraktowany przez skład orzekający Izby, gdyż zamawiający musiał odrzucić, choć z różnych przyczyn wszystkie oferty, które zostały złożone w postępowaniu, a więc zamawiający właściwie unieważnił postępowania i zastosował się do art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, ze względu na fakt, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....